



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autor:

Yessica Yanett Moreno Alfaro

Asesor:

Mg. María Del Carmen Altuna Urquiaga

Trujillo - Perú

2021

DEDICATORIA

A mis padres, quienes me demuestran que el trabajo arduo y honrado dignifica al hombre. Gracias por su amor, comprensión y apoyo incondicional.

A mis hermanos, por ser fuente de alegría e inspiración

AGRADECIMIENTO

A Dios, por cuidarme y fortalecer mi alma.

Al Mg. Carlos Manuel Aguilar Enríquez, por sus enseñanzas y apoyo constante.

A todos los que han contribuido en el desarrollo de esta investigación.

CONTENIDO

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	7
ABSTRACT	8
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	9
1.1. Realidad problemática _____	9
1.2. Antecedentes _____	12
1.3. Formulación del problema _____	15
1.4. Objetivos _____	15
1.5. Hipótesis _____	16
1.5.1. Hipótesis general	16
1.5.2. Hipótesis específicas	16
1.6. Justificación _____	18
1.7. Limitaciones _____	18
1.8. Marco teórico _____	19
1.8.1 Aspectos generales del contrato administrativo	19
1.8.2 Potestades y prerrogativas del contrato administrativo	26
1.8.3 Contrato de obra pública	31
1.8.4 Principio de equilibrio económico financiero del contrato	38
1.8.5 Principios que rigen las contrataciones del Estado	46
1.8.6 Definición de términos básicos	53
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	55
2.1. Tipo de investigación _____	55
2.2. Enfoque cualitativo _____	55
2.3 Diseño no experimental- transversal _____	55
2.4. Sujetos participantes _____	55
2.4.1. Muestreo de los especialistas entrevistados	56
2.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos _____	56
2.5.1. Técnicas de recolección de datos	57
2.5.2. Procedimiento de recolección de datos	58
2.5.3. Instrumento de análisis de datos	58
2.6. Métodos de análisis de información _____	59
2.7. Procedimiento de análisis de información _____	59

2.8. Aspectos éticos	60
<i>CAPÍTULO III. RESULTADOS</i>	61
3.1. RESULTADO RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO No 1: ANALIZAR LA INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL T.U.O DEL REGLAMENTO DE LA LEY CONTRATACIONES DEL ESTADO.	61
3.1.1. Opinión de expertos en derecho administrativo y derecho contractual	61
3.2. RESULTADO RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO No 2: ANALIZAR EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO Y SU RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	71
3.2.1. Opinión de expertos en derecho administrativo y derecho contractual	71
3.2.2. Opinión de expertos en materia de contrataciones del Estado	75
3.2.3. Resultado de la aplicación del instrumento denominado “Guía de opiniones de OSCE”	79
3.3. RESULTADO DEL OBJETIVO ESPECÍFICO No 3: DETERMINAR LA NECESIDAD DE UNA EQUITATIVA REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF.	81
3.3.1. Opinión de expertos en materia de contrataciones del Estado	81
3.3.2. Opinión de expertos en derecho administrativo y derecho contractual	90
<i>CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN</i>	96
<i>CAPÍTULO V. CONCLUSIONES</i>	114
<i>CAPÍTULO VI. RECOMENDACIONES</i>	116
<i>CAPÍTULO VII. REFERENCIAS</i>	117
<i>CAPÍTULO VIII. ANEXOS</i>	125

TABLA DE TABLAS

<i>Tabla 1</i> Muestreo de los especialistas entrevistados _____	56
<i>Tabla 2</i> Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos _____	57
<i>Tabla 3</i> Procedimiento de recolección de datos _____	58
<i>Tabla 4</i> Pregunta uno- Alcance de las cláusulas exorbitantes en los contratos con el Estado _____	61
<i>Tabla 5</i> Pregunta dos- Las prerrogativas exorbitantes y la alteración del principio de equilibrio económico financiero del contrato _____	66
<i>Tabla 6</i> Pregunta tres- Discrecionalidad a favor de la Administración Pública a razón del precepto establecido en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF _____	68
<i>Tabla 7</i> Pregunta cuatro- Relación del principio de equilibrio económico financiero del contrato en las contrataciones del Estado _____	71
<i>Tabla 8</i> Pregunta cinco- El artículo el 178.2 del D.S. N°377-2019-EFy su vinculación con el principio de equilibrio económico financiero del contrato _____	75
<i>Tabla 9</i> Guía de opinión de OSCE N°048-2020/DTN _____	79
<i>Tabla 10</i> Guía de opinión de OSCE N°182-2017/DTN _____	80
<i>Tabla 11</i> Pregunta seis- La regulación normativa del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF _____	82
<i>Tabla 12</i> Pregunta siete- Estudio de la modificatoria del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF _____	87
<i>Tabla 13</i> Pregunta ocho- La ruptura de la ecuación económico contractual _____	90
<i>Tabla 14</i> Análisis de la resolución de Alcaldía N°274-2018-MDH _____	93

RESUMEN

El presente trabajo de investigación ha sido desarrollado desde una metodología básica explicativa, con el objetivo de analizar las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF y su incidencia en el principio del equilibrio económico financiero del contrato. Para tal propósito se empleó la recopilación de antecedentes internacionales y nacionales, la compilación de bibliografía que se constituye en las bases teóricas, las variables se desarrollaron bajo una metodología no experimental transversal, asimismo, se utilizó como instrumentos, la opinión de expertos, la guía de opiniones de OSCE y el análisis de casos prácticos.

En ese sentido, a la luz de la investigación se tiene que, en la contratación estatal a través del contrato administrativo de naturaleza sinalagmático, se vislumbra un escenario de desigualdad entre el contratista y la Administración Pública, pues esta última tiene una posición preponderante, por lo cual el contratista solo adhiere su voluntad a las condiciones previamente establecidas. En ese sentido, se concluyó que las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, generan un desequilibrio en la relación contractual, razón por la cual es necesario una regulación equivalente, toda vez que la normatividad existente ha demostrado ser desproporcional, siendo garantista a favor del Estado.

Palabras claves: Prerrogativas exorbitantes, relación contractual, equilibrio económico financiero.

ABSTRACT

This research work has been developed from a basic explanatory methodology, with the aim of analyzing the exorbitant prerogatives contained in article 178.2 of the .D.S. N ° 377-2019-EF and its impact on the principle of the economic and financial equilibrium of the contract. For this purpose, the compilation of international and national antecedents was used, the compilation of bibliography that constitutes the theoretical bases, the variables were developed under a cross-sectional methodology, likewise, the opinion of experts, the opinion guide were used as instruments, of OSCE and the analysis of practical cases.

In the light of the investigation, in the state contracting through the administrative contract of a synalagmatic nature, a scenario of inequality between the contractor and the Public Administration is glimpsed, since the latter has a preponderant position, for which the contractor only adheres its will to the conditions previously established. In this sense, it was concluded that the exorbitant prerogatives contained in article 178.2 of .D.S. N ° 377-2019-EF, generate an imbalance in the contractual relationship, which is why an equivalent regulation is necessary, since the existing regulations have proven to be disproportionate, being a guarantee in favor of the State.

Keywords: Exorbitant prerogatives, contractual relationship, financial and economic balance.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Las actividades socioeconómicas propias de los requerimientos y del mercado privado como público ha implicado que en la actualidad el Estado, se ha convertido en el principal promotor de la ejecución de obras públicas, lo que genera un “desafío para la intervención estatal, no solo porque define la eficiencia con la que el Estado cumple sus tareas, sino también, porque, desempeña un rol clave en el fomento del desarrollo económico” (Villavicencio, 2018, p. 2). Siendo así, desde la normativa de las contrataciones del Estado, se debe establecer un marco regulatorio eficiente, que permita que las entidades públicas y los proveedores puedan cumplir con sus obligaciones contraídas, así como, satisfacer sus propios intereses; esto es, el Estado en la ejecución de un contrato de obra, busca contar oportunamente con la infraestructura contratada, con la finalidad de satisfacer un interés público; por su parte el contratista, tiene como propósito el lucro que legítimamente pretende al haberse adjudicado la obra en un proceso de selección, es decir se trata de dos intereses que no son contrapuestos, sino que por el contrario se complementan, al punto que esta interdependencia finalmente conlleva a que ambos deban encontrar un equilibrio de coexistencia (Alarcón, 2015, p. 25).

En ese sentido, resulta oportuno señalar que “en los contratos de la administración pública, las partes contratantes pactan unas determinadas prestaciones que son correspondientes entre sí, las cuales deben mantenerse durante toda la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo” (Rodríguez, 2011 p. 58). Según lo anterior, “los contratos estatales, deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones, es decir, como contratos sinalagmáticos que

son” (Aponte & Gamarra, 2015, p. 424). Así pues, “se enfatiza en la bilateralidad de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocos caracteres de deudores y acreedores entre sí al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros” (Fernández, 2016, p.170).

Ahora bien, la actual regulación ha demostrado que, la Administración Pública cuenta con determinadas prerrogativas exorbitantes; las cuales se encuentran determinadas por ley, y no pueden ser cuestionadas por el contratista, por lo cual, el contratista solo adhiere su voluntad a las condiciones previamente establecidas, ocasionando una relación contractual asimétrica. Como afirma Ricardo Hoyos citado por De la Hoz (2011) “las cláusulas exorbitantes, son aquellas que tienen por objeto conferir a una de los partes derechos o imponer obligaciones” (p. 10). Asimismo, Osorio 2013 citado por Betancur et al (2017), señala que las prerrogativas exorbitantes, “corresponden a disposiciones normativas previamente definidas por el legislador, y que reflejan políticas estatales de posiciones privilegiadas y ventajosas para una de las partes del contrato estatal, como es la Administración Pública” (p.13).

En ese contexto, se vislumbra el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, publicado el 14 de diciembre de 2019, que modifica el reglamento de la ley de contrataciones del Estado, que prescribe que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra.

Siendo así, se cuestiona la proporcionalidad de dicha estipulación legal, ya que, el contratista no podrá suspender la ejecución de obra, pues para ello se requiere el adeudo de 3 valorizaciones continuas. Asimismo, un requisito para convocar un procedimiento de selección es que se cuente con la respectiva certificación presupuestal, entonces, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones continuas para recién poder suspender la ejecución.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato de obra es un contrato sinalagmático, conlleva a que las obligaciones pactadas entre el Estado y el contratista deben ser cumplidas, a razón de que las prestaciones son correspondientes entre sí, de igual manera, la obligatoriedad es el pilar de toda contratación. En efecto, la falta de pago por parte de la Entidad, que se constituye en una obligación esencial, rompe la equivalencia de prestaciones inicialmente pactas, pues la correspondencia entre prestaciones debe mantenerse durante toda la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo. Es así que, se origina una relación contractual desigual y un ejercicio abusivo de la posición contractual del Estado, haciendo incompatible el equilibrio económico del contrato.

Frente a ello, resulta fundamental señalar que el equilibrio económico en los contratos administrativos es un principio establecido desde el orden legal, consistente en la obligación de mantener por parte de los contratantes una “equivalencia honesta” en las prestaciones económicas del contrato estatal. (Aponte & Gamarra, 2011). Además, es “una institución que comprende a las partes involucradas en la relación negocial y no exclusivamente a una de ellas” (Santofimio, 2009, p.47).

De esta manera, con el principio del equilibrio económico financiero en la celebración de un contrato celebrado con el Estado se busca el reconocimiento al derecho del contratista a mantener la ecuación económica del contrato, con el propósito de asegurar una rentabilidad razonable, a cambio de las facultades extraordinarias de las que goza el Estado (Santisteban de Noriega & Loredo, 2006).

Dado lo antes explicado, se ha planteado el siguiente problema de investigación: ¿De qué manera las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF inciden en el principio de equilibrio económico financiero del contrato?

1.2. Antecedentes

1.2.1. Antecedentes internacionales

En ese contexto, tenemos que, dentro de los estudios internacionales sobre el objeto de la investigación en junio de 2016, Karina Paola Castro Andrango en su tesis para obtener el título en magister en Derecho Administrativo, publicado en el repositorio de la Universidad Andina de Simón, titulada *“La responsabilidad contractual del Estado y el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de ejecución de obra”*, concluye lo siguiente:

Las prerrogativas que tiene la Administración son propias del contrato administrativo, pero su ejercicio no debe ser ilimitado, sino que deberá observar el ordenamiento jurídico, que va de la mano con lo estipulado en el contrato. Es obligación respetar límites y potestades discrecionales para que la Administración no incurra en abuso de poder. (Castro, 2016, p.64).

En síntesis, la tesis en referencia refuerza la idea de que la Administración Pública no debe realizar un ejercicio abusivo de sus prerrogativas, de modo que la reciprocidad de las prestaciones que dieron origen al contrato debe permanecer inalterables, de lo contrario, se genera la ruptura de la ecuación contractual.

1.2.2. Antecedentes nacionales

Con relación a los trabajos nacionales, tenemos que, en febrero de 2011, el autor Libardo Rodríguez Rodríguez en su artículo titulado *“El equilibrio económico en los contratos administrativos”*, publicado en el fondo editorial de la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala lo siguiente:

El equilibrio económico es un principio de los contratos administrativos que consiste en que las prestaciones que las partes pactan, de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta su término, de tal manera que, si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca.
(Rodríguez, 2011, p. 66)

El referido antecedente, refuerza la noción de que las partes contratantes deben cumplir con las prestaciones pactadas, ello en concordancia con el equilibrio económico, de modo que, ninguna prestación puede verse alterada, caso contrario la parte afectada tiene la posibilidad de solicitar el resarcimiento del daño ocasionado

De otro lado, en agosto de 2018, Luis Fernando Villavicencio Benítez, en su trabajo académico para obtener el grado de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, publicado en el repositorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulada *“El principio de equilibrio económico financiero del contrato en la Ley de Contrataciones del Estado”*, concluye lo siguiente:

La LCE ha establecido distintos principios aplicables a la contratación pública, siendo el principio de Equidad uno de los más relevantes, puesto que dispone que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. Dicho principio es uno de los fundamentos y preceptos del principio de equilibrio económico financiero del contrato. (Villavicencio, 2018, p.31)

El antecedente aporta a la investigación desde el análisis de la normativa en contrataciones, toda vez que la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato, encuentra una aceptación gradual en la ley de contrataciones del Estado, constituyéndose como principio relevante para las prestaciones en los contratos de ejecución de obra pública.

Finalmente, en el año 2018, Jairo Kevin Mauricio Hernández Alvarado en su tesis para obtener el título profesional de abogado, publicado en el repositorio de la Universidad San Martín de Porres, titulada *“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”*, concluye lo siguiente:

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. (Hernández, 2018, p141)

El antecedente contribuye a la investigación, toda vez que señala que la normativa en contrataciones del Estado, contiene prerrogativas exorbitantes, por lo cual en ocasiones no se genera una correcta aplicación de la misma.

1.3. Formulación del problema

¿De qué manera las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden en el principio del equilibrio económico financiero del contrato?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Determinar de qué manera las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden en el principio del equilibrio económico financiero del contrato.

1.4.2. Objetivo específico

Objetivo específico No 1: Analizar la incidencia de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el marco del T.U.O del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado.

Pregunta de investigación: ¿Cuál es la incidencia de la regulación de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el marco del T.U.O del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado?

Objetivo específico No 2: Analizar el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato y su relación con la contratación pública.

Pregunta de investigación: ¿Es adecuada la aplicación del Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato en la contratación pública?

Objetivo específico No 3: Determinar la necesidad de una equitativa regulación normativa respecto los alcances del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF.

Pregunta de investigación: ¿Es necesaria la implementación de una equitativa regulación normativa respecto los alcances del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF?

1.5. Hipótesis

1.5.1. Hipótesis general

Las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden negativamente en el principio del equilibrio económico financiero del contrato, ya que, la discrecionalidad normativa a favor del Estado, genera una ruptura económica; en consecuencia, un desequilibrio en la relación contractual.

1.5.2. Hipótesis específicas

Hipótesis específica No 1:

Las cláusulas exorbitantes que la presente investigación analiza, se encuentran reguladas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF y no pueden ser

cuestionadas por el contratista, pues, este solo adhiere su voluntad a las condiciones previamente establecidas, lo que ocasiona que el contrato de ejecución de obra resulte desigual para el contratista, puesto que, la mencionada regulación normativa es favorable únicamente a la Administración Pública.

Hipótesis específica No 2:

Se vulnera el principio de equilibrio económico financiero del contrato, ya que, el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, genera la disvinculariedad de prestaciones recíprocas, las cuales resultan ser de obligatorio cumplimiento para las partes intervinientes, y deben permanecer equivalentes durante la ejecución del contrato, y hasta la finalización del mismo, razón por la cual, ante la falta de pago por parte de la entidad contratante, se genera la ruptura de la ecuación contractual.

Hipótesis específica No 3:

Es necesaria la implementación de una equitativa regulación normativa respecto los alcances del 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, pues el requisito de continuidad resulta injustificado y desproporcional, asimismo, la Administración Pública se encuentra en posición privilegiada, por la cual la normativa vigente, debe tener en cuenta la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato, puesto que, busca una equivalencia en las prestaciones que celebran las partes en un contrato administrativo.

1.6. Justificación

La justificación social del presente trabajo responde a que el sector de la contratación pública es una de las esferas fundamentales en la Sociedad, pues coadyuva en el crecimiento de la economía peruana, por lo que resulta fundamental salvaguardar los recursos públicos y su correcta administración, así como generar un campo de contratación adecuada en la contratación estatal, ya que, la participación de una parte privada, es una muestra de la necesidad que tiene el Estado de contar con la colaboración de los particulares.

El trabajo responde a una importancia académica en tanto que las reflexiones sobre las variables relacionadas sobre el equilibrio contractual económico como las prestaciones a razón del marco normativo referido, permite tener un desarrollo detallado de su interpretación como de sus problemáticas.

Esta investigación tiene por utilidad práctica para abogados en la especialidad y funcionarios de las distintas instituciones públicas encargadas de hacer cumplir la normatividad de las contrataciones del Estado. De igual manera, contribuye como antecedente para futuras investigaciones y de ser un derrotero para quienes pretenden especializarse en esta rama del conocimiento jurídico.

1.7. Limitaciones

Se presentaron limitaciones durante la aplicación del instrumento denominado guía de entrevista estructurada, ya que, es difícil acceder a los entrevistados, toda vez que los contextos de la COVID-19 y el cuidado necesario del distanciamiento implicó que se desarrolle con una mayor ampliación de respuestas a través de contextos, re preguntas,

información y entre otros aspectos. No obstante, se superaron a razón del uso correcto de los instrumentos tecnológicos y el compromiso de los profesionales.

1.8.Marco teórico

1.8.1 Aspectos generales del contrato administrativo

1.8.1.1 El contrato

A efectos de desarrollar la definición del contrato administrativo, debemos partir por el concepto de contrato. Para De la Puente (2017) “Es la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre si obligaciones lícitas de carácter patrimonial” (p.39). En ese sentido, se aprecia que el elemento esencial del contrato radica en la manifestación de voluntad, destinada a establecer un acuerdo de carácter obligatorio, pues como señala Díez Picazo y Gullón (1997) citado por Fernández (2016) “El contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral” (p.162).

1.8.1.2 El contrato administrativo

Desde ese punto, en la administración pública se celebran contratos, donde concurren similares elementos del contrato privado. Siendo así, Fernández (2016) señala que:

Los contratos administrativos tienen por particularidad que uno de sus sujetos lo es el Estado y, por la otra, puede ser un particular u otra entidad del Estado. Estos se rigen por el Derecho Positivo que regula la actividad estatal, pues lo fines que se persiguen por parte del Estado

es la satisfacción de necesidades de interés social o de carácter público. (p.18)

De otro lado, tenemos la opinión de Cassagne (1999), el cual afirma que: "Es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros" (p.158). Es decir, es un acuerdo de voluntades que busca solucionar aquellas carencias en la vida comunitaria como respuesta al interés directo existente en la mayoría de los individuos.

En esa misma idea Escola (1977) argumenta: "Son los celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público, (...). Por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta"(p.256). Aquello hace precisión en cuanto que, el contrato administrativo o contrato de derecho público ha de colocar en algunas ocasiones al contratante en una situación de subordinación, pero sea de esta forma o no siempre será para llevar a cabo la realización de un fin público.

Asimismo, se define al contrato administrativo como aquel:

Que tiene como una de sus partes a una entidad del Estado, sin que ello implique necesariamente prerrogativas para esta última, toda vez que será el ordenamiento jurídico el que fijara la posición de la entidad

administrativa respecto de su contratante, otorgándole en algunos casos prerrogativas especiales, mientras que en otros casos no. (Salazar, 2004, p.36)

De otra parte, en relación a las partes intervinientes en el contrato administrativo, encontramos que: “Celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra parte, para realizar una obra pública, explotar un servicio u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependientemente de la entidad de Derecho Público” (Cabanellas, 1962, p.500). En pocas palabras, son dos partes intervinientes, que es la administración propiamente y una persona física o jurídica.

1.8.1.3 Naturaleza jurídica del contrato administrativo

De las investigaciones previamente revisadas respecto a la naturaleza jurídica del contrato administrativo, estamos de acuerdo con lo que plantea el estudioso argentino Coviello (2015) “Si existe un criterio esencial para describir la naturaleza jurídica del contrato administrativo este estriba en que: el contrato administrativo se caracterizaría por la presencia de un régimen jurídico exorbitante, del que habla la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés” (p.32). En cuanto, a la jurisprudencia mencionada, es en relación al fallo del 23 de diciembre de 1921, en la que se alude que, si se identifican poderes, facultades, atribuciones pertenecientes a la entidad que representa a la Administración como sujeto de la relación, resultaríamos estar frente una contratación administrativa; de lo contrario, de no concurrir ninguna de las condiciones señaladas estaríamos frente a una contratación privada.

1.8.1.4 Elementos del contrato administrativo

No es otra cosa que todas aquellas partes que lo integran, pues sin aquella concurrencia dejaría de existir. De forma más precisa, “constituyen requisitos del contrato administrativo todas aquellas condiciones que tengan que verificarse para que éste se perfeccione, sin que su falta acarree su inexistencia” (Herrera, 2004, p.100). En términos generales, no hace una diferenciación entre las condiciones necesarias para la existencia del contrato administrativo.

Bajo este esquema, para algunos juristas es diferente el panorama, ya que consideran correcto diferenciar entre elementos esenciales y elementos no esenciales para lograr de esta manera determinar si estamos frente un contrato administrativo. Según Escola (1977) agrega:

(...) deben diferenciarse elementos esenciales básicos, elementos esenciales presupuestos y el elemento esencial complementario de los contratos administrativos. Los primeros son el consentimiento y el objeto; los segundos son los sujetos, la competencia y capacidad, la causa y la finalidad; el complementario es la forma. (p.186)

Asimismo, el ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Bercaitz (1980) señala:

Como elementos esenciales del contrato administrativo a los sujetos, el consentimiento, el objeto, la causa, la finalidad y la forma; en tanto, para el propio autor, son elementos no esenciales del contrato

administrativo: el plazo, la licitación y pliego de condiciones, las garantías y las sanciones. (p.260)

En ese sentido, se considera como elementos esenciales del contrato administrativo:

a. Sujetos

En los contratos administrativos uno de los sujetos será un órgano público administrativo que tendrá la potestad o competencia para contratar; mientras que su contraparte, un particular, tendrá que cumplir el requisito de tener una capacidad jurídica menester para el cumplimiento de los mismos efectos, pudiendo ésta una persona física o moral (Gordillo,1980).

b. Consentimiento

Citando a Dromí (1973) el contrato administrativo “se origina por un acuerdo creador de relaciones jurídicas o por el simple consentimiento de adhesión por parte del particular hacia las relaciones previamente pactadas por la Administración” (p. 45).

c. Causa

En cuanto a este elemento, se encuentra referida a primordialmente a las motivaciones que hacen que la voluntad del órgano público administrativo determine la contratación o no. Así pues, "La causa está constituida por los motivos determinantes del acto en los que están insertos el cuidado del servicio público y en particular el interés público"(Bercaitz, 1980, p.301).

d. Objeto

En lo concerniente al objeto del contrato vendría a ser la obligación que llevo a constituir dicho contrato; es decir, se toma en cuenta el tema de obligación, que compren en el contrato administrativo una prestación de dar, hacer o no hacer solicitada por ambas partes.

e. Forma

Se encuentra referido a la formalidad, la forma prescrita bajo ley. Así pues, se “caracteriza a los contratos administrativos es su rigor y sentido formalista, en tanto el ordenamiento jurídico establece una serie de trámites, formalidades y procedimientos que deben cumplirse antes de emitirse la voluntad administrativa contractual” (Dromi, 2006, p.170).

f. Finalidad

Se trata del fin último que se busca obtener con el contrato, particularizando de forma general el interés público, siendo que se debe concretizar lo que se quiere lograr con el contrato.

1.8.1.5 El carácter conmutativo y sinalagmático del contrato administrativo

Al respecto, es necesario traer a colación la afirmación de Campos & Hinostroza (2008), respecto el contrato administrativo:

En primer lugar, debemos decir que es un contrato de prestaciones recíprocas, vale decir que ambas partes han asumido obligaciones donde una es la causa de la otra, las que principalmente consisten en:

(i) a cargo del contratista, ejecutar la obra y (ii) a cargo del comitente

o la entidad pública, pagar la retribución del contratista. Existe una relación sinalagmática entre la prestación del contratista y el comitente, esto quiere decir que la causa por la que el contratista ejecuta la prestación, es porque espera que el comitente ejecutará después la suya (de pagar). p. 298

Sobre el particular, Fernández y Ospina (2005) establece que:

El contrato administrativo es un contrato de carácter oneroso por contar con dos partes que se obligan recíprocamente. Los contratos onerosos pueden ser de dos tipos, conmutativos y aleatorios. El contrato administrativo es conmutativo pues las obligaciones de las partes se miran como equivalentes desde el momento mismo de la celebración del negocio. (p.55)

Aunado a ello, Larroumet, 1999 citado por Campos & Hinostroza 2008, señala que “en un contrato sinalagmático, se considera que las obligaciones son recíprocas, es decir, que el acreedor es al mismo tiempo deudor y el deudor es al mismo tiempo acreedor. Pero esas obligaciones son también interdependientes, es decir, que el acreedor es deudor, es porque el deudor es acreedor y ello en virtud del mismo contrato” (p.298).

De lo expresado en el párrafo anterior, resulta pertinente resaltar algunas de las características del contrato sinalagmático que de acuerdo a la posición de Larroumet (1999) son: “A cargo del contratista llevar a cabo la obra. A cargo del comitente o la entidad pública, en pagar la retribución correspondiente al contratista. “(p.43)

De lo señalado se deduce que la existencia de una relación sinalagmática entre la prestación del contratista y la entidad, donde la causa por la que el contratista ejecuta la prestación, es debido a que espera que la entidad pública cumpla con asumir el pago correspondiente por los trabajos ejecutados.

Así pues, resulta útil revisar las características que Ospina y Ospina 1994 citados por Canal 2016 atribuyen al contrato conmutativo; esto es, “(i) es oneroso; (ii) no es aleatorio, toda vez que la utilidad del acuerdo debe ser apreciada desde su celebración y (iii) produce prestaciones equivalentes entre sí, las cuales determinan un cierto equilibrio en la economía del contrato” (153).

Finalmente, se concluye que el contrato administrativo es de carácter conmutativo, siendo que la existencia de las prestaciones pactadas entre las partes intervinientes; entidad pública y contratista deben ser equivalentes, de modo que generen el equilibrio contractual.

1.8.2 Potestades y prerrogativas del contrato administrativo

Las potestades del Estado son irrenunciables y constituyen un medio para el debido accionar del Estado en el cumplimiento de sus cometidos públicos. En ese sentido, Linares (2008) postula que las potestades existen sin necesidad de reconocimiento normativo, mientras que las prerrogativas derivan solo de la norma. De igual manera, el referido actor señala que:

Nuestro ordenamiento reconocería únicamente como prerrogativas, que se diferenciarían de las potestades en que estas vienen a ser aquellas que no necesitan de un reconocimiento sin atentar contra el interés general, mientras que las prerrogativas no serían inherentes ni irrenunciables, sino solo serían ventajas otorgadas por un régimen legal determinado y a las que deberá remitirse la administración en su actuar contractual. (p.194)

En síntesis, las potestades existen sin necesitar del reconocimiento normativo, mientras que las prerrogativas nacen a razón de una norma. Desde ese punto de vista del profesor Linares indica que:

Se puede otorgar ciertas prerrogativas a favor de la administración pública, siempre que esté dentro de una relación contractual para lograr de esta forma medir el contenido de dicha relación bilateral, que está dado a razón de la protección del interés público. Es por ello que las prerrogativas sean constitucionalmente legítimas es menester que sean establecidas expresamente en normas legales que tengan el respaldo de obvias razones de interés público. (p.195)

Además, de que debe preservar los principios de equilibrio, razonabilidad, proporcionalidad y prohibición de la arbitrariedad de la administración (Danós, 2007).

1.8.2.1 Prerrogativas exorbitantes

De acuerdo con los juristas De la Puente y Lavalle (1998), conceptualiza a las prerrogativas exorbitantes 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” (p. 7).

En esa perspectiva Morón (2016), establece que “las capacidades de la administración contractual que ni son estipulaciones contractuales, ni ilícitas en los contratos privados, sino que son manifestaciones del poder de la acción unilateral propias de la Administración Pública y solo son “desacostumbradas” en los contratos comunes” (p. 591).

Por otro lado, el tratadista Dávila (2016), ha definido a las prerrogativas exorbitantes como:

Potestades que tiene la Administración pública al momento de contratar, las cuales rompen el principio de igualdad de las partes en el contrato y que se encuentra fundamentadas en la protección del interés público, cuyo fin último es la prestación adecuada del servicio y el cumplimiento de los fines estatales. (p.632)

Finalmente, desde la posición de Farrando (2006) postula que las prerrogativas son privilegios otorgados a una persona, teniendo como efecto que posea más facultades que la otra parte en el contexto de la relación contractual. Así pues, el jurista ejemplifica lo expuesto en cuanto que el Estado y sus instituciones públicas serían los contratantes; el mismo que gozarían de una potestad, la cual les brindaría una superioridad jurídica. De esta manera, se muestra la subordinación al cocontratante mediante la

introducción de una cláusula exorbitante. En ese sentido, haciendo hincapié en el fin de las prerrogativas, argumenta que la finalidad de las prerrogativas es precautelar el cumplimiento efectivo del contrato y obtener la satisfacción del bien común.

1.8.2.2 Cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo

“La noción de cláusula exorbitante o excepcional, constituye un criterio fundamental para identificar un contrato como administrativo o estatal y, así, distinguirlo de los contratos privados” (Güechá, 2006, p. 34).

Por su parte, Marienhoff, (1998) indica que “son cláusulas que sobrepasan el ámbito de ese derecho dado que serían inusuales o ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual, por ejemplo la que faculta a la administración a dar instrucciones a su cocontratante” (p.74) .

En ese orden de ideas Jaramillo (1996) enfatiza en cuanto que las cláusulas exorbitantes son todas aquellas que otorguen privilegios a la Administración Pública en el marco de la relación contractual con la finalidad de asegurar tanto el objeto del contrato y la supremacía del interés público. Asimismo, esta cláusula llevada a cabo en la contratación pública debe ir a la par con el principio de legalidad y competencia debido a que la debida motivación jurídica para imponerlas.

Complementando, el jurista Rojas (2007) aporta que la cláusula exorbitante viene a ser un conjunto de potestades, mencionando algunas como, por

ejemplo: el hecho del príncipe, interpretación unilateral del contrato, terminación unilateral y anticipada del contrato.

Asimismo, resulta importante mencionar que conforme señala Villavicencio (2018) citando al profesor Sánchez Morón (2017), algunas de las prerrogativas más resaltantes de la Administración Pública, se manifiestan de la siguiente manera:

- La potestad de modificar unilateralmente las prestaciones del contrato: Prerrogativa ejercida en base a las facultades de *ius variandi* que ostenta el Estado; sin embargo, debe señalarse que esta potestad tiene límites derivados de criterios de razonabilidad, ya que de otro modo no existirían incentivos suficientes para que los particulares contraten con el Estado.
- La posibilidad de emitir decisiones unilaterales y ejecutivas, materializadas en actos administrativos, cuyo contenido puede dirigirse a lo siguiente: (i) realizar una interpretación del contrato; (ii) sancionar el incumplimiento del contratista mediante la aplicación directa de penalidades establecidas en el ordenamiento; (iii) realizar la cancelación del procedimiento de selección antes de la suscripción del contrato; (iv) anular actos administrativos dictados durante el procedimiento de selección en aplicación del principio de legalidad; y, (v) la potestad de resolver unilateralmente el contrato si se produce alguna de las causales establecidas en la Ley.

- Potestad de dirección y control de las obligaciones de los contratistas en cumplimiento de sus prestaciones, en la medida que se pretende tutelar un interés general o público.
- Inaplicación de la excepción al incumplimiento en los contratos administrativos y por el cual el contratista debe asumir la mora de la Administración hasta límites razonables, debiendo continuar con las prestaciones a su cargo.

Siendo así, habiendo detallado algunas de las prerrogativas exorbitantes que, en el marco de la contratación estatal, realizada la Administración Pública, nos interesa desarrollar su vinculación con el Principio de Equilibrio Financiero del Contrato.

1.8.3 Contrato de obra pública

1.8.3.1 Concepto de obra pública

Es oportuno iniciar el desarrollo de este acápite a través de la concepción de obra pública. Así, se denomina obra pública a los trabajos de planificación, construcción y reconstrucción de edificaciones estructurales en beneficio de una comunidad. Siendo así, Fernández (2006) citado por Guevara (2009) manifiesta que como objeto de contrato la obra es “La construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la administración” (p.19).

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a través del D.S.344-2018-EF, ha definido a la obra pública como:

Una obra pública se define como el resultado derivado de un conjunto de actividades materiales que comprenden la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos; destinadas a satisfacer necesidades públicas.

En resumen, “La noción de obra pública: es la cosa mueble o inmueble construida para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad del estatal” (Gordillo, 1964, p. 50)

En atención a las definiciones precedentes, la ejecución del contrato de obra pública constituye una parte disímil de los contratos administrativos, ya que, el elemento material del contrato de obra pública es financiado con los fondos públicos, teniendo como principal propósito satisfacer un interés público.

1.8.3.2 Interés público

Como afirma Viveros (1998) “La expresión intereses públicos en sentido estricto, aludiría a aquellos intereses imputables inmediatamente al Estado

o a los órganos que lo representan y, por extensión a aquellos intereses” (p. 155).

Por su parte, Fontecilla (2006) sostiene que:

En síntesis, el interés público será aquella materia que se resuelve en decisión política gubernamental –nacional, regional o municipal– y también en el ámbito legislativo y jurisdiccional, que satisface al máximo los intereses de la comunidad involucrada, que se concibe y ejecuta mediante procedimientos jurídicos preestablecidos, con participación de los gobernados, y que tiene por finalidad última evitar conflictos políticos, religiosos, económicos, sociales y culturales y perfeccionar el bienestar de la población o de segmentos de esta última. (p. 140)

A mayor detalle, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia EXP. N.º 0090-2004-AA/TC ha señalado en el fundamento 11 que “El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa” (p. 7).

1.8.3.3 Concepción del contrato de obra pública

Lozano & Vargas (2019) define al contrato de obra pública como aquel: “Contrato que celebran las entidades estatales para la construcción, el mantenimiento, la instalación y, en general, para la realización de cualquier

otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (p. 189).

Asimismo, “El contrato de obra pública se caracteriza así por ser un contrato oneroso y conmutativo donde la existencia de prestaciones recíprocas en una armónica relación de equivalencia real pone en evidencia a los elementos fundamentales del acuerdo” (Barra, 1984, p.7).

Finalmente, García & Fernández 2006 citado por el profesor Linares 2008 señala que:

“(…) la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquél [sic] que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración. (p. 232).

1.8.3.4 Ejecución del contrato de obra pública

1.8.3.4.1. Sistemas de contratación

De acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado, tenemos:

a. Suma alzada

“De forma gruesa puede establecerse como el sistema por el que el postor deberá presentar su oferta económica o precio de forma

global debido a que se cuenta con los elementos esenciales configurativos de la obra” (Linares, 2018, p. 240).

En reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que se recurre a este sistema de contratación cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación están definidas en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, que forman parte del expediente técnico.

b. Precios unitarios

“Atiende esta modalidad a la ejecución material de cada componente de la obra o partida, las que estarán referidas a una unidad de medida la misma que dependerá de la naturaleza de la partida” (Linares, 2018, p. 242).

Por su parte, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) señala que, este sistema de contratación se utiliza cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

1.8.3.4.2. Modalidades de Ejecución

De acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado, tenemos:

a. Llave en mano

El reglamento de la ley de contrataciones del Estado, establece que, tratándose de obras, el postor oferta en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en

servicio y, de ser el caso, la elaboración del expediente técnico y/o la operación asistida de la obra.

b. Concurso oferta

En cuanto a la modalidad de ejecución de obra concurso oferta, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) establece que, el postor ofrece la ejecución de la obra incluyendo la elaboración del Expediente Técnico y, de ser el caso, el terreno. Es a suma alzada necesariamente.

1.8.3.4.3. Fases de la contratación pública

“Como sabemos, los procesos de contratación estatal tienen tres fases claramente diferenciadas y cuya presencia es transversal a los diversos objetos contractuales” (Zambrano, 2009, p. 156). Así tenemos:

a. Actuaciones preparatorias

Conforme señala Zambrano (2009) esta “fase es el conjunto de actuaciones que se inician desde la decisión de adquirir y está destinada a definir con claridad el objeto de contratación, destinar un presupuesto para tal efecto y definir con claridad sus características” (156).

Por lado, Roberto Dromi citado por Yáñez (2018) establece que, “los actos preparatorios no constituyen un acto administrativo en sentido estricto, ya que no producen un efecto jurídico inmediato, sino que posiblemente tendrán un

efecto jurídico a través del acto administrativo que se dicte después” (p.28).

Dentro de esta fase encontramos las siguientes actuaciones (Zambrano, 2009, 156):

- Determinación de necesidades.
- Presupuesto Institucional.
- Plan Anual de Contrataciones.
- Determinación de características técnicas.
- Aprobación del expediente de contratación.
- Designación del Comité Especial.
- Elaboración de Bases Administrativas.
- Aprobación de las Bases.

b. Selección

Respecto a esta etapa la entidad pone en conocimiento al público que solicita contratar un bien, servicio u obra con el propósito de satisfacer una necesidad previamente establecida. Siendo así, para la fase de ejecución se debe determinar el procedimiento de contratación que debe aplicarse, para lo cual se debe tener en cuenta el objeto de la contratación; es decir, bien, servicio y obra, así como el precio referencial de obra, para establecer el método de contratación en torno al valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año fiscal respectivo y el objeto de

la contratación. Para el caso, la entidad contratante utiliza,
los siguientes procedimientos de selección:

- Licitación Pública.
- Concurso Público.
- Adjudicación Simplificada.
- Subasta Inversa Electrónica.
- Selección de Consultores Individuales.
- Comparación de Precios.
- Contratación Directa

c. Ejecución

Se inicia desde el perfeccionamiento del contrato, para el presente estudio se tendrá en cuenta la ejecución del contrato de obra pública.

- Perfeccionamiento del contrato.
- Inicio del plazo de ejecución de obra.
- Revisión del expediente técnico de obra.
- Recepción de obra y verificación de plazos.
- Liquidación de obra.

1.8.4 Principio de equilibrio económico financiero del contrato

1.8.4.1. Acepciones

Según Barriga (2019), los principios “Orientan a los operadores jurídicos sobre cómo interpretar otras normas (reglas de conducta), qué hacer frente a una laguna normativa y cuál es el fundamento de las reglas” (p.43). Asimismo, Suarez (2012), señala que, “sirven para colmar los vacíos que

dejaba el sistema legal y para determinar el sentido y el alcance de una regla y la aplicabilidad de una de ellas en caso de conflictos normativos”

(p.3).

1.8.4.2. Concepción del equilibrio financiero económico

De acuerdo con Rodríguez (2011) citando a Marienhoff (1998) señala que, “El equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)” (p.57).

Igualmente, los referidos autores Santisteban & Loredó (2006) manifiestan que:

El equilibrio económico financiero dentro de un contrato celebrado con el Estado implica el hecho de que deba reconocerse el derecho del contratista a mantener la ecuación económica del contrato, de tal manera que pueda asegurar una rentabilidad razonable, a cambio de las facultades extraordinarias de las que goza el Estado. A tal efecto, la doctrina del equilibrio económico financiero del contrato, se basa en las normas de la justicia conmutativa (el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada) y la justicia distributiva (el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de una obra o servicio público). (p.48)

Por su parte la autora Ybañez (2018) citando a Santisteban & Loredo Romero (2006) manifiesta lo siguiente:

La figura del Equilibrio Económico Financiero surge como respuesta a dos necesidades diferenciadas. La primera referida a la necesidad que tienen las partes contratantes de mantener de forma estable y equivalente las condiciones a las que se obligan dentro del contrato que suscriben, pese a que se susciten situaciones en que las condiciones contractuales varíen de manera sobreviviente, por motivos ajenos a la voluntad de los contratantes, que traiga como consecuencia que alguno de estos pueda verse perjudicado económicamente. La segunda, evidencia el ejercicio de las atribuciones exorbitantes de las Entidades Públicas, en torno a la modificación contractual, respetando el Equilibrio Económico Financiero del contrato, que se traduce en la forma más favorable de cumplimiento de los fines públicos. (p. 130)

En definitiva, el principio económico financiero es aquella figura que tiene por finalidad que las partes intervinientes a lo largo de la relación jurídica cumplan con las prestaciones pactadas, que se generaron en la celebración del contrato administrativo y la existencia razonable de una equivalencia establecida entre las cargas y ventajas. De ahí que, los autores Gorbanef y Cabarcas (2009) refieren que “La teoría del equilibrio económico pretende establecer la equivalencia entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes” (76).

Ahora bien, el surgimiento del equilibrio económico se contrae a la jurisprudencia francesa, pues “al advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos (...)” (Rodríguez, 2011, p. 62).

Por su parte, los autores Santisteban & Loredo (2006) señalan que:

Este principio nació como una protección a los privados que contraten con el Estado puesto que son estos quienes se encuentran más expuestos frente a una lesión a su patrimonio derivada de un cambio en las circunstancias de cumplimiento del contrato o del ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado. (p.42)

1.8.4.3.Ecuación económica contractual

Respecto a la concepción de la ecuación contractual, Dromi (2006) señala:

Está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial cuando a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originalmente en la formulación estática del contrato. (p.231)

De esta forma, “ las partes contratantes aceptan, dentro de un entorno específico, que sus prestaciones son equivalentes, así estas, o al menos una de estas, hagan indeterminable el beneficio o provecho que una de las

partes, o ambas, esperan obtener en el respectivo contrato” (Gorbaneff & Cabarcas, 2009, p. 69).

En definitiva, “La ecuación establecida entre las partes es una relación de equivalencia entre prestaciones recíprocas, queda entendido que al costo de una prestación “x”, corresponden los pagos “y” que él resguarda. Esta relación de igualdad concebida por las partes debe ser mantenida” (Martínez citado por Páez Delgado 2012, p.18)

1.8.4.4. Quebrantamiento del equilibrio económico financiero del contrato

Conforme líneas precedentes se constituye como característica esencial de la concepción del principio de equilibrio económico financiero del contrato, que en el contrato administrativo las partes intervinientes; esto es, contratista y entidad pública subyacen a la naturaleza de la conmutatividad del contrato, por tanto, deben cumplir con las prestaciones inicialmente estipuladas, las cuales deben ser proporcionales, y referido principio debe ser una obligación tanto para la entidad pública y contratista. No obstante, la doctrina ha establecidos situaciones que generan la ruptura de la ecuación contractual, así tenemos:

a. La Teoría “El Hecho del Príncipe”

Con relación, a la teoría del príncipe, tenemos que “el hecho del príncipe aparece como una medida administrativa, no prevista al momento de la celebración del contrato, que le permite solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del convenio en el

momento en que sea afectada la ecuación financiera prevista” (Aponte & Gamarra, 2011, p.426). Asimismo, el hecho del príncipe “alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste” (Araujo, 2011, citando a Marienhoff p.15).

“Frente a su formulación más antigua, la expresión *“fait du prince”* o ‘hecho del príncipe’ se circunscribía a una medida arbitraria y violenta, expedida con base en la fuerza coercitiva que ostentaba el titular de la autoridad pública” (Benavides 2004 citado por Aponte & Gamarra 2011).

Asimismo, el autor Marienhoff (1998) señala que la mencionada teoría: “Alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste” (p. 469).

Por su parte, Chávez (2013) sostiene:

El llamado “hecho del príncipe”, se puede explicar cómo la alteración revocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en

ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública. (p.6).

Finalmente, en esa perspectiva Cassagne (2002) postula que “El ‘hecho del príncipe’ concierne a las medidas que no tienen por objeto realizar directamente la prerrogativa modificatoria, pero que inciden o repercuten sobre el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso” (p. 140).

b. Potestades variandi

En cuanto a la potestad variandi el autor Dromi citado por Yáñez 2018 que, “le atribuye a las Entidades Públicas de alterar de manera unilateral los términos de las prestaciones pactadas, adaptando el contrato a las necesidades públicas, debido a que al fin económico privado se antepone la necesidad pública colectiva interesada con su ejecución” (p.138).

Así pues, como afirma Ledesma (2020):

El contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*), interpretación, equilibrio financiero. (p.22)

Por su parte, Coviello (2011) “Las *potestades variandi*, como tal, implica un poder jurídico que debe ser necesariamente ejercido cuando se configuran los presupuestos para que el Estado lo ponga en práctica, y no puede negarse su ejercicio cuando el interés público lo exija” (p. 187).

Así pues, una de las particularidades del régimen jurídico que caracteriza a la figura del contrato administrativo, calificado incluso como la más singular y extraordinaria, es precisamente el poder en manos de la Administración de modificar las condiciones estipuladas en el contrato, conocido como *ius variandi* (Dromi citado por Céspedes, 2006, p.208). Por su parte, Burbano 2020 citando a García de Mercado, señala que “la figura del *ius variandi* o *potestad variandi* es una facultad otorgada a la administración por razones de interés público, le permite introducir modificaciones al contrato estatal (Burbana, 2020, p. 10).

c. Teoría de la imprevisión

El principio de equilibrio económico financiero del contrato, se quebranta debido a situaciones externas, las cuales no se pueden prever. Así pues, el autor Rodríguez (2011), señala que con posterioridad a la celebración del contrato se presentan hechos o situaciones anormales, imprevistas y extrañas a los cocontratantes, que afectan las condiciones de cumplimiento.

Bajo esa misma línea, Palacio (2010) prescribe que “Son circunstancias extraordinarias e imprevisibles sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, que afectan gravemente la economía del contrato, que no impiden su ejecución, pero que obliga al cocontratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida para él” (p.524).

En cuanto, a la teoría de la imprevisión, se aplica “cuando el contrato está cumpliéndose y es transformado por un suceso excepcional que no depende de la voluntad de las partes contratantes y que razonablemente no podía entrar entre sus previsiones en el momento de la suscripción del contrato (Torres 2000 citado por Acosta, 2009, p. 45).

1.8.5 Principios que rigen las contrataciones del Estado

1.8.5.1 Aceptaciones

Los principios se conocen como aquellas pautas o directrices, que orientan el desarrollo de un proceso, siempre en el marco de la coherencia y racionalidad del sistema al que responde. Siendo así, los principios en la contratación administrativa sirven, como criterios interpretativos para resolver cuestiones que puedan suscitarse en el decurso de las reglas sustantivas y de procedimiento que se encuentran plasmados en la ley, reglamento u otras normas relacionadas (Guzmán, 2009). De ahí que, este acápite tiene como propósito desarrollar definiciones teóricas acerca de los principios que rigen en las contrataciones del Estado.

“Los principios son importantes para el conocimiento y comprensión global del sistema jurídico en su conjunto. Son la base del ordenamiento jurídico; las ideas fundamentales e informadoras de cualquier organización jurídica” (Scarpinella citado por San Martín, 2013, p.55). De igual manera, “los principios generales de la contratación se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias” (Moreno, 2015, p.63). De otro lado, el profesor Nieto (2016), manifiesta que los principios de las contrataciones del Estado cumplen dos funciones; esto es, la función interpretativa y la función integradora; la primera función, servirá para entender y aportar claridad a las normas jurídicas que se muestren ambiguas, oscuras o contradictorias. Por otra parte, la segunda función busca llenar vacíos o lagunas jurídicas, con el propósito de colmar vacíos que la norma jurídica deja a discreción.

Para Muñoz (2011) “en materia de contratación pública, los principios son tan relevantes que ellos mismos sostienen todo el entramado normativo de la contratación, y ellos mismos aseguran que la regla esté presidida por los postulados del Estado de Derecho” (p.40).

1.8.5.2. Evolución legislativa

Desde la promulgación de la primera edición de en mayo de 2008, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante D.S. N.083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por

D.S. N. 084-2004-PCM, ya prescribía la regulación de los principios que regirán la contratación pública. De modo que, en el desarrollo de la normativa en contrataciones del Estado, se han incorporado y excluido principios.

Con la promulgación de la ley N°30225 y sus modificatorias a través del Decreto Legislativo N°1017, N°1341 y N°1444, se han excluido e incluido principios. Siendo así, a continuación, se detallan los principios de contrataciones del Estado de acuerdo a la normativa vigente.

1.8.5.3. Clasificación

a. Principio de libertad de concurrencia

Según Guzmán (2009), este principio tiene como propósito promover el libre acceso y participación de proveedores; es decir, se busca la libre competencia en el ámbito de contratación administrativa. De ahí que, “las entidades deben promover el libre acceso y participación de los proveedores en los procesos de contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades costosas e innecesarias” (Flores, 2017, p.39). De este modo, converge la obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, conforme prescribe el artículo 61° de la Constitución Política.

b. Principio de igualdad de trato

“La igualdad, es un principio que se aplica a todas las áreas del derecho, y se lo reconoce como derecho fundamental o constitucional de las personas” (Jimbo, 2015, p. 24). “Por este principio, todo postor de

bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas” (Guzmán, 2009, p.214). Mediante, la igualdad de trato, no debe existir diferencias en el tratamiento de situaciones similares, salvo la existencia de justificaciones objetivas y razonables.

En ese sentido, Saba (2011) señala que, “el principio de igualdad puede ser entendido de dos modos diferentes: como no- discriminación o como no-sometimiento” (p.230).

c. Principio de transparencia

Como señala Uvalle (2007) “una característica de la transparencia es responder a lo público, lo cual implica que se rige por lo principios de lo común, lo accesible, lo visible y lo manifiesto” (p.57). Por lo tanto, este principio en la contratación administrativa busca que las entidades contratantes proporcionen información a los proveedores, de forma coherente y clara.

Por otra parte, la transparencia guarda rigurosa relación con el acceso a la información, ya que, obliga a las entidades actuar en el marco de la legalidad, funcionando como un mecanismo de escrutinio público. Siendo así, Morón (2016) señala lo siguiente:

El principio de transparencia implica la accesibilidad de los postores, contratistas y terceros a la información que la entidad

posea, administre o crea antes, durante y después de todo proceso de selección, no solo con el objeto de promover su participación, sino de facilitar la crítica pública y el control social sobre los actos estatales. (p.201)

En términos generales, se busca hacer público los actos de la administración pública.

d. Principio de publicidad

“Este principio establece que el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones” (Guzmán, 2009, p.210).

e. Principio de eficacia y eficiencia

Antes de desarrollar la noción de este principio, debemos partir de la noción de eficacia y eficiencia. Para la RAE la eficiencia consistente en la “virtud y la facultad para lograr un efecto determinado” y eficacia es la “virtud, actividad, fuerza, y poder para obrar”.

Siendo así, Gardías (2002):

En el ámbito administrativo, eficacia corresponde al “logro de las metas (de carácter cuantitativo) definidas por la Administración” y su control se relaciona con las propias metas definidas por ésta, ya que quien realiza el control no puede definir las. El control de la eficacia corresponde “al uso óptimo de los recursos”. (p.323)

Es así que Guzmán (2009) señala que, este principio busca que el proceso de contratación y las decisiones se adopten en cumplimiento de fines y objetivos, priorizando el interés de la contratación y satisfaciendo de forma oportuna los fines públicos para que tengan una influencia positiva en las condiciones de vida de las personas.

Por lo antes expuesto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ha manifestado que la Opinión 065-2018/DTN que: En mérito al principio de eficacia y eficiencia, cuando se trate de un mismo postor adjudicado con la buena pro en diversos ítems de un mismo procedimiento de selección, se puede suscribir un solo documento contractual, detallándose las obligaciones y responsabilidades de los sujetos a cada ítem.

f. Principio de vigencia tecnológica

Sobre el particular el Guzmán (2009) manifiesta que, este principio implica que los bienes, servicios y obras reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológica, con el propósito de evitar obsolescencia por el paso del tiempo. De modo similar Morón (2016) sostiene que “este principio inserta pautas fundamentales para la definición de las especificaciones técnicas, factores de evaluación de los procesos de selección, el diseño contractual e incluso la ejecución contractual” (P.217).

g. Principio de sostenibilidad ambiental y social

La RAE define a la sostenibilidad como aquello que se puede sostener, específicamente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente.

Es así que este principio en materia de contratación busca que se apliquen “criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia” (Morón, 2016, p.229).

En ese sentido, la legislación sobre contrataciones del Estado, busca la protección del medio ambiente, en el marco del desarrollo social, buscando que las compras públicas sean menos perjudiciales al ambiente. En efecto, la regulación actual del Reglamento de la Ley de Contrataciones, sostiene que las bases estandarizadas de los procesos de selección, resulta como factor de evaluación el criterio de evaluación. De igual manera, se ha establecido como factores opciones de evaluación el de sostenibilidad ambiental.

h. Principio de equidad

“Este principio dispone que las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general” (Morón, 2016, p.248).

i. Principio de integridad

La incorporación de este principio, se debe a la acrecencia de actos de corrupción que acompañan las compras públicas.

1.8.6 Definición de términos básicos

• CONTRATACIÓN PÚBLICA

El concepto comprende como elemento subyacente la noción genérica de contrato, pero reincorpora como especificidad y componente distinto el hecho de que por lo menos una de las partes que celebra el contrato es una entidad de la Administración Pública, es decir una entidad” (Salazar, 2004, p. 58).

• OBRA PÚBLICA

El Organismo Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE) define a la obra pública como el resultado derivado de un conjunto de actividades materiales que comprenden la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles como carreteras, puentes, estructuras, excavaciones, perforaciones, entre otros, destinadas a satisfacer necesidades públicas.

• VALORIZACIÓN DE OBRA PÚBLICA

El Organismo Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE) señala que, una valorización de obra pública es la cuantificación económica del avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un período determinado.

- **EQUILIBRIO ECONÓMICO**

“El equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación negocial y no exclusivamente a una de ellas” (Santofimio, 2009, p. 47).

- **RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO**

Para el autor Rodríguez (2011) “las alteraciones de las condiciones contractuales comporten una ruptura en el equilibrio económico del contrato” (p. 72).

- **ECUACIÓN CONTRACTUAL**

La ecuación contractual consiste en que ambas partes, entidad contratante y contratista, reciben una contraprestación previamente determinada durante la ejecución del contrato, la entidad recibe un bien o la prestación de un servicio, mientras que el contratante recibe a cambio una remuneración (Ley 80, 1993. Estatuto General de Contratación Administración Pública).

- **CONTRATISTA**

“Contratista o concesionario es aquella persona natural o jurídica que contrata con el Estado” (Arenas, 2017, p.31).

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación según su propósito es BÁSICA, ya que tiene como finalidad aumentar los conocimientos teóricos sobre la materia; según su enfoque es una investigación CUALITATIVA, porque, únicamente analiza, interpreta y describe las variables de estudio.

2.2. Enfoque cualitativo

“Las investigaciones con enfoque cualitativo son aquellas en las que se estudian las cualidades de actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos de una situación o problema preciso” (Daniel, et al., 2011, p. 26). De igual manera, “Las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas” (Hernández, et al, 2014, p. 8).

2.3 Diseño no experimental- transversal

La presente investigación tiene un diseño no experimental-transversal, debido a que no se manipulará ninguna de las variables de estudio, sino se observará una situación jurídica- social.

2.4. Sujetos participantes

La presente investigación es no probabilística, por lo cual se seleccionó como sujetos participantes a especialistas, a razón de un muestro por conveniencia sujeto a la decisión del investigador, bajo los siguientes criterios de selección de expertos:

- **Opinión de expertos:** Profesionales de abogacía, conocimientos en derecho contractual, derecho administrativo y contrataciones del Estado, así como experiencia en el sector público o privado.

2.4.1. Muestreo de los especialistas entrevistados

Tabla 1

Muestreo de los especialistas entrevistados.

POBLACIÓN	MUESTRA	CRITERIOS	JUSTIFICACIÓN
Abogados expertos en la materia de contrataciones del Estado.	7	Especialista en contrataciones del Estado/ derecho administrativo/ derecho contractual.	Se requiere la opinión de expertos en las materias de contrataciones del Estado, derecho administrativo o derecho contractual, que tengan conocimiento sobre el objeto de investigación.
		05 a 10 años de experiencia profesional en el sector público o privado.	Debido a que se estima que, en ese periodo de tiempo, el experto ha podido adquirido y profundizado conocimientos.
Abogados expertos en derecho administrativo y/o derecho contractual	5	Ejercicio de la docencia universitaria.	Demuestra el contacto constante y directo del experto con las ramas de estudio objeto de investigación
		Estudios en Post Grado	Especialización, elevando el conocimiento y nivel académico del experto.

Fuente: Elaboración propia.

2.5. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.5.1. Técnicas de recolección de datos

Tabla 2

Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

TÉCNICAS	INSTRUMENTO	JUSTIFICACIÓN	MÉTODO
Análisis documental	Ficha de textos	Se utilizó la ficha bibliográfica, textual y paráfrasis de libros, tesis, artículos científicos, revistas físicas y virtuales, con la finalidad de conocer aspectos generales y específicos, sobre el tema de investigación.	Análisis-Síntesis Análisis Sistemático
Entrevista estructura	Guía de entrevista estructurada a expertos	Se realizó un cuestionario de preguntas a especialistas en derecho contractual, derecho administrativo y contrataciones del Estado, con la finalidad de conocer ideas y percepciones respecto el tema de investigación.	Deductivo Inductivo
Análisis de opiniones de OSCE	Guía de opiniones de OSCE	Permitió analizar los alcances del principio de equilibrio económico financiero del contrato, desde el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.	Análisis-Síntesis
Análisis de casos prácticos	Guía de análisis de casos prácticos	Instrumento que permitió analizar casos prácticos con la finalidad de evidenciar y corroborar la problemática planteada.	Análisis -Síntesis

Fuente: Elaboración propia.

2.5.2. Procedimiento de recolección de datos

Tabla 3

Procedimiento de recolección de datos

TÉCNICAS	INSTRUMENTO	PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS
Análisis documental	Ficha de textos	Se recabó detalladamente libros, artículos científicos, revistas físicas y virtuales para clasificar y seleccionar la información relevante y pertinente, que contribuya con el correlato del problema de investigación.
Entrevista estructura	Guía de entrevista estructurada a expertos	El investigador se contactó a través de medios electrónicos con especialistas en derecho contractual, derecho administrativo y contrataciones del Estado, para conocer ideas y opiniones sobre el tema de investigación.
Análisis de opiniones de OSCE	Guía de opiniones de OSCE	A través del cuadro resumen, se procedió a seleccionar y sistematizar opiniones de OSCE, donde se haya desarrollado el principio de equilibrio económico financiero del contrato.
Análisis de casos prácticos	Guía de análisis de casos prácticos	Se seleccionó casos prácticos que permitieron evidenciar y corroborar la problemática planteada.

Fuente: Elaboración propia.

2.5.3. Instrumento de análisis de datos

En la presente investigación se utilizó la matriz de triangulación, "que permite reconocer y analizar datos desde distintos ángulos para compararlos y contrastarlos entre sí" (Bisquerra, 1996, p. 264).

2.6. Métodos de análisis de información

- **Método deductivo-Inductivo:** A través de la información recopilada, y la aplicación de los instrumentos, se arribaron a conclusiones específicas.
- **Método de síntesis:** Luego de obtener la información, procesarla, analizarla, y finalmente lograr la obtención de los resultados, los mismos que permitieron establecer conclusiones.

2.7. Procedimiento de análisis de información

Con el propósito de llevar a cabo la recolección de datos, se procedió a la identificación de los participantes de acuerdo a los criterios de selección establecidos, así como la elaboración de la guía de opiniones de OSCE, y el estudio de casos prácticos.

De esta manera, con la finalidad de realizar un correcto procesamiento de información, se necesitó de las respuestas efectuadas por los expertos a la guía de entrevista estructurada, asimismo, en la guía de opiniones de OSCE fue necesario sistematizar la información, de modo que permita seleccionar aquellos casos donde se haya desarrollado en estricto el principio de equilibrio económico financiero del contrato.

Siendo así, la metodología escogida para la recolección de información obedece a los instrumentos establecidos, los mismos que permitieron la obtención de resultados para ser interpretados y analizados de acuerdo a los objetivos específicos, y verificar las hipótesis planteadas.

2.8. Aspectos éticos

En el desarrollo de la presente investigación jurídica se valoró algunas consideraciones sobre los aspectos éticos de la misma, esto es; el reconocimiento de las citas utilizadas mediante el formato APA, con el propósito de respetar la construcción del conocimiento, así como determinar la transparencia y confiabilidad de la investigación, asimismo, las entrevistas a los expertos han sido efectuadas conforme el formato planteado en la investigación, respetando sus opiniones vertidas.

Finalmente, la aplicación de los instrumentos de investigación y la obtención de resultados son coherentes con la problemática planteada, toda vez que se buscar generar conocimiento válido.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

3.1. RESULTADO RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO N° 1: ANALIZAR LA INCIDENCIA DE LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DEL T.U.O DEL REGLAMENTO DE LA LEY CONTRATACIONES DEL ESTADO.

Para el desarrollo del objetivo N°1, se recurrió a la guía de entrevista estructurada a expertos en derecho administrativo y derecho contractual.

3.1.1. Opinión de expertos en derecho administrativo y derecho contractual

Tabla 4

Pregunta uno- Alcance de las cláusulas exorbitantes en los contratos con el Estado

	Pregunta
Sujeto participante	¿Cuál es el alcance que tiene el Estado para hacer uso de las cláusulas exorbitantes en los contratos con el Estado?
Santos Eugenio Urtecho Navarro	Como es sabido, a diferencia de los contratos no sujetos al predominio de la LCE y del RLCE, en el marco de la contratación con el Estado son dichas normas las que tienen aplicación preferente y excluyente; por lo que el tema llegaría a un cuestionamiento del contenido de dicha normatividad, en especial del RLCE. Es también sabido que, en tanto vigentes, las normas, aunque inadecuadas o inválidas, resultan de obligatorio cumplimiento. En tal sentido, el alcance del Estado para hacer uso de cláusulas exorbitantes en este tipo de contratos tiene respaldo legal y reglamentario -se podría discutir sobre si realmente tiene, o no, respaldo constitucional-, por lo que una adecuación normativa con miras a un adecuado equilibrio económico financiero para los contratantes pasa más bien por un factor de política gubernamental, es decir, de buena intención del Poder Legislativo para adecuar el marco legal o del Poder Ejecutivo para ajustar equitativamente el marco reglamentario; y, por cierto -ya a nivel individual-, de buena intención de la entidad de no

	<p>aprovechar indebidamente la licencia que le otorga el RLCE para no pagar puntual u oportunamente su contraprestación.</p>
<p>Juan Alberto Castañeda Méndez</p>	<p>Conforme a la normatividad y requerimiento.</p>
<p>Judith Pahola Miranda Alcántara</p>	<p>La Ley, en este caso la Ley de Contrataciones del Estado, otorga a la Administración Pública (Estado) potestades o atribuciones especiales en la ejecución de los contratos celebrados con particulares.</p> <p>En tal sentido, el alcance o límites que tiene el Estado, para hacer uso de las cláusulas exorbitantes en los contratos, se encuentra establecido en la propia Ley.</p> <p>El Estado, no puede hacer uso de potestades especiales que no se encuentren previstas en la Ley</p>
<p>Mario Linares Jara</p>	<p>El problema del uso de las llamadas cláusulas exorbitantes no es tal si es que limitamos las mismas en cuanto a su existencia, solo si están positivizadas de forma directa o indirecta, como parece ser respecto del caso peruano en cuanto a la inaplicación (limitada en el caso peruano) de la excepción non adimpleti contractus o excepción de incumplimiento, es decir de la excepción de yo incumplo porque tu incumples. Hay autores que explican que en atención a que el contratista es un colaborador del interés público perseguido por el contrato, este tiene el deber de soportar la mora de la Administración hasta el límite de la quiebra prácticamente. El problema se presenta si se cree como en el caso de muchos autores argentinos y aquí Manuel de la Puente y Lavalle tiene un artículo en esa línea, equivocado, por tanto; que las cláusulas exorbitantes son implícitas dado el <i>ius imperium</i> del Estado y que por lo tanto existen al margen de si han sido considerados en la ley o el contrato.</p>
<p>Miguel Ángel Sandoval Carranza</p>	<p>En el marco del régimen de contrataciones del Estado, la Administración Pública representa al interés general (interés público), por lo que la entidad puede “vulnerar” obligaciones contractuales siempre que se cumplan los presupuestos legales que la normativa de contrataciones del Estado contempla.</p>
<p>COINCIDENCIAS</p>	<p>Todos los entrevistados coinciden en señalar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El uso de las cláusulas exorbitantes en el marco de la contratación estatal, se debe encontrar regulada en la normativa.

-
- Las prerrogativas exorbitantes encuentran su justificación en el interés público.
-

DIVERGENCIAS

Las divergencias advertidas versan sobre el límite del uso de las prerrogativas exorbitantes, pues, consideran que la entidad no debe aprovecharse indebidamente de la licencia que le otorga la normativa de las contrataciones, en este caso el reglamento de la ley de contrataciones para no pagar puntual u oportunamente su contraprestación en el marco de la ejecución contractual. Por otro lado, hay quien sostiene que la entidad puede “vulnerar” obligaciones contractuales siempre que se cumplan los presupuestos legales que la normativa de contrataciones del Estado contempla. Asimismo, se sostiene que en un contrato administrativo el contratista es un colaborador del interés público perseguido por el contrato, este tiene el deber de soportar la mora de la Administración hasta el límite de la quiebra prácticamente.

INTERPRETACIÓN: En relación a la opinión de los especialistas tenemos que, las prerrogativas exorbitantes son características de un contrato administrativo, siendo que otorgan privilegios a la administración pública, dentro del marco de una relación contractual, con el propósito de asegurar el objeto de la contratación, así como satisfacer un interés público. De igual manera, el alcance del uso de las cláusulas exorbitantes se debe encontrar establecido en la normativa correspondiente. Finalmente, conviniendo con la respuesta del primer entrevistado, quien sostiene que una adecuada regulación normativa debe permitir que la entidad contratante no se aproveche indebidamente de la licencia que le otorga el reglamento de las leyes de contrataciones del Estado, para no pagar puntual u oportunamente su contraprestación.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Ahora bien, resulta necesario traer a colación la concepción del contrato administrativo, como punto de partida del análisis de las prerrogativas exorbitantes. A lo antes mencionado “El contrato administrativo, uno de los medios más comunes por el cual la Administración se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración (...)” (Trelles, 2002, p.237). De la misma manera, “los contratos administrativos, por definición, cuentan con la participación de una parte privada. Es una prueba de la necesidad que tiene el Estado de contar con la colaboración de los particulares, por carencia o insuficiencia de recursos públicos para el *procurement* de obras, suministros y servicios reclamados por los ciudadanos (...)” (Meilan, 2013, p. 13). Asimismo, los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones; es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras, y se los pueda considerar como equivalentes las prestaciones pactadas (Rodríguez, 2011, p. 57). Así pues, “se enfatiza en la bilateralidad de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocos caracteres de deudores y acreedores entre sí al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros” (Fernández, 2016, p.170). Ahora bien, habiendo definido la concepción del contrato administrativo, corresponde mencionar que son las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, así pues, las cláusulas exorbitantes, son una característica esencial que identifica al contrato administrativo, las cuales se traducen a prerrogativas del Estado, fijadas como condiciones por la Administración, y a las cuales el contratista no tiene otra opción que adherirse (Novillo, 2016, p.18). Por otro lado, Marienhoff, (1998) indica que las cláusulas exorbitantes “son cláusulas que sobrepasan el ámbito de ese derecho dado que serían inusuales o ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual, por ejemplo, la que faculta a la administración a dar instrucciones a su cocontratante” (p.74). Desde esa perspectiva, Morón (2016), “las capacidades de la administración contractual que ni son estipulaciones contractuales, ni ilícitas en los contratos privados, sino que son manifestaciones del poder de la acción unilateral propias de la Administración Pública y solo son “desacostumbradas” en los contratos comunes” (p. 591). Asimismo, Osorio 2013 citado por Betancur et al (2017), señala que las prerrogativas exorbitantes, “corresponden a disposiciones normativas previamente definidas por el legislador, y que reflejan políticas estatales de posiciones privilegiadas y ventajosas para una de las partes del contrato estatal, como es la Administración Pública” (p. 13). Por último, Ariño Ortiz citado por Huapaya (2013) prescribe que los privilegios y prerrogativas de la Administración en la contratación son consecuencia obligada de dos factores: 1) la posición jurídica general de la Administración en el Estado moderno y 2) la tutela que el derecho presta a los intereses generales

En sentido, conforme los autores citados, las prerrogativas son parte del contrato administrativo, y se encuentran previamente definidas por el legislador, como condiciones para la Administración Pública, y por la cual el contratista solo adhiere su voluntad, generándose un escenario de desigualdad entre las partes, pues el contratista carga con todas las condiciones que establezca la Administración, por lo que, inusual o ilícita al ámbito de la libertad contractual. Bajo ese análisis, a través de las cláusulas exorbitantes,” lo que hacen es asignar prerrogativas a favor de las entidades públicas, desvirtuando la naturaleza propia de lo que se conoce como cláusulas de un contrato” (Medina, 2016, p.42). Así pues, conforme señala que las cláusulas exorbitantes, no encuentran dentro del concepto de cláusula, debido a que no corresponde a un producto de creación voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son mandatos imperativos previamente definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad y hacen nugatorio el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público (Osorio, 2013, p.106). En definitiva, “la aplicación de cláusulas exorbitantes en materia contractual pública debe ser excepcional y justificada, sólo sobre supuestos sustanciales en los que se vea inmerso el contratista y pueda generar una afectación grave a la entidad pública contratante” (Correa, 2019, p.40).

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

Tabla 5

Pregunta dos- Las prerrogativas exorbitantes y la alteración del principio de equilibrio económico financiero del contrato

Pregunta	
Sujeto participante	Considera Usted. ¿Qué las prerrogativas exorbitantes alteran el equilibrio contractual? ¿Por qué?
Santos Eugenio Urtecho Navarro	Sí, desde luego que las prerrogativas exorbitantes alteran el equilibrio contractual. Sin embargo, no se pierda de vista que en la contratación con el Estado el tratamiento es diferencial. Esto último deviene en incorrecto, o quizá no, pero la aplicación del principio rector de la contratación que propugna el equilibrio contractual pasa a ser subsidiario, ya que se trata de una categoría de Derecho Civil, consagrada –para el caso peruano— en el Código Civil, y tanto por indicación expresa de la LCE como del RLCE, aquel cuerpo normativo está relegado en el orden de prelación normativa que se ha impuesto para la contratación con el Estado. No es correcto que una de las partes se encuentre en desventaja posicional en el contrato, mucho menos que esa desventaja sea provocada o impuesta por la contraparte, ya que ello desequilibra al contrato e incluso amenaza al principio de buena fe y común intención de las partes; empero, en el marco de la contratación con el Estado se ha querido –al parecer— ponerle mayor peso a la eventual contemplación al interés social que habría de tener el objeto de la contratación.
Juan Alberto Castañeda Méndez	Sí, pues no permite una contraparte eficiente a razón del contrato; es decir, las prerrogativas no permiten que las obligaciones sinalagmáticas se desarrollen de manera proporcional.
Judith Pahola Miranda Alcántara	Si, las prerrogativas exorbitantes alteran el equilibrio contractual, porque rompe o afecta la relación de reciprocidad y correspondencia entre los derechos y obligaciones que, conforme al principio de igualdad, debe existir entre las partes contratantes.

Mario Linares Jara	Sí, las prerrogativas están en la ley no alteran el equilibrio económico del contrato, pues un requisito para que se aplique su mantenimiento es que se verifique un hecho exógeno, imprevisible e irresistible.
Miguel Ángel Sandoval Carranza	Sí; evidentemente afecta el presupuesto y la ruta crítica de la obra, dado que está formada por una serie de partidas, las cuales a su vez estarán compuestas por conceptos de trabajo, estos conceptos tendrán una unidad de obra o de medida, seguida de un volumen y finalmente de un precio (demolición, excavación, cimentación, estructura, albañilería, instalaciones eléctricas, sanitarias, especiales, acabados, carpintería, suministros, tramites y gestión). Asimismo, la afectación del incumpliendo del pago de valorizaciones afectara drásticamente los costos directos (todos los insumos o materiales, mano de obra, maquinaria y equipo necesario para la realización de un concepto de trabajo), indirectos (gastos por la Administración de Obra, Administración Central, Financiamiento en su caso, Fianzas y Seguros e Imprevistos) y la utilidad (esfuerzo técnico, administrativo, económico o de complejidad para cumplir con la terminación del proyecto), etc.
COINCIDENCIAS	<p>Los entrevistados números 1;2;3 y 5 coinciden en señalar lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las prerrogativas exorbitantes alteran el equilibrio contractual, porque rompe o afectan la relación de reciprocidad y correspondencia entre los derechos y obligaciones de la relación contractual. • Las prerrogativas no permiten que las obligaciones sinalagmáticas se desarrollen de manera proporcional.
DIVERGENCIAS	<p>El entrevistado número 4 no coincide con las respuestas de los entrevistados 1;2;3 y 5, ya que señala:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cuando las prerrogativas están en la ley no alteran el equilibrio económico del contrato.
INTERPRETACIÓN: Del análisis de las entrevistas, nos permite identificar que la mayoría de los entrevistados considera que las prerrogativas exorbitantes alteran el principio de equilibrio económico financiero del contrato, ya que	

alteran el equilibrio contractual, puesto que afectan la relación de reciprocidad, ya que, no permite que las obligaciones sinalagmáticas se desarrollen de manera ajustada, en razón a la correspondencia de derechos y obligaciones de las partes contratantes.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Conviene precisar que, el principio del equilibrio económico financiero del contrato se contrae a la jurisprudencia francesa, pues “al advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos (...)” (Rodríguez, 2011, p. 62). Por otro lado, el principio constitucional de igualdad, tiene una aplicación en los contratos estatales, por lo cual una de las formas de garantizar su debida aplicación es través del principio del equilibrio económico y financiero (Torres, 2017). En se sentido, surge el principio del equilibrio económico en la contratación estatal como una necesidad de imponer contrapesos a los poderes exorbitantes de la Administración Pública, de igual manera, a través del equilibrio contractual se busca generar garantizar la igualdad a través de la equivalencia de las prestaciones estipuladas al inicio de la relación contractual. Así pues, conforme señala Torres (2017), el principio de igualdad se ve reflejado a través del principio del equilibrio económico financiero del contrato, como un principio especial de la contratación pública, y que se ubica como una respuesta a diferentes potestades o prerrogativas que la normativa de contrataciones otorga a las entidades estatales. De ahí que, el interés general y la satisfacción de las necesidades públicas, que sirven de sustento al régimen potestativo del contrato administrativo, el mismo fundamento que exige la presencia de garantías y derechos que les permitan a los contratistas mantener un adecuado equilibrio del contrato durante su ejecución, incluso ante alteraciones contractuales ajenas a las partes (Flores, 2019, p. 96).

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

Tabla 6

Pregunta tres- Discrecionalidad a favor de la Administración Pública a razón del precepto establecido en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF

	Pregunta
Sujeto participante	Considera usted. ¿Qué en el precepto establecido en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, hay discrecionalidad a favor de la Administración Pública?
Santos Eugenio Urtecho Navarro	Sí, hay discrecionalidad. Como toda permisión o libertad, debería ser empleada en forma adecuada, y sin que su aplicación signifique o implique afectación al contratista, ya que, aunque se trate de un régimen

	especial de contratación, es un contrato, y uno de los aspectos que más debe procurarse conseguirse en todo el <i>iter</i> contractual es el equilibrio contractual. Dicha discrecionalidad debería aplicarse sólo excepcionalmente, y sólo cuando no fuere posible suplir de algún otro modo los medios previstos para la correcta y eficaz realización de las prestaciones.
Juan Alberto Castañeda Méndez	Aquí hay un incorrecto planteamiento normativo en el artículo en tanto que la discrecionalidad siempre debe tener ajustes razonables en el marco de las contrataciones, de lo contrario la unilateralidad abierta conlleva a una serie de cuestiones complejas de disrupciones en la gestión.
Judith Pahola Miranda Alcántara	No, el artículo 178.2 del Reglamento aprobado por D.S. N° 377-2019-EF, establece que el contratista puede suspender la ejecución de la prestación en caso la Entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones, a pesar del requerimiento para que pague por lo menos una (1) de ellas. Sin embargo, es POTESTAD DISCRECIONAL del contratista, suspender o no, la ejecución de la prestación. En efecto, podría continuar con la ejecución de la prestación y, posteriormente, exigir el pago de la totalidad de la deuda. La obligación de pago de valorizaciones, no está sujeta a decisión potestativa o discrecional del Estado. Es una obligación de irrestricto cumplimiento. Por tanto, dicha norma, no otorga facultad discrecional alguna al Estado.
Mario Linares Jara	No existe discrecionalidad. Es regulación. Se está estableciendo una inaplicación de la excepción de incumplimiento, pero limitada a los 3 meses.
Miguel Ángel Sandoval Carranza	Sí; dado que la potestad discrecional no debe implicar su ejercicio basándose en el interés público.
COINCIDENCIAS	Los entrevistados números 1; 2; y 5 coinciden en señalar lo siguiente; el precepto normativo establecido en el artículo 178.2 del D. S. N°377-2019-EF, hay una discrecionalidad a favor de la administración pública. Razón por la cual, dicha permisión, debe ser empleada en forma adecuada, evitando una afectación al contratista.
DIVERGENCIAS	Los entrevistados 2 y 4 no coinciden con las demás respuestas, puesto que, señalan que no existe un ejercicio discrecionalidad de la administración pública, pues depende del contratista si suspende la ejecución de la obra.
INTERPRETACIÓN: A la medida de las respuestas, podemos interpretar que la mayoría de entrevistados coincide en señalar que en el precepto normativo	

establecido en el artículo 178.2 del D. S. N°377-2019-EF, hay una regulación discrecional a favor de la administración pública, generando una afectación económica al contratista. Siendo que, tal permisión normativa se aplique excepcionalmente, y sólo cuando no fuere posible suplir de algún otro modo los medios previstos para la correcta y eficaz realización de las prestaciones.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Gianini 1991 citado por Mora 2012, señala que la discrecionalidad significa valoración o apreciación por la administración del interés público. Esta valoración se concreta en una dialéctica entre intereses que realiza el órgano administrativo competente; el órgano en cuestión ha de actuar para la consecución de un interés primario (el interés general) que le viene en general dado por el ordenamiento (p.93). De lo antes citado, tenemos que la discrecionalidad mantiene una vinculación con el interés público, ya que, a razón de este interés la Administración Pública justifica su actuación en el marco de una relación contractual. Siendo así, tenemos que conforme han señalado la mayoría de entrevistados, a través del 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, hay una discrecionalidad por parte de la entidad contratante.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

3.2. RESULTADO RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO No 2: ANALIZAR EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO Y SU RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Para el desarrollo del objetivo N°2, se recurrió a la guía de entrevista estructurada a expertos en derecho administrativo, derecho contractual y contrataciones del Estado.

Así como la guía de opiniones OSCE.

3.2.1. Opinión de expertos en derecho administrativo y derecho contractual

Tabla 7

Pregunta cuatro- Relación del principio de equilibrio económico financiero del contrato en las contrataciones del Estado

Pregunta	
Sujeto participante	Según su criterio ¿Cuál es la relación que existe entre el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato y las contrataciones del Estado?

Santos Eugenio Urtecho Navarro	En teoría, el principio de equilibrio económico financiero del contrato y las contrataciones del Estado tienen una relación inmanente e indelible, sustancial a las características peculiares y propias de este tipo de contratación y esencial a la intención de adecuada efectivización de las prestaciones, en la realización de las cuales habría de procurar alcanzarse más eficiencia que eficacia. Es un principio de especialización cuya base fundamental radica en el principio de buena fe y común intención de las partes. Precisamente por esto último es que su contenido no debe estar limitado sólo a los intereses de la entidad –que, aunque parezca contraproducente, no siempre son coherentes con los intereses del Estado— sino que el interés a primar ha de ser el social, pero sin que éste acarree afectación a la correcta realización de las prestaciones y a las expectativas del contratista
Juan Alberto Castañeda Méndez	Una relación de característica, porque el principio en mención junto a otros son elementos necesarios para todo contrato estatal.
Judith Pahola Miranda Alcántara	La relación que existe al respecto, es el de equivalencia y de reciprocidad entre la prestación y la contraprestación, sustentada en el principio constitucional de igualdad entre las partes. En los regímenes de contratación pública, se ha previsto el principio de equilibrio económico financiero, conforme al cual la expectativa de utilidad del contratista no debe sufrir menoscabo por razones que no le sean imputables; en cuyo caso la entidad deberá restablecer el beneficio económico previsto, es decir, el restablecimiento de dicho principio en el contrato.
Mario Linares Jara	La relación es de sujeción de los contratos a dicho principio en atención a los principios de igualdad ante las cargas públicas y al derecho de propiedad por lo tanto es un derecho constitucional al margen de que esté reconocido o no en la Ley de Contrataciones del Estado.
Miguel Ángel Sandoval Carranza	Con este principio el estado busca que las contrataciones públicas deben ajustarse a una priorización establecida y asignación presupuestal inicial. Estimados estos aspectos corresponde la consistencia de un Plan Operativo de gastos a fin de establecer y evaluar la ejecución o compra de bienes, servicios u obras necesarias.
COINCIDENCIAS	Todos los entrevistados coinciden en señalar, que el principio de equilibrio económico financiero del contrato y

las contrataciones del Estado mantiene una relación inmanente e indesligable, debido a que buscar procurar una relación prestacional congruente. De igual manera, a través del referido principio existe una relación de equivalencia y de reciprocidad entre la prestación y la contraprestación. Finalmente, el principio de equilibrio económico financiero del contrato tiene como sujeción el principio constitucional de igualdad entre las partes, así como en el principio de buena fe y común intención de las partes.

DIVERGENCIAS No se presentaron divergencias.

INTERPRETACIÓN: De acuerdo a la medida de las respuestas, podemos interpretar que todos los entrevistados coinciden en señalar que, el principio de equilibrio económico financiero del contrato mantiene una vinculación directa con las contrataciones del Estado, ya que a través del referido principio la relación contractual debe ser congruente, y mantener la reciprocidad de las prestaciones en la relación contractual.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Corresponde ahora analizar el principio de equilibrio económico financiero del contrato y su relación con la contratación pública. Siendo así, el principio del equilibrio económico financiero del contrato ha venido aparecer en el Derecho, bajo esta denominación, precisamente vinculado con la contratación con el Estado. No tiene expresión puntual en la contratación privada regida exclusivamente por el código civil, aunque, el equilibrio contractual sea plenamente admitido por la doctrina en el marco del principio de equivalencia de las prestaciones en cualquier contrato conmutativo (Santisteban de Noriega & Loredó, 2006, p. 40). Ahora bien, su surgimiento se contrae a la jurisprudencia francesa, pues “al advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos (...)” (Rodríguez, 2011, p. 62). En ese sentido, tenemos que Rodríguez (2011) citando a Marienhoff (1998) define al principio del equilibrio económico financiero del contrato como, una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)” (p.57). De lo antes citado, se aprecia que el equilibrio contractual mantiene una vinculación directa con el principio de igualdad. Siendo así, el principio constitucional de igualdad, tiene una aplicación en los contratos estatales, por lo cual una de las formas de garantizar su debida aplicación es través del principio del equilibrio económico y financiero (Torres, 2017).

Pues bien, como parte del principio de equilibrio económico, nace la concepción de la ecuación contractual, que consistente en “una noción más igualitaria del contrato estatal, con relación al contrato administrativo clásico, que busca la conservación de las prestaciones inicialmente pactadas (Canal 2016 citando a Benavides 2002 y

Ospina 2013). De esta manera, con el principio del equilibrio económico financiero en la celebración de un contrato celebrado con el Estado se busca el reconocimiento al derecho del contratista a mantener la ecuación económica del contrato, con el propósito de asegurar una rentabilidad razonable, a cambio de las facultades extraordinarias de las que goza el Estado (Santisteban de Noriega & Loredó, 2006). A lo antes mencionado “en los contratos de la administración pública, las partes contratantes pactan unas determinadas prestaciones que son correspondientes entre sí, las cuales deben mantenerse durante toda la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo”. (Rodríguez, 2011 p. 58). Por su parte, López (2015) concluye que, el equilibrio contractual evoca la idea que el contenido jurídico y económico de un contrato evoca la idea que el contenido jurídico y económico de un contrato se encuentra en un estado tanto de reposo como de armonía a pesar de la influencia de fuerzas externas y representa desde un punto de vista estático el contenido armonioso del contrato apreciado en su globalidad y desde un punto de vista dinámico una posición de relativa estabilidad de dicho contenido, pues permite mantener la simetría prestacional y controlar su evolución. Dicha armonía contractual existirá cuando pueda constatarse la existencia de prestaciones cualitativamente recíprocas o conmutativas y que ellas sean, a la vez cuantitativamente equivalentes o proporcionadas (p.164).

Sobre la base de lo antes explicado, se concluye que la relación que existe entre el principio del equilibrio económico financiero del contrato y las contrataciones del estado, es de forma inmediata y directa, pues, tiene como principal propósito equiparar la relación contractual entre el contratista y el Estado, ello debido a la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de la administración pública. Asimismo, el equilibrio económico financiero del contrato, busca que las prestaciones inicialmente pactadas se vean satisfechas hasta el final del vínculo contractual. Así pues, la justificación de la existencia del principio del equilibrio económico en los contratos administrativos, se encuentra en los fines de interés público que tienen los contratos administrativos y en el carácter de colaborador del cocontratante de la administración, que obligan a concluir que el patrimonio del cocontratante no puede ser sacrificado y que, a la vez debe darse una equivalencia honesta entre las prestaciones (Escola citado por Rodríguez 2011, 70).

CUESTIONES JURISPRUDENCIALES: En cuanto al desarrollo del principio del equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia Colombiana, ha acogido en sus fallos al mencionado principio, así tenemos que, Canal (2016) en su artículo de investigación titulado “*La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado*”, trae a colación el expediente N° 15.119 del Consejo de Estado. 2003 que señala “El equilibrio del contrato "no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración” (p. 155). Asimismo, Palencia et al (2019) en su investigación titulada “*El restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales, a la luz de la jurisprudencia del consejo de estado*”, muestra la

Sentencia Acción Contractual N°31837, 2015. En donde el Consejo del Estado Colombiano alude las causas que afronta el principio de equilibrio económico de forma general: 1. Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato. 2. Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su *imperium* 3. Circunstancias externas y ajenas a los contratantes 4. Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante”.

Finalmente, en la jurisprudencia peruana el principio del equilibrio económico del contrato, ha sido desarrollado en la justicia arbitral, así tenemos el trabajo de Villavicencio (2018) en su trabajo de investigación titulado “ *El principio de equilibrio económico financiero del contrato en la ley de contrataciones del Estado*” trae a colación el Laudo Arbitral emitido el 04 de octubre del 2005, en el proceso seguido por el Consorcio COSAPI – TRANSLEI contra PROVIAS Departamental, donde el Consorcio COSAPI, señala el quebrantamiento del principio del equilibrio económico financiero del contrato, debido al alza de precios de hidrocarburos, por lo cual solicitaba como pretensión el reconocimiento de pago de costos mayores de obra. Al respecto, el Tribunal Arbitral, señaló declarar infundada la pretensión de la demanda, toda vez que, no se podría exigir el pago a la Entidad de un rubro que no fue establecido en el contrato y que no esté conforme a la voluntad de las partes, ello en atención a la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato.

En definitiva, la jurisprudencia ha reafirmado la noción del equilibrio económico, y su utilidad en la contratación estatal, pues, garantiza la correspondencia de las prestaciones en la relación contractual.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

3.2.2. Opinión de expertos en materia de contrataciones del Estado

Tabla 8

Pregunta cinco- El artículo el 178.2 del D.S. N°377-2019-EF y su vinculación con el principio de equilibrio económico financiero del contrato

	Pregunta
Sujeto participante	¿Considera usted que el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF mantiene una vinculación con el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato?
Rodrigo Freitas Cabanillas	Mantiene una vinculación en el sentido que este artículo desea darle una salida a la falta de pago sin que el Contratista y Contrato se vea afectado, pero hemos visto que en la realidad no es así. Cuando invocamos un principio es que este tiene que mantenerse durante la ejecución de todo el contrato,

recordemos que el Equilibrio Económico Financiero del Contrato se refiere a la necesidad de mantener las prestaciones equilibradas entre la Entidad y el Contratista hasta la finalización del contrato.

Desde mi punto de vista, este principio no es que se vaya a ver afectado por una falta de pago, ya que justamente la ley propone diversas salidas, si no es cuando existen circunstancias externas al contrato o por el uso de potestades exorbitantes, denominadas “hecho del príncipe” y que reconozca un daño sobre el contratista.

**Carlos Manuel Aguilar
Enríquez**

Sí, por el principio de equilibrio económico de un contrato se busca lograr una justa equivalencia entre la prestación contratada y la contraprestación, de manera que hechos sobrevinientes no afecten dicha equivalencia. En el presente caso, la figura de la suspensión de ejecución problematizada, nos remite a casos en los que hechos sobrevinientes a la celebración del contrato (falta de pago) que además constituyen incumplimientos de obligaciones esenciales, no generan la posibilidad de activar la suspensión, obligando al contratista a continuar solventando dicha ejecución con recursos propios o financiados bancariamente, sujetos a intereses bancarios y moratorios cuyas tasas son muy superiores al interés legal que se le reconoce por dicho atraso. Además, que desnaturaliza la propia modalidad de ejecución contractual que es “Financiada por la entidad”, puesto que en contratos cuyo plazo de ejecución no supere los 130 días calendario, no podría materializarse la suspensión de ejecución, convirtiendo a estos contratos supuestamente financiados por la entidad en unos “financiados por el contratista”.

Luis Puglianini Guerra

Sí, es claro que la finalidad es evitar que se rompa la relación jurídica obligacional, pero se suspenda la ejecución de las obligaciones para que no se afecte económicamente al contratista; sin embargo, como indicamos anteriormente, el problema es que no es coherente con otras medidas que prevé la misma normativa.

**Carlos Enrique Álvarez
Solís**

Efectivamente, existe una vinculación directa entre la afectación al Principio Equilibrio Económico

	<p>Financiero y lo contemplado en la norma pre citado. Considero importante evaluar este aspecto desde la gestión por resultados, el cual es el enfoque de la nueva forma de concebir las contrataciones del Estado a partir que se promulgó la Ley N° 30225 y su Reglamento.</p>
<p>Victoria Raquel Pérez Aguilar</p>	<p>Sí; en cuanto prevé la posibilidad de que el Contratista pueda tener herramientas para apercebir a la Entidad al cumplimiento de sus obligaciones que pongan en riesgo el equilibrio económico del contrato, ya que la falta de pago de valorizaciones puede generar perjuicios al contratista.</p>
<p>Ahmed Manyarí</p>	<p>El principio de equilibrio económico financiero del contrato es un elemento que involucra la ejecución de todo el contrato, bajo esa consideración una adecuada interpretación de este artículo debería llevar a tener en cuenta un análisis de si se mantiene o no el equilibrio financiero del contrato, se tiene que analizar la sustancialidad del incumplimiento por parte de la entidad, por ejemplo, puede haber situaciones que el pago de una sola valorización puede tener un impacto relevante en la situación del equilibrio financiero, y puede haber situaciones en la que el no pago de tres valorizaciones no necesariamente generen un impacto en el equilibrio, eso sucede por ejemplo, cuando la sumatoria de estas tres valorizaciones en términos de monto no es un monto relevante, y también, en el pago de estas tres valorizaciones exista un adelanto de materiales, o adelantos a favor del contratista, que no han sido amortizados, bajo esa lógica, si no existe un impacto del equilibrio financiero, no existe un impacto económico en contra del contratista, debiendo analizarse cada situación en concreto.</p>
<p>Miguel Rodríguez Albán</p>	<p>Este artículo 178.2 del reglamento vulnera el principio de equilibrio económico y financiero del contrato y afecta la eficiencia en la contratación pública.</p>
<p>COINCIDENCIAS</p>	<p>Los autores coinciden en señalar que, de acuerdo al principio de equilibrio económico financiero del contrato y el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, mantiene una relación en el sentido que el artículo en referencia permite otorgar una salida a la falta de pago, sin que el contratista se ve afectado. No obstante, la relación recíproca de las prestaciones entre la entidad</p>

pública y el contratista debe permanecer hasta la finalización de la ejecución de obra, logrando de esta manera una justa equivalencia entre las prestación y contraprestación. En ese sentido, la falta de pago de las valorizaciones se constituye en un incumplimiento de una obligación esencial. De ahí que la norma en acotación, obliga al contratista a continuar solventando la ejecución de la obra con recursos propios o financiados bancariamente.

DIVERGENCIAS No se encontraron discrepancias.

INTERPRETACIÓN: El artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, aparentemente otorga una salida al contratista, ya que, otorga la posibilidad de suspender el contrato a razón del incumplimiento del pago de tres valorizaciones consecutivas. Sin embargo, siguiendo la respuesta de los entrevistados referido precepto normativo quebrantaría la relación de reciprocidad de la relación contractual, pues la entidad pública contratante incumple con la obligación de pago por los trabajos efectuados por el contratista en la ejecución de obra.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Conforme el análisis del cuadro precedente sobre el principio de equilibrio económico financiero del contrato, tenemos que en cuanto a la regulación normativa en contratación estatal, la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, no ha incorporado taxativamente el principio del equilibrio económico financiero del contrato, a diferencia de la legislación colombiana que a través de La Ley 80 de 1993- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, señala en su artículo 27°- De la Ecuación Contractual: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. (...)”. Es así que, la legislación colombiana ha conceptualizado el equilibrio económico financiero del contrato a través de la ecuación contractual, con el fin de regular la relación contractual entre el Estado y el contratista, respecto a prestaciones y condiciones inicialmente pactadas.

En el Perú, no existe una regulación taxativa en cuanto a la concepción del equilibrio económico en la contratación estatal, sin embargo, es preciso señalar que, la Ley de Contrataciones del Estado a través del artículo 34°. Modificaciones del 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”. Entonces, la normativa peruana ha pretendido conceptualizar la noción del equilibrio económico, a

través de la modificación del contrato, señalando que se debe generar el restablecimiento a razón del principio de equidad.

Ahora bien, con respecto al 178.2 del D.S. N°377-2019-EF y su vinculación con el principio del equilibrio económico del contrato, debemos señalar que, los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones. Así pues, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, generando una correspondencia de unas con otras, por tanto, el principio del equilibrio económico del contrato, radica en la necesidad de que referida correspondencia de prestaciones; es decir, derechos y obligaciones, se mantengan hasta la finalización del contrato (Rodríguez, 2011). Sobre la base de lo antes explicado, el 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, mantiene una vinculación con el principio del equilibrio económico del contrato, toda vez, que se ha quebrantado la ecuación contractual, la misma que busca mantener la reciprocidad de las prestaciones que dieron origen al contrato, hasta la finalización del mismo. De la misma manera, el 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, altera la referida ecuación contractual, pues al prescribir que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra. Ante ello, hay una quebrantamiento al equilibrio contractual, pues durante el tiempo que duren impagas las 3 valorizaciones consecutivas, el contratista debe continuar ejecutando la obra con sus propios recursos, generando un perjuicio económico, entonces, la entidad contratante no cumple a la correspondencia de las prestaciones iniciales; esto es, el contratista cumple con la prestación de ejecutar la obra, por consecuente la entidad debe cumplir con efectuar los pagos correspondientes a los avances realizados.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

3.2.3. Resultado de la aplicación del instrumento denominado “Guía de opiniones de OSCE”

Tabla 9

Guía de opinión de OSCE N°048-2020/DTN

GUIA DE OPINIÓN DE OSCE N° 048-2020/DTN			
Expediente	N° 19912 – 12719	Fecha de resolución:	8 de julio de 2020
Consultas	El Sr. Manuel Antonio Díaz Gonzáles realiza las siguientes consultas: - Desde que momento se considera efectuado el inicio del servicio contratado.		

	<ul style="list-style-type: none"> - La entidad puede exigir el cumplimiento de un presupuesto o requisito no establecido en el contrato. - Durante la ejecución del contrato se puede modificar su contenido.
Conclusiones	<ul style="list-style-type: none"> - En relación al inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios dependerá del contrato en concreto, no obstante, de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, el plazo puede iniciar: (i) Al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, (ii) desde la fecha que se establezca en el contrato, o (iii) desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso. - El contratista debe cumplir con la totalidad de las obligaciones contempladas en el documento que contiene el contrato, por tanto, no se puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no se deriven del contrato. - El contrato celebrado en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, sólo puede ser modificado en el supuesto en que ésta última hubiese ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones. En caso, la Entidad considere la modificación contractual, debe tener en cuenta lo establecido en la normativa.
Interpretación	<p>En relación a la opinión de OSCE N° 048-2020/DTN, el organismo de las contrataciones, trae a colación la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato a razón de la modificación unilateral del contrato, al respecto señala que los supuestos donde se puede modificar el contrato son : i) la autorización de prestaciones adicionales y reducción de prestaciones; ii) las ampliaciones de plazo; iii) las modificaciones convencionales; y iv) otros supuestos señalados en la ley y el reglamento.</p> <p>Siendo que, estos supuestos de alteración del contrato, no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; no obstante, en caso suceda la alteración al referido principio, la parte beneficiada debe reconocer el restablecimiento del equilibrio, en relación al principio de equidad.</p> <p>Se advierte que, se reconoce al principio de equilibrio económico del contrato equiparable al principio de equidad, debido a que ambos principios se fundamentan en la igualdad de las partes en la relación contractual, por lo cual se debe recompensar a quien resulte perjudicado, con el propósito de equilibrar la relación contractual.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 10
Guía de opinión de OSCE N°182-2017/DTN

GUIA DE OPINIÓN DE OSCE No 182-2017/DTN			
Expediente	T.D.:11346252	Fecha de resolución	25 de agosto de 2017

Consultas	<p>La referida opinión es sobre la contratación de bienes y servicios. El Sr. Gerente General de Revoredo Lituma realiza las siguientes consultas:</p> <ul style="list-style-type: none">- Se puede solicitar el reajuste de la remuneración mínima vital en la etapa contractual, ello en razón a la entrada en vigencia del nuevo salario mínimo.- El contratista puede solicitar la restitución del monto de la remuneración mínima vital.- El contratista podrá solicitar vía enriquecimiento indebido la restitución de la remuneración mínima vital.- Luego de suscrito el contrato, la entidad contratante está obligada al reajuste.- La entidad se encuentra en la obligación de realizar la adenda al contrato por cambios en la remuneración vital.
Conclusiones	<ul style="list-style-type: none">- Si el aumento de la remuneración mínima vital ocurre en el marco de la ejecución contractual, debe la entidad contratante asegurar las acciones necesarias con el propósito de mantener el equilibrio económico del contrato.- Si el contratista no se encuentra conforme con la decisión de la entidad en la etapa de ejecución contractual, puede ejercer los mecanismos legales para la solución de controversias.

INTERPRETACIÓN: En relación a la opinión de OSCE N° 182-2017/DTN, el organismo de las contrataciones, trae a colación la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato a razón del reajuste económico del contrato; es decir lo que se busca es que el contratista y la entidad contratante mantengan el equilibrio de la relación contractual, de modo que el contratista no se va perjudicado por el valor anterior de la remuneración mínima vital, siendo que busca el reajuste del nuevo valor de la remuneración mínima vital con el propósito de generar un enriquecimiento indebido a favor de la entidad, perjudicando económicamente al contratista.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

3.3.RESULTADO DEL OBJETIVO ESPECÍFICO No 3: DETERMINAR LA NECESIDAD DE UNA EQUITATIVA REGULACIÓN NORMATIVA RESPECTO LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF.

3.3.1.Opinión de expertos en materia de contrataciones del Estado

Tabla 11

Pregunta seis- La regulación normativa del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF

Pregunta	
Sujeto participante	<p>¿Considera acertada la regulación normativa acerca de la suspensión de la ejecución de obra en caso la Entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones consecutivas? ¿Por qué?</p>
Rodrigo Freitas Cabanillas	<p>No la considera eficiente, pero, tampoco me parece absurda, y es que los legisladores han caído en una sobrerregulación, tratando de que el Contratista no patee el tablero y resuelva el Contrato.</p> <p>Y es que, implícitamente se ha aumentado una causal para la suspensión del contrato, y esta es cuando exista una demora en el pago atribuible a la Entidad. Y es que, si recordamos lo que señala el Reglamento, la suspensión es viable siempre que no sea una causa atribuible a las partes.</p> <p>Creo que ningún contratista tendría problema en suspender el contrato siempre que se le pague por el tema costos improductivos y no se le aplique penalidad.</p> <p>El tema es que la suspensión de contrato, sea bajo cualquier causal, señala que viene de la mano con el no reconocimiento de mayores gastos generales y costos, siendo un doble problema para el Contratista; pues no solo le debes plata, sino que sus máquinas paradas tampoco se les va a pagar.</p>
Carlos Manuel Aguilar Enríquez	<p>Considero que la regulación es desproporcional y errada en tanto que restringe la posibilidad que el contratista, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista pueda suspender la ejecución de su prestación (ejecutar la obra), a pesar que la entidad le adeuda el pago de valorizaciones.</p> <p>El procedimiento de suspensión implica que la entidad debe adeudar 3 valorizaciones consecutivas, y una que ello sucede (4 meses después) recién la entidad habría caído en mora y debe requerir el pago de por lo menos 1 de esas 3 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra.</p> <p>Esto contraviene el principio de “quien puede lo más, puede lo menos” en referencia a que, si la entidad adeuda 1 sola valorización, el contratista puede aperebirla con resolver el contrato (lo más) si es que no se la cancela dentro de los 15 días siguientes, pero sin embargo no podría</p>

suspender la ejecución (lo menos) pues para ello se requiere el adeudo de 3 valorizaciones continuas. Igualmente, el requisito de continuidad es desproporcionado, pues puede generar un incentivo perverso, en el sentido que, por ejemplo, la entidad puede adeudar las valorizaciones de setiembre, octubre y noviembre y en enero (cuando habría caído en mora la entidad) al requerir el pago de las mismas, la entidad podría pagar la valorización de noviembre y con ello el contratista tendría que volver a contar de cero. La pertinencia de esta exigencia es errada, pues el contrato de obra es uno de prestaciones recíprocas y como tal, el incumplimiento de la contraprestación no obliga al acreedor a continuar cumpliendo con su prestación; esto en referencia a que un requisito para CONVOCAR a un procedimiento de selección es que se cuente con la respectiva CERTIFICACIÓN PRESUPUESTAL, entonces, ¿si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones CONTINUAS para recién poder suspender la ejecución?.

Luis Puglianini Guerra

En principio es incongruente que se pueda resolver el contrato con la falta de pago de 1 valorización, pero para suspender se debe esperar acumular la falta de pago de 3 valorizaciones. Sin embargo, existen muchos casos en los que los contratistas no quieren resolver un contrato, pero tampoco tienen la liquidez para seguir ejecutándolo por la falta de pago de la Entidad, por estos casos es útil que se regule la posibilidad de la suspensión por falta de pago, pero no se debería esperar hasta 3 valorizaciones.

Carlos Enrique Álvarez Solís

Considero que la normatividad de contrataciones del Estado tiene a ser muy garantista a favor de las entidades en diferentes aspectos.

Uno de los claros ejemplos donde se aprecia el cari protector antes mencionado, es la posibilidad de suspensión de la ejecución de obra ante la tercera valorización impaga dentro de la ejecución de una obra.

Sobre el particular, considero que no existe justificación técnica para haber determinado que la suspensión debe proceder ante una tercera valorización impaga y quizá no en una segunda, por decirlo menos.

El análisis antes esbozado, tiene en consideración que las valorizaciones en la ejecución de obra por lo general son de carácter mensual, por lo que el impago a favor de un contratista para aplicar este apartado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se pone en el supuesto de concebir que se puede suspender la ejecución de una obra recién a los casi 100 días (tres meses) de no pago a favor de un contratista, lo que conlleva a que este asuma la carga tributaria, compra de materiales, gastos generales entre otros por cuenta propia incurriendo en un riesgo de afectar el equilibrio económico financiero.

**Victoria Raquel Pérez
Aguilar**

En virtud al Principio de Equidad, las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad; en tal sentido, considero que, si es acertado que la norma de contrataciones prevea la posibilidad que el contratista, frente a un incumplimiento de pago (a cuenta) por parte de la Entidad, éste tenga mecanismos para poder defender sus derechos frente a demoras injustificadas en la obligación de pago por parte de la Entidad. Debe considerarse que, si bien es cierto, las empresas que contraten con el Estado deben tener una solvencia económica que garantice la buena ejecución de la obra ello no quiere decir que se obligue al contratista a aceptar las demoras en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad.

Ahmed Manyarí

Desde mi punto de vista, el derecho de suspender la ejecución de obra es un derecho que ya existía antes de la introducción del referido artículo en la normativa peruana, bajo la lógica de que si la entidad incumple el contrato tiene la posibilidad de iniciar el procedimiento de resolución del contrato, pero, como una medida más adecuada y menos fatal para el contrato o proyecto, puede apelar a la suspensión, bajo esa consideración lo que ha generado la norma es regular los requisitos para el ejercicio de este derecho ya existente del contratista, y mi opinión es que como toda regulación de ese tipo no ha tenido en cuenta, por ejemplo, otros supuestos de incumplimiento relevante por parte de la entidad, ya sea liberación de frentes de obra, el tema de si son tres valorizaciones, es un criterio no necesariamente sustancial, cosa que debería analizarse al caso en concreto.

**Miguel Rodríguez
Albán**

No, me parece un abuso de la posición de dominio de la administración o de las entidades públicas contratantes, ya que el ejecutante requiere se cumpla con el pago de las valorizaciones para no afectar su actividad empresarial.

COINCIDENCIAS

Los entrevistados concuerdan en señalar que, la regulación normativa contenida en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, es desproporcional, pues permite que el contratista suspenda la ejecución de la obra, teniendo pendiente el pago de las valorizaciones por parte de la entidad, de modo que, existe un abuso de la posición de dominio de la administración pública.

Por otro lado, los entrevistados No 2 y 3, señalan que resulta incongruente que la normativa prevea resolver el contrato con la falta de pago de 1 valorización, pero para suspender se debe esperar acumular la falta de pago de 3 valorizaciones.

DIVERGENCIAS

No se encontraron discrepancias.

INTERPRETACIÓN: De acuerdo a la medida de las respuestas, podemos interpretar que todos los entrevistados coinciden en señalar que no existe una acertada regulación normativa acerca de la suspensión de la ejecución de obra en caso la entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones consecutivas, contenida en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, pues, en principio desde el punto de vista de los expertos en contrataciones del Estado, no existe justificación técnica para haber determinado que la suspensión debe proceder ante la acumulación de tres valorizaciones consecutivas impagas, generando un incentivo perverso. Por otro lado, a través del referido artículo se ha generado implícitamente una causal para la suspensión del contrato, consistente en una demora en el pago atribuible a la entidad, no obstante, el reglamento de la ley de contrataciones del Estado, prescribe que la suspensión es factible siempre que no sea atribuible a cualquiera de las partes. De igual manera, se debe tener en cuenta que un requisito para convocar a un procedimiento de selección la entidad pública debe contar con la respectiva certificación presupuestal, por tanto, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar tres valorizaciones continuas para recién poder suspender la ejecución de la obra. Siendo así, se debe considerar que el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, genera un perjuicio económico al contratista, pues, si bien las empresas que contraten con el Estado, deben tener determinada solvencia económica que garantice la ejecución de la obra, no significa que se constriña al contratista aceptar las demoras en el pago.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Como punto de partida el 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, prescribe para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la

ejecución de la obra. Ahora bien, del apartado precedente todos los entrevistados han coincidido en señalar que, no consideran acertada la regulación normativa acerca de la suspensión de la ejecución de obra en caso la entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones consecutivas, pues resulta incongruente, así como desproporcional por tanto afectando el principio de equidad. Por consiguiente, resulta necesario citar el artículo 142. 7 del D.S. N°377-2019-EF que señala “Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta la culminación de dicho evento (...)”. Aunado a ello, la Opinión OSCE 053-2018/DTN prescribe, que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la suspensión del plazo de ejecución de la obra en caso se produzca eventos no atribuibles a las partes que paralizen la obra. Así pues, los eventos no atribuibles a las partes deben ser entendidos como aquellos acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes que producen la paralización de la obra; en tal sentido no son imputados a ninguna de ellas.

En ese contexto, conforme el 142. 7 del D.S. N°377-2019-EF y el organismo de las contrataciones del Estado (OSCE), la suspensión del plazo de ejecución de la obra se produce en aquellos casos donde se generen eventos no atribuibles a las partes, entonces, bajo esa lógica el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, es incongruente con la propia normativa de la contratación estatal, ya que, el referido precepto normativo suspende la ejecución de la obra, a raíz del actuar propio de la entidad estatal, debido a que no cumple con el pago de 3 valorizaciones consecutivas. Entonces, no estamos ante un evento atribuible a las partes, por el contrario, la suspensión del plazo de ejecución se debe al incumplimiento de pago por parte de la entidad; es decir, corresponde a la propia voluntad de unas de las partes.

De la misma, manera el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF no es acertado, en tanto que, resulta desproporcional, pues no existe justificación técnica para suspender el plazo de ejecución de obra recién a partir de la acumulación de 3 valorizaciones consecutivas. Así tenemos que, la proporcionalidad es propia de cualquier ordenamiento jurídico, por eso, en sentido estricto, busca que, “la acción estatal en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial) debe ser útil, necesaria y proporcionada” (Barnes, 1994, p. 501). En efecto, “en el Estado de derecho, el principio de proporcionalidad es una garantía para los particulares de que la actuación estatal no obedecerá al capricho del funcionario público, sin que será necesario para obtener un fin legítimo del Estado” (Martínez & Lea, 2011, p. 237). De la misma forma, el principio de proporcionalidad, sirve como como parámetro para el restablecimiento de medidas restrictivas de derechos o intereses de cuya titularidad gocen los particulares, administrados o cualquier otro destinatario de la autoridad del Estado, en las diferentes categorías de su actividad, ya sea a nivel legislativo, judicial o administrativo, cuya fuente de

competencia este orientada al ejercicio de facultades discrecionales (Enríquez, 2015, p. 31). En ese sentido, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, se busca obtener un parámetro a nivel legislativo, en cuanto a la regulación normativa del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, que suscribe la suspensión del plazo de ejecución a raíz de la acumulación de 3 valorizaciones impagas, pudiendo ser por lo menos 2 o hasta 1 valorización impaga para proceder a la suspensión, pues, recordemos que un condición para convocar la ejecución de una obra, previamente la entidad contratante debe haber presupuestado los recursos. Precisamente, el artículo 19 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, prescribe que: “Es requisito para convocar un procedimiento de selección, bajo sanción de nulidad, contar con la certificación de crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público”. Aunado a ello, la Opinión OSCE 096-2018/DTN, suscribe que la figura de la certificación presupuestal, la cual resulta necesaria para poder convocar un procedimiento de selección. Siendo así, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones continuas para recién poder suspender la ejecución.

En relación a lo antes explicado, es preciso citar el principio de equidad, principio que rige las contrataciones, pues acorde el artículo 1 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, “i) 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 gestión del interés general”. En ese sentido, la ley busca regular las conductas de los individuos, con el propósito de promover la cooperación, de modo que se alcance una convivencia pacífica entre los integrantes de la comunidad política, asimismo, la ley está sujeta continuamente a procesos de cambio, por tanto, en ocasiones no puede seguir constantemente las modificaciones que produce la vida social, además, la ley es concebida en lenguaje natural, por lo cual es susceptible de diferentes interpretaciones, razón por la cual frente a tal hecho, una forma de suplir el defecto normativo es a través de la equidad (Magoja, 2012). Bajo esa línea, el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, no encuentra una acertada regulación normativa en la contratación estatal.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

Tabla 12

Pregunta siete- Estudio de la modificatoria del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF

Pregunta

Sujeto participante	¿Considera usted que resulta necesario realizar una modificación al artículo 178?2 del D.S. N°377-2019-EF? ¿Por qué?
Rodrigo Freitas Cabanillas	Creo que sí debería ser modificada, para justamente subsanar los problemas establecidos en la respuesta anterior, si se va a aumentar una causal para la suspensión del contrato, que esta suspensión no sea un doble castigo para el Contratista.
Carlos Manuel Aguilar Enríquez	Indudablemente, porque las normas jurídicas persiguen ordenar y generar equidad y cuando se abusa de una posición dominante (en el caso concreto, de legislar) dictando normas que inclinan el terreno indebidamente a favor de una parte, es norma se convierte en ilegítima.
Luis Puglianini Guerra	Si, definitivamente es necesario que la regulación tenga coherencia y por eso sería bueno precisar el articulo para que se pueda suspender con la falta de pago de 1 valorización; pero para que el ejercicio de este derecho no sea abusivo, se podría establecer un plazo de gracia para que la entidad pague y/o que esta situación de falta de pago genere una afectación real a la ejecución de la obra
Carlos Enrique Álvarez Solís	Es pertinente evaluar una modificación en atención a los argumentos esgrimidos en la respuesta a la pregunta anterior. Propondría determinación de responsabilidad administrativa, que se reduzca el periodo a dos valorizaciones impagas y que se establezca un tracto sucesivo que permita individualización de responsabilidades.
Victoria Raquel Pérez Aguilar	Sí; considero que se debería modificar en el extremo de que no debería requerirse que la falta de cancelación de las valorizaciones sea consecutiva, debiendo bastar con precisar que se tenga 03 valorizaciones pendientes de pago para que el contratista pueda apereibir a la Entidad para el pago bajo apereibiramiento de suspensión de la ejecución de la prestación
Ahmed Manyarí	No respondió.
Miguel Rodríguez Albán	Sí, es necesario y oportuna esta modificación.

COINCIDENCIAS Los entrevistados coinciden en señalar que, resulta necesario realizar una modificación al artículo 178.2 del D.S.N°377-2019-EF.

DIVERGENCIAS No se presentaron divergencias.

INTERPRETACIÓN: De acuerdo a la respuesta de los entrevistados, es pertinente evaluar una modificación al artículo 178.2 del D. S. N°277-2019-EF, pues existe genera un perjuicio económico al contratista, así como una alteración a la reciprocidad de la relación contractual, ya que, la entidad contratante incumple con el pago de la valorización, que constituye en una obligación esencial. Siendo así, el entrevistado No 4, señala que podría determinarse la responsabilidad administrativa, que se reduzca el periodo a dos valorizaciones impagas y que se establezca un tracto sucesivo que permita individualización de responsabilidades. Por su parte, la entrevistada No 5 considera que, se debería modificar en el extremo de que no debería requerirse que la falta de cancelación de las valorizaciones sea consecutiva, debiendo bastar con precisar que se tenga 03 valorizaciones pendientes de pago para que el contratista pueda aperebir a la Entidad para el pago bajo aperebimiento de suspensión de la ejecución de la prestación.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Es necesario señalar que, través de la suscripción del contrato de ejecución de obra, el Estado busca contar oportunamente con la infraestructura contratada, con el propósito de satisfacer un interés público, por su parte, el contratista busca obtener un lucro a razón de la adjudicación de la obra (Alarcón, 2015). En ese sentido, “el equilibrio económico financiero del contrato se constituye en una garantía, para que el contrato alcance esa doble finalidad indesligable a la que se ha hecho alusión inicialmente (Alarcón, 2015, p. 279). De lo antes citado, se verifica que a razón del equilibrio económico del contrato, se busca la correspondencia de las prestaciones entre el contratista y la entidad contratante, de modo que cada parte pueda ver satisfecha sus propios intereses Entonces, bajo esa concepción el 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, no solo afecta al contratista, al generar un sobrecargo económico, debido a que debe ejecutar la obra con sus propios recursos, los cuales la entidad no ha cumplido con cancelar. Al mismo tiempo, el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, afecta a la propia entidad contratante, puesto que, al generarse la suspensión de la obra, no se contará con la infraestructura contratada la misma que busca satisfacer un interés público. Siendo así, bajo ese análisis con la regulación normativa del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, hay una doble afectación, tanto al contratista como a la propia entidad. En síntesis, el artículo bajo estudio ha demostrado alterar la ecuación contractual, asimismo, resulta incongruente con la propia normativa de las contrataciones del estado, por último, es desproporcional en cuanto a la regulación de la suspensión del plazo de ejecución con el pago de 3 valorizaciones consecutivas.

Dado lo antes explicado, resulta necesario realizar una modificación al artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-E, a mayor detalle, el legislador debe tener en consideración la Gestión por Resultados (GpR), que consiste en “un modelo de administración de los recursos públicos centrado en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno para un determinado período de tiempo y con determinados recursos (ILPEL-CEPAL), así pues, la finalidad de la Gestión por Resultados, es un enfoque del sector público, que busca optimizar los recursos públicos, de modo que, se generen una mayor optimización de los mismo, con el propósito de cumplir con los objetivos planteados por las organizaciones públicas. Bajo esa línea, se concluye que el legislador debe observar la regulación normativa contenida en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

3.3.2. Opinión de expertos en derecho administrativo y derecho contractual

Tabla 13

Pregunta ocho- La ruptura de la ecuación económico contractual

Pregunta	
Sujeto participante	Considera Usted ¿Qué el incumplimiento de pago en el contrato de obra pública genera la ruptura de la ecuación económica contractual?
Santos Eugenio Urtecho Navarro	La ruptura se genera cuando hay incumplimiento en una de las partes necesariamente hay una ruptura si se habla de incumplimiento de prestaciones reciprocas , entonces ello es de todas maneras una inadecuación para el contrato y también podría implicar la ruptura de la ecuación económica contractual, sin embargo habrían dos perjudicados que son el contratista y el comitente, más es notoria la ruptura cuando se trata del incumplimiento de una de las partes siempre vamos hablar de prestaciones reciprocas cuando se trata de este tipo de contratos, pero de todas maneras no es que ambas prestaciones deberían se incumplidas en todos los casos o podría ser incluso también que se incumple una y como consecuencia se genere la otra, entonces, definitivamente ahí también hay una ruptura en cuanto al equilibrio contractual o la ecuación económica contractual.

Juan Alberto Castañeda Méndez	Sí, una cuestión que debería evitarse.
Judith Pahola Miranda Alcántara	Sí, porque afecta la relación contractual de igualdad, equivalencia y reciprocidad entre la prestación y la contraprestación; es decir, entre derechos y obligaciones de las partes.
Mario Linares Jara	El incumplimiento en el pago no tiene que ver nada con la ruptura del equilibrio. No es un hecho ajeno a las partes. Ello en principio. Hay doctrina que admite que el desequilibrio se da también por hecho propio del Estado y no necesariamente por hecho de príncipe sino por incumplimiento directo.
Miguel Ángel Sandoval Carranza	Sí; evidentemente afecta el presupuesto y la ruta crítica de la obra, dado que está formada por una serie de partidas, las cuales a su vez estarán compuestas por conceptos de trabajo, estos conceptos tendrán una unidad de obra o de medida, seguida de un volumen y finalmente de un precio (demolición, excavación, cimentación, estructura, albañilería, instalaciones eléctricas, sanitarias, especiales, acabados, carpintería, suministros, tramites y gestión). Asimismo, la afectación del incumplimiento del pago de valorizaciones afectará drásticamente los costos directos (todos los insumos o materiales, mano de obra, maquinaria y equipo necesario para la realización de un concepto de trabajo), indirectos (gastos por la Administración de Obra, Administración Central, Financiamiento en su caso, Fianzas y Seguros e Imprevistos) y la utilidad (esfuerzo técnico, administrativo, económico o de complejidad para cumplir con la terminación del proyecto), etc.
COINCIDENCIAS	Los entrevistados N°1; 2; 3 y 5 coinciden en señalar que, hay una ruptura si se habla de incumplimiento de prestaciones recíprocas, entonces, ello es de todas maneras una inadecuación para el contrato y también podría implicar la ruptura de la ecuación económica contractual. Asimismo, referido incumplimiento genera que afecta la relación contractual de igualdad, equivalencia y reciprocidad entre la prestación y la contraprestación; es decir, entre derechos y obligaciones de las partes.

DIVERGENCIAS El entrevistado N°4 sostiene que, el incumplimiento en el pago no tiene que ver nada con la ruptura del equilibrio, pues no es un hecho ajeno a las partes.

INTERPRETACIÓN: De los entrevistados por mayoría expresan que el incumplimiento de pago en el contrato de obra pública genera la ruptura de la ecuación económica contractual, pues, afecta la relación contractual de igualdad, equivalencia y reciprocidad entre la prestación y la contraprestación.

CUESTIONES DOCTRINARIAS: Como parte del principio de equilibrio económico, nace la concepción de la ecuación contractual, que consistente en “una noción más igualitaria del contrato estatal, con relación al contrato administrativo clásico, que busca la conservación de las prestaciones inicialmente pactadas (Canal 2016 citando a Benavides 2002 y Ospina 2013). Así pues, la legislación colombiana que a través de La Ley 80 de 1993- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, señala en su artículo 27°- De la Ecuación Contractual: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. (...)”. En ese sentido, el mantenimiento del equilibrio económico es obligacional al contratista, como a la entidad contratante, no obstante, la doctrina ha estipulado aquellas situaciones, donde se quebranta la ecuación contractual. Así tenemos que, como causales de ruptura del equilibrio económico financiero del contrato: i) potestad variandi; ii) Teoría del hecho del príncipe; iii) Teoría de la imprevisión. Respecto al potestad variandi, consiste en que la entidad contratante en el uso legal de poderes conferidos por una cláusula exorbitante, genera una alteración anormal en el contrato, haciendo más gravosa su ejecución (Rodríguez, 2011) Así pues, una de las particularidades del régimen jurídico que caracteriza a la figura del contrato administrativo, calificado incluso como la más singular y extraordinaria, es precisamente el poder en manos de la Administración de modificar las condiciones estipuladas en el contrato, conocido como ius variandi (Dromi citado por Céspedes, 2006, p.2008). Por su parte, Burbano 2020 citando a García de Mercado, señala que “la figura del ius variandi o potestad variandi es una facultad otorgada a la administración por razones de interés público, le permite introducir modificaciones al contrato estatal (Burbano, 2020, p. 10). Con relación, a la teoría del príncipe, tenemos que “el hecho del príncipe aparece como una medida administrativa, no prevista al momento de la celebración del contrato, que le permite solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del convenio en el momento en que sea afectada la ecuación financiera prevista” (Aponte & Gamarra, 2011, p.426). Asimismo, el hecho del príncipe “alude a medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste” (Araujo, 2011, citando a Marienhoff p.15). En cuanto, a la teoría de la impresión también conocida como la teoría de la imprevisión, se aplica “cuando el contrato está cumpliéndose y es transformado por un suceso excepcional que no depende de la voluntad de las partes contratantes y que razonablemente no podía entrar entre sus previsiones en el momento de la suscripción del contrato (Torres 2000 citado por Acosta, 2009, 45). En ese contexto, tenemos que la ruptura de la ecuación contractual se produce a razón de la i) potestad variandi; ii) Teoría del hecho del príncipe; iii) Teoría de la imprevisión, siendo así, habiendo explicado previamente en que consiste cada causal, el

artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, afecta la ecuación contractual, partiendo como punto de análisis, la falta de pago por parte de la entidad contratante, así pues, referido precepto normativa a razón de la una discrecionalidad que ha establecido el legislador, al prescribir que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra. Desde esa lógica, la entidad a través de ese poder inminente, circunscrito al interés público, cambia las reglas de juego, pues no cumple con las prestaciones que inicialmente fueron pactadas, las mismas que son de carácter sinalagmático.

Fuente: Elaborado por el investigador, contiene entrevistas de los expertos.

Tabla 14

Análisis de la resolución de Alcaldía N°274-2018-MDH

ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N°274-2018-MDH	
ANTECEDENTES:	
<ul style="list-style-type: none"> • Obra: “MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO DE LOS NIVELES PRIMARIA Y SECUNDARIA EN LA I.E No 80081 JULIO GUTIÉRREZ SOLARI EN EL CENTRO POBLADO EL MILAGRO SECTOR P.I, DISTRITO DE HUANCHACO, PROVINCIA DE TRUJILLO- LA LIBERTAD” 	
• Proceso	: LP N° 02-2017-MDH/CS
• Valor referencial	: S/. 11, 808, 832.36
• Monto contratado	: S/. 11, 808, 832.36
• Factor de relación	: 1.0000
• Modalidad de ejecución	: Llave en mano
• Sistema de contratación	: A precios unitarios.
• Contratista	: CONSORCIO DEL NORTE, integrado por LCL CONTRATISTA S.A.C, CRES PERU CONTRATISTAS GENERALES SAC, Y CONSTRUCTORA KAPRICORNIO EIRL.
• Plazo de ejecución	: 240 días calendario

HECHOS

- Que, con fecha 19 de julio 2017, la Municipalidad Distrital, la Municipalidad Distrital de Huanchaco, firma contrato en CONSORCIO DEL NORTE, para la ejecución de la Obra: “Mejoramiento del servicio educativo de los niveles primaria y secundaria en la I.E No N°80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito De Huanchaco, Provincia De Trujillo- La Libertad”, con un valor referencial de S/. 11, 808, 832.36 (once millones ochocientos ocho mil ochocientos treinta y dos con 36/100 soles) y con un plazo de ejecución de 240 días calendarios.
- Que, mediante Carta N°036-2018-CDN-LCL de fecha 01 de marzo del 2018, el representante legal de CONSORCIO DEL NORTE, Sr. Luis Fernández Acosta Calderón, solicita el pago de valorización, argumentando su pedido en que existe tres valorizaciones consecuencias pendientes de pago, correspondientes a los meses de noviembre (valorización N°05), diciembre (valorización N°06), enero (valorización N°07), para lo cual otorgo un plazo no mayor a diez (10) días, bajo apercibimiento de suspensión de ejecución de la obra, con el consecuente pago de mayores gastos generales.
- Que, mediante Informe No 037-2018-SGC- MDH, de fecha 14 de marzo del 2018, el Sub Gerente de Contabilidad, CPC Luis Alberto Chávez Castro, indica que en “El año 2017 se ha pagado en ejecución de obra el importe de S/. 6’ 030, 750.31 (seis millones treinta mil setecientos cincuenta con 31/100 soles), según el siguiente detalle, de donde se puede apreciar que existe un monto por cancelar a CONSORCIO DEL NORTE:

VALORIZACIÓN	MES	MONTO
VALORIZACIÓN N°01	JULIO	S/. 1’ 926, 742.54
VALORIZACIÓN N°02	AGOSTO	S/. 960, 343.78
VALORIZACIÓN N°03	SEPTIEMBRE	S/. 1’ 478, 833.82
VALORIZACIÓN N°04	OCTUBRE	S/. 1’ 012, 830.17
VALORIZACIÓN N°05-	NOVIEMBRE	S/. 652, 000.00
PAGO A CTA		
TOTAL, PAGADO	S/. 6’ 030, 750.31	

- Que, mediante Informe No 244-2018-GOP/MDH de fecha 15 marzo del 2018, la Gerencia de Obra Públicas, alcanza opinión sobre la solicitud de Plazo de ejecución Obra por Incumplimiento en el Pago de Valorizaciones de la Obra: “Mejoramiento del servicio educativo de los niveles primaria y secundaria en la I.E N°80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito De Huanchaco, Provincia De Trujillo- La Libertad”, recomendando que mediante Resolución de Alcaldía se proceda a aprobar la suspensión de plazo de ejecución de obra, hasta que se resuelva el pago en el pago de valorizaciones.
- En este sentido, a través de la resolución de Alcaldía N°274-2018-MDH se dispuso aprobar la suspensión de plazo de ejecución de obra debido a la acumulación de 3 valorizaciones consecutivas de obra.

CONCLUSIONES: Conforme hechos precedentes se pueden constatar, que en la práctica se produce la suspensión del plazo de ejecución a razón de la acumulación consecutiva de 3 valorizaciones impagas, lo que demuestra que tal situación no solo afecta económicamente al contratista, pues un requisito para convocar a un proceso de selección, es contar previamente con la certificación presupuestal. Aunado a ello, la suspensión de la ejecución de la obra, no solo afecta al contratista, sino también a la propia entidad, ya que, esta no podrá contar con la infraestructura inicialmente contratada, de modo que afecta a la población directamente beneficiada con la ejecución de la obra.

Fuente: Elaboración propia.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN

La presente sección corresponde encontrar puntos en común y discrepancias a razón de los resultados expuestos a razón de los instrumentos. En tal sentido, la discusión se plantea siguiendo el orden metodológico y en coherencia de los objetivos específicos.

Objetivo específico No 1: Analizar la incidencia de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el marco del T.U.O del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado.

Los instrumentos utilizados para el desarrollo del presente apartado se condicen con la matriz de triangulación de la opinión de expertos. Siendo así, como punto de partida de discusión del objetivo, se ha considerado pertinente iniciar con las principales cuestiones doctrinarias.

Ahora bien, resulta necesario traer a colación la concepción del contrato administrativo, como punto de partida del análisis de las prerrogativas exorbitantes. A lo antes mencionado “El contrato administrativo, uno de los medios más comunes por el cual la Administración se relaciona con los particulares para hacer uso de su colaboración (...)” (Trelles, 2002, p.237). De la misma manera, “los contratos administrativos, por definición, cuentan con la participación de una parte privada. Es una prueba de la necesidad que tiene el Estado de contar con la colaboración de los particulares, por carencia o insuficiencia de recursos públicos para el *procurement* de obras, suministros y servicios reclamados por los ciudadanos (...)” (Meilan, 2013, p. 13).

Asimismo, los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones; es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de tal

manera que exista una correspondencia de unas con otras, y se los pueda considerar como equivalentes las prestaciones pactadas (Rodríguez, 2011, p. 57). Así pues, “se enfatiza en la bilateralidad de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocos caracteres de deudores y acreedores entre sí al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros” (Fernández, 2016, p.170).

En base a lo antes mencionado, resalta la importancia de la bilateralidad de los contratos administrativos, la misma que genera que las prestaciones pactadas se mantengan correspondientes desde la ejecución del contrato hasta la finalización del mismo, asimismo, ha quedado claro que la Administración Pública cuenta con la participación de la parte privada, debido a que necesita de la ayuda de los privados para cumplir sus objetivos. Ahora bien, habiendo resaltado la importancia del carácter sinalagmático en los contratos administrativos, corresponde mencionar qué son las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, así pues, las cláusulas exorbitantes, son una característica esencial que identifica al contrato administrativo, las cuales se traducen a prerrogativas del Estado, fijadas como condiciones por la Administración Pública, y a las cuales el contratista no tiene otra opción que adherirse (Novillo, 2016, p.18). Por otro lado, Marienhoff, (1998) indica que las cláusulas exorbitantes “son cláusulas que sobrepasan el ámbito de ese derecho dado que serían inusuales o ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual, por ejemplo, la que faculta a la administración a dar instrucciones a su cocontratante” (p.74).

Desde esa perspectiva, Morón (2016), “las capacidades de la administración contractual que ni son estipulaciones contractuales, ni ilícitas en los contratos privados, sino que son manifestaciones del poder de la acción unilateral propias de la Administración Pública y

solo son “desacostumbradas” en los contratos comunes” (p. 591). Asimismo, Osorio 2013 citado por Betancur et al (2017), señala que las prerrogativas exorbitantes, “corresponden a disposiciones normativas previamente definidas por el legislador, y que reflejan políticas estatales de posiciones privilegiadas y ventajosas para una de las partes del contrato estatal, como es la Administración Pública” (p. 13). Por último, Ariño Ortiz citado por Huapaya (2013) prescribe que los privilegios y prerrogativas de la Administración en la contratación son consecuencia obligada de dos factores: 1) la posición jurídica general de la Administración en el Estado modernos y 2) la tutela que el derecho presta a los intereses generales.

En sentido, conforme los autores citados, resulta necesario dar respuesta a la siguiente pregunta **¿Cuál es la incidencia de la regulación de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el marco del T.U.O del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado?** (Pregunta relacionado metodológicamente con el objetivo específico No 1). Al respecto, debe quedar claro que las prerrogativas son parte del contrato administrativo, y se encuentran previamente definidas por el legislador, como condiciones para la Administración Pública, y por la cual el contratista solo adhiere su voluntad, generándose un escenario de desigualdad entre las partes, pues el contratista carga con todas las condiciones que establezca la Administración Pública, por lo que, referida situación es inusual en ámbito de la libertad contractual. Bajo ese análisis, las cláusulas exorbitantes,” lo que hacen es asignar prerrogativas a favor de las entidades públicas, desvirtuando la naturaleza propia de lo que se conoce como cláusulas de un contrato” (Medina, 2016, p.42).

Así pues, conforme el apartado precedente las cláusulas exorbitantes, no se encuentran dentro del concepto de cláusula, debido a que no corresponde a un producto de creación

voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son mandatos imperativos previamente definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad y hacen nugatorio el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público (Osorio, 2013, p.106). En definitiva, “la aplicación de cláusulas exorbitantes en materia contractual pública debe ser excepcional y justificada, sólo sobre supuestos sustanciales en los que se vea inmerso el contratista y pueda generar una afectación grave a la entidad pública contratante” (Correa, 2019, p.40). Es decir; la aplicación de las cláusulas exorbitantes, deben ser excepcionales y bajo supuestos donde se pueda generar alguna afectación a la entidad contratante, de modo que, no puede justificarse el uso de cláusulas exorbitantes cuando generen una variación a las prestaciones correspondientes y recíprocas, trayendo como consecuencia una alteración en contra del contratista, tampoco para la validación de conductas desproporcionales, no obstante, la realidad demuestra que, el uso de prerrogativas exorbitantes no encuentran justificación en su regulación y son estipuladas de manera desproporcional.

De igual manera, resulta importante mencionar que conforme señala Villavicencio (2018) citando al profesor Sánchez Morón (2017), algunas de las prerrogativas más resaltantes de la Administración Pública, se manifiestan de la siguiente manera: La potestad de modificar unilateralmente las prestaciones del contrato: Prerrogativa ejercida en base a las facultades de *ius variandi* que ostenta el Estado; sin embargo, debe señalarse que esta potestad tiene límites derivados de criterios de razonabilidad, ya que de otro modo no existirían incentivos suficientes para que los particulares contraten con el Estado. Respecto a ello, la Administración Pública, debe justificar su actuar en razón al interés público propiamente, y en base a criterios de razonabilidad. Así tenemos, a luz del artículo

178.2 del D.S. N°377- 2019-EF, al señalar que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra, referida situación afecta económicamente al contratista, al tener que soportar una carga económica, debido a la falta de pago por parte de la entidad contratante, máxime, si para que el contratista pueda suspender la obra, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas.

Por otro lado, los entrevistados concuerdan en señalar que; el uso de las cláusulas exorbitantes en el marco de la contratación estatal, se debe encontrar regulada en la normativa, así como, encuentran su justificación en el interés público. Sin embargo, conforme los párrafos precedentes, se ha demostrado que, el concepto de cláusula encuentra su justificación en la voluntad de las partes contratantes, no obstante, las cláusulas exorbitantes manifestadas a través de prerrogativas exorbitantes, adhieren la voluntad del contratista a condiciones previamente establecidas. Así pues, concordante con la opinión del entrevistado Santos Urtecho (2020), quien sostiene que una adecuada regulación normativa debe permitir que la entidad contratante no se aproveche indebidamente de la licencia que le otorga el reglamento de las leyes de contrataciones del Estado, para no pagar puntual u oportunamente su contraprestación.

Definitivamente, las prerrogativas encuentran su justificación en un régimen legal determinado y a las que se remite la Administración Pública en su actuar contractual, y que por mandante legal le han sido otorgadas, no obstante, rompen con el principio de igualdad en la contratación, pues determinan un plano de desigualdad superior frente al

contratista. Siendo lo correcto, que en el marco contractual, debe ponderarse el interés del contratista en equivalencia de condiciones de la Administración Pública, de acuerdo a los principios de igualdad y libertad contractual, máxime, si ha quedado claro la participación de los privados en la contratación administrativa, como una necesidad de contar con su colaboración por insuficiencia de sus recursos y el apoyo para cumplir con sus objetivos.

Objetivo específico No 2: Analizar el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato y su relación con la contratación pública.

Los instrumentos utilizados para el desarrollo del presente apartado se condicen a la matriz de triangulación de la opinión de expertos, así como la guía de opiniones de OSCE. Siendo así, como punto de partida de discusión del objetivo, se ha considerado pertinente iniciar con las principales cuestiones doctrinarias. El principio del equilibrio económico financiero del contrato ha venido a aparecer en el Derecho, bajo esta denominación, precisamente vinculado con la contratación con el Estado. No tiene expresión puntual en la contratación privada regida exclusivamente por el código civil, aunque, el equilibrio contractual sea plenamente admitido por la doctrina en el marco del principio de equivalencia de las prestaciones en cualquier contrato conmutativo (Santisteban de Noriega & Loredo, 2006, p. 40). Así pues, su surgimiento se contrae a la jurisprudencia francesa, pues “al advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos (...)” (Rodríguez, 2011, p. 62).

En ese sentido, tenemos que Rodríguez (2011) citando a Marienhoff (1998) define al principio del equilibrio económico financiero del contrato como una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)” (p.57).

Asimismo, el principio económico de los contratos administrativos, consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que restablezca el equilibrio económico del contrato (Aponte & Gamarra, 2011, p, 425).

En relación a lo antes explicado, se concluye que, la relación que existe entre el principio del equilibrio económico financiero del contrato y las contrataciones del Estado, es de forma inmediata y directa, pues, tiene como principal propósito equiparar la relación contractual entre el contratista y el Estado, ello debido a la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de la administración pública. De igual manera, el equilibrio económico financiero del contrato, busca que las prestaciones inicialmente pactadas se vean satisfechas hasta el final del vínculo contractual. Así pues, la justificación de la existencia del principio del equilibrio económico en los contratos administrativos, se encuentra en los fines de interés público que tienen los contratos administrativos y en el carácter de colaborador del cocontratante de la administración, que obligan a concluir que el patrimonio del cocontratante no puede ser sacrificado y que, a la vez debe darse una equivalencia honesta entre las prestaciones (Escola citado por Rodríguez 2011, 70).

Ahora bien, habiendo explicado la justificación de la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato. Corresponde analizar el surgimiento del equilibrio contractual en la legislación peruana. Al respecto, el equilibrio contractual no encuentra una regulación expresa de su concepción en la normativa de contratación estatal peruana, como si lo hace la legislación colombiana a través de la ecuación contractual, en la Ley 80 de 1993- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (esta ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales) indica en su artículo 27°- De la Ecuación Contractual: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. (...)”. Es así que, la legislación colombiana ha conceptualizado el equilibrio económico financiero del contrato a través de la ecuación contractual, con el fin de ajustar la relación contractual entre el Estado y el contratista, respecto a prestaciones y condiciones propias del contrato.

En relación a lo antes explicado, en la normativa peruana no existe una regulación taxativa en cuanto a la concepción del equilibrio económico en la contratación estatal, sin embargo, es preciso señalar que, la Ley de Contrataciones del Estado señala en su artículo 34°. Modificaciones del 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”. Entonces, la normativa peruana, si bien no lo establece taxativamente, si aborda la noción del equilibrio económico al

referirse a que las modificaciones al contrato no afecten la justa equivalencia entre la prestación pactada y su respectiva contraprestación, a razón del principio de equidad.

En cuanto, a la tratativa jurisprudencial del principio del equilibrio económico del contrato, ha sido desarrollado en la justicia arbitral, así tenemos que Villavicencio (2018) en su trabajo de investigación titulado “ *El principio de equilibrio económico financiero del contrato en la ley de contrataciones del Estado* ” trae a colación el Laudo Arbitral emitido el 04 de octubre del 2005, en el proceso seguido por el Consorcio COSAPI – TRANSLEI contra PROVIAS Departamental, donde el Consorcio COSAPI, señala el quebrantamiento del principio del equilibrio económico financiero del contrato debido al alza de precios de hidrocarburos, por lo cual solicitaba como pretensión el reconocimiento de pago de costos mayores de obra. Al respecto, el Tribunal Arbitral, señaló declarar infundada la pretensión de la demanda, toda vez que, no se podría exigir el pago a la Entidad de un rubro que no fue establecido en el contrato y que no esté conforme a la voluntad de las partes, ello en atención a la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato.

Por otro lado, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), ha tratado sobre el principio del equilibrio económico financiero del contrato, a través de sus pronunciamientos, así tenemos la de Opinión de OSCE N°048-2020/DTN de fecha 08 de julio de 2020, donde el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), aborda la aplicación del equilibrio económico, a razón de las siguientes situaciones: i) ¿La entidad puede exigir el cumplimiento de un presupuesto o requisito no establecido en el contrato o en las bases de contratación? y ii) ¿Unilateralmente, durante la ejecución del contrato se puede modificar su contenido? Al respecto, el organismo rector concluye, que: el contratista debe cumplir con la totalidad de las obligaciones contempladas en el

documento que contiene el contrato, los documentos del procedimiento de selección, la oferta ganadora, y los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. Contrario sensu, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no se deriven de alguno de los documentos antes mencionados. El contenido de un contrato celebrado en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado sólo puede ser modificado unilateralmente por la Entidad, en el supuesto en que ésta última hubiese ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones. Cabe precisar que la Entidad, para viabilizar esta modificación contractual, debe observar las formalidades, requisitos y procedimiento establecidos en la Ley y el Reglamento.

En tal sentido, estos supuestos de alteración del contrato, no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; no obstante, en caso suceda la alteración al referido principio, la parte beneficiada debe reconocer el restablecimiento del equilibrio, en relación al principio de equidad. Se advierte que, se reconoce al principio de equilibrio económico del contrato equiparable al principio de equidad, debido a que ambos principios se fundamentan en la igualdad de las partes en la relación contractual, por lo cual se debe recompensar a quien resulte perjudicado, con el propósito de equilibrar la relación contractual.

Asimismo, en la Opinión de OSCE N°182-2017/DTN de fecha 25 de agosto de 2017, que versa sobre: i) Se puede solicitar el reajuste de la remuneración mínima vital en la etapa contractual, ello en razón a la entrada en vigencia del nuevo salario mínimo; ii) El contratista puede solicitar la restitución del monto de la remuneración mínima vital ; iii) El contratista podrá solicitar vía enriquecimiento indebido la restitución de la remuneración mínima vital; iv) Luego de suscrito el contrato, la entidad contratante está

obligada al reajuste, y v) La entidad se encuentra en la obligación de realizar la adenda al contrato por cambios en la remuneración vital. Al respecto, se concluye que, la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato a razón del reajuste económico del contrato; es decir, lo que se busca es que el contratista y la entidad contratante mantengan una justa equivalencia entre prestación y contraprestación en la relación contractual, de modo que el contratista no se va perjudicado por el incremento del monto de la remuneración mínima vital que ha sido aumentada, evitando un enriquecimiento indebido a favor de la entidad, perjudicando económicamente al contratista.

Con base a lo antes explicado, resulta necesario dar respuesta a lo siguiente **¿Es adecuada la aplicación del Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato en la contratación pública?** (Pregunta relacionado metodológicamente con el objetivo específico No 2). Conforme los párrafos precedentes, la doctrina del equilibrio económico financiero del contrato, se basa en las normas de la justicia conmutativa (el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada) y la justicia distributiva (el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de una obra o servicio público). (Santisteban de Noriega & Loredo, 2016, 48). De igual manera, los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones; es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad ente las obligaciones de cada una de las partes, generando una correspondencia de unas con otras.

En ese sentido, el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, al prescribir que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora

la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra; altera la referida ecuación contractual dado el quebrantamiento del equilibrio contractual, pues durante el tiempo que duren impagas las 3 valorizaciones consecutivas, el contratista debe continuar ejecutando la obra con sus propios recursos, generándole un perjuicio económico; en ese escenario, la entidad contratante no cumple a la correspondencia de las prestaciones iniciales; esto es, el contratista cumple con la prestación de ejecutar la obra, en consecuencia la entidad debe cumplir con efectuar los pagos correspondientes por la ejecución de la obra, dado el carácter sinalagmático del contrato administrativo de obra, como ya se ha señalado; lo que implica que debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras, durante la ejecución y la finalización del contrato.

Ante ello, la regulación normativa artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, no ha tenido en consideración el principio del equilibrio económico, el mismo que se circunscribe al principio de igualdad y equidad, principios acogidos por la normativa de contrataciones. Por otro lado, las respuestas de los entrevistados, coinciden en señalar que, el principio de equilibrio económico financiero del contrato es acogido por la contratación estatal, debido a que busca mantener una equivalencia entre el contratista y la entidad en el marco de la ejecución contractual, de modo que la reciprocidad de las prestaciones se vea satisfecha. De ahí que, el principio del equilibrio económico financiero del contrato mantiene una vinculación directa con el principio de equidad, conforme la propia normativa de contratación pública lo vincula, puesto que, se busca durante la ejecución del contrato se mantenga una justa equivalencia entre las prestaciones pactadas y su correspondiente contraprestación.

En suma después de todos los aportes realizados en esta discusión, se determina que si bien la normativa de contratación pública ha incluido al principio del equilibrio económico financiero como el fundamento para lograr una justa equivalencia entre lo que se ejecuta y lo que se percibe como consecuencia de ello, en el caso del artículo 178.2 del D.S.N°377-2019-EF, no se materializa el referido principio, en tanto que impide al contratista suspender la ejecución de un contrato mientras no se le adeuden tres valorizaciones consecutivas, obligándolo a solventar la ejecución de una obra con recursos propios, ocasionando la ruptura de la ecuación contractual, que busca que las prestaciones inicialmente acordadas se ven satisfechas hasta el final del vínculo contractual; es decir, una equivalencia recíproca entre las prestaciones. Así como, se debe tener en cuenta el carácter de colaborador del contratista, que obligan a concluir que el patrimonio del cocontratante no puede ser perjudicado.

Objetivo específico No 3: Determinar la necesidad de una equitativa regulación normativa respecto los alcances del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF.

Los instrumentos utilizados para el desarrollo del presente apartado se condicen a la matriz de triangulación de la opinión de expertos, así como la guía de análisis de casos prácticos. En ese sentido, se tiene que, a través de la suscripción del contrato de ejecución de obra, el Estado busca contar oportunamente con la infraestructura contratada, con el propósito de satisfacer un interés público, por su parte, el contratista busca obtener un lucro a razón de la adjudicación de la obra (Alarcón, 2015) por En ese sentido, “el equilibrio económico financiero del contrato se constituye en una garantía, para que el contrato alcance esa doble finalidad indesligable a la que se ha hecho alusión inicialmente (Alarcón, 2015, p. 279).

Ahora bien, como punto de partida el 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, prescribe para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra. En ese sentido, del apartado precedente todos los entrevistados han coincidido en señalar que, no consideran acertada la regulación normativa acerca de la suspensión de la ejecución de obra en caso la entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones consecutivas, pues resulta incongruente, así como desproporcional por tanto afecta el principio de equidad.

Por consiguiente, resulta necesario citar el artículo 142. 7 del D.S. N°377-2019-EF que señala “Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta la culminación de dicho evento (...)”. Aunado a ello, la Opinión OSCE 053-2018/DTN prescribe, que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la suspensión del plazo de ejecución de la obra en caso se produzca eventos no atribuibles a las partes que paraliquen la obra. Así pues, los eventos no atribuibles a las partes deben ser entendidos como aquellos acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes que producen la paralización de la obra; en tal sentido no son imputados a ninguna de ellas.

En ese contexto, conforme el 142. 7 del D.S. N°377-2019-EF y el organismo de las contrataciones del Estado (OSCE), la suspensión del plazo de ejecución de la obra se produce en aquellos casos donde se generen eventos no atribuibles a las partes, entonces, bajo esa lógica el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, es incongruente con la propia

normativa de la contratación estatal, ya que, el referido precepto normativo suspende la ejecución de la obra, a raíz del actuar propio de la entidad estatal, debido a que no cumple con el pago de 3 valorizaciones consecutivas. Entonces, no estamos ante un evento atribuible a las partes, por el contrario, la suspensión del plazo de ejecución se debe al incumplimiento de pago por parte de la entidad; es decir, corresponde a la propia voluntad de una de las partes. Así pues, conforme señala el entrevistado Freitas (2020), implícitamente se ha aumentado una causal para la suspensión del contrato, y esta es cuando exista una demora en el pago atribuible a la entidad. Y es que, si recordamos lo que señala el reglamento, la suspensión es viable siempre que no sea una causa atribuible a las partes.

De la misma manera, el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF no es acertado, en tanto que, resulta desproporcional, pues no existe justificación técnica para suspender el plazo de ejecución de obra recién a partir de la acumulación de 3 valorizaciones consecutivas. Así tenemos que, la proporcionalidad es un elemento esencial en cualquier norma jurídica y ordenamiento jurídico, por eso, en sentido estricto, busca que, “la acción estatal en cualquier de sus formas de expresión posible (acto administrativo, norma, resolución judicial) debe ser útil, necesaria y proporcionada” (Barnes, 1994, p.501).

En efecto, “en el Estado de derecho, el principio de proporcionalidad es una garantía para los particulares de que la actuación estatal no obedecerá al capricho del funcionario público, sino que será necesario para obtener un fin legítimo del Estado” (Martínez & Lea, 2011, p. 237). De la misma forma, el principio de proporcionalidad, sirve como parámetro para el restablecimiento de medidas restrictivas de derechos o intereses de cuya titularidad gozan los particulares, administrados o cualquier otro destinatario de la autoridad del Estado, en las diferentes categorías de su actividad, ya sea a nivel

legislativo, judicial o administrativo, cuya fuente de competencia este orientada al ejercicio de facultades discrecionales (Enríquez, 2015, p. 31).

En ese sentido, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, se busca obtener un parámetro a nivel legislativo, en cuanto a la regulación normativa del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, que suscribe la suspensión del plazo de ejecución a raíz de la acumulación de 3 valorizaciones impagas, pudiendo ser por lo menos 2 o hasta 1 valorización impaga para proceder a la suspensión, pues, recordemos que una condición para convocar la ejecución de una obra, previamente la entidad contratante, debe haber presupuestado los recursos. Precisamente, el artículo 19 de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, prescribe que: “Es requisito para convocar un procedimiento de selección, bajo sanción de nulidad, contar con la certificación de crédito presupuestario, de conformidad con las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público”. Aunado a ello, la Opinión OSCE 096-2018/DTN, suscribe que la figura de la certificación presupuestal, la cual resulta necesaria para poder convocar un procedimiento de selección. Siendo así, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones continuas para recién poder suspender la ejecución.

En relación a lo antes explicado, es preciso citar el principio de equidad, principio que rige las contrataciones, pues acorde el artículo 1° de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, “i) 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 gestión del interés general”. En ese sentido, la ley busca lograr una justa equivalencia entre la prestación y la contraprestación de manera que se eviten situaciones que privilegien a una de las partes en desmedro de la

otra, como la que se advierte con la imposibilidad de suspender la ejecución de una obra si es que el Estado no adeuda 3 valorizaciones continuas.

Con relación, al análisis de casos prácticos, a través de la resolución de Alcaldía N°274-2018-MDH de fecha 15 de marzo de 2018, se resolvió aprobar la suspensión de plazo de ejecución de obra debido a la acumulación de 3 valorizaciones consecutivas de obra, en la ejecución de obra denominada “MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO DE LOS NIVELES PRIMARIA Y SECUNDARIA EN LA I.E No 80081 JULIO GUTIÉRREZ SOLARI EN EL CENTRO POBLADO EL MILAGRO SECTOR P.I, DISTRITO DE HUANCHACO, PROVINCIA DE TRUJILLO- LA LIBERTAD”, donde mediante Carta N°036-2018-CDN-LCL de fecha 01 de marzo del 2018, el representante legal de CONSORCIO DEL NORTE, Sr. Luis Fernández Acosta Calderón, solicita el pago de valorización, argumentando su pedido en que existe tres valorizaciones consecutivas pendientes de pago, correspondientes a los meses de noviembre (valorización N°05), diciembre (valorización N°06), enero (valorización N°07), para lo cual otorgó un plazo no mayor a diez (10) días, bajo apercibimiento de suspensión de ejecución de la obra, con el consecuente pago de mayores gastos generales. Bajo el estudio del análisis de caso práctico, se evidencia el surgimiento de situaciones donde se debe suspender el plazo de ejecución de obra, debido a la falta de pago por parte de la entidad contratante.

Con base a lo antes explicado, resulta necesario dar respuesta a la siguiente **¿Es necesaria la implementación de una equitativa regulación normativa respecto los alcances del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF?** (Pregunta relacionado metodológicamente con el objetivo específico No 3). En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado, no regula adecuadamente la figura de la suspensión de la ejecución de una obra al

supeditarla al adeudo de 3 valorizaciones continuas, afectando con el ello al contratista, al imponer un sobrecargo económico. En efecto, el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, altera la ecuación contractual, pues al prescribir que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra. Ante ello, hay un quebrantamiento al equilibrio contractual, pues durante el tiempo que duren impagas las 3 valorizaciones consecutivas, el contratista debe continuar ejecutando la obra con sus propios recursos, generando un perjuicio económico, máxime, si para que el contratista pueda suspender la obra, necesita de la acumulación de 3 valorizaciones consecutivas, entonces, la entidad contratante no cumple a la correspondencia de las prestaciones iniciales; esto es, el contratista cumple con la prestación de ejecutar la obra, por consiguiente la entidad debe cumplir con el pago correspondiente. Aunado a ello, resulta importante la figura de la certificación presupuestal, la cual resulta necesaria para poder convocar un procedimiento de selección. Siendo así, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones continuas para recién poder suspender la ejecución.

En ese sentido, el artículo bajo estudio ha demostrado alterar la ecuación contractual, asimismo, resulta incongruente con la propia normativa de las contrataciones del Estado, por último, es desproporcional en cuanto a la regulación de la suspensión del plazo de ejecución con el pago de 3 valorizaciones consecutivas.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

PRIMERO. El vigente marco contractual de ejecución de obra pública, no considera el interés del contratista en equivalencia de condiciones con la Administración Pública, de acuerdo a los principios de igualdad y libertad contractual, teniéndose en cuenta que la participación de los privados en la contratación administrativa se traduce en una relación de colaboración por insuficiencia de sus recursos y el apoyo para cumplir con sus objetivos.

SEGUNDO. Las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S.N°377-2019-EF, alteran el principio de igualdad, pues determinan un plano de desigualdad superior frente al contratista, donde este último solo adhiere su voluntad a las condiciones previamente establecidas, lo que ocasiona que el contrato de ejecución de obra resulte desigual para el contratista. Asimismo, el uso de las cláusulas exorbitantes en materia contractual pública deben ser utilizadas de manera excepcional y justificada, sólo sobre supuestos sustanciales.

TERCERO. El principio de equilibrio económico financiero se justifica en la ecuación contractual, donde se desarrolla como un lineamiento que se establece al celebrar el contrato de obra, pues deben permanecer equivalentes las prestaciones hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia se altera el equilibrio de coexistencial.

CUARTO. El artículo 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF, alterar la ecuación contractual, pues durante el tiempo que duren impagas las 3 valorizaciones consecutivas, el contratista debe continuar ejecutando la obra con sus propios recursos, generando un perjuicio económico. Siendo así, la entidad contratante no cumple a la correspondencia de las

prestaciones iniciales, asimismo, resulta incongruente con la propia normativa de las contrataciones del Estado, por último, es desproporcional en cuanto a la regulación de la suspensión del plazo de ejecución con el pago de 3 valorizaciones consecutivas.

CAPÍTULO VI. RECOMENDACIONES

6.1. A raíz de la investigación realizada, se recomienda la modificación del artículo 178.2 del D.S.N °377-2019-EF de la siguiente manera:

178.2. El contratista puede suspender la ejecución de la prestación en caso la Entidad no cumpla con el pago de una valorización; para tal efecto, el contratista requiere mediante comunicación escrita que la Entidad pague la valorización pendiente en un plazo no mayor de diez (10) días. Si vencido el plazo el incumplimiento continúa, el residente anota en el cuaderno de obra la decisión de suspensión, que se produce al día siguiente de la referida anotación.

CAPÍTULO VII. REFERENCIAS

- Acosta, M., Pardo, F., Salamanca, N. & Torrado, L. (2009). Equilibrio económico del contrato estatal y riesgo contractual en la ley 1150 de 2007. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana].
- Alarcón, A. (2015). La función garantista del equilibrio económico financiero en el contrato de obra pública. *En Revista Derecho & Sociedad*, (44), 279-284. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/14411/15025>.
- Aponte, E. & Gamarra, M. (2011). El Hecho del Príncipe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos. *En REVISTA IUSTITIA*, (9), 421-437. [file:///C:/Users/Moreno/Downloads/DialnetElHechoDelPrincipeComoCausalDeRompimientoDelEquili-5978963%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/Moreno/Downloads/DialnetElHechoDelPrincipeComoCausalDeRompimientoDelEquili-5978963%20(6).pdf)
- Araujo, R. (2011). *La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?* Editorial Universidad del Rosario. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=JlwyDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR11&dq=La+Ley+1150+de+2007+%C2%BFUna+respuesta+a+la+eficacia+y+transparencia+en+la+contrataci%C3%B3n+estatal%3F+&ots=jw6m_WsgHo&sig=vfr11kTcxjRyVWDNH0zdiCbPQms#v=onepage&q=La%20Ley%201150%20de%202007%20%C2%BFUna%20respuesta%20a%20la%20eficacia%20y%20transparencia%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%3F&f=false
- Arenas, V. (2017). *La Ejecución Contractual en la Gubernatura Regional del Cusco y la Ley de Contrataciones del Estado Periodo 2016*. [Tesis de pregrado, Universidad Andina del Cusco.] http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/1297/1/Victor_Tesis_bachiller_2017.pdf
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración pública*, (135), 495-538. <file:///C:/Users/Moreno/Downloads/Dialnet-IntroduccionAlPrincipioDeProporcionalidadEnElDerec-17251.pdf>
- Barra, R. (1984). *Contrato de obra pública*. Ed. Ábaco de R. DEPALMA.
- Barriga, S. (2019). *Los Principios en el Derecho* [Trabajo académico, Pontificia Universidad Católica del Perú] http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16267/BARRIGAS_ALBIS_SIXTO_JOSEPH.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Editorial DEPALMA.
- Betancur, G., Londoño, C., & Múnera Rendón, M. (2017). Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal. *Nuevo Derecho*, 13(21), 111-146. <file:///C:/Users/Moreno/Downloads/Dialnet-LasClausulasExcepcionalesEnLaContratacionEstatal-6364087.pdf>

- Bisquerra, D. (1996). *Investigación cualitativa*. Editorial Morata.
- Burbano, N. (2020). *Causales de ruptura del equilibrio económico financiero del contrato estatal*. [Tesis de posgrado. Universidad Santo Tomás] <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/27833/2020nathaliaburbano1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cabanellas, G. (1962). *Diccionario de Derecho Penal*. Editorial Omeba.
- Campos, A., & Hinostroza, M. (2008). El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de Derecho Administrativo*, (5), 297-308. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14509>
- Canal, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 143-161. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5640676>
- Cassagne, J. (1999). *El contrato administrativo*. Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. (2002). *El equilibrio económico del contrato estatal*. Editorial Buenos Aires.
- Castañeda, M. (2012). La imprevisión en los contratos: la cláusula rebus sic stantibus como excepción al principio pacta sunt servanda. *Revista de la facultad de derecho de México*, 62(258), 203-228. <file:///C:/Users/Moreno/Downloads/60729-175932-1-PB.pdf>
- Castro, K. (2016). La responsabilidad contractual del Estado y el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de ejecución de obra. [Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador] <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5099>
- Céspedes, A. (2006). La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=La+potestas+variandi+de+la+Administraci%C3%B3n+P%C3%BAblica+en+los+contratos+de+concesiones+de+obras+y+servicios+p%C3%BAblicos&btnG=
- Chávez, Z. (2013). La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos. Aspectos legales en los negocios. *XVII Congreso Internacional en Ciencias Administrativa*, Cuernavaca, México. <https://repositorio.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/15199/TESIS%20MAESTRIA%20DEF%202018.pdf?sequence=5>
- Correa, J. (2019). *Equilibrio, onerosidad y desproporcionalidad en los contratos públicos; efectos y protección. El equilibrio contractual en representación del principio “rebus sic stantibus” frente a la materialización del principio “pacta sunt servanda” en la autonomía de la voluntad. La nulidad de pleno derecho o reforma del texto, como consecuencia de la presencia de cláusulas excesivamente desproporcionales u onerosas* [Tesis de la Universidad de Azuay. Facultad de Ciencias Jurídicas Carrera y Escuela de Derecho] <http://201.159.222.99/bitstream/datos/9332/1/14974.pdf>

- Coviello, P. (2011). El contrato administrativo: ¿lex interpones o variandi? *Revista de Derecho PUCP*, (66), 169-194 [file:///C:/Users/Moreno/Downloads/3135-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13590-2-10-20170307%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Moreno/Downloads/3135-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13590-2-10-20170307%20(2).pdf)
- Coviello, P. (2015). ¿Contratos Administrativos o Contratos Públicos?: *La actualidad jurídica de los contratos estatales*.
- Daniel et al. (2011). *Metodología de la investigación jurídica*. (2ed). Servicios editoriales.
- Danó J. (2007) “*El régimen de los contratos estatales en el Perú*”. Editorial PALESTRA
- Dávila, G. (2016). Régimen jurídico de la contratación estatal. LEGIS.
- De la Hoz, J. (2011). *Cláusulas exorbitantes del derecho común en la ley No. 737 ley de contrataciones administrativas del sector público*. [Tesis de Maestría, Universidad Centroamericana] <http://repositorio.uca.edu.ni/id/eprint/987>
- De La Puente, M. (1998). *Las “cláusulas exorbitantes”*. En Themis. Lima, Perú.
- De la Puente, M. (2017). *El contrato en general*. Editorial PALESTRA.
- Decreto Supremo N°084-2004-PCM. (29 de diciembre del 2004). Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.
- Decreto Supremo N°377-2019-EF (14 de diciembre de 2019). Ministerio de Economía y Finanzas. Diario Oficial El Peruano.
- Dromi, R. (1973). *Derecho Administrativo*. Editorial ASTREA.
- Dromi, R. (2006). *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Editorial Ciencia y Cultura.
- Enríquez, F. (2015). El principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal. *Diálogos de saberes*, (43), 22-43 <https://revistas.unilivre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/160>
- Escola, H. (1977). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Ediciones DEPALMA.
- Escola, H. (1977). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos Tomo I*. Editorial DEPALMA.
- EXP. N.º 0090-2004-AA/TC (05 de julio 2004). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- Farrando, I. (2006) “Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo”. En: Juan Carlos Cassagne e Ysern Rivero (directores). *La contratación Pública*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi.
- Farrando, I. (2006). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires, Argentina: Lexisnexis.
- Fernández, G. & Ospina E. (2005). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. (7ma). Temis.
- Fernández, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Editorial INEHRM
- Flores, J. (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (53), 67-98. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n53/0718-6851-rdpucv-00403.pdf>

- Flores, O. (2017). Modificación de fichas técnicas del listado de bienes y servicios comunes en subasta inversa electrónica es sancionada con nulidad por el TCE. *En Administración Pública & Control*, (48).
- Fontecilla, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista española de control externo*, 8(24), 135-161.
https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Algunas+consideracion+es+sobre+el+inter%2C3%A9s+p%2C3%BAblico+en+la+Pol%2C3%ADtica+y+el+De+recho&btnG
- Gardías, G. (2002). El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (23).
- Gorbaneff, Y. & Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho*, (31), 67-91.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85112614003>
- Gordillo, A. (1964). *Obra pública y contrato de obra pública. Lecciones y ensayos*, (32), 50.
http://repositorioubu.sisbi.uba.ar/gsd/collect/pderecho/lecciones/index/assoc/HWA_2777.dir/2777.PDF
- Gordillo, A. (1980). *El contrato administrativo de concesión minera*. Editorial CI VITAS.
- Güechá, C. (2006). *Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. Opinión Jurídica*, 5(10), 33-47.
https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Falacia+de+las+cl%C3%A1usulas+exorbitantes+en+la+contrataci%C3%B3n+estatal&btnG=
- Guevara, J. (2009). *El contrato de ejecución de obra pública y su distinción con el contrato por servicios de consultoría de obra*. <file:///C:/Users/Moreno/Downloads/Dialnet-ElContratoDeEjecucionDeObraPublicaYSuDistincionCon-5500750.pdf>
- Guzmán, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. En *Revista de Derecho Administrativo*. Núm.7, 204-216.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022/14644>
- Hernández, J. (2018). *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 de grado, Universidad San Martín de Porres].
<https://repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/3302>
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, L. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta). McGraw-Hill / INTERAMERICANA EDITORES, S.A.
- Herrera, G. (2004). *Los Contratos Administrativos en el Estado de Guerrero*.
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_per_7_dec_sup_084_2004.pdf
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/442338/DS377_2019EF.pdf

- 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 (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *Ius et veritas*, (46), 284-329. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973>
- Jaramillo Ordóñez, H. (1996). *Manual de Contratación Pública*. Loja, Universidad Nacional de Loja.
- Jimbo, M. (2015). *Estudio del principio de igualdad en la contratación pública y su relación con la contratación preferente en los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* [Tesis de Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado. Universidad Andina Simón Bolívar]. [file:///C:/Users/Moreno/Downloads/T1559-MDE-Jimbo-La%20Igualdad%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Moreno/Downloads/T1559-MDE-Jimbo-La%20Igualdad%20(1).pdf)
- Larroumet, C. (1999). *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Editorial Temis.
- Ledesma, G. (2020). *El IUS variandi como potestad de la administración en los contratos administrativos* (Bachelor's thesis, Guayaquil: ULVR, 2020.). https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=EL+IUS+VARIANDI+COMO+POTESTAD+DE+LA+ADMINISTRACI%C3%93N+EN+LOS+CONTRATOS+ADMINISTRATIVOS&btnG
- Linares, M. (2008). *Contratación Pública: Derecho local, internacional y de la Integración*. Editora Jurídica Grijley.
- Linares, M. (2018). *El Contrato Estatal*. Editora Jurídica Grijley.
- López, V. (2015). El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. *Revista chilena de derecho privado*, (25), 115-181. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=EL+PRINCIPIO+DE+EQUILIBRIO+CONTRACTUAL+EN+EL+C%C3%93DIGO+CIVIL+CHILENO+Y+SU+PARTICULAR+IMPORTANCIA+COMO+FUNDAMENTO+DE+ALGUNAS+INSTITUCIONES+DEL+MODERNO+DERECHO+DE+LAS+OBLIGACIONES+EN+LA+DOGM%C3%81TICA+NACIONAL&btnG=
- Lozano, M., & Vargas, A. (2019). El principio de planeación en el contrato de obra pública. *IUSTA*, (51), 185-208. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=El+principio+de+planeaci%C3%B3n+en+el+contrato+de+obra+p%C3%BAblica&btnG
- Magoja, E. (2012). La teoría de la imprevisión: el gobierno de la equidad en la ejecución de los contratos. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=La+teor%C3%ADa+de+la+imprevisi%C3%B3n%3A+el+gobierno+de+la+equidad+en+la+ejecuci%C3%B3n+de+los+contratos&btnG=

- Marienhoff, M. (2000) Tratado de Derecho Administrativo: Contratos Administrativos. Tomo III. 4ta. Ediciones Abeledo-Perrot.
- Marriehoff, M. (1998). Tratado *de Derecho Administrativo*. Editorial Buenos Aires.
- Martínez D., & Leal, A. (2011). Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (19), 223-267.
https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=la+arbitrariedad+en+la+determinacion+de+los+requisitos+para+contrator+con+el+estado&btnG=
- Medina, G. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinión Jurídica*, 5(10), 33-47.
https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=FALACIA+DE+LAS+CL%3%81USULAS+EXORBITANTES+EN+LA+C+O+N+T+R+ATACI%3%93N+ESTATA+L&btnG=
- Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, Vol. XXVI, N° 1: pp. 9-27.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100001
- Mora, R. (2012). El concepto de discrecionalidad en el quehacer de la administración pública. *Justicia juris*, 8(1), 92-105. [file:///C:/Users/Moreno/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeDiscrecionalidadEnElQuehacerDeLaAdmini-4200068%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Moreno/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeDiscrecionalidadEnElQuehacerDeLaAdmini-4200068%20(1).pdf)
- Moreno, J. (2015). Principios generales de la contratación pública en el reciente Derecho Internacional, europeo y de América Latina. En *Revista Derecho & Sociedad*, (44), 55-64.
- Morón, J. (2016). La contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado. GACETA JURÍDICA.
- Muñoz, J. (2011). Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Derecho PUCP*, (66), 29-54.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3146>
- Nieto, J. (2016). El enfoque de la nueva normativa en materia de contratación estatal ¿Un nuevo horizonte o más de lo mismo? A propósito de la nueva Ley N°30225 y su Reglamento". *En Administración Pública & Control*, (25).
- Novillo, A. (2016). Las cláusulas exorbitantes en el contrato administrativo y su incidencia en el principio de igualdad jurídica. [Tesis de pregrado. Universidad de los Andes]
<http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/6383/1/UDLA-EC-TAB-2016-97.pdf>
- Osorio, N. (2013). Clausulas Excepcionales en la Actividad Contractual de la Administración Pública: Autonomía de la Voluntad o Imposición del Legislador, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 95- 108

<file:///C:/Users/Moreno/Downloads/3687-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13230-1-10-20140307.pdf>.

- Páez, D. (2012). *Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador*. [Tesis para la obtención de título de abogada. Universidad Santo Tomas] <http://192.188.53.14/bitstream/23000/1906/1/105486.pdf>
- Palacio, Juan. (2010) *La contratación de las entidades estatales*. Librería Jurídica Sánchez R- Medellín.
- Reglamento de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado (31 de diciembre de 2018). Ministerio de Economía y Finanzas. Diario oficial El Peruano. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/264496/DS344_2018EF.pdf
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Derecho PUCP*, (66),55-87. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3126>
- Rojas, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho procesal Administrativo*. Edilex. S.A.A.
- Saba, R. (2011). Igualdad de trato entre particulares. *Lecciones y Ensayos*, 89, 217-276. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/saba-roberto-p-igualdad-de-trato-entre-particulares.pdf>
- Salazar, R. (2004). La Contratación de la Administración Pública en Función de los Intereses Involucrados en cada Contrato. *Derecho & Sociedad*, (23), 36-42. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16841>
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. NPECCP – CENALES.
- Santa, J. (2015) *Pacta Sunt Servanda Rebus Sic Stantibus- La Crisis Presente, la Autonomía de la Voluntad y la Operatividad de la Cláusula Rebus Sic Stantibus*. [Universidad del país Vasco] <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/17905/Jorge%20Eliecer%2C%20Santa%20Ospina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Santisteban de Noriega, J. & Loredo, A. (2006). El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública. *IUS ET VERITAS*, 16(33), 32-54. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12339>
- Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmática del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (1). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>
- Suarez, J. (2012). El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegato antipositivista. <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n22/v12n22a05.pdf>

- Uvalle, R. (2008). Gobernabilidad, transparencia y reconstrucción del Estado. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 50(203), 97-116. <file:///C:/Users/Moreno/Downloads/14387-Texto%20del%20art%C3%ADculo-57244-1-10-20151124.pdf>
- Villavicencio, L. (2018). *El Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato en la Ley de Contrataciones del Estado*. [Tesis de Maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/11928>
- Viveros, F. (1998). La participación de la sociedad civil en acciones de interés público. *Ciudadanía e interés público. Enfoques desde el derecho, la ciencia política y sociología*, 153-212. https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=LA+PARTICIPACION+DE+LA+SOCIEDAD+CIVIL+EN+ACCIONES+DE+INTERES+PUBLICO.&btnG=
- Yañez, A. (2018). *La mala fe del contratista, como supuesto de inexistencia de la ruptura del equilibrio económico financiero y de enriquecimiento sin causa, en la ejecución de adicionales de obra en el ámbito de los gobiernos locales* [Tesis para optar por el Título Profesional de Abogada, Universidad Católica San Pablo] https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UCSP_e4f1c7367df2b2444bb5c84e348b2bba
- Zambrano, E. (2009). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. En *Revista de Círculo de Derecho Administrativo*. <file:///C:/Users/Moreno/Downloads/14018-Texto%20del%20art%C3%ADculo-55816-1-10-20151012.pdf>

CAPÍTULO VIII. ANEXOS

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS	VARIABLES	MARCO TEÓRICO (ESQUEMA)	DIMENSIONES	MÉTODOS
<p>Problema general ¿De qué manera las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden en el principio del equilibrio económico financiero del contrato?</p>	<p>Hipótesis general Las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden negativamente en el principio del equilibrio económico financiero del contrato, ya que, la discrecionalidad normativa a favor del Estado, genera una ruptura económica; en consecuencia, un desequilibrio en la relación contractual.</p>	<p>Objetivo general Determinar de qué manera las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden en el principio del equilibrio económico financiero del contrato.</p>	<p>V1. Independiente Las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF</p>	<p>Contextualización teórica y de las prerrogativas en el marco de las contrataciones.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Contrato administrativo - Carácter sinalagmático - Potestades y prerrogativas - Contrato de obra pública - Fases de la Contratación 	<p>Diseño Descriptiva-explicativa</p> <p>Población Especialistas en contrataciones del Estado, derecho contractual y derecho administrativo.</p> <p>Muestra Especialistas</p> <p>Técnicas Ficha Técnica</p> <p>Instrumentos</p>

<p>Problemas Específicos ¿Cuál es la incidencia de la regulación de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el marco del T.U.O del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado?</p> <p>¿Es adecuada la aplicación del Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato en la contratación pública?</p>	<p>Hipótesis Específicas Las cláusulas exorbitantes que la presente investigación analiza, se encuentran reguladas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF y no pueden ser cuestionadas por el contratista, lo que ocasiona que el contrato de ejecución de obra resulte asimétrico para el contratista, puesto que, la mencionada regulación normativa es favorable al Estado.</p> <p>No es adecuado la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato en la contratación pública, ya que el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, es</p>	<p>Objetivos Específicos Analizar la incidencia de las cláusulas exorbitantes de la administración pública en el marco del T.U.O del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado.</p>	<p>V2. Dependiente Principio del equilibrio económico financiero del contrato</p>	<p>Concepción, desarrollo y contraste del principio de equilibrio económico financiero del contrato.</p>	<p>- Ecuación económica contractual - Teorías sobre el principio económico. - Clasificación del principio.</p>	<p>Análisis de Documentos</p> <p>Métodos de Análisis de Investigación Inductivo- Deductivo Analítico Descriptivo Estadístico</p>
--	--	---	---	--	--	---

<p>¿Es necesaria la implementación de una equivalente regulación normativa respecto los alcances del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF?</p>	<p>desproporcional, pues el requisito de continuidad resulta injustificado, además, referido precepto normativo genera la disvinculariedad de prestaciones recíprocas, las cuales resultan ser de obligatorio cumplimiento para las partes intervinientes, razón por la cual ante la imposibilidad de pago por parte de la entidad contratante, se genera la ruptura de la ecuación contractual.</p> <p>Es necesaria la implementación de una equivalente regulación normativa respecto los alcances del 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, debido a que, la Administración Pública</p>	<p>Analizar el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato y su relación con la contratación pública.</p>				
---	--	---	--	--	--	--

<p>MATRIZ DE CONSISTENCIA</p>	<p>se encuentra en posición privilegiada, razón por la cual la normativa vigente, debe tener en cuenta la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato, puesto que busca una equivalencia en las prestaciones que celebran las partes en un contrato administrativo.</p>	<p>Comprender e interpretar la necesidad de una equivalente regulación normativa respecto los alcances del artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF.</p>				
--------------------------------------	---	---	--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia del investigador.

INSTRUMENTO: GUÍA DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA PARA EXPERTOS EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

I.	<p>DATOS GENERALES DEL ENTREVISTADO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nombre: • Cargo/ Institución: • Experiencia laboral/ Académica:
<p>PROBLEMÁTICA PLANTEADA: La problemática a investigar está referida al artículo 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF, que prescribe que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra.</p> <p>En esa investigación, se cuestiona la proporcionalidad de dicha estipulación legal, pues por ejemplo contraviene el principio de “quien puede lo más, puede lo menos” en referencia a que, si la entidad adeuda 1 sola valorización, el contratista puede aperecibirla con resolver el contrato (lo más) si es que no se la cancela dentro de los 15 días siguientes, pero sin embargo no podría suspender la ejecución (lo menos) pues para ello se requiere el adeudo de 3 valorizaciones continuas. Igualmente, se cuestiona el requisito de continuidad, pues puede generar un incentivo perverso, en el sentido que, por ejemplo, la entidad puede adeudar las valorizaciones de setiembre, octubre y noviembre y en enero (cuando habría caído en mora la entidad) al requerir el pago de las mismas, la entidad podría pagar la valorización de noviembre y con ello el contratista tendría que volver a contar de cero. De igual manera, se cuestiona la pertinencia de esta exigencia, teniendo en cuenta que el contrato de obra es uno de prestaciones recíprocas y como tal, el incumplimiento de la contraprestación no obliga al acreedor a continuar cumpliendo con su prestación; esto en referencia a que un requisito para CONVOCAR a un procedimiento de selección es que se cuente con la respectiva CERTIFICACIÓN PRESUPUESTAL, entonces, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones CONTINUAS para recién poder suspender l.</p> <p>En ese contexto se ha planteado el siguiente problema de investigación: ¿DE QUÉ MANERA LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 178.4 DEL D.S. N°377-2019-EF INCIDEN EN EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO?</p>	
<p>OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: El presente instrumento tiene como propósito, determinar si el legislador ha realizado una adecuada regulación del artículo D.S. N°377-2019-EF y su incidencia del principio de equilibrio económico financiero del contrato.</p>	
ÍTEMS	
<p>Pregunta No 1: ¿Considera acertada la regulación normativa acerca de la suspensión de la ejecución de obra en caso la Entidad no cumpla con el pago de tres (3) valorizaciones consecutivas? ¿Por qué?</p>	
<p>Pregunta N°2: ¿Considera usted que resulta necesario realizar una modificación 178.2 del D.S. N°377-2019-EF? ¿Por qué?</p>	

<p>Pregunta N°3: ¿Considera usted que el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF mantiene una vinculación con el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato?</p>	
---	--

Fuente: Elaboración propia del investigador.

INSTRUMENTO: GUÍA DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA PARA EXPERTOS EN DERECHO ADMINISTRATIVO O DERECHO CONTRACTUAL

<p>II. DATOS GENERALES DEL ENTREVISTADO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nombre: • Cargo/ Institución: • Experiencia laboral/ Académica: 	
<p>PROBLEMÁTICA PLANTEADA: En el contexto de las contrataciones con el Estado, particularmente en la ejecución contractual de obra, la Administración Pública cuenta con determinadas prerrogativas exorbitantes; las cuales se encuentran determinadas por ley, y no pueden ser cuestionadas por el contratista.</p> <p>En este escenario, se vislumbra el artículo 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF, que prescribe que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra.</p> <p>Siendo así, se cuestiona la proporcionalidad de dicha estipulación legal, ya que el contratista no podría suspender la ejecución, con el desmedro económico que ello implica, pues para ello se requiere el adeudo de 3 valorizaciones continuas.</p> <p>Asimismo, un requisito para CONVOCAR a un procedimiento de selección es que se cuente con la respectiva CERTIFICACIÓN PRESUPUESTAL, entonces, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones CONTINUAS para recién poder suspender la ejecución.</p> <p>En ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato de obra es uno de prestaciones recíprocas, ante el incumplimiento del pago por parte de la Entidad, se origina una relación contractual desigual y un ejercicio abusivo de la posición contractual del Estado, haciendo incompatible el equilibrio económico del contrato, principio que se vería afectado.</p> <p>En ese contexto se ha planteado el siguiente problema de investigación: ¿DE QUÉ MANERA LAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 178.2 DEL D.S. N°377-2019-EF INCIDEN EN EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO?</p>	
<p>OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: El presente instrumento tiene como propósito, establecer de qué manera las prerrogativas exorbitantes inciden en el equilibrio económico del contrato.</p>	
<p>ÍTEMES</p>	
<p>Pregunta No 1: ¿Cuál es el alcance que tiene el Estado para hacer uso de las cláusulas exorbitantes en los contratos con el Estado?</p>	

Pregunta No 2: Considera Usted. ¿Qué las prerrogativas exorbitantes alteran el equilibrio contractual? ¿Por qué?	
Pregunta No 3 ¿Usted considera que en el precepto establecido en artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF, hay discrecionalidad a favor de la Administración Pública?	
Pregunta No 4: Según su criterio ¿Cuál es relación que existe entre el Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato y las contrataciones del Estado?	
Pregunta No 5: Considera Usted ¿Qué el incumplimiento de pago en el contrato de obra pública genera la ruptura de la ecuación económica contractual?	

Fuente: Elaboración propia del investigador.

Opinión de OSCE N°048-2020/DTN

Dirección Técnico Normativa
Opinión



Expediente N° 19912 - 12719
T.D.: 16518398 - 16471359

OPINIÓN N° 048-2020/DTN

Solicitante: Manuel Antonio Díaz González
Asunto: Contenido del contrato
Referencia: a) Carta S/N de fecha 26.FEB.2020
b) Carta S/N de fecha 04.FEB.2020

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Sr. Manuel Antonio Díaz González realiza varias consultas respecto del contenido del contrato.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF, vigente a partir del 15 de diciembre de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿En qué momento se considera efectuado el inicio del servicio contratado entre una Entidad y un Contratista, convocado por concurso público?”

Sobre el particular, debe indicarse que el numeral 142.1 del artículo 142 del Reglamento regula el inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios. El texto literal de este dispositivo señala lo siguiente: “El plazo de ejecución contractual se inicia al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso”.

Como se puede apreciar, el inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios dependerá de cada contrato particular. Así, de acuerdo con el dispositivo citado dicho plazo puede iniciar: (i) al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, (ii) desde la fecha que se establezca en el contrato, o (iii) desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.

2.2. “¿La Entidad puede exigir el cumplimiento de un presupuesto o requisito no establecido en el contrato o en las bases de contratación?”

De acuerdo con el numeral 40.1. del artículo 40 de la Ley, el contratista es responsable de ejecutar la totalidad de obligaciones a su cargo **de acuerdo a lo establecido en el contrato.**

Ahora bien, respecto del **contenido del contrato**, se debe mencionar que el numeral 138.1 del artículo 138 del Reglamento señala que éste se encuentra conformado por: (i) el documento que lo contiene, (ii) los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, (iii) la oferta ganadora y, (iv) los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

En consecuencia, se puede afirmar que el contratista debe cumplir con la totalidad de las obligaciones contempladas en el documento que contiene el contrato, en los documentos del procedimiento de selección, en la oferta ganadora, y en los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. *Contrario sensu*, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no se deriven de alguno de los documentos antes mencionados.

2.3. “¿Unilateralmente, durante la ejecución del contrato, se puede modificar su contenido?”

2.3.1. De acuerdo con el numeral 34.1. del artículo 34 de la Ley, *“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 relación al principio de equidad.”*

En los numerales sucesivos, el mismo artículo precisa aquellos supuestos en los que se puede modificar el contrato; estos son: i) la autorización de prestaciones adicionales y reducción de prestaciones; ii) las ampliaciones de plazo; iii) las modificaciones convencionales (numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley); y iv) otros contemplados en la Ley y el reglamento. Cabe precisar que el **contenido del contrato sólo puede ser modificado en cualquiera de los tres primeros supuestos**¹.

¹ Respecto de las “otras modificaciones contempladas en la Ley y el reglamento” se debe mencionar que el Reglamento ha previsto a la **cesión de posición contractual** del contratista como una de ellas. En este supuesto, la modificación antes de ser un acto de voluntad de alguna de las partes, es un efecto necesario de la configuración de alguna de los supuestos habilitantes contemplados en el Reglamento. A mayor abundamiento, se recomienda revisar la Opinión 226-2019/DTN.

Así, en el caso de la ampliación de plazo, independientemente del objeto de contratación del que se trate, es el contratista quien la solicita respetando las formalidades, plazos y procedimientos establecidos en la normativa de Contrataciones del Estado. Realizado ello, la Entidad debe pronunciarse respecto de tal solicitud, es decir, si otorga o no la ampliación².

Por su parte, en las modificaciones convencionales, precisamente uno de los presupuestos para que éstas sean viables, es que exista acuerdo entre las partes³.

Expuesto lo anterior, se puede afirmar que tanto en las ampliaciones de plazo y en las modificaciones convencionales, es necesaria la concurrencia de las voluntades de ambas partes para que proceda la modificación contractual.

2.3.2. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos antes descritos, en la ejecución de prestaciones adicionales y en la reducción de prestaciones, el acuerdo es un elemento contingente, pues –de acuerdo con el artículo 34 de la Ley– la Entidad tiene la potestad de ordenar unilateralmente la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, dejando al contratista en una situación de sujeción, es decir, en la obligación de acatar el mandato de la Entidad.

Cabe señalar que esta potestad o prerrogativa pública de modificación unilateral del contrato, ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público⁴, para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones que le ha conferido la ley⁵.

Expuesto lo anterior, en atención a la consulta formulada, se puede afirmar que el contenido de un contrato celebrado en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado sólo puede ser modificado unilateralmente por la Entidad, en el supuesto en que ésta última hubiese ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones⁶. Cabe precisar que la Entidad, para viabilizar esta modificación

² Sobre el particular es pertinente mencionar que el artículo 158 del Reglamento establece las causales, procedimiento y plazo para la aprobación de una ampliación de plazo en los contratos de bienes y servicios. Por su parte, los artículos 197, 198 y 199 hacen lo propio en los contratos de ejecución de obra.

³ Al respecto, el numeral 34.10 de la Ley, así como, el artículo 160 del Reglamento, establecen las condiciones, los requisitos y las formalidades para que procedan las modificaciones convencionales al contrato.

⁴ Del mismo modo, Manuel de la Puente señala que esta potestad respondería 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 que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.

⁵ Según Dromi, por el principio de mutabilidad “(...) la Administración tiene competencia para variar por sí lo establecido en el contrato y alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento”. (El resaltado es nuestro). DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, segunda edición, 1995, pág. 505.

⁶ Al respecto confrontar con la Opinión 015-2020, en cuya conclusión 3.4 se señala lo siguiente:

contractual, debe observar las formalidades, requisitos y procedimiento establecidos en la Ley y el Reglamento⁷.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. El inicio del plazo de ejecución en los contratos de bienes y servicios dependerá de cada contrato particular. Así, de acuerdo con el dispositivo citado dicho plazo puede iniciar: (i) al día siguiente del perfeccionamiento del contrato, (ii) desde la fecha que se establezca en el contrato, o (iii) desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.
- 3.2. El contratista debe cumplir con la totalidad de las obligaciones contempladas en el documento que contiene el contrato, los documentos del procedimiento de selección, la oferta ganadora, y los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes. *Contrario sensu*, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones que no se deriven de alguno de los documentos antes mencionados.
- 3.3. El contenido de un contrato celebrado en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado sólo puede ser modificado unilateralmente por la Entidad, en el supuesto en que ésta última hubiese ordenado la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones. Cabe precisar que la Entidad, para viabilizar esta modificación contractual, debe observar las formalidades, requisitos y procedimiento establecidos en la Ley y el Reglamento.

Jesús María, 8 de julio de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC

“La aprobación de adicionales y la ampliación de plazo constituyen supuestos distintos de modificación contractual, puesto que afectan a distintos elementos del contrato (prestaciones pactadas y plazo de ejecución, respectivamente). No obstante, pueden presentarse situaciones en las que la ampliación de plazo sea una condición indispensable para la ejecución del adicional.”

⁷ *Sobre el particular es necesario precisar que, al margen de que se trate de una prerrogativa pública sustentada en la Ley, la aprobación de prestaciones adicionales, no puede ir en desmedro del equilibrio económico financiero del contrato. En caso contrario, tal y como señala el numeral 34.1. del artículo 34 de la Ley, la parte beneficiada (con la afectación del equilibrio económico) debe compensar económicamente a la parte perjudicada.*

Opinión de OSCE N°182-2017/DTN

Dirección Técnico Normativa
Opinión



T.D.:11346252

OPINIÓN N° 182-2017/DTN

Entidad: Revoredo Lituma Abogados y Asociados SRL
Asunto: Incremento de la remuneración mínima vital
Referencia: Carta N° 335-2017 del 26.JUL.2017

1. ANTECEDENTES

Mediante los documentos de la referencia, el Gerente General de Revoredo Lituma Abogados y Asociados SRL, formula varias consultas relacionadas con el incremento de la remuneración mínima vital.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, (en adelante, la “Ley”) y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a una situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS¹

De manera previa, corresponde señalar que con fecha 3 de abril de 2017, entraron en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 —Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado—, y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF —Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF—, cuyas disposiciones rigen a partir de esa fecha salvo para aquellos procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, los cuales se

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por la solicitante, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Procedimiento N° 89 del TUPA, “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, determinándose que la Consulta N° 4 se ha formulado de forma específica, mientras que la Consulta N° 5 no está vinculada a las demás consultas; por lo que, ante el incumplimiento del requisito previsto en el literal b) del numeral 1) del Procedimiento N° 89 del TUPA, las Consultas N° 4 y 5 no serán absueltas.

rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria².

Por tanto, tomando en cuenta que **la consulta formulada está referida a disposiciones que han sido modificadas con ocasión de la entrada en vigencia de las citadas normas**, el análisis de la presente Opinión se efectuará bajo los alcances de la normativa de contrataciones del Estado actualmente vigente. Al respecto, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 *“¿Ya realizada las absoluciones de consultas y observaciones en un proceso de selección, ocurre el incremento de la remuneración mínima vital, la Entidad debe anular el proceso y retrotraerlo a la etapa de convocatoria para rehacer el costo con el incremento de la remuneración mínima vital; y de no hacerlo y proseguir con el proceso mediante la integración de bases, el ganador de la buena Pro, ¿podrá solicitar el reajuste con la remuneración mínima vital en etapa contractual?” (sic).*

En primer lugar debe indicarse que de acuerdo con lo referido en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; en esa medida, en vía de consulta, este Organismo no puede determinar si corresponde o no declarar la nulidad de un procedimiento de selección debido al incremento de la remuneración mínima vital durante su desarrollo, toda vez que ello excedería las facultades previstas en la Ley.

Sin perjuicio de ello, a continuación se brindarán de forma genérica algunos alcances sobre los efectos del incremento de la remuneración mínima vital durante un procedimiento de selección y la ejecución contractual.

Al respecto, el literal a) del numeral 12.7 del artículo 12 del Reglamento establece que *“En la contratación de bienes y servicios, el valor referencial se determina conforme a lo previsto en el artículo 11 y para su cálculo debe incluirse todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar.”* (El subrayado y resaltado son agregados).

Adicionalmente, el penúltimo párrafo del artículo 31 del Reglamento establece que *“Las ofertas deben incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo de bien, servicio en general, consultoría u obra a adquirir o contratar. Aquellos postores que gocen de alguna exoneración legal, no incluirán en su oferta los tributos respectivos.”* (El subrayado es agregado).

De las disposiciones citadas, se desprende que, tanto el valor referencial de un procedimiento de selección, como las ofertas presentadas por los postores, deben incluir todos los conceptos que incidan en el precio de la prestación a ser contratada; entre

² De acuerdo a lo establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Legislativo N° 1341.

estos, los costos laborales aplicables conforme a la legislación vigente.

De esta manera, la oferta del postor ganador de la Buena Pro comprende los costos laborales aplicables que se encontraban vigentes al momento en que fue presentada a la Entidad, siendo que, en principio, el postor ganador se encuentra obligado a celebrar contrato y ejecutar el íntegro de la prestación o prestaciones a su cargo, por el precio ofertado en dicha propuesta.

Precisado lo anterior, es necesario señalar que el artículo 109 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: *“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.”*; por lo que, las normas legales que emita el gobierno y que incrementen la remuneración mínima vital se aplican de forma inmediata, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, a menos que la propia norma legal establezca una *vacatio legis*, caso en el cual se aplicará a partir de su entrada en vigencia.

Atendiendo a lo señalado, cuando un procedimiento de selección cuyo valor referencial considera el monto de la remuneración mínima vital ya se encuentra convocado, ante el incremento de esta los participantes tienen la opción de efectuar consultas y observaciones a las bases, con el propósito que la Entidad verifique si resulta necesario realizar una actualización del valor referencial.

Sin embargo, si dicha etapa del procedimiento ya ha concluido, mas no se ha llegado a la presentación de ofertas en el procedimiento, es responsabilidad de los proveedores interesados en contratar con la Entidad, realizar una oferta seria y acorde con la normativa vigente, razón por la cual, de ser necesario, deberá ponerse en conocimiento de la Entidad la existencia de una norma que incrementa la remuneración mínima vital y cómo esta incide de forma directa en el costo de la prestación, situación que afectaría las ofertas económicas a presentar en el procedimiento, de forma tal que la Entidad puede prever las acciones que estime pertinentes.

En dicha medida, un procedimiento de selección cuyo valor referencial ha considerado el monto de la remuneración mínima vital para su determinación, podría verse afectado por el incremento de esta, correspondiendo que sea la propia Entidad; ya sea de oficio o a pedido de parte, quien lleve a cabo las acciones que estime pertinentes para que el costo de la prestación no resulte perjudicial a los proveedores ni se compromete la consecución de la finalidad pública de la contratación, esto dependiendo de la etapa en la cual se encuentre el procedimiento, valorando para ello la repercusión de cualquier decisión además de su conveniencia, en cada caso particular.

Ahora bien, si el incremento de la remuneración mínima vital se produce durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra conformada por los costos laborales, y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica.

En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo

previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato³, como de manera unánime reconoce la doctrina: “(...) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato.”⁴ (El subrayado es agregado).

Para dicho efecto, debe precisarse que el numeral 34.1 del artículo 34 de la Ley establece lo siguiente: “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. (...)” (El subrayado es agregado).

En este punto, es importante señalar que la Ley y el Reglamento contemplan las modificaciones que pueden efectuarse respecto de un contrato: la aprobación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones, la ampliación de plazo y los supuestos que se enmarquen dentro de lo dispuesto en el artículo 34 - A de la Ley.

Al respecto, el artículo 34-A de la Ley dispone que “(...) cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevivientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad (...)”. (El resaltado es agregado).

Por su parte, el numeral 1 del artículo 142 del Reglamento, referido a modificaciones convencionales al contrato, regula los requisitos y formalidades que deben cumplirse para efectuar las modificaciones previstas en el artículo 34-A de la Ley, entre los cuales se encuentra el: “Informe técnico legal que sustente: (i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con el objeto del contrato de manera oportuna y eficiente, (ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y (iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no son imputables a las partes”. (El resaltado es agregado).

De las disposiciones citadas puede advertirse que, la normativa vigente permite efectuar modificaciones al contrato relacionadas con el precio, no obstante para que dicha modificación sea aplicable, es necesario que el hecho generador sea sobreviniente al perfeccionamiento del contrato y no sea imputable a alguna de las partes.

³ Bandeira De Mello, brinda la siguiente definición: “Entiéndase por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 904.

⁴ DROMI, Roberto. *Licitación Pública*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2ª ed., Pág. 647.

En consecuencia, si una Entidad requiere efectuar modificaciones al contrato, que se encuentren relacionadas con el precio ofertado por el contratista, debe cumplir con efectuar el análisis correspondiente y emitir el sustento respectivo, de conformidad con lo señalado en el artículo 142 del Reglamento, precisando que dicha modificación debe ser aprobada por el Titular de la Entidad, facultad que es indelegable.

2.2 "¿En el supuesto anterior, el contratista podrá solicitar la restitución del monto de la remuneración mínima vital mediante arbitraje? o ¿Cómo enriquecimiento indebido en la vía judicial? Máxime si al momento de realizar el estudio de mercado se realizó con la remuneración mínima vital anterior?" (sic).

Como se ha señalado al absolver la primera consulta, ante el incremento de la remuneración mínima vital durante el desarrollo de un procedimiento o la ejecución contractual, la Entidad debe tomar las acciones necesarias destinadas a mantener el equilibrio económico en la contratación. Para esto, podrá recurrir a los mecanismos previstos en la normativa que permitan actualizar el valor referencial del procedimiento o modificar el monto contractual.

Sin perjuicio de ello, en caso el contratista no se encuentre conforme con alguna decisión adoptada por la Entidad durante la ejecución contractual, podrá recurrir a los medios de solución de controversias, de acuerdo con lo previsto en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

2.3 "¿En el supuesto que el incremento de la remuneración mínima vital ocurra luego de suscrito el contrato, La Entidad está obligada al reajuste, ¿o debe solicitarse mediante el arbitraje en caso de negativa al pago del monto de incremento de la remuneración mínima vital?" (sic).

De acuerdo con la absolución de las dos consultas anteriores, en caso se produzca un incremento de la remuneración mínima vital durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra conformada por los costos laborales, y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, la Entidad podrá realizar las modificaciones contractuales que considere pertinentes, en función de lo previsto en el artículo 34-A de la Ley y 142 del Reglamento, esto con el propósito de mantener el equilibrio económico del contrato.

Asimismo, en caso el contratista este disconforme con alguna decisión adoptada por la Entidad durante la ejecución contractual, podrá recurrir a los medios de solución de controversias, esto de conformidad a lo previsto en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.

2.4 "¿La Entidad está obligada a realizar la adenda al contrato por cambio de los costos de la remuneración mínima vital? (sic).

Atendiendo a la respuesta de la primera consulta, en caso la Entidad decida efectuar una modificación contractual relacionada con el monto contractual, esta deberá seguir las formalidades previstas en el artículo 142 del Reglamento, el

6

mismo que en su numeral 5 precisa que deberá registrar en el SEACE la adenda correspondiente.

De esta forma, contando con el sustento correspondiente, la formalidad para llevar a cabo esta modificación es a través de la suscripción de una adenda, donde ambas partes suscriban la modificación respectiva al contrato, previa aprobación por parte del Titular de la Entidad, facultad que es indelegable.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Ante el incremento de la remuneración mínima vital durante el desarrollo de un procedimiento de selección corresponde que sea la propia Entidad ya sea de oficio o a pedido de parte, quien lleve a cabo las acciones que estime pertinentes para que el costo de la prestación no resulte perjudicial a los proveedores ni se comprometa la consecución de la finalidad pública de la contratación, esto dependiendo de la etapa en la cual se encuentre el procedimiento, valorando para ello la repercusión de cualquier decisión además de su conveniencia, en cada caso particular.
- 3.2 Si el incremento de la remuneración mínima vital ocurre durante la ejecución contractual, la Entidad debe tomar las acciones necesarias destinadas a mantener el equilibrio económico en la contratación. Para esto, podrá recurrir a los mecanismos previstos en la normativa para modificar el monto contractual.
- 3.3 En caso el contratista no se encuentre conforme con alguna decisión adoptada por la Entidad durante la ejecución contractual, podrá recurrir a los medios de solución de controversias, de acuerdo con lo previsto en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley.
- 3.3 De acuerdo con lo señalado en el artículo 142 del Reglamento, la modificación contractual requiere de la suscripción de una adenda, la misma que deberá registrarse en el SEACE.

Jesús María, 25 de agosto de 2017

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

NFP/

Resolución de Alcaldía N°274-2018-MDH



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE HUANCHACO Secretaría General

“AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL”

PROVEÍDO N°196-2018-SG/MDH



DE : Abog. Gladis Mariela Tantaleán Olano
Secretaria General - MDH

A : Ing. Miguel Fernando Cruzado Díaz
Gerente de Obras Públicas – MDH

ASUNTO : APRUEBA SUSPENSIÓN DE PLAZO

REF. : Informe Legal N°202-2018-GAL/MDH

Fecha : Huanchaco, 19 de Marzo del 2018

Es grato dirigirme a usted, para saludarlo cordialmente, y a la vez remito la Resolución de Alcaldía N°274-2018-MDH, en la cual **APRUEBA LA SUSPENSIÓN DE PLAZO DE EJECUCIÓN** de la obra "Mejoramiento del Servicio Educativo de los niveles Primaria y Secundaria en la I.E. N° 80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito de Huanchaco – Trujillo - La Libertad".

Atentamente,


MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE HUANCHACO
Abog. Gladis Mariela Tantaleán Olano
SECRETARÍA GENERAL

Anexo:

- Resolución de Alcaldía en original N°274-2018-MDH (03 folios)
- Expediente N°2682-2018-01 con informe Legal N°202-GAL-2018/MDH (27 folios)



"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 274-2018-MDH

Huanchaco, 15 de marzo del 2018.



VISTO:

Carta N°036-2018-CDN-LCL, Carta N°04-B-2018-CONSORCIOELMILAGRO/SUP/AMSL, Informe N° 037-2018-SGC-MDH, Informe N° 244-2018-GOP/MDH, Informe Legal N° 202-2018-GAL/MDH, y;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad a lo prescrito en el artículo 194° de la Constitución Política del Perú, modificado mediante Leyes de Reforma Constitucional N° 27680 y 28607, en concordancia con el artículo II de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; y, la autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades, radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, el artículo 6° de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, prescribe: "La Alcaldía es el órgano ejecutivo del gobierno local. El Alcalde es el representante legal de la Municipalidad y su máxima autoridad administrativa";



Que, con fecha 19 de julio 2017, la Municipalidad Distrital de Huanchaco, firma contrato con CONSORCIO DEL NORTE, para la ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Servicio Educativo de los niveles Primaria y Secundaria en la I.E. N° 80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito de Huanchaco -Trujillo - La Libertad", con un valor referencial de S/. 11'808,832.36 (once millones ochocientos ocho mil ochocientos treinta y dos con 36/100 soles) y con un plazo de ejecución de 240 días calendarios;

Que, mediante Carta N° 036-2018-CDN-LCL de fecha 01 de marzo del 2018, el representante legal de CONSORCIO DEL NORTE, Sr. Luis Fernando Acosta Calderón, solicita el pago de valorización, argumentando su pedido en que existen tres valorizaciones consecutivas pendientes de pago, correspondiente a los meses de noviembre (valorización N° 05), diciembre (valorización N° 06), enero (valorización N° 07), para lo cual otorga un plazo no mayor a diez (10) días, bajo apercibimiento de suspensión de ejecución de la obra, con el consecuente pago de mayores gastos generales;



Que, mediante Carta N°04-B-2018-CONSORCIOELMILAGRO/SUP/AMSL, de fecha 05 de marzo del 2018, de la supervisión de obra a cargo de CONSORCIO EL MILAGRO, informa sobre las valorizaciones autorizadas para su pago, de acuerdo al siguiente detalle:

VALORIZACION	MES	MONTO
VALORIZACION N° 01	JULIO	S/. 1'926,742.54
VALORIZACION N° 02	AGOSTO	S/.960,343.78
VALORIZACION N° 03	SEPTIEMBRE	S/. 1'478,833.82



MUNICIPALIDAD DISTRITAL
HUANCHACO



VALORIZACION N° 04	OCTUBRE	S/. 1'012,830.17
VALORIZACION N° 05	NOVIEMBRE	S/. 1'161,145.02
VALORIZACION N° 06	DICIEMBRE	S/. 926,520.70
VALORIZACION N° 07	FNFR0	S/. 433,245.28
VALORIZACION N° 08	FEBRERO	S/. 1'552,849.15
TOTAL AUTORIZADO		S/. 9'452,510.46

Que, mediante Informe N° 037-2018-SGC-MDH, de fecha 14 de marzo del 2018, el Sub Gerente de Contabilidad, CPC Luis Alberto Chávez Castro, indica que en "El año 2017 se ha pagado en ejecución de obra el importe de S/ 6'030,750.31 (seis millones treinta mil setecientos cincuenta con 31/100 soles), según el siguiente detalle, de donde se puede apreciar que existe un monto por cancelar a CONSORCIO DEL NORTE: -

VALORIZACION	MES	MONTO
VALORIZACION N° 01	JULIO	S/. 1'926,742.54
VALORIZACION N° 02	AGOSTO	S/. 960,343.78
VALORIZACION N° 03	SEPTIEMBRE	S/. 1'478,833.82
VALORIZACION N° 04	OCTUBRE	S/. 1'012,830.17
VALORIZACION N° 05-PAGO A CTA	NOVIEMBRE	S/. 652,000.00
TOTAL PAGADO		S/. 6'030,750.31



Que, mediante Informe N° 244-2018-GOP/MDH de fecha 15 de marzo del 2018, la Gerencia de Obras Públicas, alcanza opinión sobre la solicitud de Plazo de ejecución de Obra por Incumplimiento en el Pago de Valorizaciones de la Obra: "Mejoramiento del Servicio Educativo de los niveles Primaria y Secundaria en la I.E. N° 80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito de Huanchaco - Trujillo - La Libertad", recomendando que mediante Resolución de Alcaldía se proceda a aprobar la suspensión de plazo de ejecución de obra, hasta que se resuelva el pago en el pago de valorizaciones;

Que, de conformidad con el artículo 153°, numerales 153.1 y 153.2 del D.S. 350-2015-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, establece: "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 consecutivas; 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 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 este numeral resulta aplicable a los contratos de supervisión de servicios.

Que, mediante Informe Legal N° 202-2018-GAL/MDH de fecha 15 de marzo del 2018, la Gerencia de Asesoría Legal opina que se apruebe la suspensión de Plazo de ejecución de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo de los niveles Primaria y Secundaria en la I.E. N° 80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito de Huanchaco -Trujillo - La Libertad”, el cual viene siendo ejecutado por CONSORCIO DEL NORTE, por un periodo indeterminado, sin reconocimiento de mayores gastos generales y hasta que se resuelva el financiamiento de dicha obra por parte del MINEDU;



Por lo expuesto; y en ejercicio de las facultades y competencias otorgadas por la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972, y demás normas conexas;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: APROBAR LA SUSPENSIÓN DE PLAZO DE EJECUCIÓN de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo de los niveles Primaria y Secundaria en la I.E. N° 80081 Julio Gutiérrez Solari en el Centro Poblado El Milagro Sector P.I, Distrito de Huanchaco -Trujillo - La Libertad”, el cual viene siendo ejecutado por CONSORCIO DEL NORTE, por un periodo indeterminado, sin reconocimiento de mayores gastos generales y hasta que se resuelva el financiamiento de dicha obra por parte del MINEDU y, de conformidad con lo expuesto en la presente Resolución.



ARTÍCULO SEGUNDO: ENCARGAR a la Gerencia de Obras Públicas, la ejecución de todo trámite administrativo a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR al interesado, Gerencia de Obras Públicas y demás áreas administrativas de ésta Municipalidad para conocimiento y fines de Ley.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚPLASE.


Abog. José P. Ruiz Vega
ALCALDE

Propuesto Legislativa para la modificatoria del artículo 178.2 del D.S.N°377-2019-EF

**Sumilla: LEY QUE MODIFICA EL REGLAMENTO
DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL
ESTADO, LEY N° 30225**

El Congresista de la República xxx, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con lo establecido en los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso, presenta la siguiente iniciativa legislativa:

Ha dado la siguiente ley:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO, LEY N° 30225**

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL REGLAMENTO DE LA LEY N° 30225

Artículo 1.- Modificación

Modifíquese el artículo 178.2° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificado por el N° 377-2019-EF, en los términos siguientes:

***Artículo 178. Suspensión del plazo de ejecución**

178.2. El contratista puede suspender la ejecución de la prestación en caso la Entidad no cumpla con el pago de una valorización; para tal efecto, el contratista requiere mediante comunicación escrita que la Entidad pague la **valorización pendiente en un plazo no mayor de diez (10) días**. Si vencido el plazo el incumplimiento continúa, el residente anota en el cuaderno de obra la decisión de suspensión, que se produce al día siguiente de la referida anotación

Lima, Marzo 2021

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO VIGENTE

Antecedentes:

La actual regulación ha demostrado que, la Administración Pública cuenta con determinadas prerrogativas exorbitantes; las cuales se encuentran determinadas por ley, y no pueden ser cuestionadas por el contratista, ocasionando una relación contractual asimétrica. Como afirma Ricardo Hoyos citado por De la Hoz (2011) “las cláusulas exorbitantes, son aquellas que tienen por objeto conferir a una de los partes derechos o imponer obligaciones” (p. 10)

En ese contexto, se vislumbra el artículo 178.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. 344-2018-EF, modificado por el D.S. N°377-2019-EF, publicado el 14 de diciembre de 2019, que prescribe que para que el contratista pueda suspender la ejecución de la obra por falta de pago, la entidad debe adeudarle 3 valorizaciones consecutivas y para ello, el contratista, una vez caída en mora la entidad por las 3 valorizaciones, debe requerir el pago de por lo menos 1 y si eso no se cumple en los 10 días siguientes, recién podrá suspender la ejecución de la obra.

Siendo así, se cuestiona la proporcionalidad de dicha estipulación legal, ya que, el contratista no podrá suspender la ejecución de obra, pues para ello se requiere el adeudo de 3 valorizaciones continuas. Asimismo, un requisito para convocar un procedimiento de selección es que se cuente con la respectiva certificación presupuestal, entonces, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones continuas para recién poder suspender la ejecución. En ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato de obra es uno de prestaciones recíprocas, conlleva a que las obligaciones pactadas entre el Estado y el contratista deben ser cumplidas, pues la obligatoriedad es el pilar de la contratación. De igual modo, “lo verdaderamente esencial es el mantenimiento y prevalencia del fin del contrato. Este fin de inalterabilidad del fin se articula con el *pacta sunt servanda* como un principio institucional dogmático que confiere sentido y razonabilidad a la modificación contractual” (Cassagne, citado por Coviello 2011).

Entonces, resulta necesario señalar que “en los contratos de la administración pública, las partes contratantes pactan unas determinadas prestaciones que son correspondientes entre sí, las cuales deben mantenerse durante toda la ejecución del contrato y hasta la finalización del mismo” (Rodríguez, 2011 p. 58). En efecto, el incumplimiento del pago por parte de la Entidad, que se constituye en una obligación esencial, origina una relación contractual desigual y un ejercicio abusivo de la posición contractual del Estado, haciendo incompatible el equilibrio económico del contrato.

Frente a ello, resulta fundamental señalar que el equilibrio económico en los contratos administrativos es un principio establecido desde el orden legal, consistente en la obligación de mantener por parte de los contratantes una “equivalencia honesta” en las prestaciones económicas del contrato estatal. (Aponte y Gamarra, 2011). Además, es “una institución que comprende a las partes involucradas en la relación comercial y no exclusivamente a una de ellas” (Santofimio, 2009,47).

Marco Normativo Vigente:

- Ley N° 30225. Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Legislativo N° 1444 que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado
- Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprobó el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Decreto Supremo N° 377-2019-EF que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

Las prerrogativas exorbitantes contenidas en el artículo 178.2 del D.S. N°377-2019-EF inciden negativamente en el principio del equilibrio económico financiero del contrato, ya que, la discrecionalidad normativa a favor del Estado, genera una ruptura económica; en consecuencia, un desequilibrio en la relación contractual. De igual manera, se genera la desvinculación de la obligatoriedad del contrato, que se constituye en un pilar de las contrataciones del Estado.

El principio de equilibrio económico financiero se justifica en la ecuación contractual, donde se desarrolla como un lineamiento que se establece al celebrar el contrato de obra, pues deben permanecer equivalentes las prestaciones hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia se altera el equilibrio de coexistencial. Se debe permitir la suspensión ante el incumplimiento en el pago de 1 sola valorización, pues los contratos de obra son contratos con prestaciones recíprocas y cuentan con una certificación presupuestal previa, por tanto, resulta desproporcional que la actual regulación señale que recién a partir del pago de 03 valorizaciones se genere la suspensión de la obra, lo que evidencia un trato diferenciado al contratista.

Este proyecto cuestiona la proporcionalidad de dicha estipulación legal, pues por ejemplo contraviene el principio de “quien puede lo más, puede lo menos” en referencia a que si la entidad adeuda 1 sola valorización, el contratista puede apercibirla con resolver el contrato (lo más) si es que no se la cancela dentro de los 15 días siguientes, pero sin embargo no podría suspender la ejecución (lo menos) pues para ello se requiere el adeudo de 3 valorizaciones continuas. Igualmente, se cuestiona el requisito de continuidad, pues puede generar un incentivo perverso, en el sentido que por ejemplo, la entidad puede adeudar las valorizaciones de setiembre, octubre y noviembre y en enero (cuando habría caído en mora la entidad) al requerir el pago de las mismas, la entidad podría pagar la valorización de noviembre y con ello el contratista tendría que volver a contar de cero. Otro cuestionamiento es la pertinencia de esta exigencia, teniendo en cuenta que el contrato de obra es uno de prestaciones recíprocas y como tal, el incumplimiento de la contraprestación no obliga al acreedor a continuar cumpliendo con su prestación; esto en referencia a que un requisito para CONVOCAR a un procedimiento de selección es que se cuente con la respectiva CERTIFICACIÓN PRESUPUESTAL, entonces, si la entidad ha certificado sus recursos, por qué exigir que se deba adeudar 3 valorizaciones CONTINUAS para recién poder suspender la ejecución.

ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga ningún tipo de gasto al tesoro público; por el contrario, permitirá precisar y adecuar el ordenamiento legal conforme a las políticas nacionales como los estándares internacionales, fomentando la inversión privada en ejecución de proyectos públicos. Esto en aras del desarrollo un marco normativo adecuado para contribuir en la gestión adecuada de la administración pública.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La propuesta legislativa no contraviene ninguna norma de rango constitucional ni legal.

Lima, Marzo 2021