



FACULTAD DE DERECHO

**LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA
ADMINISTRACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN
CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO**

**PRESENTADA POR
JAIRO KEVIN MAURICIO HERNANDEZ ALVARADO**

**ASESOR:
JUAN CARLOS MORÓN URBINA**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2018



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

El autor permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN
EN LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL EN EL MARCO DE LA
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO**

**TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

**PRESENTADO POR:
JAIRO KEVIN MAURICIO
HERNANDEZ ALVARADO**

**ASESOR:
JUAN CARLOS MORÓN URBINA**

LIMA - PERÚ

2018

Acepta las cosas que no puedes cambiar, ten el valor de cambiar las cosas que puedes y la sabiduría para reconocer la diferencia.

Nora Allen

AGRADECIMIENTO

A cada una de las personas que no sólo contribuyeron con este trabajo, sino que también me permitieron y me permiten vivir y disfrutar de esto que me apasiona.

A ustedes, muchas gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	viii
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	1
1.1 Antecedentes de la investigación.....	1
1.2 Bases teóricas.....	4
1.3 Definición de términos básicos	14
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	17
2.1 Diseño metodológico	17
2.2 Técnicas de recolección de datos.....	18
2.3 Aspectos éticos.....	18
CAPÍTULO III: DE LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES	19
3.1 Prerrogativa de modificación unilateral del contrato o <i>Ius Variandi</i>	19
3.1.1 Marco doctrinario	19
3.1.2 Marco legislativo	32
3.2 Prerrogativa de resolución unilateral y declaración de nulidad del contrato.....	41
3.2.1 Marco doctrinario	41
3.2.2 Marco legislativo	54
3.3 Prerrogativa de interpretación unilateral del contrato	78
3.3.1 Marco doctrinario	78
3.3.2 Marco legislativo	80

3.4 Prerrogativa de dirección y control.....	81
3.4.1 Marco Doctrinario	81
3.4.2 Marco legislativo	88
3.5 Prerrogativa de ejecución directa de la prestación o intervención económica de obra	100
3.5.1 Marco Doctrinario	100
3.5.2 Marco Legislativo	110
3.6 Prerrogativa de sanción al contratista	113
3.6.1 Marco Doctrinario	113
3.7 La posición privilegiada de la administración respecto a la excepción de incumplimiento	116
3.7.1 Marco doctrinario	116
3.7.2 Marco legislativo	134
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	142
4.1 Conclusiones.....	142
4.2 Recomendaciones	146
FUENTES DE INFORMACIÓN	151
ANEXOS.....	157
ANEXO N° 1	157

RESUMEN

El presente trabajo de investigación realiza un análisis metódico a las distintas prerrogativas exorbitantes de la administración, buscando sus fundamentos esenciales en sus bases doctrinarias más relevantes; a partir de ello, se determinará si estas potestades de la administración, que se encuentran en la normativa vigente de la Ley de Contrataciones del Estado de nuestro país, se cimentan en preceptos y fundamentos que acrediten su utilidad práctica, así como también la debida finalidad que deben perseguir: la consecución del objeto de contratación y (por ende) el alcanzar la finalidad pública.

PALABRAS CLAVE:

Contrato administrativo, prerrogativas exorbitantes

ABSTRACT

This research work makes a methodical analysis of the different exorbitant privileges the administration has, searching its essential fundamentals on its most relevant doctrinarian bases; from it, we will determinate if this power of the administration, which we can find in the current “State Hiring Law” of our country, are based on precepts and fundamentals that certify its practical utility, as well as the purpose it has to pursue: the public interest and the consecution of the Contracting object.

KEY WORDS:

Administrative Contract, Exorbitant prerogatives

INTRODUCCIÓN

En su quehacer diario, la administración ejercita una variada cantidad de actividades a fin de cumplir con los objetivos esenciales e inherentes a su naturaleza, en pro de desempeñar de la mejor manera su función administrativa: ordenar, autorizar, mandar, sancionar, fiscalizar, etc. Dichas actividades, dependiendo de su conveniencia o posibilidad, pueden llevarse a cabo a través de actos o contratos; tal como lo establece Gaspar Ariño (2007):

Son técnicas a veces intercambiables. La relación de empleo público se puede configurar como acto de nombramiento o como contrato de empleo; la subvención puede verse como una donación modal -acto unilateral- o como contrato de servicios; la adquisición de un bien puede llevarse a cabo mediante acto unilateral -expropiación- o por compraventa; y la construcción de una obra o prestación de un servicio puede llevarse a cabo por contrato o por ejecución directa con medios propios o empresas públicas. La elección de una u otra modalidad de realización de los fines del Estado estará en función de la mayor eficacia y la capacidad de cada Estado² (pág. 86).

² Ariño, G. (2007) *El enigma del contrato administrativo*. Madrid, España. Revista de Administración Pública. 172.

Cuando estas actividades se desarrollan mediante un contrato, nos encontramos en una relación bilateral en la cual oscilan dos actores: el Estado (Administración) y un particular (el contratista); si bien ambos sujetos en esencia persiguen fines distintos (el Estado busca que se lleve a cabo una obra o servicio que a fin de cuenta cubrirá una necesidad pública; y el particular persigue un ánimo de lucro inherente al giro del negocio que ejerce), el interés público será el que prevalezca en el acuerdo de voluntades de ambos contratantes; es por ello que, a pesar de los objetivos de cada actor, la posición contractual de la Administración estará privilegiada en beneficio de un interés (en el papel) más preponderante.

En el contexto de la Contratación Pública (especialmente en la fase de ejecución del contrato), la Administración cuenta con determinadas prerrogativas exorbitantes a fin de asegurar el cumplimiento de los fines públicos que persigue; dichas acciones unilaterales (las cuales están determinadas por la ley) no pueden ser objeto ni de cuestionamientos o contraposición por la otra parte, pudiéndose entender este contexto como una relación contractual asimétrica; este escenario, de no darse bajo parámetros de razonabilidad y constante adecuación de la realidad, podría originar en el papel un problema no solamente económico (debido al posible desaliento de interesados en participar en una “relación contractual desigual”), sino también de carácter jurídico, ya que podríamos toparnos con un ejercicio desproporcionado de la Ley de la materia y sin la correcta regulación de dichas facultades de la administración, significando ello un ejercicio abusivo de su posición contractual; tal como establece Rodríguez-Arana (2012):

Finalmente, ante la problemática de los privilegios o, mejor, potestades administrativas, caben dos soluciones. Suprimirlos, para que el ciudadano y administración actúen en pie de igualdad o, más bien mantener dichas potestades buscando, eso sí, que su ejercicio razonable, mesurado y

proporcionado de los poderes administrativos al servicio objetivo del interés general es el gran desafío del moderno Derecho Administrativo³ (pág. 812).

Por consiguiente, la realidad problemática en esta investigación no se limita al análisis de dichas prerrogativas exorbitantes en nuestra Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino también en realizar una profunda indagación de su trasfondo, y examinar si estas se dan en concordancia a las tendencias doctrinarias Latinoamericanas más influyentes e importantes, pudiendo concluir si se desarrollan (o no) dentro de directrices positivas, congruentes y buscando evitar contingencias como las anteriormente descritas.

Por otro lado, para la presente investigación se tuvo muy a consideración un elemento que nos ayudó a comprender de una mejor manera este asunto: la doctrina; esta se establece como una de las más importantes fuentes del derecho que denota su real importancia en la contribución que hace en la concreción de la fuente clásica del derecho más importante y fundamental de todo sistema jurídico: La Ley.

Respecto a ello, Cabanellas (2002), resalta la importancia de la doctrina definiéndola como el “conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones no legisladas”⁴ (pág. 174).

Entonces, por simple inferencia, podemos colegir que, para tener un sistema de leyes y cuerpos normativos sólidos y orientados a resultados positivos, deben estar soportados en una serie de producciones académicas que lo sustente de la mejor manera; sin ello, es imposible asegurar que estas puedan darse en directrices que lo respalden adecuadamente.

Vinculando este aspecto con nuestro tema de fondo, las prerrogativas exorbitantes que podemos encontrar en la Ley de Contrataciones del Estado no goza de un bagaje académico nacional relevante que lo respalde, haciéndonos dudar si es que estas se

³ Rodríguez-Arana, J. (2008). *Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas*. España. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC). 12.

⁴ Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Heliasta.

engendraron de la mejor manera, razón por la cual se hace necesario un análisis de estas instituciones conjuntamente con doctrina nacional e (mayoritariamente) internacional que nos puedan dar luces al respecto de su profundidad y validez para los objetivos que pretende conseguir.

En ese camino, las conclusiones que obtuvimos nos encaminaron a dos tipos de resultados: que las herramientas o figuras por las cuales se aplican cada una de las prerrogativas exorbitantes están adecuadamente planteadas, ya que se dan en márgenes de congruencia y límites que respeten el equilibrio contractual, sin dejar de lado el fin esencial que persigue (que es la finalidad pública intrínsecamente vinculada con el objeto de contratación); o que no sea de esa manera, oportunidad que nos permitió realizar una crítica constructiva al respecto así como también la posibilidad de plantear soluciones que busquen satisfacer las verdaderas intenciones que se intentan conseguir con estas.

En ese orden de ideas, la pregunta de investigación por la cual se centró el presente estudio es la siguiente:

-Las Prerrogativas Exorbitantes de la administración, desarrolladas en la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225 modificada por Decreto Legislativo N° 1341) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF), que se dan en la fase de Ejecución Contractual en los contratos administrativos, ¿Están debidamente alineadas con los preceptos y posiciones doctrinarias que rigen el escenario actual del derecho administrativo?

Para este trabajo no fue necesario el planteamiento de problemas específicos a fin de llegar a nuestro objetivo esencial de investigación; ello no significó que la reducción de cuestionamientos derive a mayor simplicidad en su desarrollo, ya que cada uno de los elementos de estudio del presente texto (es decir, cada una de las prerrogativas exorbitantes) debió ser individualizado al momento de responder la pregunta planteada en el párrafo anterior.

Por lo expuesto, el objetivo general de la presente investigación fue el establecer si cada una de las prerrogativas exorbitantes de la Administración se circunscribe dentro de marcos doctrinarios debidamente fundamentados, si persiguen su objetivo esencial y si las figuras y herramientas mediante las cuales se plasman en la Ley de la materia son las adecuadas; asimismo, se logró identificar qué prerrogativas exorbitantes de la administración, desarrolladas en la fase de ejecución contractual, se encuentran reguladas en nuestra legislación de contratación pública.

Muy aparte de la problemática de carácter fáctico (es decir, de aquella que afecta en nuestra realidad) señalada en los puntos anteriores, nuestro país se ve inmerso en un poco cultivado desarrollo académico relacionado al tema central que nos acontece; repercutiendo significativamente a su entendimiento y comprensión, significando una posterior subestimación del tema, la cual se ve indefectiblemente plasmada en la Ley y Reglamento de la materia, originando una laguna en las facultades que se adscriben a la actuación de la Administración durante la gestión de la ejecución contractual en un acuerdo de voluntades; ante ello, consideramos necesario realizar un estudio de las potestades exorbitantes más importantes analizando sus ventajas, desventajas, viabilidad y adecuación en nuestro ordenamiento.

Es decir, la justificación de la presente investigación radica esencialmente en realizar un juicio valorativo de cada una de las prerrogativas, haciendo un análisis escrupuloso, individualizado y cómo este opera de manera fáctica en nuestro contexto; de esa manera, podremos concluir si particularmente alguna de estas opera de manera positiva en el estado actual en el que se encuentra o, en todo caso, si su permanencia afecta de manera negativa al sistema de contratación de nuestro país.

Las limitaciones a la investigación subyacen, como se detalló anteriormente, al escaso tratamiento doctrinario nacional que descansa sobre este tema; es decir, la bibliografía sobre las prerrogativas exorbitantes al respecto de nuestro contexto legislativo es poco abundante, y se ciñe particularmente a puntuales trabajos anteriormente realizados; ante ello, basamos nuestro esfuerzo de recopilación de información a partir de

instrumentos normativos emitidos por el OSCE, jurisprudencia y demás elementos que nos ayuden a entender de la mejor manera el tratamiento de esta materia en nuestro país; de igual manera, cuando se antojó pertinente, realizamos estudios comparados con otros sistemas legislativos y doctrina internacional a fin de afianzar nuestra posición sobre temas particulares, procurando de esa manera enriquecer la investigación.

Por motivos prácticos y de correcta adecuación, se tomó en cuenta bibliografía, jurisprudencia y legislación de los siguientes países: Argentina, Colombia y España.

La investigación, se programó para efectuarse dentro del cronograma propuesto, teniendo a consideración el tiempo necesario para recabar la información, procesarla y a su vez plasmarla de la mejor manera en el trabajo final, procurando llegar, de esa manera, al objetivo que se busca alcanzar.

Al respecto del tema de fondo, a partir del análisis de diversas fuentes tanto nacionales y (predominantemente) extranjeras, buscamos las ideas necesarias para entender de la mejor manera nuestro objetivo de investigación, por el cual estamos convencidos de haber optado por la mejor metodología posible para los fines pretendidos.

Por lo expuesto, la estructura de nuestro trabajo se compone de la siguiente manera:

El capítulo I trata sobre el marco teórico, en el cual se plantean los antecedentes de la investigación, entendiendo a estos como aquellos estudios anteriores que tienen relevancia para nuestro trabajo; por otro lado, este capítulo también comprende a las bases teóricas, que son todas aquellas teorías y proposiciones que enriquecerán la elaboración de nuestra investigación; finalmente también contiene una lista de términos básicos que nos facilitará el entendimiento de todo el texto.

En el capítulo II se desarrolló el diseño metodológico empleado, el cual comprende el tipo, nivel, método y diseño de investigación; así como también los aspectos éticos comprometidos a lo largo del desarrollo de este trabajo.

El capítulo III desarrolla de manera metódica y analítica las prerrogativas exorbitantes materia de estudio, así como también el análisis de la normativa vigente relacionada a cada una de las potestades desarrolladas.

En el capítulo IV se desarrollan las conclusiones y recomendaciones derivadas del trabajo de investigación, permitiéndonos destacar los resultados de nuestra investigación.

Finalmente, se adjuntó en calidad de Anexo I un Proyecto de Ley que condensa todo el trabajo realizado, el mismo que postula modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

Un primer antecedente relevante sobre nuestra materia de investigación es la realizada por Leyla (2011); quien presentó un trabajo de investigación titulado “Análisis de las Potestades y Prerrogativas Exorbitantes del Estado Conforme a la Ley 737, Ley de Contrataciones del Sector Público en Nicaragua”, con el fin de obtener el grado de Máster en Derecho de las Contrataciones en la Universidad Centroamericana; en ese sentido, el objetivo general de dicha investigación se centró en lo siguiente:

Analizar las prerrogativas preceptuadas en la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, Ley N° 737, aprobada el 19 de octubre del 2010 y publicada en la Gaceta Diario Oficial N° 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre de 2010 (...), su origen, causas y justificación del ejercicio de estas prerrogativas por el Estado, así como el ejercicio de cada una de estas potestades (...), aportando el análisis jurídico de las mismas⁷ (pág. 2).

Al respecto de los resultados (conclusiones) generales que pudo alcanzar la autora, uno importante fue el identificar que tanto en la Ley señalada en el párrafo precedente, así como también en su Constitución Política Nacional (que se erigen como el marco

⁷ Leyla, M. (2011). *Análisis de las Potestades y Prerrogativas Exorbitantes del Estado Conforme a la Ley 737, Ley de Contrataciones del Sector Público en Nicaragua* (Máster en Derecho). Universidad Centroamericana.

normativo principal en dicho país sobre la materia) no es palpable un desarrollo claro y preciso sobre el tema central de investigación; en dicho sentido, La Ley 737 no incluye en su definición de contrato administrativo al elemento de interés público, generando así un vacío en su tratamiento; por su parte, la Constitución Política de Nicaragua no contempla expresamente la facultad de la Administración del uso de potestades o prerrogativas exorbitantes a fin de asegurar la satisfacción del interés general debilitando, de esa manera, su objetivo esencial.

Por otro lado, la autora remarca la irónica lógica de la Ley 737 en el sentido que, si bien esta exige que el ejercicio de las potestades exorbitantes deben estar lo suficientemente motivadas, esta no define cómo deben motivarse o fundamentarse en relación a cada potestad; sumando a este escenario la inexistente definición de interés público en su desarrollo normativo, origina un mal uso de estas instituciones en su desarrollo práctico.

Finalmente, se hace hincapié en que el interés público e interés legítimo del Estado es confundido en las contrataciones administrativas, otorgándose y produciéndose contratos con conveniencias de carácter político e interpretados a la luz de fines e intereses privados.

Otro antecedente investigativo considerado para efectos del presente trabajo es el elaborado por Lara (2013), el cual lleva como título “Cláusulas Exorbitantes en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, tesis de fin de maestría para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Técnica Particular de Loja.

Al respecto, los objetivos trazados en dicha investigación son los siguientes:

Demostrar que, como manifestación del poder público, el Estado tiene prerrogativas en el ámbito de los contratos de la administración, que se imponen mediante el ejercicio de las cláusulas exorbitantes, que solo las puede ejercer la entidad pública contratante, vulnerando el derecho de igualdad entre los contratantes.

Unificar las cláusulas exorbitantes que facultan exclusivamente a la entidad contratante para tomar decisiones en su favor, y que deben aplicarse en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Determinar las condiciones que revisten a las cláusulas exorbitantes y permiten al Estado tomar decisiones unilaterales dentro de la contratación pública”. Este objetivo se logró al establecer la naturaleza, la forma y el procedimiento establecido en nuestra legislación para su correcta aplicación⁸ (pág. 3).

Al respecto de las conclusiones a las que pudo llegar (las cuales evidentemente se encuentran enmarcadas en su realidad nacional) una de ellas es que, si bien el contrato se divide en “contratos privados” y “contratos administrativos”, ambos gozan de una misma definición (acuerdo libre y voluntario entre las partes, productor de obligaciones mutuas, y que al estar regulado por la ley, trae consigo consecuencias jurídicas para las partes contratantes); sin embargo, su diferencia radica esencialmente en que en este último, el Estado participa como sujeto, así como también que su objeto de contratación es la satisfacción de necesidades de orden público; ello origina que los contratos administrativos gocen de una normativa distinta en su regulación.

De igual manera, identifica al interés público como fin esencial del Estado, elemento que lo inviste de una serie de potestades o prerrogativas de poder, subordinando de esa manera la actuación de los particulares al Estado; estas, sin embargo no suponen un desequilibrio en la relación jurídica entre las partes, ya que si la Administración actúa con poder, el contratista también cuenta con mecanismos para controlar ese poder, ya que el Estado le garantiza los derechos que le asisten, permitiéndole la posibilidad de acudir a la justicia en caso detecte abusos en su aplicación.

Igualmente, establece que si bien las distintas cláusulas exorbitantes que pueden incluirse en un contrato están reguladas por la Ley, estas en su aplicación podrían estar distorsionadas; en dicho marco, los vicios comunes que afectan su ejercicio son

⁸ Lara, S. (2013). *Cláusulas Exorbitantes en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (Magíster en Derecho Administrativo). Universidad Técnica Particular de Loja.

los vicios en la causa, vicios en el sujeto, vicios que conlleva la violación de una ley o de principios jurídicos, vicios en la finalidad, vicios en la forma y vicios por falta de motivación; estos se producen esencialmente por la falta de aplicación de la ley, falta de precisión del legislador y por aplicación indebida de la ley o de principio jurídicos.

Estos trabajos, si bien son desarrollados en distintos contextos, nos permitirán crear criterios para ubicar, enjuiciar e interpretar nuestra investigación.

1.2 Bases teóricas

Las bases teóricas, determinadas como las ideas, propuestas y posiciones de diversos autores y fuentes, que tienen directa vinculación con nuestro problema de investigación, nos sirven como asidero y base esencial para el desarrollo de nuestro trabajo, así como también como fundamento primordial de nuestras conclusiones. Estas fueron recabadas a partir de la captación de diversas fuentes bibliográficas, desde libros, revistas, artículos jurídicos, blogs especializados, entre otros, que nos permitirán tener una idea mucho más clara de este tema; sin embargo, creemos conveniente para efecto de mejor entendimiento y consecución de nuestros objetivos, no sólo ahondar directamente a las bases estrechamente vinculadas al problema general, sino también a las aristas que sirven como base a su entendimiento, obteniendo, de esa manera, un campo mucho más ventajoso al momento de alcanzar nuestras conclusiones; en ese sentido, nuestras bases teóricas son las siguientes:

Marco General De Los Contratos

Nuestra Constitución Política del Perú (1993), erigida como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, contiene breves (pero importantes) atisbos sobre lo que se concibe como contrato; en ese sentido, en el numeral catorce del artículo dos, se da una idea general de este como un derecho de toda persona “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”; de igual manera, en su artículo 62°, reconoce lo siguiente:

“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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”

De esa manera, ambos artículos, si bien no nos explican qué podemos entender como contrato, si nos dan a conocer la protección de carácter constitucional que se desea brindar a todo aquel acuerdo de voluntades a la que puedan llegar dos o más sujetos en nuestro territorio nacional.

Por otro lado, el artículo 76^{o9} nos da una idea muy general (pero precisa) del contexto en el cual nos desenvolvemos, estableciendo a la contratación estatal como un mecanismo óptimo para que se dé un correcto y eficiente gasto del presupuesto público.

En ese sentido, la relevancia de este artículo nos dirige a la trascendencia que posee el ámbito de la contratación estatal en nuestro sistema, respaldando de esa manera a la doctrina que profesa y defiende al contrato administrativo como una institución válida y útil que busca la transparencia y eficiencia antes y durante su ejecución, así como también el conseguir que se satisfaga la finalidad pública perseguida.

Aterrizando al cuerpo legal especializado sobre la materia, nuestro Código Civil (1984) desarrolla un libro completo (Libro VII FUENTES DE LAS OBLIGACIONES) a fin de regular sus aspectos primordiales, tanto de carácter general así como también de carácter específico; en ese sentido, la idea preliminar de lo que debemos entender como contrato se encuentra estipulado en el artículo 1351°, el cual señala que “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir

⁹ Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

una relación jurídica patrimonial”, dándonos de esa manera una idea clara sobre su concepción. De igual manera, a lo largo del cuerpo normativo nos establece pautas esenciales que posee esta institución del derecho común; aspectos como la libertad contractual (1354°), obligatoriedad de los contratos (1361°), buena fe (1362°), perfeccionamiento de los contratos (1373°), entre otros; estos resultan de imperiosa atención por nuestra parte a fin de tener una idea clara de qué debe entenderse como “contrato” a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

En dicho contexto, De la Puente y Lavalle (1983) es enfático al momento de establecer qué es lo que podemos entender como contrato; en ese sentido, sostiene que este es “el acuerdo entre dos o más partes sobre una declaración conjunta de una voluntad común destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”¹⁰ (pág. 134), ratificando de esa manera el concepto que se tiene en el Código Civil.

La particular controversia que rodea a la conveniencia de conceptualizar la definición del contrato es igualmente tratada por este jurista; al respecto, sostiene que “(...). Es correcto, sí, que la ley contenga definiciones, pero siempre que estas tengan eficacia normativa. (...), el legislador debe dar la definición de contrato no porque el código sea un libro de enseñanza, sino porque de esa definición se dimana un efecto, una consecuencia normativa”¹¹.

Diez-Picazo (1996), por su parte, define al contrato desde un punto de vista *tradicional y clásico*, sosteniendo que este es “un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)”¹² (pág. 118).

Complementando la idea anterior, enmarca también a esta desde su punto de vista moderno, estableciendo que “El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. (...) El derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el

¹⁰ De La Puente, M. (1983). *Estudios del Contrato Privado*. Lima: Cultura Cuzco.

¹¹ De La Puente, M. (2010). *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.

¹² Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.

contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza¹³ (pág. 121).

Marco General Del Contrato Administrativo

A diferencia de la posición unánime en relación de lo que se entiende como contrato en el derecho privado, el llamado contrato administrativo presenta una dicotomía en las posturas que lo tratan; en ese sentido, Gordillo (1967) nos da luces al respecto de las posiciones divergentes que podemos encontrar:

Existen distintas orientaciones en el mundo acerca del concepto y de la existencia misma de los contratos administrativos.

En una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es por ejemplo la solución todavía imperante en la doctrina alemana.

En una segunda orientación, hasta hoy dominante, se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración, los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país de que se trate¹⁴ (pág. 807).

En tenor de la teoría clásica, Mairal (1998) es célebre en su tesis de *la peligrosidad o inutilidad* del contrato administrativo; en ese sentido, sostiene lo siguiente:

La crítica a la teoría tradicional del contrato administrativo se centra, en definitiva, en la pretendida existencia de las cláusulas exorbitantes implícitas: si ellas existen, la teoría es útil (o sea, tiene efectos jurídicos sustantivos concretos) pero peligrosa; mientras que, si ellas no existen, la teoría pierde

¹³ Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.

¹⁴ Gordillo, A. (1967). *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo.

peligrosidad, pero al mismo tiempo carece de efectos sustantivos y se vuelve en gran medida inútil¹⁵ (pág. 183).

Para los seguidores de esta postura, por consiguiente, la extrapolación de la viabilidad del contrato administrativo versa sobre su “separación exagerada” de la idea primigenia de la figura del contrato del derecho civil, debido tanto a su desnaturalización por las denominadas “prerrogativas exorbitantes”, o su poca conveniencia de no considerarse estas facultades de la administración en los contratos.

Siguiendo esa misma línea, López-Elías (1999), quien llama a esta posición como la teoría nugatoria, busca brindarle profundidad bajo el siguiente detalle:

1º) la concurrencia libre de las partes; 2º) la igualdad jurídica entre ellas; y 3º) su obligatoriedad. De faltar total o parcialmente esas características, debe desconocerse a los administrativos el carácter de contractual. Es evidente que en los contratos administrativos no existe entre ambas partes plena igualdad jurídica, ya que, a no dudarlo, la administración está en situación privilegiada. Además, la obligatoriedad en estos contratos no es igual que en derecho privado, ya que es aceptada su modificación por acto unilateral de la administración y por aplicación de la teoría de la imprevisión (solicitar el reajuste del contrato cuando su prestación, en los términos estipulados, se haga prácticamente imposible por circunstancias imprevistas). Sin embargo estas circunstancias no alteran la naturaleza contractual de estos actos: lo que constituye esencialmente el contrato es el acuerdo de voluntades creador de obligaciones. Éstas nacen o de la ley, o de un acuerdo de voluntades. El hecho de que una de las partes, sea la administración, no basta para cambiar esta naturaleza¹⁶ (pág. 13 – 14).

¹⁵ Mairal, H. (1998). *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho. 179.

¹⁶ López-Elías J. *Aspectos jurídicos de la Licitación pública en México*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

Por su parte, (y a mérito de réplica), Cassagne (1998) rechaza la teoría explicada previamente, sosteniendo lo siguiente:

Quizás, muy pocas líneas hubieran bastado para desechar la tesis que propugna Mairal, sin demostrar los equívocos en que incurre, como consecuencia de una metodología e ideas preconcebidas que, difícilmente puedan ser compartidas por juristas formados, básicamente, en el molde del derecho administrativo europeo, en el que prevalece el culto por la dogmática del Derecho¹⁷ (pág. 201).

En ese sentido, lo que nos quiere decir este último jurista argentino es que la importancia de un contrato administrativo versa no sólo por su utilidad práctica, sino también en su capacidad de otorgar seguridad jurídica a ambos contratantes, su capacidad de regular situaciones en donde el contrato del derecho privado pueda verse inoperativo y, mucho más importante, asegurar la consecución de la utilidad pública inherente a todo contrato administrativo.

Teniendo a consideración ambas posturas (y atendiendo a la teoría dominante que está de acuerdo en su aceptación), el contrato administrativo, para Marienhoff (1970) se puede entender como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”¹⁸ (pág. 8).

¹⁷ Cassagne, J. (1998). *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*. Argentina. El Derecho. 180.

¹⁸ Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A*. Argentina. Abeledo-Perrot.

De Las Prerrogativas Exorbitantes

El corazón de la presente investigación versa, sin ninguna duda, en lo que podemos entender como prerrogativa exorbitante; en ese sentido, De la Puente y Lavalle (1998), citando a Marienhoff, entiende a estas como “aquellas que sobrepasan el ámbito del derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son “inusuales” o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían “ilícitas” por exceder el ámbito de la libertad contractual”¹⁹ (pág. 7).

Si bien esta definición es la generalmente aceptada, suceden ciertos inconvenientes en la aplicación de la misma; como resulta evidente, para entender que es exorbitante o que no en un contrato administrativo, debemos hacer una comparativa con su par del derecho privado; sin embargo, este ejercicio no tendrá los mismos resultados si lo practicamos el día de hoy a que si lo ejercitamos dentro de 20 años; igualmente los resultados de la misma fueron distintos hace 20 años; esto es debido, como es obvio, a la evolución propia del derecho.

Un ejemplo totalmente didáctico es el desarrollado por Morón Urbina (2016), el cual establece lo siguiente:

(...) De ese modo, la calificación de “exorbitante” quedó expuesta a la evolución del Derecho contractual común que de manera convergente ha desarrollado modernamente caracteres distantes de los iniciales basado en la igualdad de partes, la libre negociación, el equilibrio de cargas y ventajas, el permanente consenso en su ejecución. Veamos, por ejemplo, los modernos fenómenos de la contratación masiva, de los contratos de adhesión, etc., donde no es infrecuente ahora encontrar en contratos privados pactos en que una de las partes posee capacidades similares e incluso superiores a las que tienen la Administración para decidir unilateralmente sobre los incumplimientos de la otra parte, sobre la interpretación de las cláusulas contractuales, para declarar la

¹⁹ De La Puente Y Lavalle, M. (1998). *Las “cláusulas exorbitantes*. Perú. Themis. 39.

resolución del contrato por incumplimiento de la otra parte, entre otras²⁰ (pág. 590 – 591).

A consecuencia de ello, preferimos adoptar los lineamientos establecidos por Brewer Carías, el cual nos da una definición más abierta, pero al mismo tiempo mejor adaptable y que un mayor consenso en su definición; a nuestro criterio, no sufre de falencias en los distintos escenarios en los cuales puede ser aplicable.

En ese sentido, Morón Urbina (2016) cita al maestro venezolano explicando lo siguiente:

Como bien afirma Brewer Carías, estas capacidades de la administración contractual ni son estipulaciones contractuales, ni implica que sean ilícitas en los contratos privados, sino que son “manifestaciones del poder de la acción unilateral propio de la Administración Pública” y solo son “desacostumbradas” en los contratos comunes²¹ (pág. 591).

Al respecto de la posición de este tema por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), es indudable que prefieren resaltar una definición un poco más “amable” y ciertamente abierta al respecto de lo que podemos entender como prerrogativa exorbitante; en ese sentido, basta con verificar cada una de las Opiniones que nos explican (desde su óptica) este tipo de temas de nos acontece²²; al respecto, ya es tradicional encontrar las palabras del maestro De la Puente y Lavalle (1998), estableciendo lo siguiente:

Así, esta potestad responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público -como es el régimen de contrataciones del Estado-, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado²³ (pág. 7).

²⁰ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

²¹ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

²² Revisar Opinión N° 022-2012/DTN, 156-2016/DTN, entre otros

²³ De La Puente Y Lavalle, M. (1998). *Las “cláusulas exorbitantes*. Perú. Themis. 39.

Por otro lado, es importante resaltar que dichas potestades no se encuentran cimentadas sobre razones arbitrarias o poco razonables, sino a parámetros estrictamente vinculados a la propia naturaleza de lo que podemos entender como su objetivo central; en ese sentido, Rodríguez-Arana (2008) sostiene lo siguiente:

(...) De ahí que la actuación de la Administración no queda cubierta por el manto del privilegio. Sobre ella manda los intereses generales, de la que es servidora; como poder público está sometida a la Constitución –derechos fundamentales– y al resto del ordenamiento jurídico.

Las potestades, por tanto, constituyen ejercicio del interés general en un contexto en el que la Administración, ni es dueña de los procedimientos, ni puede actuar sin tener en cuenta los principios constitucionales y su vinculación a los derechos fundamentales que, hoy por hoy, constituyen un elemento esencial en toda actuación administrativa. En este sentido, pues, las prerrogativas de la Administración deben entenderse en este contexto constitucional²⁴ (pág. 798).

Al respecto de esta, versan dos teorías importantes, las cuales sirven como termómetro al momento de analizar cada una de estas prerrogativas, que a fin de cuentas se diferencian en la intensidad o severidad en que deban ser aplicadas: desde tener un carácter netamente intervencionista por parte de la Administración en cada relación contractual, en una suerte de “abuso” en defensa del interés público del ejercicio del *ius imperium* (posición que defendían autores clásicos franceses como por ejemplo Pequignot), o un uso somero y moderado de las prerrogativas, inherente a la evolución que han ido adoptando estas en el tiempo.

En ese sentido, Morón Urbina (2013) nos relata lo siguiente:

Las prerrogativas estatales subsisten, pero han evolucionado. Desde su admisión plena de modo ilimitado y aún sin regulación expresa que lo habilite que convertía al contratista en un subordinado contractual, hasta la admisión regulada y su ejercicio razonable para reequilibrar esa sumisión, haciéndolo

²⁴ Rodríguez-Arana, J. (2008). *Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos de las Administraciones Públicas*. España. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC). 12.

compatible con derecho básicos del contratista como al equilibrio del contrato²⁵
(pág. 4).

²⁵ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

1.3 Definición de términos básicos

Contrato: “Acuerdo entre dos o más partes sobre una declaración conjunta de una voluntad común destinada a crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”²⁶ (pág. 134).

Contrato Administrativo: “Acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”²⁷ (pág. 8).

Interés Público: “El resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”²⁸ (pág. 249 y 250).

Prerrogativas Exorbitantes: “Capacidades de la administración contractual [que] ni son estipulaciones contractuales, ni implica que sean ilícitas en los contratos privados, sino que son manifestaciones del poder de la acción unilateral propio de la Administración Pública y solo son “desacostumbradas” en los contratos comunes”²⁹ (pág. 591).

lus Variandi: “Potestad la Administración Pública contratante [que] permite variar los términos y contenidos del contrato por razones de interés público debido a causas

²⁶ De La Puente, M. (1983). *Estudios del Contrato Privado*. Lima: Cultura Cuzco.

²⁷ Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A*. Argentina. Abeledo-Perrot.

²⁸ Escola, H. (1989). *El Interés Público como fundamento del derecho administrativo*. Argentina. Revista de Derecho Público. 10.

²⁹ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

imprevistas o ante necesidades nuevas que se requieran, a efectos de lograr los cometidos del objeto del contrato respectivo”³⁰ (pág. 300).

Resolución Unilateral: “Es aquella por la cual la Administración decide deshacer – por su propio criterio y mediante decisión unilateral – la relación contractual creada, cuando se lo exige circunstancias de interés general que ella misma aprecia, sin que medie acción dolosa o culposa del contratista en el cumplimiento de sus prestaciones”³¹ (pág. 12)

Declaración de Nulidad: “Poder de las entidades contratantes, impensable en las relaciones entre particulares (...) de decidir que ciertos hechos son constitutivos de las causas de nulidad y de definir las consecuencias indemnizatorias por cuanto una vez declarada la causal de nulidad ha de ordenarse la liquidación del contrato, y hemos visto que si las partes no llegan a un acuerdo la entidad tiene el poder de efectuar la liquidación unilateral”³² (pág. 408 – 409).

Interpretación Unilateral: “Faculta a la entidad contratante a que en caso de discrepancias sobre el alcance o la interpretación de alguna cláusula o del modo de ejecutar cualquiera de las prestaciones y no se pueda llegar a un acuerdo consensuado, pueda mediante decisión expresa absolver el sentido bajo el cual deben proceder las partes”³³ (pág. 596).

Dirección y Control: “Potestad de la entidad contratante para disponer, en cualquier momento de la ejecución contractual de medidas específicas para inspeccionar, vigilar y supervisar la regularidad de las actividades del contratista constitutivas de las prestaciones contractuales, y, en caso necesario, dictar las ordenes y los correctivos

³⁰ Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.

³¹ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

³² Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

³³ Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

necesarios que deben ser implementados por el contratista bajo apercibimiento de penalidad u otro tipo de sanción (...)"³⁴ (pág. 8).

Sanción al Contratista: “[Prerrogativa] que permite a la Administración de oficio y unilateralmente identificar en la conducta de los contratistas (aunque también en los postores) la existencia de infracciones, los valora, los procesa y finalmente les aplica la consecuencia sancionadora, generalmente una sanción de inhabilitación o multa”³⁵ (pág. 612).

Ejecución Directa de la Prestación: “Aquella [potestad] por la cual la administración tiene la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor”³⁶ (pág. 9)

Exceptio non adimpleti contractus: “[También] llamada excepción de incumplimiento contractual (exceptio non adimpleti contractus), se funda en la regla de la ejecución simultánea y en la idea de que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya. Ninguna de las partes de una obligación sinalagmática puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la propia obligación”³⁷ (pág. 163 – 164).

³⁴ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

³⁵ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

³⁶ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

³⁷ Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Sexta Edición. Madrid. Tecnos.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1 Diseño metodológico

El tipo de investigación para el presente trabajo fue de carácter descriptivo; es decir, nos centramos en recolectar información a fin de detallar las características y rasgos más relevantes de cada institución materia de análisis.

El nivel de investigación fue el exploratorio, ya que, al ser un tema poco tratado en nuestro contexto jurídico, buscamos aportar mayores luces para su entendimiento.

El método de investigación fue el inductivo, ya que estudiamos elementos particulares (cada una de las prerrogativas) a fin de llegar a una conclusión de carácter general (establecer si nuestra legislación materia de estudio es la adecuada).

Y finalmente, el diseño de investigación fue el cualitativo, ya que vimos nuestro problema de investigación desde una perspectiva holística y basándonos en distintas posiciones y argumentos, que nos permitieron tener conclusiones y apreciaciones personales debidamente sustentadas.

2.2 Técnicas de recolección de datos

Para esta investigación, la principal técnica de recolección de datos fue la captación y análisis de material bibliográfico y/o hemerográfico, que va desde libros, revistas especializadas, blogs de internet, artículos de investigación, entre otros; para ello, se empleó la recolección de datos vía internet así como también la visita a diversas bibliotecas, como la de la USMP, PUCP y Universidad ESAN; además de haber contado con diversas fuentes de carácter jurisprudencial que se podrán obtener de los portales de instituciones públicas principalmente del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE),

2.3 Aspectos éticos

Al ser nuestra técnica de recolección de datos la descrita en el párrafo precedente, se garantiza el registro de todas las fuentes bibliográficas, hemerográficas y/o electrónicas consultadas a lo largo del trabajo de investigación, reservando los derechos y créditos a los autores que contribuyan a su desarrollo y consecución.

CAPÍTULO III: DE LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES

3.1 Prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *Ius Variandi*

3.1.1 Marco doctrinario

El régimen exorbitante de los contratos administrativos tiene como abanderado principal a la prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *ius variandi* (siendo algunas de esas sus denominaciones más conocidas), erigiéndose de esa manera en una de las características más relevantes de los contratos administrativos³⁸ y que demarca de manera categórica la diferencia principal con su par del derecho común: la mutabilidad del contrato³⁹.

De ese modo, la prerrogativa de modificación unilateral de contrato (explicado brevemente) se determina como aquella posición privilegiada de la administración de poder modificar lo pactado en el contrato, como establece Huapaya Tapia (2013) al respecto:

(...) la teoría clásica de los contratos administrativos enseña que mediante esta potestad la Administración Pública contratante permite variar los términos y contenidos del contrato por razones de interés público debido a causas

³⁸ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

³⁹ Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los contratos administrativos*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.

imprevistas o ante necesidades nuevas que se requieran, a efectos de lograr los cometidos del objeto del contrato respectivo⁴⁰ (pág. 16).

Dichas variaciones que se realizan en un contrato firme, sin embargo, responden a determinados presupuestos, límites y condiciones esenciales de aplicación que fueron evolucionando a lo largo de la historia, por el cual ya no sólo se tiene en cuenta un interés más preponderante en el papel (interés público), sino también un respeto por la posición propia del contratista, en aras de establecer seguridad jurídica y razonabilidad con aquellos “colaboradores de la administración” que poseen (como es legítimo), un interés particular que no puede ser subestimado.

Como es sabido, la tradición administrativista latinoamericana adopta sus cimientos del derecho francés⁴¹, la cual presentó una serie de discrepancias en los años 50's, en los cuales se discutían la prevalencia entre los contratos de derecho privado y los contratos administrativos, temas especialmente enfocados en relación a la fuerza obligatoria del contrato, la posibilidad de resolver el contrato unilateralmente y la de modificación de las cláusulas contractuales (que nos atañen en este apartado).

En ese sentido Benavides (2004), citando a Gastón Jezé, menciona una primera posición en la cual “la administración tiene el poder de aumentar o reducir, durante la ejecución del contrato, la extensión de las prestaciones que debe efectuar el contratista (...) el principio es general y válido para todos los contratos administrativos⁴² (pág. 334).

Es decir, se hablaba de un poder general de la administración en la cual no era necesario ningún tipo de texto normativo que lo autorice o cláusula contractual donde emane dicha potestad: la naturaleza propia del contrato y su objeto bastaba para investirlo de esa “legitimidad” sin ningún tipo de límite.

⁴⁰ Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.

⁴¹ Mairal, H. (1998). *De la peligrosidad o inutilidad de una categoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho. 179.

⁴² Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

La posición de Gastón Jezé, que fue adoptada rápidamente por la doctrina, tuvo una tenue contraparte a partir de Jean L'Huillier, que significó una tesis parcialmente contraria a su enfoque; al respecto, "(...) El autor negaba la existencia del principio general derogatorio del derecho privado de los contratos por cuanto los poderes de modificación ejercidos por la administración contratante tenían siempre un fundamento positivo. La administración podía ejercer sus poderes gracias a que los pliegos de condiciones contractuales o las cláusulas los proveían y autorizaban"⁴³ (pág. 335).

En ese sentido, ambos autores no negaban la potestad de la administración de modificación contractual, encausando la controversia a la necesidad o no de una positivación de las disposiciones por la cual podía ejercitarse dicha prerrogativa, ya sea en instrumentos tales como leyes o reglamentos, o circunscritas al contrato a través de alguna cláusula.

Finalmente, la controversia (a nivel doctrinal por lo menos) culminó a partir de un trabajo de André De Laubadère⁴⁴, en cual concluye que "(...) existe cierto poder de intervención unilateral que autoriza a la administración a imponer a su contratista modificaciones en la extensión y modalidades de ejecución de sus obligaciones. (...) resaltando que el poder general de la administración contratante no se traduce en un privilegio existente entre sí, sino de un poder limitado por la jurisprudencia"⁴⁵ (pág. 336).

Dicha posición fue ratificada por el Consejo de Estado Francés en 1983, lo cual puso fin al debate en cuestión, estableciendo que "el poder de modificación unilateral hace

⁴³ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

⁴⁴ De Laubadère. *Du Pouvoir de L' Administration*

⁴⁵ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

parte de las reglas generales aplicables a los contratos administrativos con independencia de toda consagración legal o convencional”⁴⁶.

Saneada la problemática que giraba alrededor de una necesidad de “legalidad” de la prerrogativa, y ya estando adoptada esta figura a nuestro continente, las discusiones en torno a la practicidad proveniente de la exorbitancia de esta prerrogativa (en la cual se discute un riesgo a la seguridad jurídica y la poca conveniencia debido a la existencia del contrato del derecho privado) no es ajena para Latinoamérica: ya es un clásico el cruce de posiciones entre Hector Marial⁴⁷ y Juan Carlos Cassagne⁴⁸ en torno a esta tema, a partir de una serie de artículos donde defienden sus posiciones:

Explicando de un modo muy somero, por un lado, Mairal (1998) sostiene de manera general que las prerrogativas exorbitantes (de los cuales se incluye esta) pueden aplicarse a favor de la administración sin ningún tipo de asidero legal (refiriéndose a la postura del estudioso francés Gastón Jezé mencionado anteriormente), así como también que estas se ejercitan a pesar de haber disposiciones contractuales de por medio que las nieguen; además de acusar a la teoría del contrato administrativo como ambiguo y poco desarrollado.

Particularmente referido al *Ius Variandi*, si bien acepta posteriormente su carácter de potestad reglamentaria, su principal crítica sostiene que “Por último, las variaciones que son consecuencia indirecta del ejercicio de la potestad reglamentaria que han atribuido a la administración leyes que no tienen relación inmediata con el contrato dan lugar a una problemática común a todo tipo de contrato del Estado”⁴⁹ (pág. 17); aludiendo también un resquebrajamiento al principio del *pacta sunt servanda* que emanan de la naturaleza del contrato, ya que hablar de este principio conjuntamente

⁴⁶ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición.

⁴⁷ Mairal, H. (1998). *De la peligrosidad o inutilidad de una categoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho. y *El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo*. Buenos Aires. El Derecho.

⁴⁸ Cassagne, J. (1998). *Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo a la figura del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho. y *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)*. Buenos Aires. El Derecho.

⁴⁹ Mairal, H. (1998). *De la peligrosidad o inutilidad de una categoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho.

con la mutabilidad de los contratos administrativo “es incurrir en una figura cercana al oxímoron”⁵⁰ (pág. 11).

Por su parte, Cassagne (1998) rebate las ideas de Mairal señalando enfáticamente el rechazo a la figura de las cláusulas exorbitantes implícitas, estableciendo que “las prerrogativas públicas surgen del régimen jurídico normativo que es típico del contrato administrativo”⁵¹ (pág. 8), descartando de plano toda alusión a un poder de la administración que no tenga una base legal determinable; en ese mismo sentido, agrega que es posible la negociación del modo de ejercicio de la prerrogativa entre la Administración y el contratista, por el cual no se habla de ninguna manera de una parte indefensa con respecto de la otra.

Al respecto del *ius Variandi*, es claro al establecer y recalcar el principio de inalterabilidad del fin contractual, por el cual la administración no puede modificar el objeto ni las prestaciones sustanciales materia de contratación; aludiendo, de esa manera, a una convergencia entre las figuras del *pacta sunt servanda* y la mutabilidad del contrato administrativo.

Respaldando las ideas de Cassagne, Jorge Coviello (2011) hace un análisis magistral al respecto de este tema, concluyendo que:

Los contratos que celebra la administración –más allá de que se los rotule como “administrativos”, o como “regidos en mayor o menor grado por el Derecho privado” o, genéricamente rotulados como “contratos de la administración” o “contratos públicos” – el principio de legalidad es el primero que aparece. Cumplida la legalidad –formal y sustancial-, la ejecución está guiada en primer término por el principio *contractus lex*. Seguidamente, solo en los casos en que

⁵⁰ Mairal, H. (1998). *De la peligrosidad o inutilidad de una categoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho. pág. 11.

⁵¹ Cassagne, J. (1998). *Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo a la figura del contrato administrativo*. Buenos Aires. El Derecho.

proceda podrá el Estado ejercer el *ius variandi*, en orden al cumplimiento de los fines públicos.⁵² (pág. 194).

Dicho razonamiento es, actualmente, adoptado por la mayor parte de la doctrina latinoamericana.

Quedando ceñida su posición, la prerrogativa de modificación unilateral del contrato, como venimos explicando, responde a determinados presupuestos de aplicación para que pueda ser utilizada legítimamente por la administración, entre las cuales tenemos:

Responde a un interés público determinado: Partiendo de la premisa que “un contrato no es administrativo por incorporar cláusulas exorbitantes, sino que incorporan válidamente estas por ser administrativo”⁵³ (pág. 96), es concerniente pensar que la concepción de la prerrogativa materia de estudio responde a un fin esencial, que es el interés público que dio lugar a la contratación entre ambas partes.

En ese sentido, debe haber una sustentación expresa dirigida al contratista de las razones concretas de interés público que exigen algún tipo de modificación⁵⁴ a las cláusulas del contrato; por el cual dichas variaciones tienen un soporte proveniente, en *prima facie*, al interés general emanado del objeto de contratación.

Citando a Brewer Carias, Morón Urbina (2013) demarca dicha posición acotando lo siguiente:

[La facultad de modificación unilateral] radica en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el cocontratante

⁵² Coviello, J. (2011). *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?* Lima. Derecho PUCP. 66.

⁵³ Ariño, G. (2007). *El enigma del contrato administrativo*. Madrid. Revista de Administración Pública. 172.

⁵⁴ Linares, M. (2002). *El Contrato Estatal*. Lima. Editorial Jurídica Grijley.

en el acto de conclusión del contrato. Si se admitiese la intangibilidad del contrato, ello sería perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría si la Administración necesitare de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos como en los trabajos o en los medios de ejecución⁵⁵ (pág. 16).

Legalidad u orden formal: Como venimos evidenciando, la necesidad de que esta prerrogativa encuentre un asidero formal en el orden legislativo del país resulta providencial para su ejercicio legítimo y bajo determinados parámetros que no lo hagan abusivo; al respecto de esto último, Dromi (2006) sostiene que “por ello, las alteraciones dispuestas por la Administración son, en principio, obligatorias para su contratista, excepto en los casos en que ella infrinja los límites reglados y/o discrecionales del *ius variandi*”⁵⁶ (pág. 625).

En un punto de vista paradójico (pero razonable), la lógica perseguida por García De Enterría Y Fernandez (2011) resulta tan curiosa como interesante al establecer que “el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga”, complementando dicha idea sostienen que “(...) sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia ley prevé”⁵⁷ (pág. 723).

En ese sentido, podemos atribuirle una importancia sustancial a los márgenes legales que se marquen a esta prerrogativa, ya que no sólo estaríamos

⁵⁵ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

⁵⁶ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

⁵⁷ García De Enterría, E. y Fernández, T. (2011) *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Lima – Bogotá. Palestra – THEMIS.

hablando de una necesidad de formalidad para su aplicación fáctica, sino también para establecer sus límites y alcances.

Respeto al fin esencial, objeto y naturaleza del contrato: Si bien toda modificación del contrato debe responder a un interés general que lo sustente, así como también este se somete a determinados límites establecido por la ley, se considera que los alcances que pueda tener esta prerrogativa no deben sobrepasar características primigenias que permitieron a los sujetos llegar a un acuerdo de voluntades, ya que de no ser así, vulneraría sobremanera el principio de *contractus lex* y de *pacta sunt servanda* inherente a la contratación.

Respecto a ello, Linares (2002), citando a Escola, nos habla de un respeto a “la esencia y objeto del contrato”⁵⁸ (pág. 161) que debe ajustarse al momento de ejercitar esta potestad; asimismo, Morón Urbina (2013) redondea la idea del autor en cuestión estableciendo que el ejercicio de esta prerrogativa sin tener en cuenta la esencia, objeto y naturaleza del contrato conllevaría a lo siguiente:

Podría llevar a ejemplos extremos a todas luces inaceptables ahora, como por ejemplo, modificar un contrato de construcción de un edificio de madera para variarlo por un contrato de cemento armado, cambiar la prestación de alumbrado a gas por un suministro de alumbrado eléctrico, mutar la prestación de suministro de alimento para los caballos de un regimiento militar por la provisión de combustibles porque su reemplazado por un batallón de vehículos motorizados⁵⁹ (pág. 18).

Necesidades nuevas o causas imprevistas sobrevinientes: Siguiendo los presupuestos anteriormente explicados, solo estos no bastan para argumentar un accionar de la administración de modificación de lo pactado en el contrato, ya que esta pretensión debe ir acompañada de un hecho sobreviniente e

⁵⁸ Linares, M. (2002). *El Contrato Estatal*. Lima. Editorial Jurídica Grijley.

⁵⁹ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

inesperado que hiciera cambiar el rumbo de la voluntad inicial de contratación, sirviendo de esta manera como un justificativo para quebrar lo pactado inicialmente; por consiguiente, se demarca claramente un campo de acción de la administración al momento de ejercitar esta prerrogativa, haciendo que su actuar sea previsible y razonable por el contratista.

En ese sentido, Rodríguez-Arana (2008) sostiene que el “precepto es relevante (...) porque delimita extraordinariamente el ámbito de *ius variandi* pues solo podrá operar en los supuestos de necesidades nuevas o causas imprevistas, lo que permite clarificar el ejercicio de esta potestad sin excesivos problemas⁶⁰ (pág. 806).

Como vemos, la idea de una prerrogativa de modificación unilateral del contrato sin límites y aunada al interés general como un estandarte que le diera carta blanca a la administración de mutar el contrato a su voluntad, está desfasada; muy por el contrario, hoy en día se tiene una conciencia bastante mesurada y lineal al respecto de su ejercicio, que está sujeto a una serie de presupuestos específicos para su desarrollo armónico y razonable.

Por otro lado, el accionar de la administración al momento de ejercer esta prerrogativa trae secuelas consigo, que, si bien actúan como efecto de dicha causa, responden a un interés de justicia para ambas partes o como también un subsecuente escenario favorable o desfavorable para el contratista; en ese sentido, las consecuencias que trae el ejercicio de esta prerrogativa son las siguientes:

Compensación económica: La compensación económica (la misma que se puede asociar al equilibrio económico financiero del contrato) resulta naturalmente entendible si es que alguna de las partes del contrato

⁶⁰ Rodríguez-Arana, J. (2008). *Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos de las Administraciones Públicas*. España. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC). 12.

administrativo rompe con la raigambre de un acuerdo de voluntades firme, más allá si es que dicha variación responde a un interés público.

Si lo vemos meramente desde un punto de vista compensatorio, el contratista que ve variado la situación contractual a la que se encontraba atado, merece que se establezca una determinada indemnización por ello; en ese sentido, Brewer Carias (1968) sostiene que “(...) si la Administración puede por sus decisiones unilaterales, de una general, introducir cambios y modificar las obligaciones del contratista, estas intervenciones dan lugar, en contrapartida, a que este tenga derecho a una compensación pecuniaria, es decir, tenga el derecho a una indemnización”⁶¹ (pág. 113).

La indemnización en cuestión, como es evidente, debe responder a un menoscabo realmente producido (y demostrado) al contratista, ya que no basta tener como elemento justificante a la variación contractual para ser pasible de una compensación económica, sino que esta modificación, de manera efectiva, debe haber producido un perjuicio económico; al respecto, el autor anteriormente citado complementa su idea mencionando lo siguiente:

Para que pueda ser reclamada por el contratante, este debe haber sufrido realmente un perjuicio, que debe ser probado. Por otra parte, la indemnización debe ser integral, es decir, debe compensar la totalidad de los daños que ha acarreado la intervención de la administración.⁶² (pág. 114).

Considerando ello, para este autor la indemnización no sólo debe verse limitada a reestablecer el equilibrio económico inicial, sino también a resarcir un daño emergente y lucro cesante que puede haber producido el actuar de la

⁶¹ Brewer-Carias, A. (1968). *La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos*. Madrid. Revista de derecho español y Americano. volumen 13. 19.

⁶² Brewer-Carias, A. (1968). *La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos*. Madrid. Revista de Derecho Español y Americano. volumen 13. 19.

Administración.

Por otro lado, si vemos a este no sólo con un carácter indemnizatorio, sino que (principalmente) debe responder a reestablecer un equilibrio económico, podemos hablar de una evolución en la cual se supera una figura de compensación para el “contratista afectado” y se pase a una en donde se tenga como eje central al escenario económico primigenio de contratación; en ese sentido, Dromi (2006) considera lo siguiente:

La modificación de la relación contractual debe mantener el equilibrio económico-financiero a favor del contratista, debiendo la Administración indemnizarlo cuando dichas alteraciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o hacer los reajustes correspondientes para evitar que aquélla obtenga un beneficio indebido. El equilibrio económico-financiero actúa como contrapartida del principio de mutabilidad⁶³ (pág. 626).

Teniendo a consideración ambos extremos, podemos tener una idea no sólo de un equilibrio económico contractual que debe reestablecerse, sino también de una acción indemnizatoria que puede sobrepasar la cuantía original del contrato en aras de perseguir una verdadera equidad entre las partes.

Ámbito de variación de las prestaciones: Este apartado, relacionado netamente al ámbito de aplicación de la prerrogativa, nos sitúa en los tipos de modificaciones que pueden sufrir las prestaciones emanadas del contrato; en ese sentido, Morón Urbina (2013) encierra dicha idea mencionando lo siguiente:

Por efecto de esta prerrogativa (...), [permite] que una de sus partes pueda incorporar modificaciones de diversa intensidad en la dimensión cuantitativa de la prestación de su contraparte (ej. Disminución de prestaciones u ordenar prestaciones adicionales), en la dimensión

⁶³ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

cualitativa de la prestación (modificar las condiciones de ejecución o las características de la prestación) o en el horizonte temporal de la prestación (ej. Ampliándole el plazo para cumplir con las prestaciones o cancelando el contrato mediante figuras como el rescate, en el caso de la concesión)⁶⁴ (pág. 16).

Por su parte, Dromi sostiene las siguientes ideas en relación a este tema:

Las modificaciones en el contrato administrativo pueden traducirse tanto en un aumento (adicionales) como en una disminución (reducirse) de las prestaciones. Las modificaciones pueden ser directas, es decir, que atañen al contrato o a alguna de sus disposiciones, o indirectas, originadas en actos cuyo fin no es la modificación, pero que producen ese efecto.

Además, la mutabilidad del contrato administrativo puede afectar su duración (...); el volumen de las prestaciones y obligaciones del contratista, o las condiciones, forma y modo de ejecución de las prestaciones⁶⁵ (pág. 626).

Como resulta evidente, todos estos tipos de cambios en el contrato deben darse en el marco de los límites expuestos anteriormente, ya que darle demasiada discrecionalidad a la Administración en relación a la gran gama de modificaciones que podría realizar no brindaría de ninguna forma seguridad jurídica, así como también poca estabilidad que ahuyentaría la competencia de los interesados en participar en una licitación o concurso público.

Por eso, las potestades no son un privilegio sino poderes mensurables por su fin en todas sus facetas. El canon de la proporcionalidad, de la racionalidad, de

⁶⁴ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

⁶⁵ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

la oportunidad, permite la ponderación en el ejercicio de las potestades. En ese sentido, habrá que entender las prerrogativas que el legislador atribuye a la administración pública en materia contractual. Es más, el ejercicio mensurado y ponderado de las potestades facilitara que la motivación sea un elemento esencial en la funcionalidad de estas concretas potestades⁶⁶ (pág. 798).

⁶⁶ Rodríguez-Arana, J. (2008). *Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos de las Administraciones Públicas*. España. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC). 12.

3.1.2 Marco legislativo

Según establece Morón Urbina (2016), en nuestro contexto nacional sólo puede vislumbrarse, al respecto de esta prerrogativa, modificaciones del carácter cuantitativo del contrato; es decir, deductivos o adicionales que la Administración puede imponer al contratista en relación al objeto contractual a su cargo (lo mismo que puede conllevar a una modificación en el plazo); en ese sentido, sostiene que “Como veremos en el caso peruano, la prerrogativa modificatoria está limitada a la dimensión cuantitativa de la prestación, no alcanzando a las dimensión cualitativa o temporal, que, sin embargo, pueden darse de modo bilateral” (pág. 599)⁶⁷.

Es decir, para el autor mencionado puede advertirse en nuestro contexto legislativo dos tipos de modificaciones a los contratos: adicionar o deducir las prestaciones a cargo del contratista y/o aumentar o disminuir el plazo de ejecución; por consiguiente, podemos encontrar un primer límite a nuestro contexto legislativo, límite que a fin de cuentas pretende dar una mayor seguridad jurídica al momento de dar pie a esta potestad.

Sin embargo, conforme a la interpretación literal del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado (en donde se desarrolla el marco general de esta prerrogativa) y del Anexo Único de Definiciones del Reglamento (respecto a lo que se debe entender como “adicional de obra”), en nuestra opinión este límite no es del todo claro, ya que el entendimiento de ambas figuras va mas allá del razonamiento establecido por el Dr. Morón Urbina; en ese sentido, los mencionados artículos son los siguientes:

Artículo 34. Modificaciones al Contrato

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último

⁶⁷ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiaria debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 (...) La Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (...).

Anexo único de definiciones del RLCE:

Prestación adicional de obra: Aquella no considerada en el expediente técnico ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

Como puede observarse, no es del todo claro cuáles son los límites de la aplicación de esta prerrogativa, siendo que la definición de “prestación adicional”, que debe considerar la Ley y el Reglamento es muy abierta, conforme a lo establecido en el extracto del Anexo Único de Definiciones mencionado anteriormente.

El establecer que una prestación adicional (en relación a los contratos de obra) es todo aquello no contemplado en el expediente ni en el contrato original hace que el abanico de posibilidades de una modificación del contrato no tenga límites, salvo por los límites cuantitativos señalado en el artículo 34; en ese sentido, resulta peligroso la literalidad que actualmente maneja la Ley de Contrataciones tal como se explicó en el marco doctrinario de este apartado.

Sin perjuicio de lo anterior, el establecer márgenes cuantitativos a las prestaciones adicionales y deducciones (25% del monto del contrato original en caso de contratos de bienes y servicios y 15% en caso de contratos de obra) nos parece una medida correcta, ya que se busca limitar de manera inteligente y simple el *ius variandi*, ya que adscribe su alcance a límites totalmente tangibles ante situaciones por las cuales la Administración necesite modificar unilateralmente el contrato, respetando, de una manera razonable a los principios de *contractus lex* y *pacta sunt servanda* que debe acompañar a todo acuerdo de voluntades, sin dejar de lado las futuras necesidades públicas que, como todo aspecto social, es cambiante en el tiempo.

Siguiendo con los límites que actualmente se contemplan para la aplicación de esta prerrogativa, también debemos tener a consideración lo establecido en la última parte del numeral 34.1 de la Ley, la misma que da pie al equilibrio económico financiero del contrato, y por el cual nos remite al inciso i) de la misma Ley de Contrataciones, que establece lo siguiente:

Artículo 2.- Principios que rigen las contrataciones

(...)

Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestación del interés general.

Es decir, en nuestro contexto nacional, todo adicional o deductivo que pueda imponer la Administración al contratista debe significar un ajuste no sólo a la retribución económica que recibirá el mismo por los trabajos efectivamente ejecutados, sino también a cualquier otro derecho u aspecto intrínsecamente vinculado al objeto contractual como puede ser, por ejemplo, al plazo o la cuantía de la garantía otorgada.

Sin embargo, existe un vacío en la normativa de lo que debe entenderse como “equilibrio económico financiero del contrato”, limitándose esta sólo a mencionarla; en ese sentido, creemos que definirla en el marco legislativo de la materia es totalmente necesaria a fin brindar un mayor trasfondo a su aplicación en la realidad.

Siguiendo con el desarrollo de la Ley de contrataciones, el numeral 34.2 se relaciona íntimamente con el artículo 139 del Reglamento, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 139.- Adicionales y Reducciones (Inicia el Capítulo IV Modificaciones del Contrato)

139.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

139.2. Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

139.3. En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

139.4. Tratándose de adicionales de supervisión de obra, para el cálculo del límite establecido en el primer párrafo del artículo 34.4 de Ley solo debe tomarse en consideración todas las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

139.5. Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Como se mencionó anteriormente, el límite de la cuantificación del adicional o deductivo (25%) responde, a nuestra consideración, a establecer una demarcación que no afecte la naturaleza propia del acuerdo de voluntades inicial; ya que, de alterarse en un rango mayor al señalado podría (o debería) interpretarse como un mal planeamiento o programación de los términos de referencia o bases en la fases previas a la ejecución del contrato; lo que empujaría, sin lugar a dudas, a la necesidad de realizar una nueva convocatoria de interesados en dicho concurso público, teniendo mucho más cuidado en la elaboración de los estudios previos que finalmente serán las directrices del objeto del contrato a llevarse a cabo (sin tener a consideración posibles hechos imprevisibles que puedan llevar a un mismo contexto).

En relación a las prestaciones adicionales, cabe precisar que, muy aparte de los presupuestos de aplicación en los cuales debe estar basada toda modificación al contrato (los cuales fueron explicados anteriormente), es evidente que la aprobación de las mismas estarán sujetas a la disponibilidad de presupuesto por parte de la Entidad contratante, a fin de poder financiar estas.

Una mención especial debe recibir aquel escenario por el cual se tenga que realizar una reducción de prestaciones en el contrato, ya que esta debe responder a ciertos presupuestos para que pueda concretarse; presupuestos que, sin embargo, no se encuentran contenidos en la Ley materia de estudio.

En ese sentido, la Opinión N° 156-2016/DTN (la cual desarrolla su contenido sobre esta “Nueva” Ley de Contrataciones), establece que la reducción únicamente procederá cuando las obligaciones a cargo del contratista sean de carácter divisible; es decir, que la supresión de alguna de sus partidas no altere y/o afecten a la finalidad del objeto del contrato; en ese sentido, la referida opinión establece lo siguiente:

Ahora bien, aun cuando la normativa de contrataciones del Estado no lo haya establecido expresamente, la Entidad solo puede aprobar la reducción de prestaciones en aquellos casos en los que la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible, en consecuencia, la reducción no es posible cuando se trate de obligaciones indivisibles.

(...)

En esa medida, la Entidad puede aprobar la reducción de prestaciones cuando la obligación a cargo del contratista tenga carácter divisible, lo cual implica que la prestación -bien, servicio u obra- pueda ser ejecutada parcialmente sin que ello ocasione un detrimento que le impida cumplir la finalidad para la cual fue contratada⁶⁸.

A partir de ello, se brinda congruencia y un límite totalmente razonable a las reducciones que puede realizar la Entidad contratante, ya que los posibles deductivos aplicados a un contrato no deben estar basados en ninguna otra razón diferente que a la satisfacción de las necesidades o beneficios públicos asociados con el contrato, teniendo a consideración el análisis costo – beneficio correspondiente.

El otro presupuesto que considera esta opinión es que la reducción que se pretenda aplicar deberá realizarse únicamente a aquellas prestaciones que aún no se hubieran ejecutado; en ese sentido, menciona lo siguiente:

Adicionalmente, es importante precisar que la Entidad puede disponer la reducción respecto de aquellas prestaciones que no hubieran sido ejecutadas

⁶⁸ Opinión 156-2016/DTN de fecha 23 de septiembre de 2016

por el contratista y siempre hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original⁶⁹.

En nuestra consideración, esta disposición busca brindar seguridad jurídica al contratista, al asegurarle que sus obligaciones debidamente ejecutadas serán retribuidas conforme a lo dispuesto en el contrato, limitando de esa manera al campo de acción que tiene la Entidad contratante.

Si bien ambos presupuestos anteriormente mencionados resultan de un análisis enteramente lógico y razonable de interpretación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, un escenario ideal hubiera sido que estos también hubieran sido incluidos en la propia normativa, a fin de brindarles la fuerza e importancia debida.

Un acápite especial merece el numeral 139.6, el mismo que fue incluido al Reglamento mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF,

139.6. Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales en los contratos de modalidad mixta con carácter de emergencia, cuya falta de ejecución ponga en peligro a las personas o afecte la integridad de la infraestructura pública o la continuidad del servicio público, se puede autorizar la ejecución de dichas prestaciones mediante comunicación escrita al contratista, sin perjuicio de la verificación que debe efectuar la Entidad, previamente a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no puede efectuarse pago alguno, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Este numeral en cuestión es una iniciativa totalmente plausible que responde a atender una necesidad pública totalmente apremiante, lo cual nos parece un acierto en aras de preponderar el objeto de contratación y su finalidad pública intrínsecamente vinculada.

Por parte de los contratos de obra, estos se encuentran regulados en el numeral 3 del artículo 34, siendo su desarrollo el siguiente:

⁶⁹ Opinión 156-2016/DTN de fecha 23 de septiembre de 2016

34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (...).

Al respecto de este numeral, sigue la misma lógica explicada en el caso de contrato de servicios, siendo que únicamente varían los aspectos relacionados al monto máximo del deductivo o adicional que pueda ser considerado únicamente por la Entidad Contratante.

De igual manera, conforme a lo establecido en la Directiva N° 011-2016-CG/GPROD, en el caso particular de los adicionales, hace una precisión al respecto de las causales que la originan (causales que también son mencionadas en el artículo anteriormente mencionado), siendo únicamente las siguientes:

- Situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato.

- Deficiencias del expediente técnico de obra⁷⁰.

Respecto a ello, consideramos que su desarrollo se da en márgenes muy congruentes, ya que limita de manera “inteligente” la aplicación de esta prerrogativa al no brindar tanta discrecionalidad a la Administración, no vulnerando de esa manera el acuerdo de voluntades inicial entre las partes.

⁷⁰ Directiva N° 011-2016-CG/GPROD “*Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra*”, de fecha 13 de mayo de 2016.

3.2 Prerrogativa de resolución unilateral y declaración de nulidad del contrato

3.2.1 Marco doctrinario

El desarrollo de ambas prerrogativas en un solo apartado responde esencialmente al fin común que conducen, y es el de la culminación de la relación contractual; en ese sentido, diversas fuentes doctrinarias prefieren encuadrar ambas en una sola idea, como potestad resolutoria⁷¹ o conclusión unilateral por razones de interés público⁷²; sin embargo, creemos necesario hacer una diferenciación no sólo en su tratamiento, sino también en su particularidad como prerrogativas individuales que si bien comparten un mismo fin, son incentivadas por causales y contextos disímiles.

Por un lado, la prerrogativa de resolución unilateral del contrato se determina como aquella potestad de la administración de “deshacer – por su propio criterio y mediante decisión unilateral – la relación contractual creada, cuando se lo exige circunstancias de interés general que ella misma aprecia, sin que medie acción dolosa o culposa del contratista en el cumplimiento de sus prestaciones”⁷³ (pág. 12); en ese sentido, podemos determinar que la culminación de la relación contractual en este caso responde a una causal (de interés público) sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, por el cual el objeto y fin de contratación que dio paso a un acuerdo de voluntades carece de sentido, lo que conlleva a su extinción.

Al respecto de esta prerrogativa, existe un par de controversias doctrinales al respecto: La primera de ellas en relación al alcance de esta facultad de la administración; es decir, el campo de acción en la cual se desarrolla; por un lado, Cassagne (2005) es enfático al vincular la aplicación de esta prerrogativa al interés público que debe servir como sustento para su existencia; o en otras palabras, será el interés general el motor

⁷¹ Linares, M. (2002). *El contrato estatal*. Lima. Editorial Jurídica Grijley. pág. 167.

⁷² Pérez, A. (2013). *Conclusión de los contratos administrativos*. Arequipa. Contratación Pública XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen I. pág. 76.

⁷³ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

principal que fundamentará esta prerrogativa (y que tendrá que estar expresamente detallada en la Ley de la materia que lo contenga).

En ese sentido, el autor en cuestión señala lo siguiente:

(...) el interés público en que se fundamenta la extinción del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia debe hallarse previamente declarado o contenido en una ley formal, no pudiendo consistir en un mero cambio de criterio de la Administración sobre la apreciación del interés público que se persiguió al celebrar el acuerdo de voluntades⁷⁴ (pág. 156).

Por otro lado, Marienhoff discrepa aduciendo que la prerrogativa de “rescisión unilateral de la administración” (siendo esta la denominación por la cual nombra a esta facultad; igualmente, cabe resaltar que podemos considerar que los términos “rescisión” y “resolución” se usan indistintamente por este autor) existe a mérito de “castigo o sanción” al contratista, debido al incumplimiento de las prestaciones a su cargo; es decir que, para el citado experto, mediante la prerrogativa de resolución unilateral, la administración podrá disolver la relación contractual de manera unilateral sólo en aquel escenario en donde el contratista incumpla “gravemente” con las prestaciones a su cargo.

El autor en cuestión establece lo siguiente:

No obstante, la afirmación de algunos autores, el poder de "rescisión" unilateral de la Administración no se vincula a razones de oportunidad", "mérito" o "conveniencia", es decir no se pone en ejercicio para satisfacer el interés público o general. La rescisión unilateral no procede por razones de "oportunidad", "mérito" o "conveniencia" -como estiman los tratadistas citados en la nota, sino única y exclusivamente como sanción por "culpa" o "falta" cometidas por el cocontratante⁷⁵ (pág.151).

Por otro lado, es importante señalar que dicho autor hace esta diferenciación a partir de sostener que la figura en donde se desarrolla una terminación contractual debido a

⁷⁴ Cassagne, J. (2005). *El contrato administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

⁷⁵ Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

causales de interés público es la “revocación” y no la “rescisión”⁷⁶, ante la cual Cassagne muestra su desacuerdo⁷⁷.

En ese sentido, para aliviar dicha polémica de carácter terminológico, debemos tener en cuenta que involucra cada uno de los términos en cuestión: La revocación a *prima facie* se determina como “una característica natural del acto administrativo y una de sus formas ordinarias de extinción”⁷⁸ (pág. 421); en cambio, la rescisión o resolución (figuras indefectiblemente emanadas del derecho común), al margen de su significancia diametralmente opuesta, se desarrollan en un ámbito eminentemente contractual.

En consecuencia, no es ideal hablar de “revocación” al respecto de esta prerrogativa de los contratos administrativo al estar ubicados (valga la redundancia) en el contexto de los contratos administrativos, siendo la “rescisión” o “resolución”⁷⁹ términos mejor adecuados a este contexto debido a su connotación más acorde a este escenario; en ese sentido, Linares (2002) redondea nuestra posición sosteniendo lo siguiente:

(...), tendremos que decir que la revocación es propia de actos jurídicos dependientes de una sola persona (testamento y mandato) con lo que este poder de revocación se entenderá sólo en el supuesto de considerar al contrato estatal como contrato administrativo y a éste a su vez, como un acto administrativo bilateral, concepto actualmente superado o sin cabida en nuestro ordenamiento⁸⁰ (pág. 168).

Al margen del aspecto terminológico de la prerrogativa (que resulta importante), la polémica precedente nos sitúa en la segunda controversia doctrinal: ¿la prerrogativa

⁷⁶ Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

⁷⁷ Ante ello, Cassagne en el libro citado en líneas anteriores en su pág. 155 sostiene que “(...) empero, cuando la extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia –interés público– opera en los contratos administrativos, resulta más adecuado encuadrarla dentro de la resolución o rescisión unilateral sin culpa y por razones ajenas al contratista.

⁷⁸ Morón, J. (2011). *La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica*. Lima. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. 67.

⁷⁹ Cabe señalar que, en nuestra posición, el término que consideramos más adecuado es el de la “resolución” contractual, ciñéndonos esencialmente a su diferenciación con la rescisión en el derecho privado de nuestro ordenamiento: la resolución se da por una causal sobreviniente a la celebración al contrato; en cambio, la rescisión se declara por una causal existente al momento de la celebración del contrato; por otra parte, la resolución no involucra ningún tipo de vicio en su origen; en cambio, en la rescisión el contrato si presenta un vicio en su origen que posteriormente puede acarrear a una nulidad del mismo.

⁸⁰ Linares, M. (2002). *El contrato estatal*. Lima. Editorial Jurídica Grijley.

de resolución (o rescisión) unilateral responde a una causal de interés público fundamentada o su existencia y aplicación responde a un incumplimiento grave del contratista?

Teniendo por un lado la posición tajante y extremista de Marienhoff anteriormente señalada, y por otro lado a Cassagne que considera a la resolución por incumplimiento meramente como un “típico medio de resolución o rescisión unilateral”⁸¹ (con lo cual enfatiza su posición de encuadrar a esta potestad sólo por aquellas causales de interés público); tenemos una primera posición híbrida en la doctrina:

Rodríguez-Arana (2008) en ese sentido sostiene lo siguiente:

El interés público también puede aconsejar en determinados casos que la propia Administración decida unilateralmente la resolución del contrato. Sobre todo, se producirá en aquellos casos en que se constate la existencia de un incumplimiento grave por parte del contratista (caducidad) o cuando las razones de interés público determinen la extinción de la relación contractual⁸² (pág. 809).

Por su parte, Dromi (2006) sostiene que “(...) la rescisión unilateral no sólo procede en los supuestos de incumplimiento grave del contratista, en cuyo caso podría ser una expresión de la potestad sancionatoria, sino que además avanza en función de razones de oportunidad, mérito y conveniencia, por causas relativas al interés público”⁸³ (pág. 630).

Como vemos, los dos autores citados anteriormente consideran a ambas perspectivas complementarias en razón a esta prerrogativa; si bien son posiciones con asideros muy diferentes, tenemos que tener en cuenta que no son opuestas, por el cual es razonable concebir que ambas ideas puedan coexistir sin contrariarse una a la otra.

Sin embargo, otra corriente doctrinaria insiste en las ideas de Cassagne a partir de una demarcación importante entre ambas ideas; en ese sentido, Comadira y Escola (2012) nos dan las siguientes luces:

⁸¹ Cassagne, J. (2005). *El contrato administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Pág. 166.

⁸² Rodríguez-Arana, J. (2008). *Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos de las Administraciones Públicas*. España. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC). 12.

⁸³ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

Se trata de una potestad exorbitante del derecho privado, y que encuentra también su fundamento en la finalidad esencial de los contratos administrativos y, en general, de todo el accionar administrativo, es decir, en las exigencias del interés público.

(...)

Conviene hacer presente que al tratarse de esta potestad rescisoria de la administración, no se debe incluir en su consideración otros casos de rescisión, como la que es pronunciada a título o con el carácter de una sanción, y que exige la existencia de una falta o culpa contractual grave; la que se pronuncia por haberla requerido el propio cocontratante de la administración; y la que tiene lugar por la desaparición del objeto del contrato, todos los cuales constituyen supuestos distintos (...).

La potestad rescisoria a la que ahora nos estamos refiriendo, se aplica en aquellos supuestos en que se la funda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas relativas, directamente, al interés público⁸⁴ (pág. 438 – 439).

De igual manera, Pérez Hualde (2013) respalda el mismo pensamiento aduciendo lo siguiente:

No debe confundirse la facultad de sanción rescisoria con la facultad rescisoria por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de que gozaría la Administración. En ambos supuestos se concluye la relación contractual pero en un caso se trata de una sanción y en el otro del uso de una prerrogativa que, a diferencia del primero, en caso de ser ejercida, el ente público deberá indemnizar –en principio- a su cocontratante⁸⁵ (pág. 76).

⁸⁴ Comadira, J. y Escola, H. (2012). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

⁸⁵ Pérez, A. (2013). *Conclusión de los contratos administrativos*. Arequipa. Contratación Pública XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen I.

Asimismo, Linares (2002) sigue la misma línea sosteniendo que “El primer punto relevante de esta potestad es su diferenciación con la sanción resolutoria, la cual como hemos visto actúa para el caso de faltas graves”⁸⁶ (pág. 167).

Como vemos, las ideas de los últimos autores señalados demarcan una tendencia en la cual la prerrogativa de resolución unilateral no contiene de ninguna manera aquel escenario en donde este signifique una respuesta al incumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista a razón de castigo, ya que esta acción está encuadrada en otra prerrogativa de la administración: La potestad de sanción al contratista.

De la misma forma, Huapaya Tapia (2013) establece que:

Esta potestad o prerrogativa de la Administración Pública contratante consiste en la posibilidad legal de terminar los contratos públicos por causas no previstas en la legislación y/o contrato. Generalmente se admite cuando la Administración invoca el interés público como justificación para efectuar dicha terminación⁸⁷ (pág. 19).

Finalmente, compartimos la posición de Morón Urbina (2013) que sostiene lo siguiente:

En nuestra opinión, si se tratara de una resolución unilateral por incumplimiento del contratista estaríamos frente al ejercicio de la prerrogativa sancionadora y, con la peculiaridad, que en la actualidad no se trata de una situación inusual con respecto al derecho común, dado el frecuente uso de la facultad resolutoria por incumplimiento del cocontratante en los contratos sujetos al derecho común⁸⁸ (pág. 12).

Es decir que, no sólo estaríamos en un supuesto en donde la idea de resolución por incumplimiento del contratista se encontraría situado en otro tipo de prerrogativa (en

⁸⁶ Linares, M. (2002). *El contrato estatal*. Lima. Editorial Jurídica Grijley.

⁸⁷ Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.

⁸⁸ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

teoría), sino que está también carecería de exorbitancia a razón de su par del derecho privado.

Al respecto, Torres Vásquez (2007) remarca al respecto de la resolución contractual por incumplimiento en el derecho civil lo siguiente:

En los contratos con prestaciones recíprocas cuando una de las partes contratantes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede a su elección solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, y, en cada caso, exigir además el resarcimiento de los daños (Art. 1428)⁸⁹ (pág. 20).

Como podemos apreciar, no existe una diferencia sustancial entre ambas figuras (resolución por incumplimiento en el derecho común y en el derecho público) materia de comparación, por el cual el carácter exorbitante de esta última “causal de resolución unilateral” no tendría fundamento alguno para atribuirle tal calidad en el marco del derecho administrativo; de igual manera, podemos considerar bajo un mismo argumento a la resolución por la desaparición del objeto contractual y a la resolución por caso fortuito o fuerza mayor⁹⁰ (es decir, lo que se llamaría en derecho privado como resolución sobrevenida por imposibilidad de la prestación)⁹¹, ya que la igualdad con su par del derecho civil resulta bastante evidente, más allá del intento de Cassagne de hacer un símil de ambas figuras con el hecho del príncipe y la intangibilidad de la ecuación económico-financiera del contrato⁹², que ciertamente nos parece muy forzada.

Puntualizando lo desarrollado hasta ahora, podemos determinar por el momento que la única característica que demarca la exorbitancia de la prerrogativa de resolución unilateral es aquella motivación de derecho público que la hace llevar a cabo; sin embargo, Perez Hualde (2013) desliza que “lo que tendría carácter prerrogativa exorbitante al derecho común es la nota legal de restricción del alcance de la

⁸⁹ Torres, A. (2007). *Rescisión y resolución del contrato*. Lima. Material jurídico disponible en: www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf.

⁹⁰ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Pág. 13.

⁹¹ Torres, A. (2007). *Rescisión y resolución del contrato*. Lima. Material jurídico disponible en: www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf. Pág. 56.

⁹² Al respecto, Cassagne establece que ambas figuras del derecho civil “operan por analogía, lo que implica la necesidad de adaptarlas a las reglas y fines del derecho administrativo (...)”

indemnización. Aunque, como veremos, consideramos que esa limitación, si no está expresamente prevista, carece de un justificativo jurídicamente defendible”⁹³ (pág. 77); en ese sentido, el autor en cuestión se refiere a aquella disposición del Reglamento de Contratación Estatal argentino que en su artículo 12 sostiene que “la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (...) no generarán derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”.

Partiendo de dicha idea, toca preguntarnos si es razonable liberar a la Administración del pago por los daños producidos a partir de una resolución unilateral del contrato invocada por ella misma y motivada por una causal que, si bien es eje primigenio de la contratación (bien común o interés general) y por ende perseguido por ambos contratantes (en teoría), no deja de ser este actor la que impulse la terminación contractual por dicho justificativo.

En ese sentido, Cassagne (2005) es enfático al establecer que la liberación del pago de indemnización a la Administración por la resolución unilateral (ya sea total o parcial) sería una herramienta muy peligrosa, en el sentido que se le estaría brindando demasiada discrecionalidad a esta a partir de no hacerla responsable por el patrimonio perdido o lo que dejó de percibir el contratista al momento de terminar intempestivamente la relación contractual; resultando, de esa manera, en un abuso de su posición contractual que dañaría (y desincentivaría) sobremanera al contratista privado.

Al respecto, el autor en cuestión sostiene lo siguiente:

(...) seguimos sosteniendo el criterio que abona la indemnización integral (comprensiva del daño emergente y del lucro cesante), en cuanto resguarda la incolumidad del patrimonio del contratista afectado con la revocación del contrato y protege contra la tentación en que muchas veces incurren los funcionarios con el objeto de incumplir el contrato sin que la Administración asuma el costo integral del perjuicio (que se circunscribe al daño emergente),

⁹³ Pérez, A. (2013). *Conclusión de los contratos administrativos*. Arequipa. Contratación Pública XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen I.

costo que, en definitiva, se transforma en una pérdida para el contratista⁹⁴ (pág. 158 – 159).

Quedando claro dicho punto, a partir de lo desarrollado hasta ahora podemos establecer que esta prerrogativa únicamente tiene como elemento exorbitante del derecho común su motivación práctica: el interés público, no teniendo de esa forma algún otro elemento adicional que pueda acompañar a su análisis. Cabe resaltar que, como se mencionó anteriormente, es importante que las directrices y criterios que acompañan a las causales de resolución por interés público logren estar positivizadas en un instrumento legal que le den sustento; de esa manera, se evita brindarle una discrecionalidad demasiado amplia a la administración que al fin de cuenta pueda ser negativa al momento de suscitarse una relación contractual (y una posible resolución futura).

De esa misma manera, bajo lo descrito, podemos concluir que esta prerrogativa “mantiene un lugar residual para razones debidamente calificados por la ley”⁹⁵, por el cual su desarrollo práctico se verá bastante limitado dependiendo del marco legislativo en donde se desarrolle, siendo el único aspecto a analizar qué es lo que la Administración pueda determinar cómo “interés público” al momento de hacer uso de esta prerrogativa.

Por su parte, la facultad por la cual la Administración pueda determinar la culminación de la relación contractual a partir de una declaración de nulidad es muy resistida por una gran parte de la doctrina para considerarla como “prerrogativa exorbitante”; no tanto por el hecho que se le niegue tal calidad, sino que se le ignora tal atribución al momento de desarrollar esta causal de terminación anormal de los contratos administrativos.

Al margen de aquellas posiciones, creemos necesario el atribuirle la etiqueta de prerrogativa exorbitante a esta facultad, por el simple hecho que se aleja en

⁹⁴ Cassagne, J. (2005). *El contrato administrativo*. Segunda edición. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

⁹⁵ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

determinados aspectos puntuales a su par del derecho común; al respecto, Cassagne (2002) demarca cuatro diferencias sustancialmente importantes:

- 1) La regla del Derecho Civil por cuyo mérito no se concebía una nulidad sin texto expreso no rige en el Derecho Administrativo, donde se admite la existencia de nulidades implícitas o virtuales.
- 2) La Administración Pública, al contrario de lo que sucede en el Derecho Privado, puede demandar la nulidad de sus propios actos cuando verifique la presencia de vicios o defectos, pues no se aplica a ella la interdicción de alegar su propia torpeza para petitionar la extinción del acto.
- 3) Si bien en el Derecho Administrativo existe, aunque signada con características propias, la clasificación entre nulidades manifiestas y no manifiestas, el principio de la separación de los poderes torna inaplicable la norma del Código Civil que faculta a los jueces para declarar la invalidez de oficio cuando ésta es absoluta y, además, manifiesta.
- 4) En atención a la finalidad pública que orienta la actividad administrativa y la presunción de que no actúa en perjuicio de terceros, la declaración de nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, no rigiendo en principio las distinciones que en tal sentido formula el Código Civil (efectos *ex tunc* & *ex nunc*) con relación a los terceros adquirentes de buena fe⁹⁶ (pág. 157 – 158).

En ese sentido, bajo lo estipulado por el maestro argentino, podemos apreciar que las atribuciones propias de la Administración son ampliadas o privilegiadas en relación a la declaración de nulidad de los actos previos o preparatorios al perfeccionamiento del contrato, a comparación de lo que sucede en el derecho privado, por el cual su carácter exorbitante se hace más evidente; ya sea por razones de interés público o por su propia posición privilegiada en la relación contractual, la Administración goza de facultades excepcionales en determinadas situaciones al momento de hacer efectiva esta prerrogativa.

⁹⁶ Cassagne, J. (2002). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Séptima Edición Actualizada.

En ese marco, podemos determinar a esta potestad como aquella por la cual la Administración puede anular un contrato ya celebrado y en ejecución, de manera unilateral y de oficio, aduciendo sus propios vicios u otros del postor que no fueron advertidos con anterioridad al perfeccionamiento.

Entonces, por consecuencia estamos ubicados en un escenario anterior a la celebración del contrato, por el cual sobrepasamos el ámbito de la relación contractual para situarnos entre la llamada fase preparatoria del contrato hasta su fase de adjudicación; es decir, la nulidad en cuestión deviene a algún acto administrativo dado entre aquellos márgenes que afecta sobremanera al contrato ya establecido como firme.

Como resulta evidente, este poder de determinar cuándo un contrato podrá ser declarado nulo es muy importante, ya que estamos en un contexto en el cual será la propia Administración quien actúe como “juez y parte” al momento de determinar si sus propios actos o los del contratista son inválidos (al igual que el contrato).

En ese mismo sentido, teniendo como ejemplo al escenario colombiano, Benavides (2004) afirma lo siguiente:

Este enorme poder de las entidades contratantes, impensable en las relaciones entre particulares, constituye en el fondo un poder de declaración de nulidad del contrato (...) En efecto, la entidad tiene los poderes de decidir que ciertos hechos son constitutivos de las causas de nulidad y de definir las consecuencias indemnizatorias por cuanto una vez declarada la causal de nulidad ha de ordenarse la liquidación del contrato, y hemos visto que si las partes no llegan a un acuerdo la entidad tiene el poder de efectuar la liquidación unilateral⁹⁷ (pág. 408 – 409).

Complementando lo anterior, Pino Ricci (2005) nos termina de graficar dicho contexto afirmando lo siguiente:

⁹⁷ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

El representante legal de las entidades estatales tiene la obligación de terminar unilateralmente el contrato frente a la ocurrencia de las causales de nulidad absoluta previstas en los numerales 1, 2 y 4 artículo 44 E.C [causales referidas a contratos celebrados con personas inhabilitadas de contratar, contratos celebrados con incompatibilidad legal o constitucional y cuando se declaren nulos los actos administrativos que fundamente los contratos respectivamente]. No se trata de una facultad que libre o espontáneamente se puede ejercer sino de un deber, cuyo incumplimiento, por regla general, debe generar sanciones a los servidores públicos⁹⁸ (pág. 356).

Como podemos apreciar, el marco colombiano en relación a esta prerrogativa es muy cuadriculado y estricto al defender a ultranza la legalidad de las actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato, sin mediar otro argumento que pueda hacer frente a una futura terminación contractual; más allá del reconocimiento de una indemnización, la finalidad pública que pueda estar en medio de esta situación no es motivo suficiente para pensar en excepciones o atenuantes intermedias a la interrupción del contrato: el correcto procedimiento administrativo (con el cual se defienden principios como legalidad, igualdad de trato, entre otros) y la legitimidad son valores más importantes de defender en estos casos.

Muy por el contrario, Argentina y España avizoran escenarios mucho más permisibles y renuentes a una abrupta culminación del contrato: el interés público como núcleo central de todo justifica tal posición; en ese sentido, Pérez Hualde (2013) afirma lo siguiente:

En todo caso, como es frecuente que –debido a los dilatados tiempos procesales- nos encontremos frente a un contrato ya celebrado, la pretensión no contará con el acompañamiento de la autoridad administrativa responsable de la contratación. No sólo porque se cuestiona su propio accionar, sino porque suele ser muy gravoso para la administración la interrupción del contrato y la iniciación posterior de la totalidad de los procedimientos tendientes a restablecer

⁹⁸ Pino, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

la ejecución de los trabajos cuya finalidad de utilidad pública se ve necesaria e inevitablemente postergada⁹⁹ (pág. 94).

Ambas posiciones tienen sus argumentos para considerarse válidos; sin embargo, creemos que este último resulta apropiado por conjugarse alrededor del interés general que, al fin de cuentas, es el motivo de existencia principal de la mayoría de las prerrogativas de la Administración en el marco de las contrataciones del Estado y la razón fundamental de contratación administrativa.

A pesar de ello, no quita que mediante esta postura se contraríen a algunos principios generales de la contratación pública, como la igualdad de trato y legalidad, que al fin de cuenta ensucia sobremanera al proceso de contratación; en ese sentido, encontrar un punto medio a ambos extremos se muestra muy complicado, por el cual acogerse a una herramienta o mecanismo que atenúe los efectos colaterales negativos al contratista se perfila como el escenario más conveniente.

⁹⁹ Pérez, A. (2013). *Conclusión de los contratos administrativos*. Arequipa. Contratación Pública XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Volumen I. Igualmente, el autor en cuestión cita a la legislación española en su art. 35 inc. 3: "Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio".

3.2.2 Marco legislativo

En relación a la resolución unilateral del contrato por parte de la Administración en el marco de nuestra Ley de Contrataciones, y teniendo en cuenta los cimientos doctrinarios desarrollados anteriormente, tenemos que tener muy en cuenta lo señalado por Huapaya Tapia (2013); en ese sentido, sostiene que “En forma general nuestro ordenamiento jurídico no admite la resolución unilateral por razón de interés público”¹⁰⁰ (pág. 19), lo cual nos habla de un tratamiento legislativo poco orientado a los preceptos expuestos; esto, sin lugar a duda, es un escenario que no sólo es curioso, sino también reprochable.

El no establecer puntualmente causales de interés público en la Ley por las cuales pueda resolverse el contrato, no sólo significa un desaprovechamiento de esta prerrogativa en nuestro ordenamiento jurídico, sino una total vulneración a los intereses generales y fines públicos que se pueden presentar a lo largo de la ejecución de cada contrato.

En ese sentido, postulamos que los intereses generales no sólo deben servir como cimiento argumentativo para “la firma” de los contratos administrativos, sino también como fundamentos sobrevinientes que pueden significar una necesaria terminación contractual posterior, a fin de no producir daños o inconvenientes al interés general.

En este contexto, entendemos perfectamente la posición del doctor Huapaya, que respalda nuestra posición anteriormente señalada de que esta prerrogativa debe estar expresamente señalada en la ley, a partir de evitar una discrecionalidad excesiva por parte de la administración y por un respeto al principio de legalidad; al respecto, al autor en cuestión sostiene lo siguiente:

Para dicho efectos, tal como hemos comentado, esta potestad exorbitante deberá ejecutarse tomando en cuenta los límites a los cuales el ordenamiento

¹⁰⁰ Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.

jurídico positivo la someta, el cual habilita a su utilización en forma expresa en atención al principio de legalidad, con lo cual entenderemos que sólo podrá ser utilizada cuando se prevea legislativamente¹⁰¹ (pág. 19).

Siguiendo esa misma línea, es interesante preguntarnos si este escenario en el cual esta prerrogativa no se contempla de manera real en nuestro ordenamiento jurídico responde a algún tipo de razón, descuido o subestimación de esta facultad, a fin de buscar una lógica que nos explique este contexto; por su parte, el razonamiento que tiene el Tribunal Constitucional a razón de esta prerrogativa es bastante curioso: una sentencia aislada en relación a esta materia nos vislumbra su particular punto de vista; en ese sentido, el supremo intérprete de la constitución sostiene lo siguiente:

(...), el interés público posibilita el ejercicio de ciertas potestades en la Administración tales como la posibilidad de modificar el contrato de modo unilateral e inclusive de resolverlo.

No obstante, tales poderes sólo podrán ser ejercidos cuando el interés público así lo justifique, lo que obliga a la Administración a concretizar la razón de interés público que sustenta su poder en cada caso concreto y a que en todos los casos sus facultades sean ejercidas de modo necesario, idóneo y proporcional¹⁰².

Al margen de que esta sentencia se haya dado en torno a un tipo de contrato administrativo no regulado en la Ley de Contrataciones del Estado (concesión), dicho pronunciamiento nos da luces al respecto de la peligrosa posición que tiene este organismo en relación a esta prerrogativa, ya que el atribuirle ese poder a la Administración de determinar qué es interés público en cada caso en concreto sin ningún tipo de parámetro legal que le de respaldo y límites a su actuación, es darle

¹⁰¹ Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.

¹⁰² Exp. N° 2488-2004-AA/TC

una “carta blanca” con la cual pueda terminar el contrato sólo por su interpretación sin ningún tipo de garantía en el fundamento que pueda brindar.

Como señalamos en el desarrollo doctrinario de este apartado, la importancia de establecer puntualmente en la legislación las causales de interés público que puedan conllevar a una resolución contractual es la única limitación necesaria para evitar cualquier tipo de uso arbitrario de esta facultad de la Administración, a fin de no brindarle una discrecionalidad demasiado amplia que a fin de cuentas pueda quebrantar la legalidad, seguridad jurídica y certidumbre de la actuación administrativa en el contrato.

Por otro lado, buscando respuestas en una fuente de mayor envergadura, el Laudo Final del caso CONVIAL contra el Estado Peruano, de fecha de notificación a las partes de 21 de mayo del 2013, y el cual fue visto en CIADI, nos dan importantes puntos a fin de analizar con mayor profundidad esta problemática:

El Estado Peruano, en su calidad de demandado en este caso en particular, sostiene por su parte que “terminar el contrato invocando el interés público es una prerrogativa soberana”; es decir, que esta potestad de la Administración responde a un poder por su calidad como sujeto; de igual manera, añade que “(...) no hay duda de que la posibilidad de terminar un contrato unilateralmente invocando el interés público surge exclusivamente de la naturaleza del Estado como ente soberano que debe velar por los intereses colectivos”. Siguiendo esa misma línea, refuerza su posición a partir de pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano (por ejemplo, como el que vimos anteriormente), ante lo cual sostienen lo siguiente:

(...) bajo el derecho peruano, la facultad resolutive unilateral por razón del interés público es una de las expresiones más clásicas de las potestades exorbitantes de la Administración (...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha confirmado que esta potestad exorbitante está en manos de la Administración incluso en ausencia de una cláusula contractual que la prevea.

Por su parte, el demandado en cuestión (CONVIAL) alega que la prerrogativa de resolución unilateral no es posible de considerar en nuestro ordenamiento al no estar normada o reconocida en un cuerpo legal determinado, además que una sola posición doctrinal o una sentencia del Tribunal Constitucional que no constituye precedente de observancia obligatoria puede ser sustento suficiente para darle legitimidad a esta facultad exorbitante; en ese sentido, el tribunal arbitral del CIADI sostiene y añade lo siguiente:

El Tribunal considera que le asiste la razón a la Demandada. En efecto, el Tribunal no está convencido de que la doctrina invocada y una sola sentencia del Tribunal Constitucional constituyan, bajo el derecho peruano, un mandato o precedente de obligatorio cumplimiento conforme al cual la caducidad [en este caso, se refieren a la resolución también por esta denominación] deba ser considerada como una facultad exorbitante que el Estado pueda ejercer (...)

Además, en la sentencia, el Tribunal Constitucional no invoca normas del ordenamiento jurídico peruano u otras decisiones que sirvan de fundamento a la afirmación de las Demandantes de que la declaratoria de caducidad en el derecho peruano es una facultad exorbitante del Estado. Adicionalmente, no parece tener dicha decisión judicial fuerza vinculante o de precedente obligatorio en el ordenamiento peruano (...).

Dicho en otras palabras, ni la normatividad peruana ni la doctrina y sentencias citadas permiten concluir que la caducidad sea una facultad exorbitante en el ordenamiento jurídico peruano.

Como vemos, ante los ojos de este tribunal arbitral internacional, la prerrogativa de resolución unilateral del contrato prácticamente no existe en nuestro ordenamiento, más allá de los intentos infructuosos por parte del Estado Peruano de argumentar en contrario; esto no sólo evidencia un nulo interés por este asunto, sino una escasa base doctrinaria y jurisprudencial nacional que puedan servir como cimientos para que (de una vez por todas) podamos regular esta facultad de la administración de una forma correcta a partir de marcos sólidos que la sustenten.

Todo lo contrario, sucede en ordenamientos de países a los cuales estuvimos haciendo un análisis comparado a lo largo de este trabajo; si bien no son escenarios perfectos, si son más evidentes sus esfuerzos de establecer lineamientos razonables alrededor de esta prerrogativa:

En su parte argentino, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional dado por Decreto N° 1023/2001 y publicado el 16 de agosto de 2001, nos plantea de manera taxativa la prerrogativa de resolución unilateral del contrato por parte de la Administración; en ese sentido, establece lo siguiente:

Art. 12. — FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual.

(...)

a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.

Como apreciamos, existe un reconocimiento primordial de esta prerrogativa en este ordenamiento, no significando ante ello un “paso al vacío” como sucede en nuestra legislación peruana.

Sin embargo, la preocupación del maestro argentino Cassagne en relación a esta facultad (y que fue explicada anteriormente) en su ordenamiento nacional viene en el siguiente punto a analizar: no existe taxativamente en la legislación argentina causales expresamente detalladas de lo que pueda interpretarse como “interés público”.

Esto queda evidenciado a partir de un pronunciamiento de la Oficina Nacional de Contrataciones de Argentina (lo que vendría a ser el OSCE en nuestro país), aseverando lo siguiente:

(...) ninguna duda cabe respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse antes de su finalización normal, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada en razones de interés público. Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento, en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables.

Esta modalidad de extinción se configura cuando la Administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su cocontratante. La revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo

(...)

La procedencia de la revocación de un contrato por razones de interés público, se encuentra supeditada a la acreditación de los siguientes extremos: a) La jurisdicción o entidad contratante deberá fundar debidamente el acto por el cual disponga la revocación, señalando concretamente las razones tenidas en cuenta y los motivos de interés público que la imponen; b) Deberá indemnizarse el daño emergente que resulte debidamente acreditado, con exclusión del lucro cesante¹⁰³

Adicionalmente al último párrafo del dictamen, es pertinente tener a consideración lo establecido en el Reglamento de la Ley en cuestión:

Artículo N° 121, RESCISIÓN SIN CULPA DE LAS PARTES. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generan derecho a indemnización en concepto de lucro

¹⁰³ Dictamen ONC N° 446/2014 de la Oficina Nacional de Contrataciones de Argentina, Disponible en: https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/documentos/COMPENDIO_DICTAMENES_ONC_2012_2015.pdf. pág. 369 – 371.

cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado.

Como podemos apreciar, la discrecionalidad que goza la Administración en el marco argentino es bastante amplia, más aún cuando aquella decisión de resolver el contrato de manera unilateral (y cuya interpretación de la misma estará sujeta únicamente a su punto de vista) sólo estará vinculada al pago de una indemnización parcial; no negamos que este tipo de controversias posteriormente puedan discutirse en el marco de un fuero administrativo o judicial; sin embargo, no es el escenario ideal de aplicación de esta prerrogativa.

No discutimos la necesidad sobrevenida de resolver el contrato por una causal de interés general (es más, la profesamos), pero esta no puede servirse de una manera tan abierta que llegue al punto de desequilibrar en demasía la relación contractual; estar en un escenario en donde se enfrenten un interés público emanado de un contrato, contra un interés público sobreviniente según libre interpretación de la administración, es sumamente peligroso.

Por su parte, la legislación colombiana atisba un escenario un poco más alentador en relación a esta prerrogativa, ya que muestra una coherencia y desarrollo más cultivado; en ese sentido, la primera presencia de esta facultad de la Administración la encontramos en la Ley 80 de 1993, mediante la cual se expidió el Estatuto General de Contrataciones de la Administración Pública que entró en vigencia el 28/10/1993, señalando lo siguiente:

Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos

contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

20. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente

Como podemos apreciar, este artículo en cuestión nos establece puntos bastante relevantes que rodean a esta prerrogativa: en primer lugar, la mención taxativa en la

norma de la potestad, con lo cual ya no hablamos de una facultad “sobrentendida” o “implícita” de la Administración, está realmente existe.

El segundo punto relevante a acotar está relacionado con el aspecto indemnizatorio, que al tener como base al equilibrio económico inicial, estamos hablando de un resarcimiento total (y no parcial como en el contexto argentino).

El tercer punto importante de dicho artículo es el relacionado a la posibilidad explícita de someter a controversia aquellas situaciones en donde la Administración haga uso de esta prerrogativa mediante el recurso de reposición (que en el escenario peruano es el equivalente al recurso de reconsideración, ya que estos no agotan la vía administrativa). Adicionalmente, añade que podrán igualmente ser sometidos a actuaciones contractuales y a faltas de estas, las establecidas en las disposiciones del código de procedimiento civil (código procesal civil en el equivalente peruano).

Finalmente, el cuarto punto remarcable es uno que resulta bastante evidente, pero no por eso menos importante, y es que no será necesario incluir esta cláusula en cada uno de los contratos, ya que su aplicación no se limita a su inclusión en el documento.

Como vemos, hay una total voluntad explícita en torno a la ejecución de esta prerrogativa, además que busca mantener siempre un equilibrio económico y ser abiertos a que todo tipo de controversia en torno a la interpretación de la Administración a fin que pueda ser sometida a resolución ante un órgano resolutorio; sin embargo, falta un elemento primordial para hablar de un sistema teóricamente perfecto: la mención expresa por parte de la ley al determinar cuáles son las causales de interés público que pueden llevar a una terminación contractual.

En ese sentido, el artículo 17 de la Ley nos aproxima un poco más a ese objetivo, al establecer lo siguiente:

“Artículo 17º.- De la Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

(...)”.

Este esfuerzo para regular esta prerrogativa resulta interesante, ya que circunscribe su actuación a aspectos enteramente vinculados al interés público.

Al respecto, el Consejo de Estado Colombiano se pronunció sobre ello a partir del Fallo N° 14579 del 2005, en el cual determinaron lo siguiente:

1. La Ley 80 de 1993, conocida como "Estatuto General de Contratación de la Administración Pública" consagró las llamadas cláusulas extraordinarias de los contratos (dentro de las cuales se encuentran las de terminación unilateral y la de caducidad), como medidas que le permiten al Estado cumplir con los fines propios de su naturaleza en aquellos eventos excepcionales que se presenten en el desarrollo de los contratos suscritos.

La denominación de extraordinarias obedece al hecho de que las mismas son totalmente extrañas al derecho común pues, en síntesis, otorgan a una de las partes poderes y prerrogativas que no tienen cabida dentro de la teoría general de los contratos y cuya justificación se encuentra en los intereses y los fines que busca la administración pública, mediante la actividad contractual.

2. En virtud a la característica anotada en el numeral anterior respecto a las cláusulas extraordinarias, el legislador ha establecido en qué casos precisos pueden ser ellas aplicadas. Así, la terminación unilateral sólo podrá alegarse en la medida en que con ella se busque prevenir los perjuicios que se le derivarían al Estado frente a uno cualquiera de los hechos contemplados en el artículo 17 de la referida Ley 80 de 1993, aclarando que esta medida no busca sancionar al contratista pues no parte de su incumplimiento (...)”

Siguiendo a dicha interpretación, la sentencia CE SIII E 17253 DE 2007 de la Corte Suprema de Justicia recalca lo siguiente:

No debe perderse de vista que en los antecedentes de la ley 80 se dejó en claro que únicamente se puede acudir a las cláusulas excepcionales cuando medien efectivamente motivos graves, “ya que no cualquier hecho puede provocarlos”, y son graves “por su inconveniencia para el interés público” en tanto el grave inconveniente de interés público “sustenta y condiciona la aplicación de la cláusula excepcional”.

Como podemos apreciar, hay un intento de demarcar los lineamientos que debe seguir la Administración en el marco jurisprudencial colombiano en relación a esta prerrogativa, lo cual evidentemente es plausible; sin embargo no llega al punto que hemos estado insistiendo a lo largo de este apartado; tal vez el arriesgar un poco de discrecionalidad en este caso a partir de contrapesarlo con indemnizaciones justas y controles jurisdiccionales y administrativos posteriores sea un punto medio razonable; su eficiencia será solamente juzgado por la práctica.

Al margen de todo ello, ¿Por qué es importante que estén estipuladas las causales de resolución unilateral del contrato en el ordenamiento jurídico? Pues por lo siguiente:

Complementando lo desarrollado a lo largo de este acápite, todos estos países materia de análisis (Perú, Argentina y Colombia) pertenecen a una misma familia jurídica que basa como su principal fuente de juridicidad a la Ley; es decir, pertenecemos al sistema del Civil Law, por el cual “reducir” a la interpretación de esta prerrogativa a fallos judiciales (que pasan, como es evidente, a un segunda plano) no sería del todo recomendable en nuestro ordenamiento, más allá de establecer precedentes vinculantes que resultarían importantes en la práctica jurisdiccional, no son *a prima facie*, de cumplimiento y conocimiento obligatorio por la Administración y los particulares. Lo ideal es evitar las controversias y futuribles procesos y procedimientos (que significarían desembolsos a razón de gastos procesales, pagos de indemnizaciones y, en general, todo tipo de coste de transacción si lo ampliamos al

ámbito económico) que devengan de este tema, y establecer las reglas claras en la normativa es la mejor alternativa.

Dejando de lado las críticas constructivas y teniendo más claro cuál es el panorama ideal de esta prerrogativa, es pertinente aterrizar a nuestra legislación nacional a fin de hacer un análisis más puntual; en ese sentido, el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado nos da el primer vistazo de la resolución en nuestro ordenamiento:

Artículo 36. Resolución de los Contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.

Como podemos apreciar (y se explicó anteriormente), no es posible establecer la presencia de esta prerrogativa, estando dicho artículo acuñado en una orientación similar al del derecho común.

Al margen de ello, es importante señalar que este artículo cierra sus filas en relación a las causales de resolución contractual, muy al contrario de las otras legislaciones materia de comparación en donde (de cierta manera) había un grado de libertad de interpretación en las causales de resolución por interés público, el cual estaba sujeto a fundamentación de la Entidad.

Dicha posición esta igualmente refrendada por el OSCE, a partir del Pronunciamiento N° 405-2010/DTN de la Dirección Técnica Normativa; en esta, se consultaba al respecto del criterio contra las causales de resolución de contrato no contempladas en la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo contexto es el siguiente:

Al respecto en el Pronunciamiento N° 405-2010/DTN, ante la observación de que “en los términos de referencia, se haya incluido un supuesto de resolución de contrato que no se encontraba contemplado la normativa de contrataciones del Estado; en tal sentido, solicita que se suprima dicho supuesto

(...) la DTN estableció en el Pronunciamiento respectivo que “El artículo 168 del Reglamento, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley [haciendo alusión a la antigua normativa de contrataciones del estado], establece los supuestos en los que las entidades pueden resolver el contrato (...)

En el presente caso, en el segundo párrafo del numeral 6.1 de los términos de referencia se establece lo siguiente: “El Gobierno Regional de Apurímac se reserva el derecho de rescindir el contrato por incapacidad de ejecución de las labores de acuerdo a contrato (...)

Esta medida, toda vez que la regulación de las bases no se encuentra acorde a lo dispuesto en el artículo 168 del Reglamento, este organismo supervisor ha decidido acoger este extremo de la observación, por lo que deberá suprimirse el segundo párrafo del numeral 6.1 de los términos de referencia¹⁰⁴.

Concluyendo este punto, podemos determinar entonces que se persigue un sistema “*numerus clausus*” en relación a las causales de resolución, ya que estas se encuentran limitadas únicamente a las desarrolladas en la norma.

¹⁰⁴ RETAMOZO LINARES, Alberto, “*Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*”, Gaceta Jurídica, décima edición, Lima, 2015, pág. 816.

Siguiendo con este análisis, justamente el siguiente artículo materia de estudio es aquel en donde señala cuáles son las causas de resolución contractual; en ese sentido el artículo 135 del Reglamento sostiene lo siguiente:

Artículo 135.- Causales de Resolución

La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

153.2 El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

153.3 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento al contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Ratificando su posición, las causales de resolución siguen teniendo los lineamientos comunes al derecho privado; por el cual, aparentemente, no habría mayor razón de seguir haciendo este análisis.

Sin embargo, a lo largo del desarrollo de la Ley y el Reglamento podemos avisar una serie de causales específicas que merecen especial atención.

En ese sentido, parte del artículo 34 de la Ley contiene una particular razón de resolución que, si bien resulta bastante escueta en el extremo que nos interesa en este apartado, se presta para un especial análisis:

“Artículo 34. Modificaciones al Contrato

(...)

34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación

escrita al contratista.

(...)”

Esta causal especial de resolución no tiene mayor argumento que el excesivo gasto posterior al perfeccionamiento del contrato que pueda realizar una Entidad a partir de aquellas prestaciones adicionales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

En ese sentido, cuando las prestaciones adicionales ineludibles para cumplir con el objeto de contratación se encuentren entre el 15% y 50% del monto original del contrato, la Entidad puede autorizarlas previo visto bueno de la Contraloría y la posterior puesta en conocimiento a la Comisión de Presupuesto del Congreso y el MEF; o en todo caso, simplemente terminar la relación contractual.

Si bien no se establece textualmente, a nuestra consideración este motivo de resolución si responde a una causal de interés público o general (no circunscrita al objeto de contratación): el uso debido y razonable del erario nacional; como es evidentemente, esta causal debe responder a un análisis previo de costo beneficio, por el cual es entendible que la Ley en cuestión brinde esa flexibilidad a la Administración de determinar si es necesario o no seguir con la relación contractual en ese contexto.

Al respecto, siendo muy permisivos en este caso, si podemos considerar a este particular como una manifestación (poco explícita claro está) de esta prerrogativa en nuestro ordenamiento.

Un escenario similar a este último contexto de terminación de contrato se aprecia en el artículo N° 176 del Reglamento; este artículo en cuestión, que regula específicamente a las prestaciones adicionales en los contratos de obra, establece una misma postura con la salvedad que en estos casos en donde las prestaciones adicionales superen el 50% del monto original de contratación, será obligatoria la terminación contractual:

“Artículo 176.- Prestaciones Adicionales de Obras mayores al quince por ciento (15%)

176.1 Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. La determinación del referido porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios.

En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emite previa al pago.

176.2 La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual debe ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computa a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente.

Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.

De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República comunica a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde el inicio del plazo a que se refiere el párrafo precedente, más el término de la distancia.

La Entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento.

En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.

176.3 El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.

176.4 Cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista está obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

176.5 Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 138; para continuar con la ejecución de la obra debe convocarse a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.

(...)"

Otra causal especial de resolución contractual unilateral que merece nuestra atención es la establecida en el artículo 120 del Reglamento; en esta se menciona lo siguiente:

Artículo 120.- Plazo de Ejecución Contractual

(...)

120.6 Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menos plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran

acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI.

(...)”

En ese contexto, “la Entidad tiene el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes de su vencimiento”¹⁰⁵; derecho que, en nuestra opinión, no necesariamente responde a una causal de interés público intrínsecamente vinculada al objeto del contrato, sino a una atribución propia de su posición privilegiada en la relación contractual donde a partir de su propio criterio decide dejar sin efecto el plazo restante del contrato.

Es decir, en este caso en particular, la discrecionalidad que goza la administración es totalmente amplia, ya que la utilización de este tipo de resolución no se encuentra necesariamente supeditada a una causal de interés público.

A partir de lo desarrollado en este estudio, esta situación particular de terminación contractual no se adecúa a los preceptos doctrinales que venimos acotando, pudiéndose configurar en este caso en particular una posición “abusiva” por su calidad de sujeto, al no estar contemplada estas causales en los supuestos del derecho civil¹⁰⁶ y significar una prerrogativa de resolución unilateral no basada en el interés público asociado con el contrato.

Aunado a ello, el que la resolución del contrato en cuestión no signifique una posterior indemnización a la parte lesionada, invita a la reflexión de esta atribución de la Administración.

¹⁰⁵ Opinión N° 022-2012/DTN de fecha 15 de febrero de 2012.

¹⁰⁶ Artículo 1697.- El contrato de arrendamiento puede resolverse:

- 1.- Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos.
- 2.- En los casos previstos en el inciso 1, si el arrendatario necesitó que hubiese contra él sentencia para pagar todo o parte de la renta, y se vence con exceso de quince días el plazo siguiente sin que haya pagado la nueva renta devengada.
- 3.- Si el arrendatario da al bien destino diferente de aquél para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permite algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres.
- 4.- Por subarrendar o ceder el arrendamiento contra pacto expreso, o sin asentimiento escrito del arrendador.
- 5.- Si el arrendador o el arrendatario no cumplen cualesquiera de sus obligaciones.

Por su parte, la declaración de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico se presenta con mucho más certeza y claridad; en ese sentido, el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado nos plantea las causales por la cual se podrá terminar el contrato debido a un evento suscitado durante la fase de perfeccionamiento del contrato:

Artículo 44. Declaratoria de Nulidad

(...)

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.

c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.

e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito

(...)

Al respecto, la primera precisión importante que debemos tener en cuenta es la relacionada a cuál de las partes es la que puede declarar la nulidad del contrato; en ese sentido, la Ley es enfática en que será sólo la Administración la facultada para dicha manifestación.

Es importante este punto por el hecho que es un matiz claro del ámbito exorbitante de esta prerrogativa al limitar esta facultad sólo a una de las partes (la Administración).

De igual manera, el OSCE ratifica dicha posición a partir de responder una interrogante relacionada a si será la Administración, el contratista o ambas las facultadas a invocar la nulidad de oficio; en ese sentido, sostiene lo siguiente:

(...). Asimismo, compete al Titular de la Entidad declarar la nulidad de oficio del contrato, a efectos de salvaguardar la legalidad de la contratación y los fines que esta persigue¹⁰⁷.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado es enfático a establecer que el efecto principal de la declaración es nulidad es la consideración de inexistencia de los actos declarados como nulos, así como los actos posteriores a este; en ese sentido, sostienen lo siguiente:

Ahora bien, la consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos dictados incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones del Estado; por lo que, los actos declarados nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos.

En esa medida, la declaración de nulidad en el marco de un proceso de selección no solo determina la inexistencia del acto realizado incumpliendo los requisitos y/o formalidades previstos por la normativa de contrataciones del Estado, sino también la inexistencia de los actos y etapas posteriores a éste¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Opinión N° 114-2012/DTN de fecha 3/12/2012.

¹⁰⁸ Opinión N° 093-2012/DTN de fecha 10/09/2012.

En ese sentido, la Administración es firme a preponderar preceptos de legalidad y legitimidad a lo largo del proceso de contratación, cuidando de esa manera que no se produzca y persistan en el tiempo relaciones contractuales no acordes a lo establecido en la norma.

De esta manera, la nulidad constituye una herramienta que permite al Titular de la Entidad sanear el proceso de selección cuando, durante su tramitación, se ha verificado algún incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado que determina la invalidez del acto realizado y de los actos y/o etapas posteriores a éste, permitiéndole revertir el incumplimiento y continuar válidamente con la tramitación del proceso de selección¹⁰⁹.

Sin embargo, habrá una situación en particular en las cuales esta rigidez del artículo en cuestión permita exceptuar los efectos de esta prerrogativa; estamos hablando esencialmente de aquella situación donde se interpongan causales de interés público.

En ese sentido, el OSCE respondió una interrogante relacionada a si es posible declara la nulidad de un contrato, aún si esta acción acarree un perjuicio a los servicios públicos que se vienen brindando a la comunidad; ante lo cual, el ente rector de las contrataciones públicas sostuvo lo siguiente:

De lo expuesto, se advierte que es posible que una Entidad declare la nulidad de oficio de un contrato, siempre que se verifique alguna de las causales antes detalladas [En relación a las causales de nulidad anteriormente señaladas]; es decir, cuando exista en el contrato un vicio que determine su ilegalidad. (...)

No obstante, debe tenerse presente que aun cuando un contrato pueda adolecer de un vicio que acarree su nulidad, por circunstancias excepcionales su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contraria al Principio de Eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación.

¹⁰⁹ Opinión N° 093-2012/DTN de fecha 10/09/2012.

En dicho supuesto, compete a cada Entidad evaluar la situación concreta y, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que su decisión podría acarrear¹¹⁰

Al respecto, en nuestra opinión es razonable este criterio de la Administración, ya que preponderar el interés general (que está plasmado en el contrato) antes de cualquier intento de lograr “legalidad” en el proceso de contratación es lo más razonable, pues responde a un análisis de costo – beneficio en donde un bien jurídico va a prevalecer por sobre el menos importante (en el papel); de igual manera, esto no es fundamento para que la Entidad, que es parte de la relación contractual, no busque alternativas paralelas a fin de satisfacer el interés público del contrato sujeto a causal de nulidad; es decir, el interés general es fundamento incidente para que un contrato pasible de ser declarado nulo siga subsistiendo.

Por otro lado, si bien no está contenida en la normativa materia de estudio, otro escenario por el cual se establece la terminación del contrato es por falta de presupuesto, la misma que merece una mención especial; en ese sentido, a nuestra consideración, el cómo está planteado este caso particular en nuestro ordenamiento jurídico conlleva a una combinación de ambas materias de estudio de este subcapítulo (resolución y nulidad).

En ese sentido, el tercer numeral del artículo 27 de la Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece lo siguiente:

Artículo 27.- Limitaciones de los Créditos Presupuestarios

(...)

27.3 Los contratos para las adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones se sujetan al presupuesto institucional para el año fiscal. En el caso de los nuevos contratos de obra a suscribirse, cuyos plazos de ejecución

¹¹⁰ Opinión N° 003-2012/DTN de fecha 09/01/2012.

superen el año fiscal, deben contener, obligatoriamente y bajo sanción de nulidad, una cláusula que establezca que la ejecución de los mismos está sujeta a la disponibilidad presupuestaria y financiera de la Entidad, en el marco de los créditos presupuestarios contenidos en los Presupuestos correspondientes.

Como podemos apreciar, este escenario nos ubica en aquellos contratos que son de ejecución continuada, y cuyo plazo supera el periodo presupuestal en el cual se encuentra inmerso; en ese sentido, la causal de resolución versa (como es evidente) a una disponibilidad de presupuesto de la Entidad en el siguiente ejercicio fiscal, y la causal de nulidad será apreciable en aquellos casos en donde no se produzca la inclusión en el contrato de la cláusula que se hace referencia en el artículo citado en el párrafo precedente.

A nuestra consideración, la causal anteriormente mencionada si se encuentran inmersas en fundamentos de interés público, ya que se basa, en *prima facie*, en la correcta y debida ejecución del presupuesto público, estando alineados en principios que la misma ley de la materia profesa, como el de Anualidad¹¹¹ y de Eficiencia en la Ejecución de los Fondos Públicos¹¹².

¹¹¹ Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto

PRINCIPIOS REGULATORIOS

Artículo IX.- Anualidad

El Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario. Durante dicho período se afectan los ingresos percibidos dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se hayan generado, así como los gastos devengados que se hayan producido con cargo a los respectivos créditos presupuestarios durante el año fiscal.

¹¹² Artículo X.- Eficiencia en la ejecución de los fondos públicos

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

3.3 Prerrogativa de interpretación unilateral del contrato

3.3.1 Marco doctrinario

La prerrogativa de interpretación unilateral encuentra su fundamento esencial en la posible indefensión del interés público adscrito al contrato, específicamente en aquellas situaciones en donde pueda suscitarse una dilación en la absolución de una controversia relacionada a la interpretación de una cláusula del contrato o a la ejecución del objeto contractual a cargo del contratista.

En ese sentido, Morón Urbina (2016) sostiene lo siguiente:

La prerrogativa de interpretación del contrato faculta a la entidad contratante a que en caso de discrepancias sobre el alcance o la interpretación de alguna cláusula o del modo de ejecutar cualquiera de las prestaciones y no se pueda llegar a un acuerdo consensuado, pueda mediante decisión expresa absolver el sentido bajo el cual deben proceder las partes¹¹³ (pág. 596).

De igual manera, Meilán Gil (2013) señala que “La justificación se encuentra en no causar un perjuicio al interés público por la demora que podría suponer la suspensión de la obra o del servicio público o del suministro para resolver problemas de interpretación”¹¹⁴; razón por la cual podemos establecer que el presupuesto de aplicación de esta prerrogativa es, en primer lugar, que se advierta una controversia entre las partes en relación a la interpretación del contrato o de las ejecución de las prestaciones; y segundo, que la demora en la absolución de la controversia pueda significar un retardo que afecte el interés público adscrito al contrato.

Por otro lado, Morón (2016) advierte que el carácter de esta prerrogativa “es provisoria, pues está sujeta a la aplicación de los mecanismos de solución de controversias

¹¹³ Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

¹¹⁴ Meilán, J. (2013). *Las Prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos: Propuestas de Revisión*. Madrid. Revista de Administración Pública. 191.

aplicables, cuando el contratista desee activarlo para obtener *ex post* la decisión final y definitiva de la controversia”¹¹⁵ (pág. 596).

Este fundamento está soportado, en nuestra opinión, en que la aplicación de esta potestad es de carácter “residual”, en el sentido que su utilidad devendrá únicamente como una medida de *ultima ratio* en aquellas situaciones en donde las partes no se pongan de acuerdo y comprometa al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Como es natural, si la Administración toma una decisión en tenor a estas facultades, es totalmente comprensible que el traslado de la responsabilidad sobre la aplicación de esta prerrogativa recaiga en sus hombros, liberando de esa manera al contratista de los resultados o efectos suscitados de en la aplicación de dicha información.

¹¹⁵ Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

3.3.2 Marco legislativo

Al respecto del marco legislativo de esta prerrogativa, no hemos podido advertir fehacientemente alguna figura en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento donde efectivamente pueda plasmarse; al respecto, como nos establece Morón Urbina (2016), “Aunque esta prerrogativa frecuentemente no aparece regulada en forma expresa en la regulación, los ordenamientos la presuponen al abordar las otras prerrogativas de dirección, sanción, resolución unilateral, entre otros”¹¹⁶ (pág. 596).

Por consiguiente, para el maestro peruano, el advertir un análisis del marco legislativo sobre este tema nos trasladaría al estudio de las demás prerrogativas; en nuestra opinión, hablar en *stricto sensu* de la presencia de esta potestad en nuestro marco legislativo es difícil, ya que al no estar establecido textualmente en el cuerpo normativo, y no habiendo ubicado una figura que se adecúe al marco doctrinario señalado anteriormente, nos da a entender que esta no se encuentra legislada en nuestro ordenamiento nacional.

¹¹⁶ Morón, J. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

3.4 Prerrogativa de dirección y control

3.4.1 Marco Doctrinario

La prerrogativa de dirección y control (cuya denominación varía levemente dependiendo de la consideración del autor y del cuadro legislativo del país donde se trate), se determina como la posición privilegiada de la administración de vigilar el correcto y adecuado cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista y, en aquellas situaciones donde se advierta pertinente, establecer mandatos de carácter vinculante, cuyo incumplimiento recae en medidas coercitivas a la parte contratante anteriormente mencionada; tal como refuerza Morón Urbina (2013) al respecto:

Consiste en la potestad de la entidad contratante para disponer, en cualquier momento de la ejecución contractual de medidas específicas para inspeccionar, vigilar y supervisar la regularidad de las actividades del contratista constitutivas de las prestaciones contractuales, y, en caso necesario, dictar las ordenes y los correctivos necesarios que deben ser implementados por el contratista bajo apercibimiento de penalidad u otro tipo de sanción (...) ¹¹⁷ (pág. 8)

Antes de proceder con el desarrollo que se desglose de esta prerrogativa, resulta importante resolver cierta discrepancia al respecto de su carácter exorbitante, debido a las disímiles consideraciones que se tienen a nivel doctrinal; al respecto, Pérez Hualde (2011) sostiene lo siguiente:

(...) En el caso de la obra pública está normalmente prevista en forma expresa en el marco legal que rige el contrato. Tal como lo está en el contrato de locación de obra en el Código Civil y también en el régimen del contrato de trabajo. No

¹¹⁷ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

hay exorbitancia respecto del derecho privado, pues no es nulo incluir expresamente esta facultad en contrato alguno¹¹⁸ (pág. 207).

Es decir que, para dicho autor, la prerrogativa de dirección, inspección y control (tal como él mismo se refiere a esta) no gozaría de un carácter exorbitante a partir de un escenario comparativo con el derecho privado, aduciendo que esta potestad opera de manera armoniosa en ambos sistemas, además que existen disposiciones en el derecho civil ciertamente homogéneas.

Contextualizando lo mencionado por Pérez Hualde a nuestra legislación, en el Código Civil podemos advertir la figura de la Inspección de Obra establecida en el Artículo 1777¹¹⁹, lo cual evidencia un asidero bastante sólido a su postura.

Por otro lado, Dromi (2006) discrepa expresamente aduciendo que “Como se advertirá, esta facultad de la administración también es exorbitante del derecho privado. No depende de que haya sido prevista expresamente en el contrato”¹²⁰ (pág. 628). En su visión, Dromi aduce que sí es pertinente conferirle un carácter exorbitante a partir que, la concepción de esta facultad de la administración no se encuentra supeditada a una mención expresa en el documento, sino que esta se ve gestada al momento en que la Ley lo estipula.

Por esa misma línea, Marienhoff comparte la misma idea de Dromi estableciendo lo siguiente:

Del carácter “*administrativo*” de un contrato deriva una consecuencia fundamental: la administración pública, frente al cocontratante, tiene poderes de *control* y de *dirección* del contrato. Tratase de prerrogativas que constituyen

¹¹⁸ Pérez, A. (2011). *Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos*. Ciudad de México. 2011. Revista Académica de la UNAM.

¹¹⁹ Inspección de Obra

Artículo 1777.- El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Cuando en el curso de ella se compruebe que no se ejecuta conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Tratándose de un edificio o de un inmueble destinado por su naturaleza a larga duración, el inspector debe ser un técnico calificado y no haber participado en la elaboración de los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

¹²⁰ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

cláusulas exorbitantes “virtuales” que, por tanto, existen por “principio”, sin necesidad de que un texto expreso las consagre¹²¹ (pág. 147).

Para resolver dicha controversia, así como también hacer un juicio de valor macro sobre su exorbitancia o no, consideramos que no se debe minimizar la esencia de esta prerrogativa a su carácter netamente dispositivo o instrumental, sino que debe visualizarse bajo cuatro puntos importantes:

El primero (y tal vez más importante) es tener en cuenta su carácter objetivo-práctico en el sentido de su finalidad, y es que este se concibe a partir de la intencionalidad de la ley de asegurar el cumplimiento de las prestaciones y, con ello, alcanzar la finalidad pública que se persigue. Tal como establece Morón Urbina (2013) “En cuanto a su finalidad, nos resulta bastante claro que dicha potestad se justifica en la medida que constituye un instrumento para garantizar que las prestaciones a favor del interés general se realicen según lo ofreció y pactado (...)”¹²² (pág. 9).

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el margen de actuación que tiene la entidad con esta prerrogativa: En el derecho privado, el campo de acción de las partes contratantes se limita a lo pactado en el contrato; en cambio, en los contratos administrativos que nos competen, la administración no sólo tendrá un rol de inspector en resguardo del cumplimiento de las prestaciones pactadas entre las partes, sino también tendrá la facultad de imponer modificaciones sobrevinientes a lo pactado¹²³, con lo cual la discrecionalidad de la Entidad resulta mucho más abierta en comparación a su parte civil.

Reforzando lo sostenido, Díez establece al respecto:

¹²¹ Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

¹²² Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

¹²³ Artículo 123.- Responsabilidad de la Entidad (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)

La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares (...).

La prerrogativa de dirección y control implica decisiones unilaterales y ejecutorias, es decir, no requiere ser negociada y deberá ser acatada por el particular, el cual, en principio, no puede incumplir las instrucciones comunicadas sino sólo reclamar con posterioridad a través del procedimiento indicado por cada ordenamiento. Se justifica lo expuesto en cuanto a que se debe presumir la legitimidad y legalidad de la decisión de la administración, esto es, que la decisión se deba al resguardo del interés público que pudiera verse comprometido si se desacata lo exigido¹²⁴ (pág. 49).

En tercer lugar, y relacionado al punto anterior, hay que tener en cuenta el carácter sancionador de la administración al respecto de las órdenes devenidas de su acción de vigilancia: el contratista, de no acatar las órdenes o correctivos que transmite la Entidad, queda expuesta a recibir sanciones o penalidades, lo que ciertamente dista mucho de la figura de la resolución de contrato desarrollada en el código civil cuando se da el incumplimiento de lo pactado.

En cuarto lugar, tenemos que tener en cuenta la concepción de esta figura (dirección y control) en ambos sistemas en relación a su obligatoriedad: en el derecho privado, se determina a la inspección de obra como un derecho del comitente de asegurar, mediante su supervisión (o del inspector designado), el cumplimiento de las prestaciones según lo pactado; en cambio, en lo establecido en la LCE se determina a esta como un deber de la Entidad de supervisar el accionar del contratista en resguardo de la correcta ejecución de las prestaciones¹²⁵.

¹²⁴ Díez, M. (1985). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba.

¹²⁵ Artículo 10. Supervisión de la Entidad

La Entidad en todos sus niveles debe supervisar, directamente o a través de terceros, todo el proceso de contratación. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

Quedando en claro el carácter exorbitante de esta potestad de la administración, creemos interesante determinar el sentido práctico de esta prerrogativa; en ese sentido, Morón Urbina (2013) menciona lo siguiente:

En esa línea la intensidad y extensión de la potestad variara según la clase de contrato que se celebre, siendo empleado mayormente en los de prestaciones continuadas como la concesión, suministros, obras, supervisión, consultorías; y, menos aplicable en los contratos de ejecución instantánea como la compraventa y la donación, así como otros donde no sea compatible con la naturaleza del contrato, como los empréstitos públicos, los arrendamientos de inmuebles, entre otros¹²⁶ (pág. 9).

Entonces, podemos determinar que la relevancia de esta prerrogativa será más palpable en aquellos contratos donde las prestaciones a cargo del contratista se den en un espacio temporal considerable (prestaciones continuadas); en cambio, en aquellos contratos de cumplimiento fugaz (ejecución instantánea), por su propia naturaleza, resultará de poca practicidad.

Reforzando esta idea, Dromi (2006) sostiene que:

La intensidad jurídica con que este derecho se ejercerá será diversa en cada tipo de contrato administrativo. Así, por ejemplo, es mayor en los contratos de concesión de servicios públicos (...). Esta prerrogativa también es amplia en los contratos de obra pública; es menor, en cambio, en los contratos de suministro por ser su cumplimiento instantáneo o de plazo muy breve¹²⁷ (pág. 629).

Siguiendo la línea en relación a su sentido práctico, es pertinente señalar los cuatro aspectos en los cuales se desarrolla, y en la cual hay un total acuerdo en la doctrina (Bercaitz, Diez, Escola, Linares Jara, Dromi Y Morón Urbina para citar algunos):

- Aspecto material.- Verificación del cumplimiento de las prestaciones pactadas entre la entidad y el contratista.

¹²⁶ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

¹²⁷ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

- Aspecto técnico.- Verificación de la ejecución de las prestaciones acorde a las especificaciones técnicas previstas (normas técnicas, planos, calidad de materiales, entre otros).
- Aspecto financiero.- Verificación del cumplimiento de lo pactado en relación al campo económico (contable) de las prestaciones (pago de planillas, tributos, pago a proveedores, entre otros).
- Aspecto legal.- Verificación del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato y de las disposiciones legales pertinentes (no solamente relacionadas al marco legal de las contrataciones públicas, sino también aquellas relacionadas a derechos laborales, obligaciones medioambientales, entre otras)¹²⁸.

Como se puede apreciar (y se mencionó anteriormente), el margen de actuación de la administración alrededor de esta prerrogativa resulta bastante amplia, no sólo asentándose a asuntos directamente vinculados con la ejecución de las prestaciones emanadas del contrato, sino también a aristas que se desprenden de ellas; no debemos confundirla con la actuación que puede tener entes fiscalizadores como SUNAFIL, SUNAT o OEFA en asuntos de su competencia, ya que el objetivo central resulta distinto a lo que buscan lograr estas entidades; al respecto, Morón Urbina (2013) establece que “Como es lógico, esta potestad no se refiere a la actividad de fiscalización o de policía que la administración realiza en los sectores de la actividad económica sobre diversos agentes privados, como puede ser la fiscalización laboral, tributaria o sanitaria a las empresas sean o no proveedoras del Estado(...)¹²⁹ (pág. 10).

Por otro lado, en cuanto a la finalidad propia de esta prerrogativa, esta se constituye como un medio por el cual la administración podrá asegurar el cumplimiento del objeto

¹²⁸ Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los contratos administrativos*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Pág. 308-309.

Diez, M. (1985). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba. Pág. 157-158

Escola, H. (1977). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. Pág. 389.

Linares, M. (2002). *El contrato estatal*. Lima. Editorial Jurídica Grijley. Pág. 164.

Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho. Pág. 629.

Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Pág. 9.

¹²⁹ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

contractual, el cual está adscrito (como es evidente) al interés general que se persigue con la contratación.

Al respecto, el autor citado previamente completa la idea señalando que:

En cuanto a su finalidad, nos resulta bastante claro que dicha potestad se justifica en la medida que constituye un instrumento para garantizar que las prestaciones en favor del interés general se realicen según lo ofrecido y pactado, la posibilidad de dar cauce y absolver incidentes que surjan sobre la forma y modo de cumplir las prestaciones, dar instrucciones y correctivos oportunos a los contratistas para adecuar las prestaciones a lo pactado¹³⁰ (pág. 10).

Como vemos, la prerrogativa de dirección y control goza de una importancia considerable tanto por su utilidad práctica (en relación a sus límites, posibilidades y campo de acción), así como también por el objeto que persigue; es por ello que, como resulta evidente, la relevancia de una correcta e inteligente acción legislativa alrededor de esta figura es importante para llevarla de la mejor manera, balanceando el buscar lograr la finalidad pública con el interés particular del contratista de cumplir con sus prestaciones a cargo.

¹³⁰ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*.

3.4.2 Marco legislativo

Resulta interesante realizar un análisis comparativo muy somero y superficial entre la legislación nacional con algunos de sus pares extranjeros alrededor de esta potestad en el sentido que, como veremos a continuación, la claridad y determinación de cada instrumento normativo varía (desde un punto de formal y de fondo) con nuestra Ley de Contrataciones:

Por un lado, el Decreto N° 1023/01 publicado el 13 De Agosto del 2001 y que regula el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina, es muy enfático y claro al respecto de la prerrogativa de dirección y control¹³¹, tanto así que su disposición se ajusta perfectamente a lo establecido en la doctrina; si bien la mención es muy escueta en este instrumento normativo, no cabe ningún tipo de duda al momento de equiparar lo que se vino hablando anteriormente con lo establecido en el artículo en cuestión.

Por otro lado, La legislación colombiana en este aspecto es un poco más expresiva en relación a esta prerrogativa: en el Estatuto General De Contratación de la Administración Pública, dada por Ley N° 80 publicada el 28 de octubre de 1993, no solamente establece la obligación de la administración de realizar las labores de dirección y control, sino también plantea un espacio temporal que se deberá efectuar de manera estricta¹³²; a consecuencia de ello, el margen de discrecionalidad de la administración resulta ciertamente limitado y parametrado al momento de cumplir con

¹³¹ Artículo 12. — FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual.

(...)

c) El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación.

¹³² ARTICULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES.

Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

4o. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada seis (6) meses durante el término de vigencia de las garantías.

esta facultad; sin embargo, resulta válido pensar que el legislador optó por sacrificar un poco de libertad de la administración a fin de establecer puntos claros en relación a su cumplimiento.

En el caso peruano, la Ley de Contrataciones del Estado, tiene su mayor presencia en relación a dicha potestad a partir de su artículo 10, en la cual nos establece lo siguiente:

Artículo 10. Supervisión de la Entidad

10.1 La Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

Comparando con sus símiles anteriormente mencionados, es evidente que el tratamiento de esta prerrogativa no es muy claro, ya que los otros instrumentos normativos son bastante expresivos y tajantes al momento de establecer la existencia y apertura de esta prerrogativa.

En ese sentido, resulta importante determinar si el ejercicio de “supervisión” a cargo de la Entidad, que se menciona en el artículo anterior, comprende no solamente la acción de “control”, sino también la de “dirección”, ya que resulta demasiado difuso (y peligroso) dejar esto a interpretación, lo que lleva consigo, en *stricto sensu*, a una discrecionalidad demasiado amplia a la administración en el cumplimiento de las obligaciones que son emanadas a partir de esta prerrogativa.

Dejando un poco de lado la situación anterior, podemos determinar que la LCE inicia dándonos los primeros rastros de esta prerrogativa en su artículo 8 inciso a)¹³³, en el cual nos establece que el Titular de la entidad será la mando máximo para la aprobación, autorización y supervisión en las contrataciones que se lleven a cabo, dándole así la suficiente personalidad (y responsabilidad) para llevar a cabo el

¹³³ Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones.

a) El Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejercer las funciones previstas en la Ley y su Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.

(...)

cumplimiento dicha potestad; sin embargo, el artículo 4 del Reglamento de la LCE, en la última parte del segundo párrafo, nos establece lo siguiente: “(...) Siendo que la supervisión de la ejecución del contrato le compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función”

¿Error al momento de legislar?, es posible; sin embargo, a nuestra consideración, no resultaría estrictamente vinculante o grave, ya que la potestad de supervisar (entendiéndola sólo como aquella de dirección) puede ser delegada¹³⁴; sin embargo, si entendemos a “supervisar” como una facultad de dirección y control, si resultaría preocupante, debido a que no es posible delegar la facultad de autorización de adicionales de obra (que es estrechamente cercana a la “dirección” que puede tener la entidad en relación de contratos de obra), que queda única y exclusivamente a cargo del Titular.

Ciñéndonos a ellos, resultaría bastante urgente e importante que se haga una modificación a la Ley y el Reglamento, a fin de clarificar este aspecto en los artículos anteriormente mencionados.

Volviendo con la primera cuestión de este apartado (en relación al artículo 10 de la LCE), teniendo un criterio más “permisible”, podemos determinar que el artículo 10 de la Ley deberá interpretarse conjuntamente con el artículo 123¹³⁵, a fin de tener un panorama más concreto de la real atención de nuestra legislación con esta prerrogativa; brindándonos, de manera clara, que la entidad únicamente no hará un papel de control, sino también uno de dirección en aquellos casos en donde se presente una necesidad para el cumplimiento de las prestaciones; a nuestra

¹³⁴ Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones

(...)

El Titular de la Entidad puede delegar, mediante resolución la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación la declaración de nulidad de oficio, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, la aprobación de las contrataciones directas salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación y los otros supuestos que se establezcan en el reglamento.

¹³⁵ Artículo 123.- Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares. La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras.

consideración, eso no quita la débil y poco clara redacción de la ley en torno a la prerrogativa materia de estudio.

El particular caso de los contratos de Obra:

Siguiendo con este estudio del marco legislativo, el siguiente paso a analizar nos lleva hasta el reglamento, específicamente a su capítulo VII, el cual regula lo relacionado al contrato de obra; y es aquí particularmente en donde vemos de manera categórica la ejecución de esta prerrogativa; situación que, en algunos casos, trae consigo ciertas críticas, tal como establece Latorre Boza “(...).Y es que, en aplicación restrictiva y equivocada del principio de legalidad, se asume que los únicos contratos que requieren de supervisión son los de ejecución de obras (y en algunos casos los de consultoría de obras)”¹³⁶.

Al respecto, creemos bastante valorable dicha crítica, ya que situarse normativamente sólo en los contratos de obra (al respecto de esta prerrogativa) disminuye la fuerza de los otros tipos de contrato (más aun teniendo en cuenta las debilidades del marco normativo general que se mencionó anteriormente); tratar de buscar una razón a esto a partir de la naturaleza del contrato de obra en relación a su duración, cuantía o envergadura, sería un justificante bastante tenue a este criterio.

En ese sentido, no creemos necesario tener una articulación especial referida a la prerrogativa de dirección y control para cada tipo de contrato, sino de reforzar la figura general de esta potestad para que no se vean minimizadas.

Siguiendo con el análisis, el primer artículo del reglamento materia de observación es el artículo 159, que nos establece lo siguiente:

“Artículo 159.- Inspector o Supervisor de Obra

159.1 Durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Queda prohibida la existencia de ambos en una misma obra. El inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por

¹³⁶ Latorre, D. (2012) *¿Supervisor de obra a tiempo parcial?* Lima. Artículo académico disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2012/03/05/supervisor-de-una-obra-a-tiempo-parcial/#more-302>

esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra.

159.2 El inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir con la misma experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra. Es obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo.

159.3 El supervisor de obra, cuando es persona natural, o el jefe de supervisión, en caso el supervisor sea persona jurídica, no podrá prestar servicios en más de una obra a la vez, salvo lo previsto en el siguiente numeral.

159.4 En el caso de obras convocadas por paquete, la participación permanente, directa y exclusiva del inspector o supervisor es definida en los documentos del procedimiento de selección por la Entidad, bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar”.

Haciendo retrospectiva a lo ya mencionado, el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado nos establece que “La Entidad en todos sus niveles debe supervisar, directamente o a través de terceros, todo el proceso de Contratación. (...)”; haciendo que, a partir de ello, tengamos a consideración la figura del Inspector o Supervisor de Obra, que se constituye como un actor protagónico si hablamos de quién llevará a cabo de manera efectiva esta prerrogativa.

Al respecto del inspector, no hay ningún tipo de comentario adicional ya que, como establece el artículo en cuestión, este es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, con lo cual se puede determinar que la Entidad tiene una “personalidad delegada” en un miembro de su institución.

En cambio, en el caso del supervisor, resulta ser una figura bastante curiosa, ya que al ser una persona especialmente contratada para dicho fin, puede decirse que a partir de esta se “terceriza” la prerrogativa a una persona natural o jurídica para cumplir con dicho deber; siendo, de esa manera, la única prerrogativa que se puede cumplir a partir

de un intermediario y no directamente por la administración.

El nacimiento de esa figura se puede entender desde un sentido práctico a partir de buscar lo más económicamente eficiente para cumplir con los objetivos de la administración: sin duda alguna, no resulta difícil de concebir un escenario en donde la administración no pueda darse abasto de cumplir con la supervisión de una obra sólo con los servidores o funcionarios pertenecientes a su institución, con lo cual resulta razonable la contratación de un particular en estos casos.

Teniendo en cuenta ello, la acción de supervisión que se realice de la mano de un supervisor, se dará (como es evidente) mediante un contrato de supervisión, el cual estará subordinado a la existencia de un contrato de obra; cuando dicha función la realice un inspector, no será necesario la firma de un contrato ya que las funciones de dirección y control emanarán del cargo que ostente en la Entidad. En ese sentido, Retamozo Linares (2015) sostiene esta idea alegando lo siguiente:

Así, mientras en el contrato de obra un contratista se obliga a ejecutar una obra a favor de la Entidad, mediante el contrato de supervisión la entidad verifica que el contratista cumpla con las condiciones de ejecución de la obra.

De lo anterior se desprende que, si bien puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión (ya que dicha obligación puede ser cumplida por un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta como inspector), no podríamos tener un contrato de supervisión sin la existencia de un contrato de obra, dado que si no existiera una obra que se ejecute no existiría control de la ejecución. De ello se desprende que, si bien, para la entera satisfacción de la necesidad que busca satisfacer la Entidad mediante la ejecución de una obra, las actividades que realizan tanto el ejecutor como el supervisor resultan complementarias, el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia y ejecución del contrato de obra¹³⁷ (pág. 858).

¹³⁷ Retamozo, A. (2015). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Décima Edición. Lima. Gaceta Jurídica.

Al respecto de la actividad que realizan estos actores, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) la define como “el conjunto de actividades que consiste en realizar un seguimiento puntual de carácter normativo, técnico, administrativo y de control de calidad efectuado por una persona con experiencia y conocimientos en la materia, para asegurar que la obra se ejecute con la calidad, costos y tiempo establecidos en el contrato, expediente técnico y normatividad vigente”¹³⁸; alrededor de ello, el segundo artículo que tendremos a consideración nos establece de manera más puntual sus funciones generales, lo que nos dará un vistazo más claro sobre cómo se desarrolla la prerrogativa de dirección y control:

Artículo 160.- Funciones del inspector o supervisor

160.1 La Entidad controla los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien es el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la obra y del cumplimiento del contrato, debiendo absolver las consultas que formule el contratista según lo previsto en los artículos siguientes. En una misma obra el supervisor no puede ser ejecutor ni integrante de su plantel técnico.

160.2 El inspector o el supervisor, según corresponda, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

160.3 El contratista debe brindar al inspector o supervisor las facilidades

¹³⁸ *Contratación de Obras Públicas*, OSCE, Lima, Material de Capacitación del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap4_obras.pdf pág. 31.

necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales están estrictamente relacionadas con esta.

En ese sentido, podemos establecer que las funciones generales del inspector o supervisor son las siguientes:

- Responsabilidad de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento de contrato.
- Controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista.
- Se encuentra facultado de ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

Al respecto, todas aquellas funciones anteriormente señaladas deben ajustarse a lo establecido en el contrato, lo cual significa un límite esencial al momento de ejercitar estas funciones.

Igualmente, el artículo en cuestión nos plantea en su parte final un deber de colaboración en el cual, el contratista deberá facilitar las acciones de supervisión a cargo del supervisor o inspector, esta figura refuerza la idea de que el contratista no solamente tiene un papel como parte del contrato con un fin particular (interés de lucro), sino también se le considera como un agente colaborador de la administración a fin de alcanzar el interés público; al respecto, Morón Urbina (2013) establece que "(...). Por otro lado, la existencia de esta prerrogativa exige del contratista su deber de colaboración para que esa supervisión se pueda realizar a cabalidad, sin poder plantear –salvo casos especiales bajo protección legal- excepciones de confidencialidad, como información privada o aspectos semejantes"¹³⁹ (pág. 9).

¹³⁹ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

Siendo más específicos al respecto, el OSCE nos establece que las funciones del supervisor pueden clasificarse en el tipo de control que realizará:

- Control de precio
 - Adelantos, usos y amortizaciones.
 - Avance de obra: metrados de avance, valorizaciones, reajustes.
 - Adicionales y deductivos.
 - Mayores gastos generales.
 - Liquidación de contrato.
 - Control de vencimiento de garantías.

- Control de Plazo
 - Control de los calendarios de avance de obra y de adquisición de materiales.
 - Control de avance programado.
 - Ampliaciones de plazo.
 - Aplicación de penalidades.

- Control de calidad
 - Revisión del expediente técnico.
 - Elaboración y presentación del informe de dicha revisión con recomendaciones oportunas para subsanar eventuales deficiencias, omisiones o adicionales.
 - Verificar el cumplimiento del expediente técnico de obra.
 - Control de procesos constrictivos.
 - Control de calidad de materiales.
 - Control de calidad de instalaciones.
 - Control de ensayos y pruebas
 - Control topográfico.
 - Control de calidad de trabajos ejecutados.
 - Control de maquinaria.
 - Control del personal idóneo.

- Para el control de calidad deberá verificarse el cumplimiento de las normas técnicas, que resulten aplicables como por ejemplo las normas técnicas sobre edificaciones.
- Control de obligaciones contractuales
 - Otros tipos de obligaciones distintas a las anteriores.
 - Seguridad, normas específicas.
 - Impacto ambiental.
 - Permisos y licencias.
 - Relación con la población.
 - Restos arqueológicos.
 - Reconocimiento del área del proyecto.
 - Presentación de informes: quincenales, mensuales, de control de calidad, por adicionales, por ampliaciones de plazo, entre otros.
 - De documentos necesarios para iniciar la obra.
 - Participar en la entrega de terreno.
 - Utilizar cuaderno de obra¹⁴⁰.

En ese mismo sentido, el máximo organismo en materia de contrataciones con el Estado también clasifica a las responsabilidades del supervisor en tres etapas:

- “Actividades antes del inicio de la obra:
 - Reconocimiento del área del proyecto.
 - Revisión del expediente técnico.
 - Elaboración y presentación del informe de dicha revisión con recomendaciones oportunas para subsanar eventuales deficiencias, omisiones o adicionales.
- Actividades durante la ejecución de la obra:

¹⁴⁰ “Contratación de Obras Públicas”, OSCE, Lima, Material de Capacitación del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap4_obras.pdf (visitado el 19.07.16), pág. 33 - 34.

- Control técnico
 - Control topográfico.
 - Control de calidad de materiales.
 - Control de procesos constructivos.
 - Control de calidad de trabajos ejecutados.
 - Control de maquinaria.
 - Control del personal idóneo.
 - Control de ensayos y pruebas de laboratorio.
 - Presentación de informes: quincenales, mensuales, de control de calidad, por adicionales, por ampliaciones de plazo, entre otros.

- Control del contrato
 - De documentos necesarios para iniciar la obra.
 - Participar en la entrega de terreno.
 - Control de los calendarios de avance de obra y de adquisiciones de materiales.
 - Exigir medidas de seguridad en obra.

- Control económico financiero
 - Revisión y aprobación de las valorizaciones.
 - Cálculo de reajustes.
 - Elaboración y trámites de presupuestos adiciones y sus reajustes.
 - Elaboración y trámite de presupuestos deductivos.
 - Control de vencimiento de garantías.

- Actividades posteriores al término de la obra
 - Pruebas de puesta en marcha (de ser el caso).
 - Participar en la recepción de la obra.
 - De estar en el contrato, formular la liquidación de obra.
 - Revisión de la liquidación final de obra.

- Informe final de obra¹⁴¹.

Como podemos observar, la cantidad de responsabilidades y atribuciones que posee el supervisor en el contrato de obra es bastante amplia, tanto así que no se puede hablar propiamente como una parte del contrato “subordinada” a los requerimientos y mandatos de la administración, sino como una figura que se le atribuye la suficiente personalidad para hacer cumplir facultades propias de la Entidad.

¹⁴¹ “Contratación de Obras Públicas”, OSCE, Lima, Material de Capacitación del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado disponible en: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap4_obras.pdf (visitado el 19.07.16), pág. 33 - 34.

3.5 Prerrogativa de ejecución directa de la prestación o intervención económica de obra

3.5.1 Marco Doctrinario

No cabe duda que, de todos los tipos de contratos públicos que pueden “firmarse” entre la Administración y el contratista privado (en relación a la LCE y su Reglamento), es el de ejecución de obras quien centra una atención particular al respecto, y dicha importancia no es gratuita: ya sea por la envergadura que involucra las prestaciones para llevarla a cabo, la cuantía que la envuelve o la especialidad necesaria para poder cumplir con su ejecución, el ordenamiento jurídico de la materia (tanto nacional como también en sus símiles internacionales) tiende a legislarlo con cierta especialidad a fin de pautear determinados lineamientos necesarios para que las obligaciones a cargo de las partes se den de manera armónica y concatenada, evitando en lo mayor posible la generación de controversias (y de suscitarse estas, resolverlo de la forma más rápida posible), así como también todo tipo de contratiempo que pueda poner en riesgo el cumplimiento del objetivo central de la contratación, que si bien es la construcción de un inmueble, hay un interés público circunscrito a esta.

Y es en esta última parte en donde la Administración, en salvaguarda de un interés general, puede tener la facultad especial de actuar sobrepasando un acuerdo de voluntades previo a fin de no poner en riesgo dicha premisa, dejando de lado su papel de “acreedor - observador” en el contrato a partir de participar activamente en la ejecución de las prestaciones pendientes de ser ejecutadas que, en un primer momento, estaban a cargo del contratista privado.

Por lo antes expuesto, no es sorpresa que se conciba dicha potestad exorbitante en cuestión, en pro de supeditar el cumplimiento de las prestaciones en lugar de procedimientos y formalidades regulares determinadas por la Ley que signifiquen una paralización de las prestaciones (y por ende de la ejecución del contrato); en ese sentido, la prerrogativa de ejecución directa de la prestación (representado en nuestro

ordenamiento con la figura de intervención económica de la obra), se plantea como una institución supletoria en los contratos públicos de ejecución de obra sujeto a determinadas formalidades, presupuestos y características que no buscan hacerlo irrazonable o abusivo, pero si un mecanismo garantizador de la correcta y puntual ejecución de una obra.

Morón Urbina (2013), citando a Cassagne, nos habla de esta “como aquella por la cual la administración tiene la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor”¹⁴² (pág. 9)

Al respecto, el maestro argentino se refiere explícitamente a lo establecido en el artículo 12 del Decreto 1023/2001, que regula el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina; en ese sentido, el artículo en cuestión establece lo siguiente:

Art. 12. — FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual.

Especialmente tendrá:

(...)

e) La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciere dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.

Como es apreciable, esta prerrogativa exorbitante goza de una peculiar amplitud en su desarrollo normativo, al no estar limitado únicamente a los contratos de ejecución de obra (como sucede en nuestro ordenamiento nacional); sin embargo, la estrecha connotación de la doctrina en relacionar a esta facultad con los contratos de concesión,

¹⁴² Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

obras y suministro¹⁴³ hacen que su aplicación (en teoría) se desarrolle “normalmente” en los contratos anteriormente mencionados.

En ese sentido, resulta complicado trasladar la idea central de esta prerrogativa (facultad de la Administración de ejecutar directamente las prestaciones a cargo del contratista) a otros tipos de contratos (salvo los contratos que sean considerados como servicios pero que igualmente involucren obra, como es el caso específico de los contratos de mantenimiento de carreteras), como lo son los contratos de entrega de bienes, prestación de servicios de servicios, consultorías en general, entre otros; forzar la figura materia de estudio a esos tipos de contratos desvirtuaría muchas de sus características principales, que pasaremos a explicar posteriormente.

Siguiendo esa misma línea, Marienhoff plantea a esta facultad de la administración como “una medida coercitiva provisional”; es decir, una facultad de la Administración de carácter temporal y reactiva, que responde a determinados hechos suscitados durante la ejecución contractual (por lo general el incumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista).

De igual manera, el tratadista argentino explica a esta prerrogativa de la siguiente manera:

De manera que, tratándose de un contrato "administrativo", en el caso de que el cocontratante no cumpla sus obligaciones, a la Administración Pública le corresponden el derecho virtual, tácito o implícito de evitar las consecuencias de esa inexecución y de asumir ella -por sí o a través de un tercero- el cumplimiento de las pertinentes prestaciones, ejecutando así el contrato. Esa prerrogativa de la Administración Pública de asumir directamente la ejecución del contrato es, por principio, de tipo meramente "provisional", es decir transitoria¹⁴⁴ (pág. 156).

En nuestra consideración, la posibilidad de llevar a cabo esta prerrogativa a través de un tercero (tal como señala Marienhoff) es ciertamente poco práctica, debido a la

¹⁴³ Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A*. Argentina. Abeledo-Perrot.

¹⁴⁴ Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A*. Argentina. Abeledo-Perrot.

naturaleza de las prestaciones (prestaciones evidentemente sujetas a cierta complejidad), la naturaleza propia de esta facultad (de carácter temporal) y la dificultad de conseguir a un privado que se encargue de dichas obligaciones en un lapso temporal prácticamente inmediato.

De igual manera, concebir que dicha prerrogativa puede trascender de los parámetros temporales anteriormente explicados (en relación a que es una medida momentánea), es deslucir su carácter subsidiario y desviar uno de sus objetivos secundarios (no romper la relación contractual); aterrizando a nuestro contexto nacional, dicho escenario se asemeja mucho a una resolución contractual y una posterior contratación directa por ese motivo, evidenciando de esa manera que darle un carácter permanente a esta potestad exorbitante no guarda relación con su propia esencia.

Características generales

Consecuencia de un incumplimiento por parte del contratista, caso fortuito o fuerza mayor: Como resulta evidente, el evento reactivo de la invocación de esta figura es, principalmente, el incumplimiento por parte del contratista: no sólo por tratarse de una medida coercitiva o a mérito de castigo, sino (principalmente) que la inejecución de las prestaciones significa poner en riesgo la finalidad pública que se persigue, por el cual el deber de la Administración de resguardar esta se ve fielmente plasmada en esta figura.

Al respecto de las otras causales (caso fortuito o fuerza mayor), es evidentemente discutible, ya que un evento no atribuible al contratista puede no ser suficiente para que se tome dicha medida en todos los casos; por el cual dicha decisión por parte de la Entidad debe responder a motivaciones debidamente sustentadas.

Al respecto, Marienhoff sostiene lo siguiente:

Dada la naturaleza de las sanciones en cuestión, cuya posible gravedad respecto al cocontratante es obvia, se ha requerido no sólo que ellas tengan efectivamente un "motivo" o "causa" (...) vale decir que dicho acto

contenga la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a emitirlo, pues, como lo expresé en otra oportunidad, "motivación" es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto. Ciertamente, dada la profunda incidencia que la sustitución del cocontratante por la Administración Pública en la ejecución y cumplimiento del contrato puede tener en la esfera jurídica del cocontratante, la exigencia de que tales actos sean "motivados" resulta justificada: es de doctrina que han de motivarse todos los actos que impliquen una limitación a la esfera de libertad (...) ¹⁴⁵ (pág. 158 – 159).

Ejecutar las prestaciones a cargo del contratista disponiendo de sus recursos y

logística: Esta característica sigue la premisa primordial que el sujeto con mayor capacidad técnica, experiencia y logística para cumplir con la ejecución de la obra dentro de la relación contractual es el propio contratista; si bien en la doctrina argentina se plantea una "intervención profunda" por parte de la Administración, en nuestro ordenamiento esta se da de una forma más moderada: en nuestro contexto, esta prerrogativa no significa que la Entidad tenga un intervencionismo excesivo al momento de invocar esta, ya que su participación se limitará a brindar soporte económico y, de esa manera, incentivar a que se cumplan las prestaciones.

En ese sentido, el deber de dirección estará siempre a cargo del contratista, siendo el impulso económico brindado por la Entidad (y sus subsecuentes efectos) su principal atribución dentro de esta potestad; al respecto, Morón Urbina (2013) sostiene lo siguiente:

La medida consiste en la administración financiera del contrato a través de una cuenta corriente mancomunada con el contratista donde se administran los pagos adeudados por la Entidad a favor del contratista, las valorizaciones de avance de obra y de cualquier otro concepto que

¹⁴⁵ Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A*. Argentina. Abeledo-Perrot.

se genere posterior a la intervención económica de la obra, con el objeto de aplicarlo a los pagos de mano de obra, proveedores de materiales, subcontratistas, locadores de servicios, transportistas, arrendadores de equipos, suministradores e impuestos, gastos generales variables, siempre que estén directamente relacionados con la ejecución de la obra (...) ¹⁴⁶ (pág. 9).

Persistencia de la relación contractual y de la responsabilidad del contratista:

Tal como señalamos anteriormente, esta medida es de carácter temporal, lo cual trae consigo una doble consecuencia: el acuerdo de voluntades entre las partes no se quebranta, así como también la permanencia de la responsabilidad del contratista al respecto de las prestaciones a su cargo (a pesar de la intervención de la Entidad).

Al respecto, Morón Urbina establece que, “con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos sin llegar al extremo de resolver el contrato ni dejar al contratista al margen de su participación contractual ya que mantiene las obligaciones por el manejo técnico hasta su finalización total” ¹⁴⁷ (pág. 9).

Ejecutoriedad sin intervención judicial previa: Al ser una prerrogativa exorbitante de la Administración, la invocación de esta figura no está supeditada a un mandato de carácter judicial previo que la autorice; es decir, su aplicabilidad dependerá únicamente del criterio de la Entidad sin que la contraparte contractual pueda negarse a esta.

Al respecto, Marienhoff sostiene lo siguiente:

¹⁴⁶ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

¹⁴⁷ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

Trátase de una prerrogativa de la Administración Pública, de la que ésta puede disponer con carácter "ejecutorio", pues tal prerrogativa, al integrar la categoría de cláusulas exorbitantes del derecho común, "virtuales", propias de los contratos administrativos, le corresponde a la Administración Pública para el afianzamiento de ciertas potestades y para la protección del interés general (...) ¹⁴⁸ (pág. 159).

Adicionalmente, es importante señalar que en nuestra legislación nacional, aparte de compartir esta característica, la ejecución de esta prerrogativa posee un carácter de "intocable", en el sentido que la aplicación de esta figura por parte de la Administración no puede ser materia de Arbitraje ni sometida a la Junta de Resolución de Disputas en caso que el contratista muestre su disconformidad al respecto: la LCE señala una serie de materias susceptibles de Arbitraje ¹⁴⁹ donde no se menciona a este; en ese sentido, el único efecto posible a la negatoria del contratista a razón de que se aplique esta es la resolución contractual tal como lo establece el artículo pertinente.

Ahora bien, si se produjera, la resolución contractual por este motivo es, (en el papel) pasible de ser arbitrable; sin embargo, la discusión que pueda ser sometida a controversia no versará necesariamente por una (supuesta) indebida intervención económica, sino a que esta se haya cumplido con lo establecido en la LCE, el Reglamento y las respectivas Directivas de la materia.

En la opinión de Latorre Boza (2012), es necesario definir dicha laguna a fin de dejar en claro esta situación particular; en ese sentido, el autor en cuestión señala lo siguiente:

¹⁴⁸ Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-A*. Argentina. Abeledo-Perrot.

¹⁴⁹ Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

(...)

Un tema que sería necesario definir es si la decisión de intervenir económicamente un contrato es o no es arbitrable, toda vez que si el contratista la rechaza se debe proceder a resolver el contrato. Aparentemente no lo sería, pero habría que definir este punto. Por otro lado, es necesario determinar también si las consecuencias de esa medida son o no arbitrables¹⁵⁰.

En nuestra opinión, es entendible que esta figura materia de estudio no sea arbitrable, debido a que dicha disposición de *ultima ratio* debe responder a un debido contexto en donde resulta evidente que la inejecución de las prestaciones del contratista no puedan ser cumplidas acorde al calendario de avance obra establecido, más aún si estas son a consecuencia de una demora injustificada, por la cual se le requerirá, mediante comunicación previa, que cumpla con sus prestaciones antes de intervenir económicamente.

De igual manera, la intervención económica de obra, en nuestro contexto nacional, responde esencialmente a dos grandes objetivos, un objetivo principal y otro objetivo secundario:

(Objetivo Principal) Asegurar el cumplimiento de la ejecución de obra y el alcance de la finalidad pública inherente al contrato: Como venimos explicando, la razón de fondo de esta prerrogativa es asegurar el objetivo esencial de todo contrato público, que es la finalidad pública que subyace al objeto contractual que vincula a ambas partes; ante ello, resolver el contrato en una situación en donde es pasible de intervenir económicamente, desatando con ello los efectos posteriores para tener un nuevo postor (nueva convocatoria (pudiendo ser una contratación directa), retiro del anterior contratista de la zona donde se ejecuta la obra y otros efectos adicionales), hacen que no necesariamente sea económicamente eficiente, más aún si es posible continuar con las prestaciones y hay buena voluntad del contratista.

¹⁵⁰ Latorre, D. (2012). *Intervención económica de Obra: Reto Pendiente*. Material jurídico disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2011/01/04/intervencion-economica-de-una-obra-reto-pendiente/>.

En ese sentido, la legitimidad de esta medida está íntimamente vinculada al objeto que defiende, siendo la forma en que esta se aplica el único punto que puede ser materia de cuestionamiento.

(Objetivo secundario) Buscar no romper la relación contractual: tal como establece el artículo 61 de la constitución¹⁵¹, el Estado debe facilitar la libre competencia; entre otras prácticas, debe buscar conseguir que se congreguen la mayor cantidad de participantes en cada procedimiento de contratación es vital para obtener la mejor calidad al mejor precio; en ese sentido, asegurarles a los participantes que la resolución contractual es una situación de *ultima ratio* en la relación contractual, es también incentivar la libre competencia, a partir de mecanismos que contribuyan a que el negocio entre ambos actores pueda subsistir a pesar de las contingencias que puedan darse durante la ejecución contractual; de esa manera, se convence al privado que contratar con el Estado no es tan arriesgado como parece.

Bajo esa lógica, esta prerrogativa materia de estudio se esboza como una figura que permita dinamizar (de una manera indirecta) la competencia, a partir de crear seguridad al futuro contratista ante eventualidades que, en muchas ocasiones, no son atribuibles a este; generando, de esa manera, interés a mayor cantidad de postores.

Bajo estas características y objetivos, podemos determinar que esta potestad exorbitante de la administración goza de una serie de atribuciones que, en mayor o menor medida, permiten que la relación contractual entre ambos sujetos se oriente directamente al cumplimiento del objeto de la contratación, aprovechando los puntos fuertes de ambos contratantes minimizando el impacto negativo que pueda tener un escenario adverso (generado por el contratista o se trate de un caso fortuito o fuerza mayor).

¹⁵¹ Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)

Discrepamos amablemente de aquellos estudiosos del derecho que no ven una “utilidad práctica” a esta figura¹⁵², cuestionando la existencia de esta (en inclusive atribuyéndola como un “escollo” u obstáculo; en ese sentido, es entendible que en nuestro ordenamiento jurídico haya ciertos “puntos flacos” alrededor de esta, lo que cause una impresión poco favorable a esta prerrogativa, pero en nuestra opinión dicha percepción se aliviaría con una (necesaria) modernización de la actual directiva que rige a la intervención económica¹⁵³.

¹⁵² En ese sentido, Latorre Boza en “Intervención económica de Obra: Reto pendiente”, material jurídico disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2011/01/04/intervencion-economica-de-una-obra-reto-pendiente/>, sostiene lo siguiente: “Sin perjuicio de lo anterior, es importante que el OSCE empiece por lo primero: determinar si es conveniente o razonable que esta figura exista”.

¹⁵³ Directiva N° 001-2013-CONSUCODE-PRE

3.5.2 Marco Legislativo

Aterrizando a nuestra legislación, el primer punto a analizar es el establecido en el artículo 174 del Reglamento, el cual establece lo siguiente:

Artículo 174.- Intervención Económica de la Obra

La Entidad puede, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar a resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato es resuelto por incumplimiento.

Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia.

Al respecto de su aplicación, Morón Urbina (2013) explica lo siguiente:

La medida consiste en la administración financiera del contrato a través de una cuenta corriente mancomunada con el contratista donde se administran los pagos adeudados por la Entidad a favor del contratista, las valorizaciones de avance de obra y de cualquier otro concepto que se genere posterior a la intervención económica de la obra, con el objeto de aplicarlo a los pagos de mano de obra, proveedores de materiales, subcontratistas, locadores de

servicios, transportistas, arrendadores de equipos, suministradores e impuestos, gastos generales variables, siempre que estén directamente relacionados con la ejecución de la obra, así mismo, la amortización de los adelantos que hubiera percibido el contratista, quedando a favor de éste el saldo resultante luego de la liquidación, el que incluirá la utilidad que pudiese corresponderle¹⁵⁴.

Poco más podemos hablar de esta figura que no se haya dicho en líneas anteriores, siendo esta prerrogativa una salida ante aquellas ocasiones en donde una situación fortuita desfavorable (o responsabilidad del contratista) del contexto amerite la intervención activa de la Administración a fin de salvaguardar la correcta ejecución del contrato de obra. Si a pesar de ello la relación contractual sigue sin funcionar, la resolución de esta se antojará necesaria.

Cabe resaltar que, al ser no una obligación sino un derecho de la Administración, la aplicación de esta se verá afectada por la voluntad de la Entidad de actuar a partir de esta, lo cual nos parece correcto: La prerrogativa de intervención económica de la obra debe responder no sólo a un motivo de alcanzar el interés público (que es un motivo bastante trascendente), sino también a una análisis costo – beneficio en donde, tal vez sea más conveniente la resolución contractual y convocar nuevamente la Licitación o aplicar la contratación directa respectiva.

Un punto controversial anteriormente señalado es el relacionado con la Directiva de la materia (001-2013-CONSUCODE-PRE) que, si bien es totalmente adaptable al artículo 174 del Reglamento de la nueva Ley, sería ideal ajustar el carácter terminológico de esta disposición a los nuevos preceptos de la nueva ley (al margen de aquellos ajustes necesarios de carácter técnico¹⁵⁵).

¹⁵⁴ Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.

¹⁵⁵ En ese sentido, ver la pág. 5 – 7 del siguiente material jurídico: http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Edicion_Especial_2010.pdf (visitado el 18/09/16).

Por consiguiente, la esencia peculiar de esta prerrogativa es erigirse como un punto previo a la resolución contractual, una “última chance” o “última oportunidad” a la relación contractual que ata a ambos contratantes, no con un ánimo de defender los intereses del contratista privado, sino como la salvaguarda de un contexto desfavorable (y salvable) en pro de conseguir (a pesar de ello) la finalidad pública que se desea alcanzar, aunando el potencial económico que puede brindar la Administración con la experiencia y especialidad técnica del contratista que tal vez necesitaba de ese “empujón” para cumplir a cabalidad con sus obligaciones.

En nuestra consideración, es una figura bastante favorable para nuestro ordenamiento y, salvo algunos detalles anteriormente mencionados, se encuentra bien planteada.

3.6 Prerrogativa de sanción al contratista

3.6.1 Marco Doctrinario

La prerrogativa de sanción al contratista posee, sin ninguna duda, particularidades que la hacen diferente a las demás prerrogativas desarrolladas; estas características influirán en el desarrollo que se realice en el presente trabajo ya que, como veremos a continuación, su propia esencia escapa del objetivo central de este estudio.

Sin embargo, antes de explicar estos puntos esenciales, es importante definir su alcance; en ese sentido, Morón Urbina (2016) la señala como “(...) la que permite a la Administración de oficio y unilateralmente identificar en la conducta de los contratistas (aunque también en los postores) la existencia de infracciones, los valora, los procesa y finalmente les aplica la consecuencia sancionadora, generalmente una sanción de inhabilitación o multa”¹⁵⁶ (pág. 612).

En ese sentido, debemos hacer una importante diferenciación de esta prerrogativa con aquellas penalidades que pueden computarse a razón de un incumplimiento en el contrato (como, por ejemplo, incumplimiento en el plazo de ejecución de las prestaciones), ya que la finalidad que persigue esta potestad es diferente: y es el “desincentivar conductas indebidas de los postores y contratistas que se valoran agresivos para todo el sistema de contrataciones (...)”¹⁵⁷ (pág. 612).

Al respecto de sus características que la hacen “diferente”, podemos remarcar las siguientes:

No es aplicada “estrictamente” en la fase de ejecución contractual: como pudimos advertir anteriormente, no sólo se habla de “contratistas” al momento de señalar el ámbito de aplicación de esta prerrogativa, sino también a aquellos postores que, durante la fase de selección realicen actos indebidos que

¹⁵⁶ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

¹⁵⁷ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

ameriten una sanción destinada a (generalmente) inhabilitarlos a ser partícipes en un futuro procedimiento de selección.

Esta particularidad es relevante para nosotros, ya que nos advierte que el desenvolvimiento de la misma no necesariamente se realiza en la fase de ejecución contractual, sino más bien podría darse a consecuencia de un hecho ocurrido en una fase previa; es decir, no es una prerrogativa exorbitante exclusivamente dada durante la fase de ejecución contractual.

No es ejecutada por la Entidad Contratante; A diferencia de las otras prerrogativas en las cuales es la Entidad Contratante quien haga efectiva el uso de estas (lo cual es totalmente razonable ya que estamos en una relación contractual en donde serán las partes quienes establezcan cuáles son sus derecho y obligaciones), la potestad de establecer sanciones al Contratista será únicamente ejercida por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), a partir del Tribunal de Contrataciones.

Como advertimos anteriormente, no hay que confundir la posibilidad de que la Administración pueda establecer multas o penalidades por algún incumplimiento del contratista, ya que dicho aspecto carece de exorbitancia al ser una práctica común en el derecho privado; más bien estando esta prerrogativa orientada a defender principios como los de Igualdad de Trato y Competencia; además de imbuir al procedimiento de selección y/o contrato de “moralidad”¹⁵⁸.

Por consiguiente, esta Prerrogativa trasciende, en su finalidad, a lo que pueda desarrollar en la fase de ejecución contractual.

¹⁵⁸ Al respecto, Nava, C. (2009) sostiene lo siguiente: “Para un correcto funcionamiento de las Contrataciones Públicas, consideramos que la moralidad de es uno de los principales principios que se deben aplicar en los procedimientos de adquisición y contrataciones (...) la moralidad que obliga este principio no es una moralidad común, sino es una moralidad jurídica, una moralidad ética, muchas veces no regulada” (pág. 11). En: *La Potestad Sancionadora en las Contrataciones Públicas*. Lima. San Marcos.

Se encuentra reflejada en otras prerrogativas: Tal como sucede con la prerrogativa de interpretación unilateral del contrato, su análisis nos conllevaría al estudio de las prerrogativas anteriormente mencionadas; en ese sentido, Rodolfo Barra (1989) sostiene lo siguiente:

Considerando esta prerrogativa en una acepción amplia, es decir incluyendo en ella la rescisión del contrato por culpa del contratista, también aquí se destaca la especialidad de este supuesto en el contrato administrativo.

(...)

Esta prerrogativa se conecta con la relativa a la de dirección y control que goza la Administración en el seno del contrato, permitiendo que aquella sea una verdadera y eficaz impulsora de la marcha del contrato, conforme a lo convenido¹⁵⁹ (pág. 121).

En mérito a lo expuesto anteriormente, el análisis de esta prerrogativa no sería fructífero para los fines que buscamos conseguir con esta investigación.

¹⁵⁹ Barra, R. (1989). *Los Actos administrativos Contractuales*. Buenos Aires. DePalma.

3.7 La posición privilegiada de la administración respecto a la excepción de incumplimiento

3.7.1 Marco doctrinario

Antes de iniciar la explicación de este apartado, es importante realizar las siguientes aclaraciones:

Entendemos que la excepción de incumplimiento, bajo la óptica de la doctrina tradicional que ocupa el análisis de los contratos administrativos, no considerada a esta como una prerrogativa exorbitante de la administración, siendo más bien entendida como un derecho que tienen las partes durante la etapa de la ejecución del contrato.

Sin embargo, discrepamos amablemente de esa posición, ya que la propia definición de lo que entendemos como “prerrogativa exorbitante” respalda nuestra intención con este subcapítulo:

Como explicamos en las bases teóricas, lo que podemos concebir como “prerrogativas exorbitantes” serán todos aquellos “(...) modos de decisión unilateral del poder público prevista en el ordenamiento jurídico y ejercidas dentro de una relación contractual que tienen como objetivo actuar conforme al interés público inherente a un determinado contrato”¹⁶⁰ (pág. 591).

Es decir, no serán únicamente “prerrogativas exorbitantes” aquellas “clásicas prerrogativas” que fueron desarrolladas a lo largo de este trabajo, sino todas aquellas manifestaciones de la Administración que se ajusten a la descripción del párrafo precedente; en ese sentido, la excepción de incumplimiento, desarrollada conforme a este apartado, es pasible de considerarla como tal.

Habiendo aclarado este punto, pasaremos a su desarrollo:

¹⁶⁰ Morón, J (2016). *La Contratación Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.

La posición privilegiada de la Administración en los contratos administrativos no sólo gesta desde el derecho público el nacimiento de particulares figuras inherentes a la calidad de este sujeto contractual (dígase *ius variandi*, prerrogativa de interpretación unilateral, prerrogativa de sanción al contratista, entre otros) a fin de preservar y garantizar el cumplimiento de intereses que persigue o por su sola prevalencia en dicho acuerdo de voluntades, sino también la posibilidad que determinadas figuras recogidas del derecho común se amolden a este contexto público; brindándole, de esa manera, determinadas atribuciones adicionales que a los ojos del derecho privado serían consideradas como “injustas” o poco razonables.

En ese sentido, la excepción de incumplimiento o *exceptio non adimpleti* (o *inadimpleti* para algunos autores) *contractus* es una figura del derecho civil con un marcado sentido de justicia y reciprocidad, cuya finalidad principal es la búsqueda de lograr “la conservación del contrato en beneficio del cumplimiento de las recíprocas obligaciones, según cuanto establecido por las partes”¹⁶¹ (pág. 138); es decir, brindar una solución razonable ante el incumplimiento de alguno de los sujetos contractuales sin llegar a extremos tales como exigir el cumplimiento o la terminación de la relación mediante la resolución.

Como veremos más adelante, la variación de algunas aristas en la aplicación de este remedio¹⁶² en el ámbito de los contratos administrativo se antoja bastante interesante, ya que nos adentra a una polémica debido a las distintas (y disimiles) posiciones que rodea a esta figura en el derecho administrativo; sin embargo, como resulta evidente, es imperioso y necesario aterrizar primero en el derecho civil para conocer a cabalidad esta figura.

En ese sentido, Díez-Picazo y Gullón (1992) se refieren a esta de la siguiente manera:

Una de las consecuencias más importantes del carácter sinalagmático de las obligaciones es la llamada excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*), que se funda en la regla de la ejecución simultánea y

¹⁶¹ Moreno, P. (2013). *Los límites a la exceptio inadimpleti contractus: la “buena”, la “mala” y la “fea” excepción de contrato no cumplido*. Bogotá. Revista de Derecho Privado. 24.

¹⁶² Bozzo, S. (2012). *La excepción de contrato no cumplido*. Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universitat de València. Pág. 22.

en la idea de que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya. Ninguna de las partes de una obligación sinalagmática puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la propia obligación¹⁶³ (pág. 163 – 164).

De igual manera, Albaladejo García (2011) en relación a esta figura sostiene lo siguiente:

Las obligaciones unilaterales viven cada una en su esfera con independencia; ahora bien, la interconexión entre las bilaterales tiene como consecuencias el cumplimiento simultáneo, que, salvo disposición especial o voluntad distinta de los interesados, el cumplimiento de ambas obligaciones debe ser simultáneo. Así, pues, una parte cumplirá antes que la otra, si quiere libremente avenirse a ello; pero ninguna puede exigir que la otra realice su prestación sin realizar ella u ofrecer la realización de la suya (...) y si lo hace, la otra puede rehusar el cumplimiento de la suya (*exceptio non adimpleti contractus*) mientras la primera no cumpla¹⁶⁴ (pág. 104).

Y aterrizando a doctrina nacional, Fernández Fernández (2011) establece:

En nuestra opinión la *exceptio non adimpleti contractus*, la misma que solo puede hacerse valer en los contratos con prestaciones recíprocas, debido a que nacen obligaciones de fiel cumplimiento a cargo de ambas partes contratantes, consiste en el legítimo derecho que tiene uno de los contratantes de suspender la prestación a su cargo, si la otra no cumple u ofrece cumplir simultáneamente, la que le corresponde; por tanto, sería sumamente injusto que una de las partes pudiese exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra, sin que por su parte cumpliera simultáneamente con sus propias obligaciones¹⁶⁵ (pág. 480).

¹⁶³ Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Sexta Edición. Madrid. Tecnos.

¹⁶⁴ Albaladejo, M. (2011). *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*. volumen II, Décimo Cuarta Edición. Barcelona. Edisofer.

¹⁶⁵ Fernández, C. (2011). *Código civil comentado*. Tomo VIII. Lima. Gaceta Jurídica.

Por consiguiente, la excepción de incumplimiento se plantea como aquel derecho que tiene cualquiera de las partes de un contrato de prestaciones recíprocas de rehusarse a cumplir con las prestaciones a su cargo, en un afán de no colocarse en una posición desventajosa en la relación contractual¹⁶⁶ por el sólo hecho de tener la voluntad de querer cumplir diligentemente con sus obligaciones.

De esa manera, se habla de un “incumplimiento legitimador, es decir, de un incumplimiento del acreedor que legitima el incumplimiento temporáneo del otro contratante”¹⁶⁷ (pág. 135).

Por ende, esta figura se erige como una solución a la inejecución de las prestaciones a cargo de alguno de los contratantes, sin llegar al punto de disolver la relación contractual: se busca mantener un equilibrio situacional entre ambos sujetos contractuales en un contexto de incumplimiento.

Como resulta indudable, para que dicho mecanismo opere válidamente conforme a derecho, deben darse una serie de preceptos necesario para que pueda ser invocada:

La escuela española establece tres tipos de requisitos: a) una relación obligatoria sinalagmática, b) la falta del actor al cumplimiento de su obligación y c) la inexistencia de contradicción de la buena fe en la alegación de la excepción por el demandado¹⁶⁸; como agregado a dicha postura, también se habla de la obligación de cumplimiento simultáneo como presupuesto necesario¹⁶⁹.

Por su parte, la doctrina argentina habla de las siguientes condiciones esenciales: a) que exista demanda por cumplimiento de un contrato bilateral, b) inexistencia del pacto en contrario e c) incumplimiento por parte del actor¹⁷⁰.

¹⁶⁶ En ese sentido, Manuel De La Puente Y Lavalle sostiene que “la excepción de incumplimiento, a diferencia de la resolución por incumplimiento, no tiende a destruir la relación jurídica obligacional sino a reforzarla garantizando la prestación insegura” en: *El contrato en general: Comentarios a la sección primera del libro VII del código civil*.

¹⁶⁷ Moreno, P. (2013). *Los límites a la exceptio inadimpleti contractus: la “buena”, la “mala” y la “fea” excepción de contrato no cumplido*. Bogotá. Revista de Derecho Privado. 24.

¹⁶⁸ Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Sexta Edición. Madrid. Tecnos. Pág. 164.

¹⁶⁹ Bozzo, S. (2012). *La excepción de contrato no cumplido*. Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universitat de València. Pág. 119.

¹⁷⁰ Centanaro, E. *Excepción de incumplimiento contractual*. Material jurídico disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/excepcion-de-incumplimiento-contractual.pdf>

Nuestra doctrina del país es poco más práctica encontrando los siguientes requerimientos: 1) que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, 2) incumplimiento del actor de su prestación, 3) falta de incumplimiento del excepcionante y 4) buena fe¹⁷¹.

Recogiendo los aportes anteriormente mencionados, podemos determinar que resulta obligatorio para la aplicación de esta figura por lo menos los siguientes elementos:

Que se trate de una relación contractual de prestaciones recíprocas o sinalagmática: La relación contractual establecida debe comprender tanto una prestación, como también una contraprestación a cargo de la otra parte del contrato; en ese sentido, las obligaciones a cargo de ambos actores dentro del acuerdo de voluntades estarán supeditadas al cumplimiento de una con la otra; en ese mismo sentido, Diez-Picasso (1996) sostiene que “Los contratos se llaman bilaterales o también sinalagmáticos, cuando crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes (v. gr.: la compraventa donde existen la obligación del vendedor de entregar la cosa y la obligación del comprador de pagar el precio)”¹⁷² (pág. 140).

Las prestaciones deben darse de manera simultánea: Las prestaciones a cargo de las partes son consecuentes una con la otra, hay un sentido de reciprocidad en la ejecución de las obligaciones contractuales; en ese sentido, Fernández Fernández (2011) sostiene que “(...)dichas prestaciones deben cumplirse en forma simultánea, en un mismo momento, a la par, mano a mano, es decir, debe estar presente la regla básica del toma y daca en su expresión claramente definida: "Doy para que des" como consecuencia de su nacimiento en relación recíproca”¹⁷³ (pág. 484); cabe precisar que esta disposición es pasible de pacto en contrario en mérito de la libertad contractual; es decir, las partes podrán pactar que las prestación se ejecuten en momentos diferentes.

¹⁷¹ Fernández, C. (2011). *Código civil comentado*. Tomo VIII. Lima. Gaceta Jurídica. Pág. 482 y siguientes.

¹⁷² Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen Primero, Quinta Edición. Madrid. Civitas.

¹⁷³ Fernández, C. (2011). *Código civil comentado*. Tomo VIII. Lima. Gaceta Jurídica.

Incumplimiento de alguna de las partes: Como resulta lógico, no puedes invocar la excepción de incumplimiento si no hay un incumplimiento previo de la otra parte contractual; por consiguiente, estamos en una situación en donde hay un quebrantamiento del equilibrio en relación a la consecución de las prestaciones dentro del contrato, lo que conlleva a la respuesta de la otra parte a fin de no situarse en desventaja a partir de una supuesta voluntad de cumplimiento de sus obligaciones.

Adicional a los tres preceptos anteriormente mencionados, se habla de una necesaria buena fe al momento en que alguna de las partes contratantes invoca esta figura; en ese sentido, se considera una contrariedad a la buena fe en aquellas situaciones cuando “a) el que invoca ha motivado, el mismo el incumplimiento de la otra y b) cuando el incumplimiento se refiere a prestaciones secundarias o carece de suficiente entidad o envergadura para justificar una negativa de la prestación demandada”¹⁷⁴ (pág. 164).

Es decir, no sólo se habla de una mala fe en aquella situación en donde se produce el incumplimiento, sino también será considerada mala fe cuando la parte que invoque la excepción de incumplimiento lo haga por una causal no incidente o poco sustancial para el cumplimiento de sus prestaciones a cargo.

Prosiguiendo, resulta importante establecer el porqué de esta figura; es decir, el fundamento jurídico que le brinda sustancia; en ese sentido, se habla de diversas teorías: el de la equidad natural, interdependencia natural de las obligaciones y la buena fe, la repulsa del dolo así como también de la interdependencia o conexión de las obligaciones emergentes de los contratos bilaterales¹⁷⁵; al margen del contenido que le competen a cada una de ellas, es entendible que todas se basan en principios

¹⁷⁴ Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II. Sexta Edición. Madrid. Tecnos. Pág. 164.

¹⁷⁵ Centanaro, E. *Excepción de incumplimiento contractual*. Material jurídico disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/excepcion-de-incumplimiento-contractual.pdf> Pág. 15 y siguientes.

medulares de la contratación, como el principio de consensualismo, causa concreta y relatividad del contrato¹⁷⁶

Sin ánimos de ahondar de manera innecesaria este tema, es oportuno cerrar esta parte sosteniendo que, considerando dichos preceptos mencionados anteriormente, la aplicación de este mecanismo en los contratos administrativos se antoja muy especial: como estuvimos viendo, esta figura en el derecho civil responde a motivaciones como la justicia o el equilibrio, por el cual una distorsión en alguno de sus extremos puede conllevar a que dicha finalidad resulte contrariada.

En ese sentido, es importante buscar un equilibrio al momento de aplicar este remedio al contexto público, y saber balancear una “justicia contractual” con elementos diferentes al ámbito del derecho común como es, por ejemplo, el “interés general”.

Remontándonos a los orígenes, la posición de los administrativistas clásicos al respecto de la aplicación de esta figura en los contratos públicos es contundente: es imposible concebir la idea que el contratista pueda invocar la excepción de incumplimiento en contra de la Administración; ello, sin embargo, no exime que posteriormente pueda iniciarse judicialmente el proceso por los daños y perjuicios ocasionados por la Administración; en ese sentido, Benavides (2004) citando a Péguignot sostiene que:

La exceptio non adimpleti contractus no es concebible como medio defensa del contratista sino en el caso en que éste arguye el incumplimiento de las obligaciones por parte de la administración para establecer que ese hecho lo colocó en la imposibilidad de cumplir sus propias obligaciones y que por lo tanto debe ser exonerado de toda sanción¹⁷⁷ (pág. 342).

En ese sentido, si concurría la excepción de incumplimiento en dicho contexto, debería ser invocado por la verdadera imposibilidad física de cumplir con sus obligaciones, y no de un derecho emanado propiamente por el ordenamiento jurídico; en ese aspecto,

¹⁷⁶ OSTERLING, F. *Principales principios contractuales*. Material jurídico disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf>, pág. 2 y siguientes.

¹⁷⁷ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición.

el autor colombiano en relación a dicho contexto sostiene que “En estos términos, en realidad no se trataba de una aplicación restringida del principio, como concluyen algunos autores, sino de su exclusión. En efecto la actitud del contratista está justificada en este evento no por su derecho a abstenerse de cumplir sus obligaciones sino por la imposibilidad de hacerlo”¹⁷⁸ (pág. 343).

Teniendo ese punto de partida, y aterrizando a la doctrina latinoamericana, Bercaitz (1980) es raudo en relación a la aplicación de esta figura en el ámbito de los contratos Administrativos; al respecto, sostiene lo siguiente:

(...) otro de los rasgos característicos de la subordinación jurídica en que se halla el cocontratante, es que no puede ampararse en el incumplimiento de sus obligaciones por la administración, para dejar de cumplir las suyas. En principio, sólo tiene derecho para reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la administración, con más los daños e intereses que el incumplimiento por parte de ésta le haya ocasionado. Él ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera¹⁷⁹ (pág. 370).

Como podemos apreciar, prácticamente comparte la misma visión de Peguignot en relación a la excepción de incumplimiento; sin embargo, dicho planteamiento de este autor argentino cambiaría posteriormente¹⁸⁰.

Marienhoff es enfático al establecer que la Administración no puede eximirse de su propia responsabilidad por el incumplimiento de sus prestaciones, ni mucho menos traspasarle dicha carga al contratista en un escenario en donde deba cumplir “si o si”

¹⁷⁸ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición.

¹⁷⁹ Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los contratos administrativos*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.

¹⁸⁰ Al respecto, Comadira en relación a Bercaitz sostiene que “Sin embargo, en la segunda edición de su obra reconoce que ese principio no es absoluto y que posee sus límites. De esa forma, señala siguiendo a Escola, “que si bien es correcto el criterio de quienes sostienen que la *exceptio non adimpleti contractus* no tiene cabida en el contrato administrativo (...), la aplicación de la teoría de la razonable imposibilidad de ejecutar esos contratos, vinculada, a su vez, a la teoría del hecho de la administración y a las consecuencias que son propias de éste, permite solucionar todas las situaciones que puedan presentarse, de manera adecuada”, en “*La excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo argentino*”, pág. 126.

con sus obligaciones; en ese sentido, el maestro argentino argumenta que “la Administración Pública -causante de lo ocurrido- debe soportar las consecuencias de su propia negligencia o culpa, debiendo entonces aceptarse que el cocontratante sea liberado de responsabilidad cuando, a raíz de situaciones semejantes, no haya podido cumplir en término sus obligaciones”¹⁸¹ (pág. 139).

Esta idea de Marienhoff, como señala más adelante, responde a “(...) razón de ser la necesidad de evitar una *“injusticia”*. Esto es fundamental y jamás deber se olvidado, porque la idea de *“justicia”* debe presidir toda solución jurídica, ya se trate de una relación perteneciente al derecho privado o al derecho público”¹⁸² (pág. 139).

Complementando sus ideas, el estudioso argentino introduce la figura de la “imposibilidad razonable”, en el sentido que no todo incumplimiento por parte de la Administración puede significar la invocación de la excepción; en ese sentido, arguye lo siguiente:

No cualquier incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración Pública dará lugar a que el cocontratante pueda invocar la “excepción” de referencia.

Si el cocontratante puede hacer mérito de dicha defensa cuando el “hecho de la Administración” le haya creado una “razonable imposibilidad” de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato, no podrá, en cambio, alegarla o invocarla cuando se trate de una “simple dificultad” o de una “mera desinteligencia” entre él y la Administración, cuyos resultados no tengan como razonable consecuencia impedirle el cumplimiento de sus propios deberes u obligaciones (...)”¹⁸³ (pág. 144 – 145).

¹⁸¹ Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

¹⁸² Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

¹⁸³ Marienhoff, M. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

De igual manera, Cassagne (1998) apoya dicha postura de la “razonable imposibilidad de cumplir el contrato”¹⁸⁴ (pág. 783); es decir, para los anteriores autores mencionados es razonable la inserción de la excepción de incumplimiento a favor del contratista, en situaciones que realmente ameriten dicha medida.

Por su parte, Comadira y Escola (2012) discrepan de las posiciones anteriormente señaladas argumentando lo siguiente:

Ya hemos expresado que tal cláusula, propia de los contratos de derecho privado, no tiene cabida en la contratación administrativa, principalmente por las finalidades de interés público que persiguen los contratos administrativos, y que no se compadecen con la posibilidad de que el cocontratante particular adopte una actitud de esa clase, máxime en su carácter de colaborador de la administración pública, en el logro de aquellas finalidades superiores¹⁸⁵ (pág. 448).

En ese sentido, entendemos que dicha posición (ciertamente parecida a la profesada por Peguinot) responda a una preponderancia al interés público del cual se envuelve el acuerdo de voluntades, lo que en teoría hace razonable que la figura de la excepción de incumplimiento no pueda ser establecida en los contratos administrativos.

De igual manera, ello no quiere decir que el contratista pueda verse inmerso en un trato desventajoso en el contrato en cuestión para los autores; en ese sentido, argumentan lo siguiente:

Ello no significa que el concesionario quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de la administración y que deba cumplir las suyas à outrance. En este sentido, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no sólo en cuanto a que se puede llegar a la imposibilidad

¹⁸⁴ Cassagne, J. (1998). *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*. Argentina. El Derecho. 180.

¹⁸⁵ Comadira, J. y Escola, H. (2012). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la “razonable” imposibilidad de cumplirlo, sin perjuicio de que el concesionario tenga derecho a reclamar los daños y perjuicios que pueda sufrir, y las demás medidas conducentes a la defensa de sus derechos¹⁸⁶ (pág. 483).

Dicha argumentación, que parece contradictoria en algunos extremos, es clarificada en un trabajo posterior del propio Comadira; en ese sentido, el maestro argentino profundiza su pensamiento estableciendo lo siguiente:

En esa inteligencia, no comparto la opinión de quienes afirman en forma genérica que la excepción de incumplimiento únicamente tiene lugar cuando el particular se encuentra en “una razonable imposibilidad de cumplimiento”. En efecto, quizá esta respuesta sea adecuada para cierto tipo de contratos administrativos y, en concreto, para un contrato determinado pero, contrariamente, insuficiente para otros casos.

(...)

Ahora bien, ¿cuál es, entonces, la pauta que hay que considerar para evaluar la viabilidad jurídica de la excepción de incumplimiento de los contratistas? La respuesta es, a mi juicio, el interés público.

En efecto, es evidente que el interés público no gravita de la misma manera en todos los contratos administrativos.

(...)

En suma, creo que debería existir una relación directamente proporcional entre el interés público y las exigencias de la institución estudiada [en referencia a la excepción de incumplimiento]

¹⁸⁶ Comadira, J. y Escola, H. (2012). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

Concluyo de ese modo pues, a mi juicio, sería injusto, que se obligara a un contratista de obra pública a continuar con ésta cuando la administración (o el Poder del Estado de que se trate en ejercicio de su función administrativa) haya dejado de cumplir con sus obligaciones y, paralelamente, la no terminación de la obra no compromete seriamente el interés general¹⁸⁷ (pág. 130 – 133).

Al respecto, resulta demás interesante la lógica perseguida por el autor en cuestión, al establecer que dicha “razonable imposibilidad de incumplimiento” no es de carácter absoluto, sino que la validez de su invocación vendrá de la mano a partir de la “intensidad” del interés público perseguido con el objeto de contratación.

De igual forma, Morandini respalda dicho razonamiento (en el marco de los contratos de obra) argumentando lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir que si bien se tiende a admitir la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos de obra pública, la misma deberá continuar realizándose a través de un minucioso escrutinio a la hora de ponderar el estándar de la “razonable imposibilidad de cumplimiento”, teniendo en especial consideración los intereses comprometidos tanto de la Administración, como del particular, pero siempre desde la atalaya del fin público que se pretende satisfacer¹⁸⁸ (pág. 10).

En esa línea, resulta bastante inteligente brindar discrecionalidad en este caso en particular y no ser tan rígido con el propio ordenamiento jurídico: la razonable imposibilidad de cumplimiento no sólo debe partir de un estudio de la posibilidad de ejecución o no de las prestaciones; sino también de un estudio de la importancia del interés público que se persigue con el contrato.

¹⁸⁷ Comadira, J., *La excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo argentino*. Material jurídico disponible en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/10.pdf>.

¹⁸⁸ Morandini, F. *La excepción de incumplimiento contractual en el contrato de obra pública (con especial referencia al derecho administrativo argentino)*. Material jurídico disponible en: <https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2015/04/federico-morandini.pdf>

La doctrina colombiana, por su parte, es más centrada en relación a su posición al respecto de esta herramienta; en ese sentido, Benavides (2004) refiriéndose al criterio del Consejo de Estado colombiano es enfático a no entablar diferenciación en un primer momento de la acción de incumplimiento en el derecho civil y en el derecho administrativo; en ese sentido, dicho organismo asevera lo siguiente:

Es claro que, en un contrato bilateral, como el que es materia del presente proceso, el contratista puede lícitamente negarse a la ejecución de sus propias obligaciones cuando la entidad contratante no ha cumplido con las que a ella le corresponde ejecutar previamente, en forma tal que el contratista se vea razonablemente imposibilitado para dar cumplimiento a sus propias prestaciones¹⁸⁹ (pág. 343).

Complementando, el autor en cuestión explica que:

El Consejo de Estado considera que la entidad estatal no tiene el derecho de exigir la ejecución del contrato por parte de su contratista cuando no ha ejecutado sus propias obligaciones y por consiguiente no puede lícitamente sancionarlo con multas y menos con la terminación unilateral del contrato o la aplicación de la cláusula de caducidad¹⁹⁰ (pág. 343).

Seguidamente, dicho criterio fue planteándose más riguroso, a tal punto de ser más obstruccionista en aquellas situaciones en donde el contratista puede invocar la excepción; en ese sentido, se sostiene lo siguiente:

La lectura de la jurisprudencia de los últimos años muestra una evolución hacia el análisis concreto de las dificultades que encuentra el contratista en la ejecución de sus prestaciones debido al incumplimiento previo de la entidad,

¹⁸⁹ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

¹⁹⁰ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

análisis a partir del cual el Consejo de Estado puede calificar si el incumplimiento del contratista es justificado o no y, por ende, decidir sobre la pertinencia de la exceptio¹⁹¹ (pág. 344).

Por su parte, en España se concibe de manera contundente las ideas de Marienhoff y Cassagne; en ese sentido, Gonzáles Varas-Ibañez (2013) argumenta lo siguiente:

No puede ignorarse en el Derecho administrativo su aplicación (de hecho, los tribunales y juzgados la conocen). Por contrapartida, no puede invocarse sin obviar los caracteres propios de este ordenamiento. Esto quiere decir que esta lógica obligacional nunca podrá llevar a sacrificar un interés público o el principio de legalidad, sino a fundamentarse en ésta última en el contexto de la legislación y de los demás principios generales aplicables al caso. Pero si supera este filtro, puede afirmarse su aplicación como garantía del particular afectado por una situación injusta¹⁹² (pág. 216).

Por otro lado, la doctrina nacional reconoce la importancia de aplicación de esta figura en los contratos administrativo; en ese sentido, Huapaya Tapia (2013) establece lo siguiente:

Por lo tanto, somos de la opinión que la invocación del principio bajo comentario es viable, toda vez que en un régimen de seguridad jurídica y habiéndose diversificado los riesgos contractuales, no es admisible que los contratistas o concesionarios tengan que soportar la mora o el incumplimiento de la Administración Pública contratante. Asimismo, partiendo de las ideas del profesor CASSAGNE, tanto el contratista, concesionario y la propia Administración Pública, antes de la perfección del contrato conocen los términos, obligaciones y deberes del contrato, plasmados en las bases o pliegos

¹⁹¹ Benavides, J. (2004). *El Contrato Estatal: Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá. Universidad externado de Colombia. Segunda Edición.

¹⁹² González, S. (2013). *La <Exceptio non adimpleti contractus> (<Quien incumple sus obligaciones no puede obligar al cumplimiento>) en el derecho administrativo*. Revista Española de Derecho administrativo. 157.

generales de contratación. De la misma manera, antes de que se efectúe el procedimiento de adjudicación, la Administración Pública conoce perfectamente cuál es el presupuesto asignado (por ejemplo, para el caso de los cofinanciamientos) y los límites a la contratación.

No obstante, ello, se ha afirmado una restricción a la invocación de dicho principio en los contratos de concesión de servicios públicos, puesto que, como indica ESCOLA, el interés público que trasciende lo pactado en el contrato coloca en primacía el cumplimiento de la finalidad pública inmediata cuando esta finalidad se encuentra directamente vinculada a la prestación de un servicio público. sin embargo, como el propio autor lo señala (en la cita colocada líneas atrás), si se puede invocar válidamente la *exceptio* cuando el cumplimiento del contrato se ha hecho imposible, o razonablemente imposible, como ocurre en los casos de fuerza mayor o cuando el justo equilibrio de la relación económica-financiera se ha quebrado en forma muy grave e irreversible. Agregamos nosotros que la *exceptio* también puede ser invocada cuando medie incumplimiento grave de las obligaciones del estado con el concesionario, incumplimiento que también puede dar lugar a la resolución de los contratos por incumplimiento del Concedente.

Al respecto, consideramos que para todos los casos en la contratación pública (y particularmente en el supuesto de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP), en el caso que se llegase a invoque el principio, la aplicación de esta excepción deberá guardar razonabilidad y proporcionalidad con el incumplimiento del Concedente¹⁹³ (pág. 322).

Por su parte, Linares y Tirado (2007) recogen una interesante jurisprudencia administrativa, que nos permitirá apreciar el razonamiento que tiene el Tribunal de Contrataciones del Estado en relación a contextos razonablemente vinculados a este

¹⁹³ Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.

tema; en ese sentido, La Resolución N° 089-2001.TC-S1 del 4 de mayo 2001 sostiene lo siguiente:

La falta de pago por parte de la entidad no justifica el cumplimiento tardío.

Se discute de modo exclusivo si, a tenor de lo afirmado por el proveedor la sanción puede ser menguada e incluso exonerada en atención a las circunstancias atenuantes que ha expresado, específicamente la falta de liquidez proveniente de incumplimiento de la misma Entidad en el pago de sus obligaciones provenientes de otros procesos. La legislación establece que, en el caso de incumplimiento en el pago de las obligaciones por parte de las Entidades, estas deben reconocer y abonar a los proveedores intereses (...), por lo que no puede ampararse ese criterio como atenuante, salvo el caso de no pago en un mismo proceso que conlleve cumplimiento parcial o tardío de la contraprestación. Si en perjuicio de ello, y evidenciándose que el proveedor ha cumplido aunque con retraso la prestación en la fecha que se le otorgara como último plazo determina que se ha hecho pasible a la sanción correspondiente, sin embargo este cumplimiento aunque tardío merece ser meritudo como atenuante¹⁹⁴ (pág. 120).

Es apreciable una diferencia marcada entre la posición del doctor Huapaya y la del Tribunal de Contrataciones; por un lado, la doctrina en cuestión es enfática en darle relevancia a la excepción de incumplimiento en situaciones puntuales de incumplimiento grave por parte de la Administración, o simplemente por cuando aquellas causales atribuibles a la Entidad no puedan realizarse las obligaciones de la parte privada; por otra parte, el Tribunal es tajante a sostener que causales referidas al incumplimiento del pago de la Administración no es justificante para un cumplimiento parcial o tardío (que no es lo mismo que la excepción de incumplimiento) por parte del contratista; ello sólo nos da la idea que no contemplan la utilización de esta figura en el marco de los contratos administrativo, tal vez por la idea que gracias a los intereses

¹⁹⁴ Linares, M. y Tirado, R. (2007). *Contrataciones y adquisiciones del Estado*. Lima. Grijley.

que vayan acumulándose en el tiempo por la falta del pago de la Entidad es suficiente para no hablar de una desventaja (tal como establecía la antigua doctrina francesa), por lo menos en esta situación en particular.

En nuestra opinión, compartimos las ideas vertidas por Comadira en relación a que la aplicación de la figura de la excepción de incumplimiento debe responder, en primer lugar, a que no haya un interés público “importante” en juego; en ese sentido, si hay intereses urgentes que atender como por ejemplo la vida, salud u otros de inminente atención, así como también servicios básicos que no pueden ser interrumpidos, no es razonable supeditar el cumplimiento de obligaciones “secundarias” a cargo de la Administración por las prestaciones necesarias a cargo del contratista para atender dicha problemática, respondiendo a ello a su deber de “colaborador de la administración”.

Situándonos en otro contexto, en donde no se presenten las urgencias o importancias antes mencionadas, es necesario preguntarnos antes ¿En realidad la parte contratista se sitúa en desventaja o imposibilidad de cumplimiento cuando la Administración no cumple con sus obligaciones?, la respuesta dependerá de las obligaciones a cargo de la Administración.

Es (por lo menos) discutible pensar que el incumplimiento del pago (que se sitúa como la principal obligación de la Administración en el marco de los contratos administrativos) a la parte privada sea una causal suficiente para invocar la excepción; ya que debemos tener a consideración que el contratista no tiene la obligación de financiar el contrato que suscribe, sino de cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, teniendo como expectativa la generación de ganancias.

En ese sentido, por un lado, el contratista tiene el legítimo derecho de acusar el incumplimiento de sus obligaciones cuando no recibe la retribución económica pactada, en la oportunidad y cantidad convenida; pero por otro lado, si nos ponemos

en situaciones de emergencia y/o urgencia (como se señaló anteriormente), el análisis de esta se hace complicada.

En cambio, en aquellas situaciones en donde el incumplimiento de la Administración si sea incidente en la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista (por ejemplo, obtención de permisos, licencias, u otros requerimientos que desmedren la diligencia y voluntad del contratista de cumplir con sus prestaciones), es razonable la invocación de esta figura materia de análisis.

En ese sentido, compartimos parcialmente lo postulado por Cassagne, Marienhoff y Comadira, rescatando lo que a nuestro criterio es lo más adecuado de cada idea de estos grandes estudiosos del derecho.

Esto nos lleva a una conclusión primordial de esta figura materia de estudio: es de suma importancia legislar la figura de la excepción de incumplimiento en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento por las conclusiones a las que fuimos llegando a lo largo de este apartado; por consecuencia, la idea de dejar que de manera “supletoria” al derecho civil y al libre criterio de los órganos resolutores de controversias (que no siempre son homogéneos en cada caso) la interpretación de esta figura en materia de los contratos administrativos, resulta bastante “peligroso”.

3.7.2 Marco legislativo

La aplicación de esta figura en nuestro contexto jurídico en el marco de las contrataciones del Estado es prácticamente inexistente debido a la invocación de figuras que, en un primer vistazo, resultan suficientes para atender todas las problemáticas que pueden desarrollarse en vez de una excepción de incumplimiento; ya sea por una costumbre procedimental de los agentes de derecho, por su falta de desarrollo en la ley de la materia, por un (poco probable) desconocimiento o por simple conveniencia; herramientas como la ampliación de plazo, resolución de contrato o suspensión de ejecución de prestaciones son las más utilizadas, dejando de lado a esta figura materia de estudio.

Sin embargo, apartarla no sólo sería perjudicial por un desaprovechamiento de sus virtudes como remedio “aplacador” de desigualdades (en el sentido que este se constituye como un medio de defensa para la parte que tiene el ánimo de cumplir con sus prestaciones y hacer valer su posición sin la intención de quebrar la relación contractual), sino también por el hecho que se estaría produciendo un vacío al no legislarla apropiadamente al contexto público en donde se desenvuelven los contratos administrativos; además que, en nuestra posición, las figuras mencionadas en el párrafo precedente (ni ninguna otra en la Ley de Contrataciones) no cubren el total de ocurrencias que se desenvuelven en una excepción de incumplimiento.

En ese sentido, el desarrollo que se hará desde este punto servirá para fundamentar nuestra posición de brindarle una necesaria y especial atención a esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, además de postular un esquema de cómo podría emplearse este en nuestro contexto nacional.

El punto de partida esencial es determinar si los contratos que se regulan en la Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225) y su Reglamento se adecúan a los preceptos explicados anteriormente (contratos sinalagmáticos o también llamados conmutativos y de prestaciones simultáneas), a fin de establecer si es posible invocar una potencial

excepción de incumplimiento; de no ser así no sería necesario proceder con este análisis.

Al respecto, los contratos que regulan la LCE y su Reglamento son los llamados contratos de aprovisionamiento; es decir, aquellos contratos mediante los cuales la Administración obtiene lo necesario para cumplir con sus objetivos y funciones públicas, a partir de ejecutar el presupuesto público bajo los distintos métodos de contratación establecidos (licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, entre otros señalados por la Ley).

En ese sentido, los contratos que se ajustan a la normativa son los siguientes:

- Contrato de adquisición de bienes
- Contrato de prestación de servicios
- Contrato de consultoría
- Contrato de arrendamiento
- Contrato de obras
- Contrato de suministro
- Contrato de supervisión¹⁹⁵

Como se advierte, cada uno de estos contratos mencionados responden a obligaciones recíprocas de los contratantes (contrato conmutativo), en donde las prestaciones se dan de manera simultánea (sin perjuicio de aquellos en donde, por su naturaleza, las prestaciones se ejecutan en diferentes momentos); por el cual estamos dentro de la aplicación de una potencial excepción de incumplimiento si es que se da el caso.

Siendo que la excepción de incumplimiento no se encuentra regulada en la Ley de Contrataciones del Estado o en su Reglamento, debemos situarnos en la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

¹⁹⁵ Danós-Ordoñez, J. (2005). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Ponencia presentada en las VI Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá.

Estado¹⁹⁶ y consecutivamente en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil¹⁹⁷ a fin de encontrar la normativa supletoria que rige a esta figura materia de investigación; a partir de estos es aceptable la posibilidad de aplicar los artículos 1426 y 1427 del Código Civil en los contratos administrativos:

Artículo 1426.- Incumplimiento

En los contratos de prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

Artículo 1427.- Excepción de caducidad del plazo

Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

Sin embargo, como explicamos previamente en la parte doctrinaria, existe cierto grado de “peligrosidad” en aplicar esta figura del derecho privado sin considerar los elementos públicos inherentes al contrato administrativo; en ese marco, no sería sensato emplearla en el estado “bruto” como se presenta en el Código Civil (ni tampoco someterla a análisis o interpretación de los operarios del derecho); ello sin embargo, no restringe nuestra posición de encontrar una urgente necesidad de adoptarla al ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado por las razones que acotamos en líneas previas.

¹⁹⁶ “DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. - En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de estas, las de derecho privado”.

¹⁹⁷ “TÍTULO PRELIMINAR

Aplicación Supletoria del Código Civil

Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”

En ese mismo sentido, para explicar dicha necesidad no sólo debemos analizar los atributos y posibles beneficios que puede traer este remedio en el desarrollo cotidiano de las contrataciones públicas, sino también las falencias que se desenvuelven figuras que, en teoría, satisfacen las causales y sustentan el apartamiento de la excepción de incumplimiento.

La primera figura materia de análisis se encuentra regulada principalmente en el artículo 34 numeral 5¹⁹⁸ de la LCE y en el artículo 140¹⁹⁹ del Reglamento; en ese sentido, “la ampliación del plazo contractual” tiene como efecto esencial que “(...) la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal”.

En el artículo 175° del Reglamento de la antigua Ley de Contrataciones se planteaba, entre otras causales de ampliación, “Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad”, evidenciando de esa manera una causal más acorde al contexto que nos atañe; el que se haya suprimido dicho motivo en el actual ordenamiento no responde a un ánimo de desecharlo, sino que este fue regulado en una forma más amplia y desarrollada en la figura de la “suspensión del plazo de ejecución”, que se tocará más adelante.

En ese sentido, la ampliación de plazo se erige como una facultad de la administración de prolongar la vida de contrato²⁰⁰ por razones no imputables al contratista o cuando

¹⁹⁸ Artículo 34. Modificaciones al contrato

(...)

34.5 El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento. De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados.

¹⁹⁹ Artículo 140.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueban el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En ese caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
2. Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.

(...)

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

(...)

²⁰⁰ En ese sentido, la Opinión N° 045-2014/DTN del OSCE sostiene que “Cuando la Entidad otorga una ampliación de plazo al contratista, debe entenderse que esta se encuentra referida al plazo de ejecución contractual, y que, en tanto el plazo de ejecución contractual está comprendido dentro del plazo de vigencia del contrato, este último también resultará ampliado”.

la entidad apruebe prestaciones adicionales; por consiguiente, podemos establecer que la naturaleza de esta es muy distinta a la que podría postularse en una excepción de cumplimiento, que tiene como objetivo esencial la inacción en la ejecución de las obligaciones por parte de los contratantes.

De igual manera, en nuestra opinión la figura en cuestión no gozaría de la suficiente sustancia ni conveniencia para suplir a la excepción de incumplimiento, por el hecho que esta se encuentra supeditada a la aprobación de la Entidad (más allá que esta pueda someterse a arbitraje, lo que acarrearía un costo de transacción muy elevado), además de arrastrar efectos derivados, como el pago de gastos generales; sin perjuicio de ello, una ampliación de plazo se podría configurar más como una consecuencia de la excepción de incumplimiento que una figura que pueda suplirla.

Por otro lado, la resolución contractual (que en la práctica arbitral es una figura muy utilizada al haber incumplimientos por alguna de las partes) de plano nos ubica en un supuesto en donde la relación entre los contratantes se rompe, siendo de esa manera un extremo muy opuesto a la excepción, pudiendo significar un riesgo el interés público que se perseguía con la contratación.

Por ello, consideramos que tampoco es una figura adecuada por la cual podamos argumentar la falta de la excepción de incumplimiento en nuestra Ley.

Por último, la suspensión del plazo de ejecución (que se da en el contexto del contrato de obra) funge como la figura con mayores semejanzas a la figura de la excepción de incumplimiento, inclusive algunos autores la asocian al punto de encerrarlas como una misma idea; en ese sentido, Dromi (2006) sostiene lo siguiente que, es una posición entendible si contextualizamos dicha afirmación al marco argentino al que se refiere:

En el supuesto en el que la conducta de la Administración dé lugar a una situación de hecho que le impida al contratista cumplir las obligaciones asumidas, éste podrá hacer uso de la *exceptio non adimpleti contractus* y

suspender la ejecución de las prestaciones a su cargo; si la comitente retarda el pago o no lo hace en tiempo oportuno”²⁰¹ (pág. 640 – 641).

Atendiendo a nuestra legislación materia de estudio, la suspensión del plazo de ejecución en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se encuentra en el artículo 153°, estableciendo lo siguiente:

Artículo 153.- Suspensión del plazo de ejecución

153.1 Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la obra, estas pueden acordar la suspensión del plazo de ejecución de la misma, hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y costos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

Reiniciado el plazo de ejecución de la obra corresponde a la Entidad comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución de la obra, respetando los términos en los que se acordó la suspensión.

153.2 Asimismo, el contratista, puede suspender la ejecución de la prestación en caso la Entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones; para tal efecto, el contratista debe requerir mediante comunicación escrita que la Entidad pague por lo menos una (1) de las valorizaciones pendientes en un plazo no mayor de diez (10) días. Si vencido el plazo el incumplimiento continúa el residente debe anotar en el cuaderno de obra la decisión de suspensión, que se produce al día siguiente de la referida anotación. La suspensión del plazo da lugar al pago de mayores gastos generales variables, directamente vinculados, debidamente acreditados.

153.3 Cuando se produzca la suspensión del contrato de obra según lo previsto en el numeral 153.1 precedente, corresponde también la suspensión del contrato de supervisión sin que ello suponga el reconocimiento de

²⁰¹ Dromi, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima. El Búho.

mayores gastos generales y costos, salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión. Esta disposición también se aplica en caso la suspensión de la ejecución de la obra se produzca como consecuencia del sometimiento a arbitraje de una controversia. Lo dispuesto en numeral resulta aplicable a los contrato de supervisión de servicios.

Al respecto, podemos determinar que la naturaleza de la suspensión es la misma que la excepción de incumplimiento, ya que ambas pretenden la paralización de las prestaciones a cargo de los contratantes; sin embargo, esta no podría situarse totalmente como un remedio para la parte diligente que busca ejecutar efectivamente sus prestaciones, ya que la misma procede sólo por acuerdo entre las partes y/o sólo respecto a una de las obligaciones esenciales a cargo de la Entidad (el pago), limitando el campo de acción por el cual esta figura pueda ser invocada.

En ese sentido, el primer numeral de dicho artículo condiciona la suspensión del plazo de ejecución a que haya un acuerdo entre las partes y se produzcan eventos no atribuibles a estas, siendo estos requisitos ajenos a la naturaleza de la figura materia de análisis ya que no se sitúa como un remedio que pueda ser invocada por la parte afectada, sino como una herramienta que sólo será accionada por voluntad de ambos contratantes.

Respecto al segundo numeral, este también se proyecta como insuficiente, ya que si nos situamos en un supuesto en donde la Entidad no cumpla con otros tipos de deberes esenciales diferentes al pago y que afecten directamente con el cumplimiento de las obligaciones del contratista (como por ejemplo, obtención de permisos, licencias, autorizaciones, entre otras), esta no podría ser invocada.

Por otro lado, tal como mencionamos en la parte doctrinaria, no creemos que la falta grave respecto al pago sea una razón suficiente para incumplir con las prestaciones a cargo del contratista en aquellas situaciones de verdadera emergencia y/o peligro a un interés público, más aún si se computa los intereses respectivos a cargo de la Entidad;

sin embargo, la disposición en cuestión del numeral 153.2 nos parece bastante modulada y dispuesta con mucho criterio; al margen de ello, creemos que debería ser más flexible en cuanto a un “interés público urgente e interrumpible” esté en juego.

Por consiguiente, podemos determinar que lo dispuesto en el artículo 153° del Reglamento opera de una manera muy similar a la excepción de incumplimiento al perseguir los mismos efectos, pero con matices muy marcadas que lo hacen distinto a su parte del derecho civil y a la figura que a nuestra consideración es la más adecuada; al respecto, lo más conveniente en dicho escenario es formular una modificación al artículo (o agregar otro) a fin de adaptar esta figura a nuestro ordenamiento.

En conclusión, el artículo 153° del Reglamento nos parece un buen punto de partida para situarnos en la prerrogativa materia de estudio; sin embargo, esta se antoja insuficiente si tratamos de priorizar el interés general o se presente una situación de incumplimiento por parte de la Administración en el contexto que estamos planteando.

Siendo nuestra propuesta la desarrollada en el anexo adjunto al presente trabajo, creemos que de esa manera no solo se propone a la suspensión como un “derecho” para las partes contratantes (lo que incide directamente a que haya menos resoluciones de contrato por incumplimiento), sino también como una posibilidad para que estas puedan generar una solución en aquellas situaciones en que se vean impedidos de seguir con sus obligaciones sin la necesidad que contemplen necesariamente la posibilidad de resolver el contrato; de esa manera, se contribuiría a que las relaciones económicas (a partir del contrato) prevalezcan, y con ello la posibilidad que la finalidad pública sea satisfecha.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

1. El desarrollo doctrinario de las prerrogativas exorbitantes de la administración en nuestro contexto nacional es relativamente austero, generando que se torne dificultoso el entendimiento y funcionamiento que debe tener esta institución en la normativa de contrataciones del estado; esto produce que se puedan distorsionar los fines y/o intereses que se busca con esta, afectado principalmente al interés público.
2. Ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento desarrollan a las prerrogativas exorbitantes de manera explícita, originando confusión, desconocimiento o inexactitud para el operador (ya sea público o privado) de la normativa; hecho que, a fin de cuentas, no contribuye a la correcta aplicación e interpretación de esta institución ni a la consecución de los fines públicos que deben perseguirse con esta.

Sin perjuicio de lo anterior, el organismo especializado de la materia (OSCE), a partir de las opiniones que emite su Dirección Técnico Normativa, le brinda un reconocimiento a esta; sin embargo, para ello se basan en teorías (nos referimos a la teorías de las prerrogativas exorbitantes implícitas y la teoría de las cláusulas exorbitantes) que actualmente ya se encuentran superadas, siendo que actualmente predomina la teoría de las prerrogativas exorbitantes, la misma que fue explicada y desarrollada en el presente trabajo.

3. Para el derecho internacional es necesario la positivación de las prerrogativas exorbitantes en la normativa de la materia, a fin de que este goce de un reconocimiento y pueda efectuarse su aplicación fáctica de manera válida, sin importar si es que una institución pública intenta darle cabida en nuestro sistema jurídico a partir de fallos, sean estos vinculantes o no.
4. El escenario señalado en el numeral anterior genera que actualmente vivamos una “mentira oficial”, a partir de instaurar en nuestro ordenamiento una posición soportada en teorías obsoletas, impactando no sólo a la Ley de Contrataciones del Estado, sino también a otros tipos de normativas como la “Ley de Obras por impuestos” o la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas, afectando a los intereses del Estado.

Aterrizando en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, actualmente todos los operadores como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, los árbitros en materia de contrataciones del estado, funcionarios públicos, entre otros, se ven inmersos dentro de esta llamada “mentira oficial”, la misma que es generada por una desatención de esta materia (prerrogativas exorbitantes) por parte de los legisladores.

5. La prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *ius variandi*, si bien no se desenvuelve como una prerrogativa exorbitante en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, si se plasma a partir de dos figuras: la de “ampliación de plazo” y la de “prestaciones adicionales”; respecto a la primera, consideramos que se desarrolla en márgenes adecuados, ciñendo su aplicación a circunstancia puntualmente establecidas en la normativa.

Sin embargo, la segunda de estas encuentra un desarrollo que en el papel posee un ámbito de aplicación prácticamente ilimitado, debido a que sólo se circunscribe a límites de carácter cuantitativo, pudiendo variar el contrato tanto en sustancia así como también en su naturaleza, quebrantando principios como

los de *pacta sund servanda* y *contractus lex*, los mismos que son esenciales a la institución jurídica del “contrato”.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una desatención en la normativa por la potestad de la Entidad contratante de modificar el contrato por causales de interés público, circunscribiéndose únicamente a las figuras mencionadas en los párrafos anteriores.

Por lo expuesto, se ve necesario una modificación en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en aras de brindar mayores y mejores herramientas de gestión de contratos a las Entidades contratantes, a fin de que el interés público invocado en cada contrato pueda ser atendido de la mejor manera.

6. La prerrogativa de resolución de contrato por causales de interés público no se encuentra expresamente regulado en nuestro ordenamiento de Contrataciones del Estado, haciendo que su vacío configure una atribución menos para la Administración y gestión del contrato; sin perjuicio de lo anterior, se pueden advertir escenarios particulares en donde se podrá resolver el contrato por causales que pueden ser vinculados con el interés público, como por ejemplo la posibilidad de resolver el contrato en aquellos escenarios en donde sea necesario ejecutar adicionales de obra cuyo valor ascienda entre el 15 % y 50% del monto del contrato principal.
7. Se podría interpretar que la prerrogativa de declaración de nulidad del contrato se encuentra plasmada en nuestra Ley de Contrataciones a partir de figuras que guardan estrecha relación con esta potestad; sin perjuicio de ello, es importante que se detalle taxativamente en la normativa su carácter exorbitante a fin de brindarle la relevancia y reconocimiento legal correspondiente.

Por otro lado, pueden haber casos particulares en donde el interés público genere que se obvие su aplicación, lo cual dependerá del análisis costo – beneficio realizado por la Entidad contratante.

8. La prerrogativa de interpretación unilateral del contrato no se encuentra regulada en nuestra Ley de Contrataciones del Estado ni plasmada en alguna figura, significando ello un vacío respecto a una facultad de la administración que puede contribuir con una mejor administración de los contratos.

Esta prerrogativa es de suma importancia ya que su utilidad está vinculada a situaciones particulares de emergencia que rodean a las causales de interés público adscritas al contrato.

9. La prerrogativa de dirección y control, en estricto, no se encuentra regulado en nuestra normativa de Contrataciones del Estado; sin embargo, en los contratos de obra podemos advertir cómo es que la Ley le confiere a la figura de la supervisión una potestad que guarda estrecha relación con esta prerrogativa.
10. La prerrogativa de ejecución directa de la prestación o intervención económica de obra se encuentra en nuestra normativa de contratación estatal plasmada en un figura del mismo nombre; sin embargo no se le da la calidad de prerrogativa exorbitante; respecto a esta, se encuentra regulada por una directiva específica, la misma que encuentra desfasada en aspectos técnicos y terminológicos, haciendo necesario un ajuste en su contenido.
11. La prerrogativa de sanción al contratista no se encuentra inmersa en la fase de ejecución contractual, sino que esta entra en acción a partir de un acontecimiento o hecho que puede darse en cualquier fase de la contratación pública, desde la convocatoria hasta la culminación de la ejecución del contrato; respecto a su desarrollo en la fase de ejecución contractual, algunas posiciones especializadas establecen que esta prerrogativa se manifiesta en otras potestades de la administración, como la resolución por causa atribuible al contratista o la prerrogativa de dirección y control.

12. La posición privilegiada de la administración respecto a la excepción de incumplimiento puede entenderse como una prerrogativa exorbitante a partir de la siguiente lógica:

En un contrato administrativo, el contratista se vería impedido de invocar la excepción de incumplimiento en aquel escenario en donde la ejecución de sus prestaciones se encuentra vinculado a atender una finalidad o interés público que pueda catalogarse como de “emergencia” o de “extrema urgencia”, sin perjuicio de su deber de seguir ejecutando las prestaciones a su cargo a pesar de que la Entidad contratante no haya cumplido con alguna de sus obligaciones (sean secundarias o esenciales), siempre y cuando estas no generen una “razonable imposibilidad de incumplimiento”; como es evidente, todos los supuestos de aplicación deben estar estrictamente establecidos en la normativa.

Por lo expuesto, la administración se encontraría en una posición privilegiada a razón de esta figura, teniendo como fundamento esencial al interés público que circunscribe al contrato, además del papel que debe cumplir el contratista como un “colaborador de la administración”.

Sin perjuicio de lo anterior, esta iniciativa que estamos exponiendo se ve parcialmente establecida en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; sin embargo no se encuentra regulada apropiadamente, haciendo que no se aproveche todo el potencial de esta figura.

4.2 Recomendaciones

1. Establecer un artículo en particular en la Ley de Contrataciones del Estado que comprenda cada una de las prerrogativas exorbitantes explicadas en este trabajo; dándoles de esa manera, no sólo la importancia debida que deben tener en nuestro contexto de contratación pública que contribuirá a la defensa de los intereses públicos, sino también a su correcto y necesario reconocimiento que permitirá la revolución de esta materia.

Conforme a lo desarrollado a lo largo del trabajo, las prerrogativas en cuestión deben contar tanto con un desarrollo así como también límites particulares; sin perjuicio de los explicado a lo largo de este trabajo, podemos identificar los siguientes puntos esenciales a tomar en cuenta:

- a) Para la normativa de Contratación con el Estado, deberán considerarse prerrogativas exorbitantes únicamente a aquellas que sean expresamente establecidas por la Ley, superando de esa manera a la teoría de las prerrogativas exorbitantes implícitas y a la teoría de las cláusulas exorbitantes que actualmente impera en nuestro tratamiento legislativo.

Es decir, se deberá optar por un sistema de *numerus clausus* para incorporarlas, originando que la taxatividad y certeza reemplazarán a la inexactitud y poca armonía que actualmente se evidencia en nuestra Ley.

La pertinencia de cuál prerrogativa exorbitante considerar para nuestro sistema de contratación pública deberá responder a un análisis no sólo jurídico, sino también respaldado por otras ciencias sociales, como son la económica o sociología.

- b) Para considerar la aplicación fáctica de cada una de las prerrogativas exorbitantes, estas deberán estar enmarcadas tanto en un “interés público particular”, la misma que deberá estar asociada al objeto de cada contrato; además de un “interés público general” que represente un interés importante para la colectividad y que vaya más allá de los límites particulares del contrato; para mayor abundamiento sobre este asunto ver el numeral 2 de este apartado.

En ese orden de ideas, el delimitar lo que podemos entender como “interés público” juega un rol esencial para esta materia, por el cual su desarrollo es bastante importante.

- c) Una vez positivizadas cada una de las prerrogativas, es importante asociarlas con las figuras y/o herramientas en las cuales están inmersas, a fin de establecer una coherencia y armonía de todo el cuerpo normativo.

Por ejemplo, no bastará con crear un literal que contenga el significado, límites y ámbito aplicación de la “Prerrogativa de Modificación Unilateral del Contrato por Razones de Interés Público”, sino que también deberá estar directamente asociada con la figura de “Modificaciones al Contrato” regulada en el artículo 34° de la Ley, “Adicionales y Reducción” regulado en el artículo 139° del Reglamento, entre otros; de esa manera, crearemos una concatenación entre cada una de las prerrogativas y las herramientas establecidas en la norma por las cuales podrán ejecutarse.

- d) Adicionalmente, al momento de legislar cada una de las prerrogativas, consideramos importante que se desarrolle a partir de la siguiente estructura para una debida delimitación y correcta implementación:
 - a. Definición: determinar qué es y que comprende cada prerrogativa, a fin de no prestar a libre interpretación y/o ambigüedad su entendimiento (y posterior aplicación).
 - b. Límites: que pueden ser de carácter cualitativo, cuantitativo o a partir de instituciones inherentes a la contratación pública, como puede ser el equilibrio económico financiero del contrato o los métodos de solución de controversias a los cuales puede

someterse en caso de discrepancia en su interpretación y aplicación.

2. El interés público (que también puede ser entendido como finalidad pública), es un elemento esencial para la aplicación y desarrollo de las prerrogativas, razón por la cual debe tener sus propia definición y límites en la Ley a fin de que el ejercicio de cada una de estas se dé con la debida congruencia, persiguiendo sus objetivos esenciales; de otro modo, podría prestarse para un mal uso en la práctica.

En ese sentido, para determinar en la Ley de Contrataciones del Estado lo que debe entenderse como “finalidad pública”, consideramos importante los siguientes parámetros:

- a) En primer lugar, debemos tener en cuenta que debe identificarse y reconocerse un “interés público particular”, el mismo que deberá estar intrínsecamente vinculado con el objeto de contratación de cada contrato; es decir, no es recomendable circunscribirlo en la Ley como una definición “estática”, dándole más bien un desarrollo “abierto” a fin de que no limite el objeto contractual de cada escenario en particular.
- b) En segundo lugar, debemos tener a consideración que un “interés público general” podrá presentarse durante la ejecución del contrato, la misma que no estará necesariamente vinculado con su objeto, sino que estará inmerso dentro de un interés “más elevado” o “de mayor envergadura” para la administración pública.

En ese sentido, dicho interés general deberá ser lo suficientemente determinante para accionar alguna de las prerrogativas, para lo cual deberá incidir directamente a la ejecución del contrato.

Dentro de dicho escenario se encuentra, por ejemplo, la prerrogativa de resolución y/o declaración de nulidad de contrato por falta de asignación presupuestaria, resolución de contrato por prestaciones adicionales que superaran el límite establecido en la ley o la Prerrogativa de Sanción al Contratista.

3. Finalmente, todas estas modificaciones a nuestro sistema deberán repercutir en una mejor labor de control, dirigida principalmente a la actuación de las Entidades Públicas en el marco de los contratos que gestionen; ya que brindarles mayores herramientas a partir de las prerrogativas exorbitantes, las mismas que servirán para una mejor gestión de los contratos, podrían generar una malversación en su utilización, desde actos de corrupción hasta orientación de estos para finalidades particulares.

A partir de las conclusiones y recomendaciones anteriormente mencionadas, adjuntamos el Anexo N° 1 a la presente investigación como propuesta legislativa respecto a las modificaciones a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado que consideramos necesarias para atender la problemática desarrollada en el presente trabajo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

- Morón, J. (2013). *Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal*. Lima.
- Guzmán, C. (2015). *Manual de la ley de contrataciones del Estado: análisis de la ley y su reglamento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Retamozo, A. (2015). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y normas de control*. 10^{ma} Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
- Linares, M & Tirado, M. (2007). *Contrataciones y adquisiciones del Estado*. Lima: Grijley.
- Dromi, J. (2006). *Licitación Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Linares, M. (2002). *El contrato estatal: teoría general del contrato estatal, análisis del T.U.O. de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y su reglamento*. Lima: Grijley.
- Congreso de Derecho Administrativo (2007). *Derecho administrativo contemporáneo: Ponencia del II congreso de derecho administrativo*. Lima: Palestra Editores.
- Pino, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barrero, C. (2011). *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. 2^{da} Ed, Madrid: Lex Nova.
- Navas, C. (2009). *La potestad sancionadora en las contrataciones públicas*. Lima: San Marcos.
- Álvarez, P. & Álvarez, O. (2012). *El proceso de contratación de ejecución de obra*. Lima: Ediciones Gubernamentales.
- Monedero, J. (1977). *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Pérez, A. (2013). *XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Volumen I. Arequipa: Adrus.
- Feliú, J. (2012). *Observatorio de contratos públicos*. Navarra: Civitas.
- Rodríguez, L. (2012). *El equilibrio económico en los contratos administrativo*. Bogotá: Temis.

- Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2^{da} Ed, Buenos Aires: Depalma.
- Cassagne, J. (2005). *El contrato administrativo*. 2^{da} Ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Horgué, C. (1997). *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi*. Madrid. Marcial Pons.
- Gordillo, A. (1967). *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Cassagne, J. (2000). *Derecho Administrativo*. 7^{ma} Ed, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Marienhoff, M. (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo III. Buenos Aires.
- Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5^{ta} Ed, Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1992). *Sistema de derecho civil*. Volumen II. 6^{ta} Ed, Madrid: Tecnos.
- De la Puente, M. (2010). *Código Civil Comentado*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica.
- De La Puente, M. (1983). *Estudios del Contrato Privado*. Lima: Cultura Cuzco.
- López-Elías J. *Aspectos jurídicos de la Licitación pública en México*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Morón, J. (2016). *El Contrato Estatal*. Lima. Gaceta Jurídica.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires. Heliasta.
- García De Enterría, E. y Fernández, T. (2011) *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Lima – Bogotá. Palestra – THEMIS.
- Comadira, J. y Escola, H. (2012). *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Díez, M. (1985). *Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba.
- Escola, H. (1977). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires. Depalma.
- Albaladejo, M. (2011). *Derecho civil II: Derecho de obligaciones*. volumen II, Décimo Cuarta Edición. Barcelona. Edisofer.
- Fernández, C. (2011). *Código civil comentado*. Tomo VIII. Lima. Gaceta Jurídica.
- Barra, Rodolfo (1989). *Los Actos Administrativos Contractuales*. Buenos Aires. Depalma.
- Navas, C. (2009). *La Potestad Sancionadora en las Contrataciones Públicas*. Lima. San Marcos.

Referencias hemerográficas

- Rubio, C. (2009). *La nulidad de los contratos administrativos en el régimen peruano de compras estatales*. En Revista Jurídica del Perú. Lima, Perú.
- Mairal, H. (1998). *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*. En Revista El Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- Cassagne, J. (1998). *Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo*. En Revista El Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- Rodríguez-Arana, J. (2008). *Las Prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas*. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña (AFDUDC). La Coruña, España.
- Ariño, G. (2007) *El enigma del contrato administrativo*. En Revista de Administración Pública. Madrid, España.
- De La Puente Y Lavalle, M. (1998). *Las “cláusulas exorbitantes”*. En Themis. Lima, Perú.
- Martínez, M. (2012). *Una aproximación a las prerrogativas desbordantes de los contratos que celebran las entidades en el marco de la ley de contrataciones del Estado*. En Revista Jurídica del Perú. Lima, Perú.
- Baca, V. (2001). *La nulidad de los contratos públicos por ausencia de consignación presupuestal previa*. En Revista de Derecho Universidad de Piura. Piura, Perú.
- Varas, Santiago. *La <<Exceptio non adimpleti contractus>> (<<Quien incumple sus obligaciones no puede obligar al cumplimiento>>) en el derecho administrativo*. En Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid, España.
- Danós, J. (2005). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. En Jornadas de Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia.
- Brewer Carías, A. (1968). *La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos*. En Revista de Derecho Español y Americano. Caracas, Venezuela.
- Huapaya R. (2013). *Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura*. Lima. Revista IUS ET VERITAS. 46.
- Coviello, J. (2011). *El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?* Lima. Derecho PUCP. 66.

- Moreno, P. (2013). *Los límites a la exceptio inadimpleti contractus: la “buena”, la “mala” y la “fea” excepción de contrato no cumplido*. Bogotá. Revista de Derecho Privado. 24.
- Escola, H. (1989). *El Interés Público como fundamento del derecho administrativo*. Argentina. Revista de Derecho Público. 10.

Referencias electrónicas

- Leyla, M. (2011). *Análisis de las Potestades y Prerrogativas Exorbitantes del Estado Conforme a la Ley 737, Ley de Contrataciones del Sector Público en Nicaragua*. (Tesis de máster en Derecho, Universidad Centroamericana). Recuperado de <http://repositorio.uca.edu.ni/982/>
- Lara, S. (2013). *Cláusulas Exorbitantes en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. (Tesis de magíster en Derecho Administrativo, Universidad Técnica Particular de Loja). Recuperado de <http://dspace.utpl.edu.ec/handle/123456789/7977>
- Torres, A. *Rescisión y Resolución*. Recuperado de: www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf (2007)
- Perez, A. (2011). *Exorbitancia de las Prerrogativas de la Administración en los Contratos*. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/9/art/art6.pdf>
- Latorre, D. (2012). *¿Supervisor de obra a tiempo parcial?*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2012/03/05/supervisor-de-una-obra-a-tiempo-parcial/#more-302>
- Latorre, D. (2012). *Intervención económica de Obra: Reto Pendiente*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/2011/01/04/intervencion-economica-de-una-obra-reto-pendiente/>.
- OSCE. *“Contratación de Obras Públicas”*. Lima, Material de Capacitación del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado. Recuperado de: http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Capacidades/Capacitacion/Virtual/curso_contratacion_obras/libro_cap4_obras.pdf
- Bozzo, S. (2012). *La excepción de contrato no cumplido*. Tesis Doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universitat de València. Recuperado de: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/25151/Tesis%20Excepci%C3%B3n%20de%20Contrato%20no%20Cumplido.pdf?sequence=1>
- Centanaro, E. *Excepción de incumplimiento contractual*. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-2/excepcion-de-incumplimiento-contractual.pdf>

Material Jurisprudencial – Documentos Públicos

- Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo N° 1341 – Decreto Legislativo que Modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo N° 350-2015-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo N° 056-2017-EF – Decreto Supremo que Modifica al Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF
- Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.
- Directiva N° 011-2016-CG/GPROD – Servicio de Control Previo de Las Prestaciones Adicionales de Obra.
- Ley 80 de 1993 – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Colombia).
- Decreto N° 1023/2001 (Argentina).
- Sentencia del Tribunal Constitucional – Caso Empresa de Transporte Sol del Perú contra la Municipalidad Provincial de Pasco. Exp. N° 2488-2004-AA/TC.
- Laudo Final Caso CIADI N° ARB/10/2 – Convia Callao S.A. y CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. contra la República del Perú.
- Dictamen ONC N° 446/2014 de la Oficina Nacional de Contrataciones de Argentina.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 002-2012/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 022-2012/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 114-2012/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 093-2012/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 003-2012/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 045-2014/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - Opinión N° 156-2016/DTN.
- Ley N° 26889 – Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.
- Decreto Supremo N° 008-2006-JUS – Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.

ANEXOS

ANEXO N° 1

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 32-A° Y MODIFICA VARIOS ARTÍCULOS DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1341 QUE MODIFICA LA LEY N° 30225 LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y MODIFICA VARIOS ARTÍCULOS DEL DECRETO SUPREMO N° 350-2015-EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO N° 056-2017-EF, ADEMÁS DE INCORPORAR LA DEFINICIÓN DE “EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO” E “INTERÉS PÚBLICO” EN EL ANEXO DE DEFINICIONES DEL ANEXO ÚNICO”

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene como objeto modificar el Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N° 350-2015-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

Artículo 2.- Incorporación del artículo 32-A al Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado

Incorpórese el artículo 32-A al Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

“Artículo 32-A.- Prerrogativas Exorbitantes de la Entidad durante la ejecución del Contrato

32-A.1 Para el cumplimiento oportuno y eficiente del objeto del contrato y/o por razones de interés público, la Entidad gozarán de las siguientes Prerrogativas Exorbitantes durante la ejecución del contrato:

- a) Prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La Entidad podrá modificar los contratos en sus dimensiones cuantitativas, cualitativas y/o

temporales, ante causas imprevistas o necesidades nuevas, sin alterar el objeto, finalidad ni naturaleza del contrato.

La decisión de modificar el contrato deberá estar necesariamente sustentada, demostrando su viabilidad y conveniencia a partir de fundamentos de carácter técnico, económico y legal.

La Ley y el Reglamento establecerán los supuestos por los cuales la Entidad podrán modificar los contratos de manera unilateral, indicando necesariamente los límites cuantitativos de su aplicación respecto al contrato, además de las formalidades y procedimientos necesarios para su procedencia.

- b) Prerrogativa de resolución unilateral de contrato. La Entidad podrá resolver el contrato de manera unilateral, debiendo sustentar su decisión en argumentos orientados a la defensa del interés público.

El procedimiento de resolución unilateral deberá efectuarse conforme a lo previsto en el Reglamento.

- c) Prerrogativa de declaración de nulidad del contrato. La Entidad podrá declarar la nulidad del contrato por deficiencias presentadas en su proceso formativo, ya sea por causales atribuibles al contratista o por causas atribuibles a los funcionarios y servidores de la Entidad que fueron responsables del procedimiento de contratación, conforme a los supuestos y procedimientos establecidos en la Ley y en el Reglamento.
- d) Prerrogativa de interpretación unilateral del contrato. La Entidad podrá interpretar el contenido del contrato si surgen discrepancias entre las partes respecto al sentido u orientación de alguna de sus estipulaciones, debiendo ejercitarse estrictamente en situaciones donde se presente un grave riesgo a la ejecución oportuna y eficiente del contrato o se presente una afectación o potencial afectación al interés público.

Para su aplicación, la Entidad deberá cursar carta notarial al contratista manifestando su interpretación del/los puntos del contrato donde se haya producido una controversia entre las partes, señalando expresamente que hace uso de la presente prerrogativa.

La interpretación que efectúe la Entidad deberá estar debidamente motivada, desarrollando el porqué de la necesidad del cumplimiento de su

decisión además de la viabilidad de su ejecución, siendo que esta deberá estar argumentada en fundamentos económicos, técnicos, legales y demás sustentos que coadyuven a su entendimiento.

Las decisiones que tome la Entidad en base a esta prerrogativa son de carácter vinculante y de estricto cumplimiento para el contratista, siendo su incumplimiento pasible de la aplicación de otras prerrogativas por parte de la Entidad, sin perjuicio de la aplicación del mecanismo de solución de controversia, de ser oportuno.

- e) Prerrogativa de dirección y control del contrato. La Entidad tendrá la prerrogativa de dirigir y controlar la ejecución del contrato, estableciendo medidas específicas para orientar las actividades del contratista a fin de encauzar el correcto cumplimiento de sus obligaciones.

Dependiendo de la naturaleza del contrato, esta prerrogativa será ejercitada por el Supervisor o Inspector del contrato, dentro de los parámetros, límites y procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento.

- f) Prerrogativa de intervención económica de obra. En aquellos contratos que involucren la ejecución de una obra, la Entidad podrá intervenirla económicamente conforme a los presupuestos, parámetros y procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento.
- g) La Entidad podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista aun así no haya cumplido con las suyas, siempre y cuando se presenten de manera conjunta los siguientes elementos:
 - a. Que el incumplimiento de la Entidad no imposibilite la ejecución de las obligaciones a cargo del Contratista.
 - b. Que el interés público adscrito al contrato involucre la atención de una necesidad, urgencia y/o emergencia para la población y/o interés público adscrito al mismo.
 - c. Que el contratista se encuentre en capacidad real de continuar con la ejecución del contrato.

El contratista podrá exceptuarse del cumplimiento de sus obligaciones únicamente cuando se presenten, individual o conjuntamente, las siguientes situaciones:

- a. Cuando se presente una razonable imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones a su cargo, debido a hechos concretos o riesgos sobrevinientes imputables a la Entidad, hasta que esta última satisfaga la contraprestación a su cargo o garantice su cumplimiento.
- b. Cuando la Entidad haya incumplido gravemente sus obligaciones, causando un menoscabo a contratista, imposibilite la ejecución del contrato y/o se haya quebrado el equilibrio económico financiero del contrato de manera irreversible, contrariando al principio de equidad descrita en la presente Ley.

El reglamento podrá establecer medidas específicas para la aplicación de esta prerrogativa.

- 32-A.2 La aplicación de las Prerrogativas Exorbitantes no deberá afectar el equilibrio económico financiero del contrato; caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio en atención al principio de equidad.
- 32-A.3 Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, corresponderá el resarcimiento a favor del contratista por los daños y perjuicios que ocasione la ejecución de las prerrogativas, cuando sean debidamente acreditados.
- 32-A.4 No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos donde se presencia situaciones de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.
- 32-A.5 Únicamente serán consideradas Prerrogativas Exorbitantes de la Administración para la ejecución de los contratos los desarrollados en el presente artículo, los mismos que basarán su aplicación en una decisión de gestión y de exclusiva responsabilidad por su ejercicio u omisión”.

Artículo 3.- Modificación del Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado

Modifícase los artículos 34°, 36° y 45° del Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

“Artículo 34°. Modificaciones al Contrato

34.1. El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje sólo de aquellas obligaciones del contrato que sean de carácter divisible y no afecten la finalidad del objeto de contrato.

Las mencionadas modificaciones deberán efectuarse conforme a las estipulaciones establecidas en el literal a) del Artículo 32-A de la presente Ley.

34.3 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista o por lo previsto en el literal a) del artículo 32-A de la presente Ley, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista”.

“Artículo 36°. Resolución de los contratos

36.1. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2. Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley.

36.3. La Entidad podrá resolver el contrato de manera unilateral conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 32-A de la Ley”.

“Artículo 45°. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir a arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato y las relacionadas al ejercicio de las Prerrogativas Exorbitantes desarrolladas en el numeral 32-A, solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de Entidad o de la Contraloría General de la República, según correspondan no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiente en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

45.2 Para los casos específicos en lo que la materia de controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y el ejercicio de la Prerrogativas Exorbitantes de la Entidad, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los supuestos diferentes a los mencionadas en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final, En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

Todos los plazos señalados en este numeral son de caducidad”.

Artículo 4.- Modificación del Decreto Supremo N° 350-2015-EF que modifica el Decreto Supremo N° 056-2017-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Modifícase los artículos 135°, 136°, 139° y 153° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF que modifica el Decreto Supremo N° 056-2017-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

Artículo 135°. Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que:

1. El contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;

2. El contratista haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;

3. El contratista paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación; o

4. Por causales de interés público, conforme a lo establecido en el artículo 32-A de la Ley.

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136, sin perjuicio de lo previsto en el literal g) del artículo 32-A de la Ley y el artículo 153° del Reglamento.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Artículo 136°. Procedimiento de resolución de Contrato

136.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

136.2. Dependiendo del monto contractual, y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

136.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato de forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

136.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

136.5. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del

contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

136.6. La Entidad puede resolver el contrato por causales de interés público, conforme a lo establecido en el artículo 32-A de la Ley; en este caso, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato, la misma que deberá estar debidamente motivada.

Artículo 139°. Adicionales y Reducciones

139.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 32-A de la Ley, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

139.2. Igualmente, puede disponer la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, conforme a los presupuestos establecidos en el artículo 32-A.

139.3. En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

139.4. Tratándose de adicionales de supervisión de obra, para el cálculo del límite establecido en el primer párrafo del numeral 34.4 del artículo 34 de la Ley solo debe tomarse en consideración todas las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

139.5. Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

139.6. Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales en los contratos de modalidad mixta con carácter de emergencia, cuya falta de ejecución ponga en peligro a las personas o afecte la integridad de la infraestructura pública o la continuidad del servicio público, se puede autorizar

la ejecución de dichas prestaciones mediante comunicación escrita al contratista, sin perjuicio de la verificación que debe efectuar la Entidad, previamente a la emisión de la resolución correspondiente sin la cual no puede efectuarse pago alguno, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Artículo 5.- Incorporación de la definición de “Equilibrio Económico Financiero del Contrato” e “Interés Público” en el Anexo de Definiciones del Anexo Único del Decreto Supremo N° 350-2015-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF

Incorpórese la definición de “Equilibrio Económico Financiero del Contrato” e Interés Público” en el Anexo de Definiciones del Anexo Único del Decreto Supremo N° 350-2015-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en los siguientes términos:

“Equilibrio Económico Financiero del Contrato: Situación contractual por el cual los derechos y obligaciones de los contratantes gozan de una misma equivalencia, estando el riesgo asumido por la Entidad cuando esta sea imputable a ella o a ninguna de las partes.

El equilibrio económico financiero del contrato encuentra su perfeccionamiento en el momento de la celebración del contrato; en caso de presentarse variaciones sobrevinientes que lo afecten, las partes deberán restituirlo en armonía a lo establecido en el Principio de Equidad.

La restitución del mismo deberá efectuarse a partir del ajuste de las estipulaciones contractuales que vincula a ambas partes, en relación al alcance, plazo o costo del contrato.

Interés Público: Finalidad intrínsecamente vinculada al objeto de cada contrato, la misma que buscará atender una necesidad, servicio y/o urgencia de carácter público.

De igual manera, se entenderá también como interés público a todo aquel beneficio general que involucra a toda una colectividad, la misma que no necesariamente se encuentra involucrada en la consecución del contrato”.

Artículo 5.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

Artículo 6.- Derogatoria

Deróguese cualquier disposición que se oponga al cumplimiento de la presente disposición Legal.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La exposición de motivos del presente Proyecto de Ley son los fundamentos y explicaciones establecidas en el presente trabajo de investigación, donde se detalla el porqué de la necesidad de legislar cada una de las prerrogativas desarrolladas.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN NACIONAL

La aprobación de la norma propuesta, pretende modificar el Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado, a través de incorporar el artículo 32-A° el cual regula las Prerrogativas de la Entidad en la fase de ejecución del contrato, las mismas que deben ceñirse a los límites y parámetros establecidos en su contenido.

Igualmente, se plantea la modificación de varios artículos del mencionado cuerpo normativo y de su Reglamento, a fin de adaptar diferentes situaciones, instituciones y herramientas al nuevo escenario propuesto.

Dichas modificaciones antes mencionadas hacen necesaria la modificación del Anexo de Definiciones del Anexo Único del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regulado mediante el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, a partir de la incorporación de las definiciones de “Equilibrio Económico Financiero del Contrato” e “Interés Público”.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La aprobación de la presente iniciativa legislativa permitirá regular las Prerrogativas de la Administración durante la fase de ejecución contractual, las misma que a la fecha el sistema les reconoce una existencia (conforme a las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE), pero no se les individualiza ni delimita sus alcances, objetivos ni limitaciones respecto a su ejecución; con la aprobación de este proyecto de ley se permitirá otorgarle a la administración nuevas herramientas para una mejor gestión de los contratos, además de brindar certidumbre a todos los operadores de la contrataciones estatal (Entidades Contratantes, Contratistas, Subcontratistas, Árbitros, entre otros) respecto de las Prerrogativas que la administración tiene durante la ejecución del contrato.

Lo señalado en el párrafo precedente gira en torno a garantizar de una manera más eficiente la consecución primordial de todo contrato administrativo: la finalidad pública.