UNIVERSIDAD DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Mario Ballón-Medina

Piura, mayo de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Ballón, M. (2016). *La modificación del contrato de obra pública en el ordenamiento peruano* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

MARIO SERGIO BALLÓN MEDINA

LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado

2016

APROBACIÓN

La tesis titulada “La modificación del contrato de obra pública en el ordenamiento peruano”, presentada por Mario Sergio Ballón Medina en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Víctor Sebastián Baca Oneto.

_____

Director de Tesis

A la Nancy, a mi mamá, a mi papá y a mi hermano;
con admiración, respeto y cariño.
... y a la distancia que solo nos ha unido.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

I. NOTAS PRELIMINARES 7

1. Especialidad del contrato de construcción 7

2. Particularidades de la contratación pública 13

3. El contrato administrativo 17

3.1. Aleas del contrato administrativo 20

3.2. La flexibilidad del contrato administrativo 23

4. Principios de la contratación pública 25

4.1. Principios positivamente reconocidos 26

4.1.1. Principio de igualdad de trato 27

4.1.2. Principio de transparencia 29

4.1.3. Principio de eficacia y eficiencia 30

4.2. Principios no reconocidos positivamente 32

4.2.1. Principio de colaboración 33

4.2.2. Principio de inalterabilidad 34

4.2.3. Principio de riesgo y ventura 35

4.2.4. Principio de buena fe y el pacta sunt servanda 36

II. EL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y EL EQUIVALENTE ECONÓMICO FRENTE A SU EJERCICIO 39

1. El *ius variandi* 39

1.1. El *ius variandi* en sentido amplio 39
1.2. Mutabilidad del contrato administrativo 43
1.3. El *ius variandi* en el contrato de obra pública 45
1.4. ¿*Potestas variandi* o *ius variandi*? 47
1.5. Única vía para la modificación objetiva del contrato administrativo 50
1.6. Reflexión sobre la propuesta de revisión del *ius variandi* 54
1.6.1. Propuesta de revisión de las prerrogativas de la administración 54
1.6.2. Aplicación de la propuesta de revisión al ordenamiento peruano 58
1.7. Consecuencias del ejercicio del *ius variandi* 60
1.8. La doctrina del enriquecimiento sin causa 65
2. El equivalente económico-financiero frente al ejercicio del *ius variandi* 72
2.1. Fundamento del equivalente económico-financiero 73
2.2. La ecuación financiera 74
2.3. La alteración del equilibrio económico-financiero 76
2.4. Alcance de la indemnización frente al ejercicio del *ius variandi* 77
III. EL *IUS VARIANDI* EN EL ORDENAMIENTO PERUANO 81
1. Las potestades administrativas en la NLCE 81
2. El reconocimiento del *ius variandi* en la NLCE 84
2.1. Los supuestos de modificación unilateral del contrato de obra pública 88
2.2. Las reducciones de obra 91
2.3. Las prestaciones adicionales de obra 93
2.3.1. Adicionales de obra menores o iguales al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original 93

2.3.2. Adicionales de obra mayores al quince por ciento (15%) y menores o iguales al cincuenta por ciento (50%) del monto total del contrato original 99
2.4. Las modificaciones de plazo 101
3. Solución de controversias 106
3.1. La arbitrabilidad del *ius variandi* 107
3.2. Breve aproximación a los *dispute boards* 112
CONCLUSIONES 117
BIBLIOGRAFÍA 121
OPINIONES DEL OSCE 135
LAUDOS 139
JURISPRUDENCIA 141
NORMAS 143

ABREVIATURAS

CC	Código Civil.
CGR	Contraloría General de la República.
CP	Constitución Política del Perú.
DLA	Decreto Legislativo que regula el Arbitraje.
DLCE	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 1017 (derogada).
NLCE	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley 30225.
LGSNP	Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General.
LPSP 2016	Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.
LSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
RDLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF (derogado).
RNLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF.
RLGSBN	Reglamento de la Ley Nº 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
TC	Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN

> «Como la ley se constituye primariamente por el orden al bien común, cualquier otro precepto sobre actos particulares no tiene razón de ley sino en cuanto se ordena al bien común. Se concluye pues, que toda ley se ordena al bien común».
>
> *Tomás de Aquino*
> *Suma Teológica, I-II, C.90 a.2*

Sin duda la contratación pública como actuación de la Administración[1] en búsqueda de la satisfacción del interés general es una materia que llama la atención de manera especial al ver materializados esos «privilegios en más y en menos»[2] en una institución tan propia de la justicia conmutativa como es el contrato. La doctrina llevada a la práctica despierta aún mayores inquietudes respecto del ejercicio de las prerrogativas de la Administración cuando contrata. Así, para algunos, la sola idea de pensar en una potestad que permita a la Administración modificar un contrato y obligar al contratista a ejecutar aquello que no se encontraba en dicho contrato, resulta inaceptable por restringir la fuerza obligatoria para una de las partes. Incluso algún sector de la doctrina, criticando la mutabilidad del contrato administrativo –

---

1 Usaremos la palabra Administración con mayúscula inicial para referirnos a la administración pública.

2 Expresión del tratadista francés RIVERO. Citada por SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en Derecho Peruano», en *Ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, de Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 649.

entre otros aspectos de este–, considera que la teoría general del contrato administrativo genera innecesariamente incertidumbre en todas las contrataciones del Estado[3]. Para otros, sin embargo, el objeto del contrato público orientado a la satisfacción del interés general requiere necesariamente de la mutabilidad del contrato administrativo en aras de lograr una más eficiente realización de la justicia distributiva[4].

Por ello, hemos centrado nuestra investigación en lo que gran parte de la doctrina ha considerado como la característica más relevante de los contratos administrativos: la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato[5]. En ese sentido, resulta de suma importancia considerar la perspectiva con la que la potestad es vista. Si optamos por un pensamiento civilista, privado, naturalmente nos inclinaremos por la protección de la igualdad entre las partes, la libertad de contratar; ello nos centraría en los intereses del administrado que ejecuta la obra. Esto puede dificultar el entendimiento de la potestad, pese a que la práctica nos muestra lo contrario, ya que en muchos casos el contratista puede verse beneficiado con la modificación del contrato cuando se aprueban obras adicionales y opera el principio del equilibrio económico-financiero del contrato. Ahora bien, la modificación unilateral también contempla la posibilidad de reducir obras, pudiendo verse afectada la contraprestación integral, y ello sí será cuestionado por el contratista y por todo defensor de la libertad de contratar y del *pacta sunt servanda*.

En cambio, si cambiamos de perspectiva y precisamos además que el ejercicio de la *potestas variandi* se limita a determinados supuestos establecidos en la ley, podremos entender que el fundamento de la potestad se encuentra en la protección del interés general ya que «la comunidad no está obligada a soportar algo que ya no es necesario o conveniente que sea prestado del

---

3 MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad o inutilidad de una teoria general del contrato administrativo», en *El Derecho*, 179, 1998, p. 659.

4 DROMI, R., *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Buenos Aires, 2001, p. 37.

5 Cabe precisar que el análisis del presente trabajo se encontrará circunscrito al ámbito del contrato de obra pública que constituye el paradigma de la teoría del contrato administrativo.

mismo modo y en consecuencia se puede alterar[6] el acuerdo de voluntades originario en orden a que el Estado persiga lo que es útil para la sociedad en su conjunto»[7].

En suma, se prefiere la subsistencia de las relaciones contractuales mediante la flexibilidad del contrato administrativo que permite la variación del contrato en sus elementos no esenciales[8], sobre la rescisión o resolución del contrato y la posterior convocatoria a una nueva licitación pública. Ello debido a que un nuevo proceso de selección afectaría directamente la eficacia en la contratación administrativa sobre todo por el tiempo y costo que supondría. En esta perspectiva, consideramos que la posible afectación del *pacta sunt servanda* se justifica en la satisfacción del interés general. No obstante, frente a la modificación unilateral del contrato, que no puede ser arbitraria ni se puede ejercer de manera irrestricta, existe la obligación general de indemnizar. A ello debemos agregar que el contratista es un colaborador voluntario de la Administración y, por ello, cuando contrata con el Estado sabe perfectamente que la Administración cuenta con potestades atribuidas normativamente.

Como vemos, la potestad de modificar el contrato de obra pública se fundamenta válidamente en la defensa del interés público. En efecto, durante la ejecución del contrato se pueden evidenciar problemas en el expediente técnico, en el terreno, etc., que requieran de la modificación de sus alcances a fin de que la

---

6 El término «alterar» se define como el cambio de la esencia o forma de algo. Por ello, se debe evitar el uso de este término cuando nos referimos a la *potestas variandi*, toda vez que esta facultad permite modificar el contrato siempre que no se afecte su esencia. En ese sentido, MORÓN URBINA indica que la prerrogativa de modificación unilateral del contrato «está limitada por la inmutabilidad del fin público del contrato y las condiciones esenciales que hacen su naturaleza contractual, pues no es posible de modo unilateral transformar o convertir la esencia del contrato convenido». MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, p. 499.

7 CÉSPEDES ZAVALETA, A., «La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos», en *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006, p. 206.

8 CÉSPEDES ZAVALETA, A., «La potestas variandi…», cit., p. 206.

obra sirva a los fines públicos para los que fue prevista. Por ello, el contrato de obra pública, requiere ser flexible y esta situación es –o debe ser– conocida por cualquier administrado que pretende contratar con la Administración.

Quienes se oponen a esta potestad indican que igualmente se podría modificar el contrato en forma consensuada. Sin embargo, se debe considerar que en caso resulte necesario introducir modificaciones al contrato, sería un grave inconveniente que estas queden sujetas a la voluntad del contratista quien podría no querer firmar determinada adenda. Recordemos que el contratista antes de actuar en el marco de un contrato de colaboración, es un administrado y por tanto su vinculación al principio de legalidad es negativa: puede hacer todo lo que la ley no le prohíba. En ese sentido, como parte de su libertad contractual podría decidir válidamente no aceptar la modificación del contrato y con ello la satisfacción del interés general se vería frustrada por la decisión de un administrado. A ello debemos agregar que la modificación consensuada puede vulnerar los intereses de los postores no adjudicatarios que, de haber tomado conocimiento de tal modificación, habrían presentado su oferta técnica y su oferta económica en otros términos[9].

Tampoco resulta conveniente la inclusión de una cláusula que permita la modificación del contrato pues se podría cuestionar su alcance, pero sobre todo porque mediante disposiciones contractuales no se pueden otorgar potestades y es precisamente la fuerza de la potestad la que permite que las modificaciones unilaterales al contrato puedan ser exigidas inmediatamente. Naturalmente la eventual modificación unilateral del contrato puede suponer un daño a la parte que se encuentra obligada a aceptar dicha modificación y de suceder corresponde una indemnización. Por ello, también analizaremos qué tipo de

[9] «En todo contrato de obra, el postor realiza su oferta basada, principalmente, en dos condiciones: i) el análisis de los documentos de licitación, tanto legales como técnicos (especialmente el expediente técnico), y ii) el análisis de la propia eficiencia del postor para cada actividad». CAMPOS MEDINA, A., e HINOSTROZA SOBREVILLA, L. M., «El contrato de Obra Pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir», en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, 5, 2008, p. 300.

indemnización es la que corresponde o, mejor dicho, cuál es la cobertura de esta indemnización.

Por todo lo anterior, en el desarrollo del presente trabajo[10] explicaremos cómo el interés privado del contratista –que básicamente se traduce en el beneficio económico que busca obtener como consecuencia de la ejecución eficiente de las prestaciones a su cargo– se compatibiliza con el interés general que fundamenta la potestad de modificar unilateralmente el contrato en respuesta a una necesidad.

[10] Debido a la reciente entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones del Estado (NLCE) y de su reglamento, en el desarrollo del presente trabajo nos remitiremos también a lo dispuesto en la derogada Ley de Contrataciones del Estado (DLCE) y en su reglamento por dos razones: *i)* existen contratos que aún se rigen por la DLCE; y, *ii)* la doctrina peruana, la jurisprudencia peruana, las Opiniones del OSCE y los laudos que hemos utilizado en la mayoría de los casos analizan la DLCE.

I. NOTAS PRELIMINARES

Antes de abordar el tema central de nuestra investigación, hemos considerado oportuno realizar algunas consideraciones previas respecto de determinados conceptos que serán mencionados en el desarrollo del presente trabajo.

En primer lugar, dada la complejidad del contrato de construcción, explicaremos las características de este tipo de contrato que fundamentan su especial regulación. A continuación, abordaremos las particularidades de un tipo de contratación en la cual, la distinta naturaleza de las partes –la Administración frente al administrado–, importa la aplicación de un régimen especial con sus propios principios, derechos, deberes, potestades y garantías. Posteriormente, debido a la importancia del *ius variandi* en la construcción de la teoría del contrato administrativo, analizaremos brevemente dicha teoría adoptando una postura al respecto. Como consecuencia de ello será necesario abordar los riesgos de la teoría del contrato administrativo y por ello revisaremos de manera breve las distintas aleas de este tipo de contratos. Por último, detallaremos la importancia de los principios de la contratación pública, así como su vigencia y plena aplicación durante la etapa de ejecución del contrato de obra pública.

1. Especialidad del contrato de construcción

La actividad constructiva es antes que nada organización: de trabajo intelectual, de recursos (dentro de ellos el tiempo) y de trabajo material, orientados todos ellos a la consecución de un

resultado concreto: la obra. Dada la complejidad de la construcción, en primer lugar, debemos identificar por lo menos tres sujetos cuya participación es indispensable para la ejecución de cualquier obra:

(i) el comitente, quien encarga el desarrollo integral de la obra, también llamado propietario, y quien conserva las facultades de supervisión en la ejecución de la obra;

(ii) el proyectista, quien diseña la obra intelectual (proyecta la obra);[11] y,

(iii) el constructor, llamado también contratista, quien tiene a su cargo la ejecución de la obra material.

No obstante, podrán existir mayores o menores intervenciones dependiendo de la complejidad de la obra; una obra pequeña puede no requerir la presencia de un supervisor de obra (bastando la de un inspector). En cambio, una obra compleja puede requerir de una empresa especializada en la supervisión de obras. De igual forma, el proyectista puede diseñar la totalidad de la obra intelectual o por el contrario puede ser conveniente –incluso indispensable– que la proyección de la obra sea realizada por distintos especialistas: estructuralistas, ingenieros viales, ingenieros hidráulicos, etc. Finalmente, la ejecución puede ser realizada por un solo contratista; por éste con el apoyo de sus subcontratistas; o, incluso, por más de un contratista.

Si bien hemos identificado los sujetos que intervienen en todo el proceso constructivo, debemos precisar que el contrato de obra se encuentra conformado únicamente por dos partes: el comitente y el contratista (en obra pública serán la Administración y un administrado respectivamente). Ahora bien, el resultado del trabajo realizado por el proyectista se incorporará en el contrato y se

[11] Las expresiones «obra intelectual» y «obra material» son utilizadas por SPOTA para referirse al proyectista como locador de obra intelectual y al constructor como locador de obra material. SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos - Volumen V*. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 309.

proyectará durante su ejecución[12]; siendo incluso objeto de modificaciones.

Llegados a este punto, procederemos a señalar brevemente las principales características del contrato de construcción, más conocido en nuestro ordenamiento como contrato de obra. En ese sentido, el contrato de obra es:

(i) Consensual, porque «se forma por el sólo consentimiento de las partes»[13]. Aunque en el contrato de obra pública una de las partes es la Administración y por tanto se deben seguir los procedimientos determinados por la NLCE.

(ii) Sinalagmático, pues la razón por la cual el contratista ejecuta la obra se encuentra en la contraprestación que el comitente le pagará a cambio –en consecuencia, es también oneroso–. Se dice que es «de sinalagma perfecto, porque contiene desde su origen obligaciones cuya reciprocidad […] constituye su razón de ser»[14].

(iii) Oneroso, como consecuencia de ser un contrato sinalagmático «porque las ventajas que uno de los contratantes obtiene lo son en razón de la prestación que al otro contratante le efectuará»[15].

(iv) Conmutativo, ya que al momento de celebrarse el contrato se ha establecido una equivalencia[16] entre el

---

12 Conforme al artículo 165 del RNLCE, durante la ejecución de la obra el contratista puede formular consultas que, por su naturaleza, pueden requerir de la opinión del proyectista.

13 SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*…, cit., p. 312.

14 PODETTI también señala que una de las «[c]onsecuencias directas de la bilateralidad, así como de sus caracteres oneroso y conmutativo, son […] la exigencia de conservar la ecuación establecida por las partes entre las respectivas obligaciones». PODETTI, H., Contrato de Construcción. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 63.

15 SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*…, cit., p. 314.

16 «[E]l carácter conmutativo en un contrato de ejecución obligadamente prolongada implica que las partes no sólo han establecido una equivalencia entre las obligaciones recíprocas, sino que asimismo han asumido el compromiso de

precio y la obra pues las prestaciones a que se obligan las partes no dependen de un acontecimiento incierto como sucede con los contratos aleatorios[17]. Si bien –como veremos más adelante– el contrato se puede modificar por un acontecimiento futuro e incierto, ello es un riesgo que asume el constructor y que además se encuentra presente en todos los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo.

(v) De ejecución prolongada[18/19], pues, aunque el contrato culmina con un único acto de cumplimiento[20] (la recepción de la obra), la ejecución de la obra se actúa en el tiempo.

(vi) Típico, es un contrato que cuenta con regulación propia tanto en el ámbito privado como en el ámbito público.

(vii) De colaboración, en dos sentidos: porque el cumplimiento de las obligaciones requiere de la

---

que esa equivalencia se mantenga hasta la conclusión del contrato». PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., p. 67.

17 En los contratos aleatorios como sucede con el contrato de juego y apuesta, el riesgo y la incertidumbre constituyen su razón de ser. En cambio, «[…] los contratos de obra… no tienen, en ningún caso, carácter aleatorio *strictu sensu*, ya que nunca el riesgo es motivo determinante del contrato, lo cual no quiere decir que no haya en ellos… riesgo de ganancia o de pérdida. Tiene, sobre todo el contrato de obra, un cierto carácter aleatorio por la dificultad que conlleva el cálculo previo del precio, sobre todo cuando éste se determina alzadamente en el momento de la perfección del contrato». ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 4.

18 La calificación de contrato de ejecución prolongada es una categoría intermedia propuesta por ROPPO pues considera que no es nítida la pertenencia del contrato de obra a la categoría de los contratos de duración, en vez de aquella que corresponde a los contratos de ejecución instantánea. ROPPO, V., *El Contrato (Trad. Eugenia Ariano Deho).* Gaceta Jurídica (Original en italiano, 2001), Lima, 2009, p. 508.

19 SPOTA precisa que «[l]a ejecución es continuada, aun cuando su cumplimiento, o sea, el resultado obtenido, implique la recepción de la obra como hecho instantáneo, no tratándose de la recepción de la obra por partes». SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*…, cit., p. 313.

20 PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., p. 65.

colaboración activa de ambas partes y porque cumple una función económico-social[21].

Ahora nos corresponde analizar las prestaciones que puede contener un contrato de obra. Las principales prestaciones a cargo del contratista podrán comprender el diseño[22], el suministro de materiales[23] y equipos necesarios, la construcción de obras civiles, el montaje del proyecto e incluso la puesta en operación de la edificación. Por ello, los riesgos a ser asignados incluyen las condiciones del terreno, el acceso al mismo, los permisos y licencias correspondientes, la garantía de los materiales empleados y equipos instalados, la terminación oportuna y el rendimiento de la obra terminada. La adecuada determinación de riesgos para cada una de las partes dependerá del sistema de determinación del objeto[24] (obra completa, llave en mano, rendimiento garantizado, producto en mano, etc.) y del sistema de determinación de precio (suma alzada, precios unitarios, etc.) que respectivamente se escoja ya que la inclinación de los riesgos para una de las partes supondrá una contraprestación mayor a cargo de la parte que se beneficie de ello.

Al respecto, encontramos que la obligación a cargo del contratista es una obligación de resultado pues el objeto del contrato es la obra material terminada: una prestación que es indivisible en su integridad. Por ello, y sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al proyectista por las deficiencias en la obra intelectual[25], cuando menos el riesgo técnico de la ejecución de la obra permanece en la esfera de control del

---

21 PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., p. 68.

22 En contratación pública, cuando el expediente técnico es elaborado por el contratista, estamos frente a una modalidad de ejecución contractual denominada concurso oferta, la cual se encuentra regulada en la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del RNLCE.

23 Nuestro CC ha quedado retrasado cuando establece en su artículo 1773 que los materiales necesarios para la ejecución de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto en contrario. Con excepción de obras pequeñas, actualmente, lo usual es que sea el contratista quien también se encargue del suministro de los materiales necesarios para la ejecución de la obra.

24 Al respecto, véase PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., pp. 247-250.

25 Así lo establece el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la NLCE. Disposición también contenida en el numeral 41.2. del artículo 41 de la DLCE.

contratista y precisamente por ello es que el contratista requiere de gran autonomía, estando fuera de cualquier tipo de subordinación respecto del comitente, sin que ello le restrinja a este último sus facultades de supervisión para obtener la seguridad de la correcta ejecución de la obra.

De igual forma, el comitente por lo menos se encontrará obligado a colaborar con el contratista, al pago puntual de los adelantos correspondientes, a la entrega oportuna del terreno y a la verificación y recepción de obra. Así, por ejemplo, para convocar a un procedimiento de selección el RNLCE[26] exige contar con disponibilidad física del terreno donde se ejecutará la obra. Sobre las diferencias existentes entre las características reales del suelo y las detalladas en los documentos técnicos es el propietario quien debe asumir tal riesgo[27], sin perjuicio de las acciones que pueda tomar contra el proyectista ya que con el desarrollo de la tecnología en la industria de la construcción actualmente es más que posible obtener información precisa respecto de la composición del suelo.

Por lo anterior, podemos concluir que la complejidad del contrato de construcción se encuentra fundamentalmente en la ejecución prolongada de sus prestaciones lo que necesariamente lo convierte en un contrato riesgoso. Frente a ello, existirán mecanismos para responder oportunamente cuando estos riesgos se materialicen. Precisamente uno de esos mecanismos frente a las deficiencias contenidas en la documentación técnica, frente a comportamientos extraordinarios del clima –entre otros– son las variaciones de obra.

---

26 Artículo 20 del RNLCE. El artículo 13 de la DLCE establecía que para requerir la contratación de una obra pública se debía contar con disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutaría la misma.

27 En ese sentido el artículo 1785 del CC establece que el contratista no es responsable por la destrucción o ruina sobreviniente de la obra si se prueba que se ejecutó de acuerdo a las reglas del arte y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra (cuando dicha documentación técnica fue proporcionada por el comitente.

2. Particularidades de la contratación pública

Cuando un privado contrata con otro, lo hace con quien quiere y como quiere, respetando únicamente los límites impuestos por ley, a ello se le conoce como vinculación negativa al principio de legalidad[28]. No sucede lo mismo cuando la Administración contrata con un administrado pues ésta se encuentra vinculada positivamente al principio de legalidad[29] y por ello su actuación[30] se encontrará sometida al ordenamiento jurídico en la medida que solo podrá hacer lo que la ley le permite. SANZ RUBIALES precisa que no solo se encuentra sometida al ordenamiento «sustantivo», sino que también está sometida al ordenamiento procedimental que en la contratación pública adquiere mayor trascendencia[31]. En efecto, la Administración carece de libertad[32] debido a que cuando contrata se encuentra en juego el interés público[33].

---

28 «El principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho Administrativo». GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª Ed., Madrid, 1989, pp. 469-548. Citado por MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit., p. 686. (por nota).

29 Al respecto véase ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010, pp. 117-128.

30 RIVERO precisa que «la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del Interés general o bien común». RIVERO, J. *Droit Administratif*, Dalloz, París, 1997, p. 10. Citado por COVIELLO, P. J. J., «Una introducción iusnaturalista al derecho administrativo», en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Instituto de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, p. 18.

31 SANZ RUBIALES, I., «Eficacia en la Contratación Administrativa», en *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2004, p. 709. En ese mismo sentido, MARTIN TIRADO señala que la Administración «debe actuar en forma ordenada en concordancia con los principios de derecho administrativo, para poder cumplir sus finalidades, atribuciones y obligaciones instauradas por la Constitución y la Ley». MARTIN TIRADO, R., «Administración pública y procedimiento administrativo general», en *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de ponencias de las jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Coord. ZEGARRA VALDIVIA, D., y BACA ONETO, V., Palestra, Lima, 2011, p. 44.

32 Los entes públicos «[únicamente] pueden actuar para lo que diga el ordenamiento jurídico, con los medios que éste les proporciona y siguiendo los procedimientos y modos de actuar que prevea el ordenamiento». MARTÍNEZ

Este interés público es la excepción en los contratos privados, pues en ellos es un elemento externo de la relación contractual; su vinculación es negativa en la medida que los particulares pueden contratar lo que deseen siempre que no alteren el interés público[34]. Sin embargo, en los contratos administrativos el interés general, entendido «en sentido objetivo, como interés colectivo encomendado a la Administración»[35], es algo interno al contrato, al punto que es el objeto del contrato: la realización de una obra de interés general, por ejemplo, y por ello se impone al interés privado en el que predomina el aspecto económico.

Estas particularidades de la Administración importan un régimen especial de contratación. En nuestro ordenamiento la propia CP establece expresamente la obligatoriedad de utilizar mecanismos especiales cuando el Estado requiera contratar la adquisición de bienes, suministros o la ejecución de obras[36] y; en ese sentido, la NLCE determina los procedimientos[37] y la forma mediante la cual dichas contrataciones se realizan, precisando que la

---

LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «La causa jurídico-pública de los contratos públicos», en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010, p. 680.

33 «[…] el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación» RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008, p. 797.

34 Así, por ejemplo, el artículo V del Título Preliminar del CC establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

35 HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 200, p. 172. Citado por BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado como alternativa de control de la actuación de la administración», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, p. 543.

36 Así, el artículo 76 de la CP establece: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.
[…]».

37 Sobre la necesidad de un procedimiento peculiar para la contratación pública, véase la Opinión Nº 078-2012/DTN.

licitación pública es el proceso de selección que se utiliza para la contratación de bienes y obras[38].

No obstante, el proceso de selección no considera únicamente el objeto de la contratación, sino que varía dependiendo del monto que se encuentre en juego. Así existen básicamente dos procesos de selección aplicables para la contratación de obras: la Licitación Pública y la Adjudicación Simplificada, los cuales serán aplicables de acuerdo a los márgenes establecidos por la norma presupuestaria que corresponda dependiendo de la Entidad que contrate. A modo de ejemplo, la LPSP 2016, determina que los márgenes aplicables para la contratación de obras son los siguientes: *i)* Licitación Pública, si el valor referencial es igual o superior a S/ 1'800,000.00 (un millón ochocientos mil y 00/100 soles[39]); *ii)* Adjudicación Simplificada, si el valor referencial es menor al monto referido anteriormente.

Antes de la entrada en vigencia de la NLCE[40], existían procesos más sencillos que eran aplicables para aquellos contratos cuyo monto no era considerable; en vez de la Adjudicación Simplificada existían: la Adjudicación Directa[41] si el valor referencial[42] era inferior a S/. 1'800,000.00 (un millón ochocientos mil y 00/100 nuevos soles); y, la Adjudicación de Menor Cuantía[43],

---

38 Artículo 22 de la NLCE. Anteriormente, el artículo 16 de la DLCE establecía que la licitación pública se convocaba para la contratación de bienes, suministros y obras.

39 Si bien la LPSP 2016 establece los montos en nuevos soles, al igual que la NLCE y su reglamento, de acuerdo al artículo 2 de la Ley que cambia el nombre de la unidad monetaria de nuevo sol a sol (Ley 30381), toda referencia al Nuevo sol se debe entender como Sol, cuyo símbolo es "S/".

40 Recordemos que la NLCE entró en vigencia el 9 de enero de 2016, a los treinta (30) días contados a partir de la publicación de su reglamento (Decreto Supremo 350-2015-EF).

41 De acuerdo al numeral 3 del artículo 19 del RDLCE, la Adjudicación Directa a su vez podía ser Pública o Selectiva. Era Pública cuando el monto de la contratación era mayor al cincuenta por ciento (50%) del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias. En caso contrario, era Selectiva.

42 Conforme a los márgenes aplicables de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, aprobada mediante Ley 30281.

43 De acuerdo al numeral 4 del artículo 19 del RDLCE, la Adjudicación de Menor Cuantía se convocaba cuando el monto de la contratación era inferior a la décima

si el valor referencial era inferior a S/. 180,000.00 (ciento ochenta mil y 00/100 nuevos soles). Actualmente existe una modalidad de Licitación Pública con Precalificación[44] cuya mayor complejidad tiene la finalidad de preseleccionar a proveedores con calificaciones suficientes para ejecutar el contrato e invitarlos a presentar su oferta. Esta modalidad es aplicable para aquellos contratos de obra cuyo monto es igual o superior a S/ 20 000 000,00 (veinte millones y 00/100 soles).

Cabe precisar que para los fines del presente trabajo nos interesa analizar únicamente la licitación pública pues, en términos de CASSAGNE, es «el cauce general de la contratación pública administrativa»[45]. En efecto, es el procedimiento más regulado y en el que se deben aplicar todos los principios de la contratación pública. Por ello, si durante la ejecución del contrato se vulneran estos principios se atenta directamente contra la eficacia de la licitación pública que bien puede haberse desarrollado respetando el principio de igualdad de trato[46] pero que finalmente es vulnerado durante la ejecución del contrato cuando, por ejemplo, se efectúan modificaciones indebidas en beneficio del contratista y en perjuicio de los postores no adjudicatarios.

En cuanto al concepto de licitación pública GALINA precisa que se trata de un «un acto de alcance general, no normativo [que] […] mal puede ser considerado una propuesta, ya que no existe obligación del comitente de adjudicar»[47]. En ese sentido, podemos definir a la litación pública como un verdadero procedimiento administrativo, que debe concluir en un acto administrativo justo y

---

parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las licitaciones públicas (en el caso de obras).

44 De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del RNLCE.

45 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, 2ª. Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 86.

46 El literal k) del artículo 4 de la DLCE lo denominaba principio de trato justo e igualitario.

47 GALINA C. A., «La licitación pública como procedimiento rector de la contratación administrativa», en *Revista de Derecho Administrativo*, 73, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 664.

eficaz[48], y cuya finalidad es la de seleccionar la mejor oferta presentada para celebrar un contrato con el postor ganador[49].

3. El contrato administrativo

No resulta posible analizar las potestades con las que cuenta la Administración cuando contrata sin adoptar una postura respecto de la teoría del contrato administrativo. Es precisamente la especial naturaleza de este tipo de contratos la que permite el ejercicio de potestades administrativas dentro de una relación contractual. De hecho, el reconocimiento de la existencia de estas potestades –tradicionalmente denominadas cláusulas exorbitantes[50]– sirvió de fundamento para la construcción de la teoría del contrato administrativo[51]. Por ello, en las siguientes líneas explicaremos brevemente la figura del contrato administrativo.

En atención al grado de interés público perseguido por la Administración podemos encontrar dos grandes sectores de contratos públicos: *i)* contratos administrativos e

48 GALINA, C. A. «La licitación pública…», cit., p. 664.

49 GORDILLO, A., *Después de la reforma del Estado.* Segunda edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2002, pp. 1-2. Citado por FERNÁNDEZ RUIZ, J., «Los vicios de la contratación pública en México», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011, p. 479.

50 MORÓN URBINA explica acertadamente que la «terminología de cláusulas exorbitantes […] está asentada sobre bases poco claras por cuanto nunca quedó esclarecido si lo exorbitante significaba que esa cláusula era solo "inusual", era "ilegal", "imposible", "inhabitual" o "excepcional", respecto del estándar regular en el derecho contractual común». El autor precisa además que «[l]a exorbitancia (sea inusual, ilegal, imposible, etc.) siempre demanda un juicio de comparación con el régimen contractual común, que también posee su propia evaluación y adaptación en cada país. De ahí que lo inusual para el derecho contractual común no necesariamente sea idéntico en todos los momentos». MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 488.

51 Al respecto, CASSAGNE explica que «[la] insuficiencia que, según la doctrina, portaba la teoría del servicio público para configurar el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la doctrina y jurisprudencia francesa la aparición de una corriente que, al advertir la presencia en los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al derecho común, creyó encontrar en tal característica la solución al problema de la categorización del contrato administrativo». CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo…*, cit., p. 25.

interadministrativos; y, *ii)* contratos privados de la Administración. Se conoce como contratos interadministrativos o contratos de cooperación a aquellos que la Administración celebra en pie de igualdad con otras entidades públicas respecto de asuntos en los que ambas tienen competencia; como ejemplo podemos citar a los denominados convenios por los cuales las municipalidades fijan los términos de cooperación y apoyo mutuo a efectos de fortalecer los servicios de seguridad ciudadana al permitir que el personal de seguridad ciudadana de ambas municipalidades pueda ejercer sus funciones incluso en las zonas limítrofes de dichas jurisdicciones. Los contratos administrativos también denominados contratos de subordinación son aquellos que la Administración celebra en ejercicio de funciones administrativas y, por tanto, en evidente posición de superioridad jurídica[52] respecto de la otra parte[53].

Los contratos administrativos y los contratos interadministrativos se rigen por las normas de derecho administrativo, de derecho público y supletoriamente por las normas de derecho privado «adaptándolas siempre a la peculiar naturaleza publicista del contrato administrativo»[54], en ese orden[55].

---

52 BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta: Los contratos públicos (en especial aquellos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado)», en *Notas al curso de Derecho Administrativo - Universidad de Piura*, *pro manuscripto*, Piura, 2013, p. 11.

53 Los contratos administrativos a su vez se clasifican en contratos de atribución y contratos de colaboración. En los primeros «lo esencial es la prestación del Estado, mientras que la del contratista se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene el Estado». En los segundos «lo fundamental es la prestación que debe el particular al estado, es decir, la transformación del contratista privado en un colaborador de la función administrativa». CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo…*, cit., pp. 34-35.

54 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo…*, cit., p. 19.

55 El orden de prelación en la aplicación del derecho fue introducido en la DLCE, mediante las modificaciones introducidas por el Artículo Único de la Ley Nº 29873, publicada el 1 de junio 2012, en los términos siguientes:
«Artículo 52. Solución de controversias
[…]
52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

No sucede lo mismo con los contratos privados de la Administración, en los cuales únicamente el procedimiento de selección se regirá por el derecho administrativo resultando aplicables las normas de derecho privado a los aspectos del contrato regulados por este derecho. Así, por ejemplo, cuando la Administración dispone de sus bienes, salvo las excepciones previstas, debe seguir un procedimiento administrativo que consiste en una subasta pública[56]; no obstante, una vez que adjudica el bien rigen las normas del Código Civil aplicables a la compraventa[57].

Respecto de la diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración la doctrina ha propuesto distintos criterios de distinción[58], entre ellos: *i)* criterio subjetivo: el contrato será administrativo por la sola participación de una Administración; *ii)* criterio de competencia jurisdiccional; *iii)* criterio de cláusula exorbitante; *iii)* criterio de definición legal; y, *iv)* criterio de finalidad pública. De los criterios mencionados dos de ellos, a nuestro parecer, son determinantes: el criterio de definición legal y el criterio de finalidad pública. Ello considerando que, debido al especial régimen que importa la clasificación de contrato administrativo, es el legislador quien debe tipificar cuando determinados contratos se encuentran orientados a la satisfacción de un interés público relevante. En ese sentido, MAIRAL (uno de los mayores críticos de la teoría general del contrato administrativo),

---

[…]».
La NLCE, también recoge dicho orden de prelación:
«Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
[…]
45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.
[…]».

56 De acuerdo al artículo 125 del RLGSBN: «Los bienes de dominio privado estatal pueden ser objeto de compra venta sólo bajo la modalidad de subasta pública y excepcionalmente por compra venta directa».

57 Así, el artículo 80 del RLGSBN establece que «La compraventa se formalizará e inscribirá en el Registro de Predios de acuerdo con las normas del derecho común, debiendo insertarse en la Escritura Pública respectiva la Resolución de aprobación».

58 LINARES JARA, M., *El Contrato Estatal*, Grijley, Lima, 2002, pp. 10-13.

precisa que «allí donde exista un interés público que justifique apartarse del principio estricto de *pacta sunt servanda*, el Estado podrá, como legislador, sentar reglas precisas sobre el alcance del apartamiento, de consecuencias también delimitadas y aplicables a una categoría de contratos claramente definida»[59]. De hecho, lo que la crítica discute es, entre otros puntos, la presencia de potestades administrativas en contratos celebrados por la Administración en ausencia de disposición legal que lo autorice.

Resulta conveniente precisar que a diferencia de lo que sostiene algún sector de la doctrina, consideramos que la distinción no es puramente teórica; CASSAGNE[60] detalla al menos tres consecuencias prácticas importantes: *i)* la interpretación del contrato administrativo; *ii)* la procedencia de la *exceptio non adimpleti contractus* y la rescisión o resolución del contrato administrativo ante el incumplimiento de la Administración; y, *iii)* el poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos.

Por todo lo anterior, entendemos al contrato administrativo como aquel en el cual el administrado actúa como colaborador[61] de la Administración en la satisfacción de un interés público relevante a cambio de una contraprestación intangible[62].

3.1. Aleas del contrato administrativo

Estrictamente hablando el contrato es distinto de sus efectos. Por ello se debe distinguir al contrato *in fieri* del contrato *in facto esse*. El contrato *in fieri* es el contrato en sentido estricto del cual nace la relación contractual, en cambio el contrato *in facto esse* es precisamente la propia relación contractual. Pues bien, dentro de este último, es decir, durante la ejecución del contrato

---

59 MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit., p. 693.

60 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo…*, cit., pp. 43-47.

61 Ello responde al principio de colaboración «según el cual la Administración no considera al contratista como un antagonista, sino como un colaborador voluntario». BACA ONETO, V., y ORTEGA SARCO, E., «Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano», en *Revista de Derecho Administrativo*, 13, 2013, p. 36.

62 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo…*, cit., p.21.

administrativo, pueden surgir circunstancias –en principio excepcionales– que alteran la ecuación económica financiera contenida en el contrato (*in fieri*). Dichas circunstancias no son más que la materialización de los riesgos inherentes a todo contrato[63]. Cabe precisar que, debido al nivel de incertidumbre y de riesgo que se haya presente en los contratos de construcción[64], la identificación de los riesgos adquiere mayor importancia para el tema que hemos abordado en el presente trabajo.

Al respecto, los riesgos pueden originarse: *i)* en la propia conducta de las partes (como el incumplimiento de obligaciones o cumplimiento defectuoso[65], parcial o tardío); *ii)* en la conducta de la otra parte (en ejercicio del *ius variandi*); *iii)* en actos, hechos u omisiones de terceros que pueden ser vinculados (la autoridad administrativa: *factum principis*) o no vinculados (acciones de otros administrados); o, *iv)* en la naturaleza (cambio de clima, movimiento de tierras, lluvias, etc.). Todos estos riesgos se constituyen en causas que alteran el equilibrio económico financiero del contrato administrativo.

En ese sentido, si bien existen diversas clasificaciones de las causas que alteran el equilibrio económico del contrato administrativo, nos hemos inclinado por aquella que las clasifica en atención a los aleas que afectan. En primer lugar, tomaremos la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española[66] para definir a los aleas como aquel riesgo de

---

63 «Objeto, precio y riesgos constituyen la trilogía estructural de todo negocio y, por lo tanto, de todo contrato». PODETTI, H. *Contrato de Construcción*…, cit., p. 280.

64 «La promesa de un resultado, que debe obtenerse haciendo y, por ende, requiere una no deseada pero imprescindible participación del tiempo, convierten al contrato de construcción en uno de los de mayor incertidumbre y más alto riesgo». PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., p. 277.

65 «En el caso del constructor, la indebida ejecución de sus obligaciones le exigirá afrontar costos extraordinarios, casi siempre imprevistos. Entre ellos, costos de mayor permanencia en obra, de demolición y nueva ejecución de partes mal construidas, de penalidades…». PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., pp. 292-293.

66 La transcripción literal de la definición de aleas contenida en la 22ª edición del Diccionario de la Real Academia Española es la siguiente: «**1.** m. *Der.* En una relación contractual, riesgo de incumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto».

incumplimiento de las prestaciones que constituyen el objeto en una relación contractual. En efecto, únicamente nos interesa analizar los riesgos que se producen durante la ejecución del contrato y no los que pueden materializarse con posterioridad a la terminación del contrato (como sucede con los vicios ocultos en el contrato de construcción).

En consecuencia, de acuerdo con ARIÑO ORTIZ[67], las causas que –en principio– pueden alteran el equilibrio económico financiero del contrato administrativo según los aleas que afecten, se clasifican en:

(i) Aleas empresariales, son aquellos riesgos implícitos de acuerdo al contrato administrativo que se trate, que afectan directamente la ejecución de las prestaciones a cargo de la parte que lo padece y que se originan en la naturaleza o en actos, hechos u omisiones de terceros no vinculados. En este grupo se encuentran los errores de cálculo[68] (bastante frecuentes en los contratos de obra), los daños o destrucciones en las obras, y las dificultades materiales de ejecución del proyecto (como son los cambios imprevistos de clima, las huelgas de obreros de construcción civil, etc.).

(ii) Aleas económicos, son también riesgos empresariales, pero de carácter externo que alteran las condiciones económicas en perjuicio del contratista para quien la ejecución de la prestación se torna más onerosa. Se originan en actos, hechos u omisiones de terceros vinculados (la autoridad administrativa que declara un día contemplado en el calendario de obra como no laborable, encareciendo la mano de obra) o no vinculados (aumento de los precios del petróleo a nivel mundial con clara repercusión en el costo de operación de la maquinaria pesada y del transporte). Frente a las afectaciones económicas que puede generar la materialización de los referidos riesgos, para

---

67 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., pp. 7-8.

68 El denominado *error calculi* únicamente alterará la ecuación económica cuando no haya sido cometido por aquella parte que padece la afectación.

restablecer el equilibrio económico del contrato se puede acudir a la teoría de la imprevisión que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente[69]; o a la revisión de precios *ex lege* (también llamada régimen de mayores costos).

(iii) Aleas administrativos, son aquellas conductas originadas en la actuación de la Administración, bien dentro de la relación contractual cuando unilateralmente modifica el contrato en ejercicio de una potestad (*ius variandi*), o bien cuando con medidas generales afecta las condiciones jurídicas o de hecho conforme a las cuales el contratista ejecuta el contrato[70] (*factum principis*).

Es válido aclarar que los tres tipos de aleas que hemos detallado anteriormente no agrupan causas o riesgos aislados, sino que cabe la posibilidad de que un riesgo pueda encontrarse en más de un aleas como sucede con el *ius variandi* que en ocasiones puede comprender los aleas empresariales y como consecuencia de ello, los aleas administrativos. Ello sucede, por ejemplo, cuando debido a un error de cálculo (aleas empresarial) contenido en el expediente técnico con el cual se licitó la obra pública, resulta necesario modificar el contrato mediante la aprobación de un adicional de obra (aleas administrativo) que permita corregir el referido error.

3.2. La flexibilidad del contrato administrativo

El contrato administrativo es una especie de contrato público que constitutivamente tiende a la eficiencia pues, como señala CASSAGNE[71], el contrato administrativo «como intercambio de

---

69 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 137.

70 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 135.

71 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 24-25. Citado por OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva», en *Derecho Administrativo-Abeledo Perrot*, 63, 2008, p. 109.

prestaciones que traduce el equilibrio o igualdad que procura la justicia»[72], reposa sobre tres ideas fundamentales:

(i) Se trata de una verdadera institución que persigue el bien común[73], y este se encuentra por encima de la voluntad de las partes, «cuya satisfacción es esencialmente dinámica y precisa adecuarse a los cambios que se van produciendo durante la vida del contrato»[74].

(ii) La idea de colaboración «implica una suerte de solidaridad con la función administrativa [la cual] justifica que el Estado corrija esos desequilibrios que se presentan en el curso de una relación contractual, cuando no media culpa o dolo del [contratista], mediante una indemnización fundada en la justicia distributiva, o bien mediante una compensación propia de la justicia conmutativa»[75].

(iii) Se debe reconocer que el interés público que persigue el contrato administrativo es dinámico y que «la

---

72 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 24-25. Citado por OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo…», cit., p. 109.

73 Sobre la actividad contractual de la Administración orientada al bien común, SOTO KLOSS precisa lo siguiente: «no porque se utilice por parte del Estado la vía contractual dejará de ser Estado, ni se despoja de su posición intrínseca supraordenadora, que persigue como finalidad esencial el interés general, el bien común». SOTO KLOSS E., «La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato adminsitrativo / contrato civil de la Administración)», en *Revista de Administración Pública*, 86, 1978, p. 577. Citado por COVIELLO, P. J. J., «El contrato administrativo: ¿*lex inter partes o ius variandi*?», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011, p. 194.

74 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 24-25. Citado por OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo…», cit., p. 109.

75 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 24-25. Citado por OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo…», cit., p. 109.

obligación de colaborar o de repartir bienes comunes rebasan las previsiones de las partes»[76].

Como vemos, el contrato administrativo persigue un objeto dinámico que puede requerir modificaciones que surgen durante la ejecución del contrato y que, por tanto, no pueden ser previstas por las partes. Por ello, la eficiencia en la ejecución del contrato no se encuentra determinada por las potestades con las que cuenta la Administración, sino que también depende de la regulación de las prestaciones contractuales, de la manera de interpretarlas y de la seguridad jurídica en caso sea necesario acudir a un mecanismo de resolución de controversias[77]. En tal perspectiva, la teoría de los contratos incompletos afirma que «tomar como punto de partida de la relación jurídica que los contratos son completos en sus disposiciones es obviamente un concepto muy fuerte, porque implica que todas las contingencias que podrían afectar la relación contractual están ya tomadas en cuenta en el mismo contrato»[78]. Así, el reconocimiento de la imposibilidad de regular la totalidad de las contingencias que podrían presentarse en la ejecución del contrato administrativo nos lleva a concluir que este contrato para ser eficiente necesariamente debe ser flexible. La forma en que esta flexibilidad opere será desarrollada en el presente trabajo.

4. Principios de la contratación pública

Habiendo precisado las particularidades de la contratación pública y delimitado la figura del contrato administrativo, corresponde analizar los principios que rigen la actividad contractual de la Administración y que son de aplicación a la fase

---

76 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 24-25. Citado por OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo…», cit., p. 109.

77 «En economía, un sistema jurídico es eficiente cuando los agentes actúan sabiendo que su esfuerzo será retribuido y los perjuicios que causen deberán ser compensados, como resultado natural de dicho orden jurídico, sin incurrir en elevados costos de transacción para lograrlo». BUSTAMANTE, J. E., «El contrato administrativo», en *Ediciones especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 255.

78 OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva», en *Derecho Administrativo-Abeledo Perrot*, 63, 2008, p. 122.

interna del proceso de selección, a la fase externa del mismo, a la ejecución del contrato y a la liquidación del mismo[79]. Estos principios, de acuerdo al artículo 2 de la NLCE, no solo sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la referida ley y su reglamento, sino que también se constituyen en parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones[80]. Por ello MORÓN URBINA afirma que «la inobservancia a un principio de la contratación administrativa debe ser considerada como más grave que el incumplimiento de cualquier otra norma sustantiva o procedimental de la contratación estatal»[81].

4.1. Principios positivamente reconocidos

El artículo 4 de la DLCE contenía una lista de trece principios. La redacción de muchos de ellos se encontraba orientada al desarrollo del procedimiento de selección: principio de moralidad, principio de libre concurrencia y competencia, principio de imparcialidad, principio de publicidad, principio de transparencia, principio de economía, y principio de trato justo e igualitario; la de otros, se encontraba más orientada a la ejecución y a la finalidad del contrato administrativo: principio de razonabilidad; principio de equidad; principio de vigencia tecnológica; y, principio de sostenibilidad ambiental. Incluso uno de ellos se refería al fin último de la contratación pública: la promoción del desarrollo humano.

El artículo 2 de la NLCE ha reconocido únicamente nueve principios que fundamentan el desarrollo de la contratación pública. Dentro de estos principios encontramos que la redacción

---

79 MORÓN URBINA explica que «los principios poseen un dinamismo potencial que le permite ser aplicable a cualquier momento de la contratación estatal […], e incluso, no solo respecto de la realidad prevista por el legislador, sino también respecto de cualquier realidad futura que pueda presentarse en la contratación administrativa». MORÓN URBINA, J. C., «Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas», en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 24.

80 La misma disposición la encontrábamos en el último párrafo artículo 4 de la DLCE.

81 MORÓN URBINA, J. C., «Los principios inspiradores…», cit., p. 24.

de siete de ellos pareciera estar orientada únicamente a su aplicación en el proceso de selección y no a la relación contractual; estos principios son: libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, y sostenibilidad ambiental y social. Por otro lado, el principio de equivalencia contiene una redacción orientada al desarrollo de la relación contractual y el principio de vigencia tecnológica se encuentra orientado al resultado de la ejecución del contrato. Finalmente, consideramos que en la DLCE y en la NLCE existe un principio que comprende de alguna forma a todos los anteriormente mencionados: el principio de eficacia y eficiencia.

Ahora bien, para el objeto del presente trabajo, de todos los principios mencionados (recogidos en la DLCE y en la NLCE), nos interesan especialmente: *i)* el principio de igualdad de trato; *ii)* el principio de transparencia (que se apoya en el principio de publicidad); y, *iii)* el principio de eficacia y eficiencia.

4.1.1. Principio de igualdad de trato[82]

Durante la fase interna del proceso de selección –esto es, durante la actividad preparatoria del procedimiento–, el principio de igualdad de trato impedirá que la Administración establezca requisitos técnicos mínimos desvinculados o desproporcionados con el objeto del contrato[83] con la finalidad de favorecer a algún postor, o a algunos, en concreto[84]. Por otro lado, durante la fase

---

82 Se encuentra en literal b) del artículo 2 de la NLCE:
«b) Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva».
Con una redacción parecida se encontraba recogido en el literal k) del artículo 4 de la DLCE con el nombre de principio de trato justo e igualitario.

83 MORÓN URBINA, J. C., «Los principios inspiradores…», cit., p. 50.

84 Ello afectaría también el principio de libertad de concurrencia recogido en el literal a) del artículo 2 de la NLCE:
«a) Libertad de concurrencia. Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen,

externa del proceso de selección, (esto es, a partir de la convocatoria) el principio busca evitar la discriminación; identificando la mejor oferta en atención a las especificaciones técnicas o términos de referencia, sin realizar diferenciaciones injustificadas.

Finalmente, la aplicación del principio de igualdad de trato durante la ejecución del contrato estará orientada a impedir que el postor adjudicatario se vea beneficiado con el otorgamiento de modificaciones al contrato que de haber sido conocidas por los postores no adjudicatarios hubieran permitido que estos presenten sus ofertas en otros términos[85]. Lo anterior es también una manifestación de la proyección del principio de inmodificabilidad de las ofertas a la etapa de ejecución del contrato[86]. En efecto, el traslado de los principios que rigen el procedimiento de selección del contratista a la fase de ejecución permite la protección del contratista de manera directa y de los postores no adjudicatarios de manera indirecta[87]. En ese sentido MORÓN URBINA señala que el principio de trato justo e igualitario tiene una especial aplicación durante la ejecución contractual al delimitar y matizar[88] la potestad administrativa de modificar unilateralmente contrato administrativo.

---

debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores».

85 DIEZ, H., «La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 62.

86 DIEZ, H., «La inmodificabilidad de…», cit., p. 70.

87 CALVO RUATA, P., «La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2011, p. 374.

88 MORÓN URBINA, J. C., «Los principios inspiradores…», cit., p. 51.

4.1.2. Principio de transparencia[89]

Es uno de los principios más estudiados debido a su relevancia ya que pretende evitar la arbitrariedad en la contratación pública procurando imposibilitar la corrupción en los procesos de selección y en la ejecución de los contratos. Este principio requiere no solo la publicidad de la convocatoria –que permite la concurrencia de la mayor cantidad de postores–, sino también la publicidad de los resultados de la evaluación de propuestas, que permite demostrar que la concurrencia de los postores se ha dado mediando un trato justo e igualitario. Cabe precisar que esta publicidad debe ser oportuna, a fin de permitir que quienes se vean afectados con los acuerdos adoptados por la Administración, puedan interponer las acciones que estimen convenientes.

En relación al principio de transparencia, nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia de fecha 17 de mayo de 2004, recaída en el Expediente Nº 020-2003-AI-TC[90], precisó con acierto que la contratación estatal requería de una adecuada transparencia en sus operaciones debido a que en ella se encontraban comprometidos recursos y finalidades públicas. En efecto, la transparencia en todo momento de la contratación pública procura

---

89 Se encuentra en literal c) del artículo 2 de la NLCE:
«c) Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico».
Con una redacción distinta, más precisa, se encontraba recogido en el literal h) del artículo 4 de la DLCE:
«h) Principio de Transparencia: Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento».

90 «La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones». Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de mayo de 2004 recaída en el Expediente Nº 020-2003-AI-TC.

garantizar la imparcialidad de los funcionarios y ello permite conseguir la eficacia en la contratación pública.

A modo de ejemplo, el principio de transparencia aplicado durante el proceso de selección, demandará que, durante la ejecución del contrato, en caso se modifique el contrato celebrado con el postor adjudicatario, las modificaciones consten en documentos de carácter público a los que cualquier administrado pueda acceder. Ello puede evitar que, por ejemplo, el funcionario de turno favorezca la modificación de la esencia de un contrato cuya adjudicación estuvo encargada a otro funcionario. En ese mismo sentido, la NLCE precisa que los laudos deben ser publicados en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado[91].

4.1.3. Principio de eficacia y eficiencia[92]

Conviene en primer lugar distinguir a estas dos figuras. Por un lado, «la eficacia alude al logro de los objetivos marcados»[93] que, en el marco de un Estado Social y democrático de Derecho[94],

---

91 Numeral 45.9 del artículo 45 de NLCE.

92 Se encuentra en literal f) del artículo 2 de la NLCE:
«f) Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos».
Con una redacción parecida se encontraba recogido en el literal f) del artículo 4 de la DLCE con el nombre de principio de eficiencia:
«f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia».

93 SANZ RUBIALES, I., «Eficacia en la Contratación…», cit., p. 708.

94 En ese sentido, la CP establece:
«Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».
«Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

corresponde al «logro del bienestar general y goce de los derechos de las personas»[95]. Por otro lado, la eficiencia se constituye en «la relación óptima entre recursos que se utilizan y los resultados obtenidos en función del interés general involucrado»[96]. En consecuencia, el principio de eficacia en las contrataciones públicas está orientado a lograr la satisfacción del interés general; resulta plenamente aplicable a todos los aspectos del contrato administrativos, desde la fase interna del proceso de selección hasta la ejecución y posterior liquidación del contrato. Consideramos que este principio bien contiene a su vez a todos los demás o, dicho de otra manera, todos los demás están orientados a salvaguardar este principio.

No obstante, este principio puede encontrar algunas complicaciones en la vinculación positiva de la Administración a la ley. Pues como indicamos anteriormente, esta vinculación alcanza incluso al procedimiento y por ello la actuación administrativa no posee la misma dinámica que puede tener un privado cuando contrata. En efecto, como indica SANZ RUBIALES, este principio no se constituye en un atajo para evitar los procedimientos que el ordenamiento dispone a fin de garantizar los principios constitucionales[97] ni puede suponer una habilitación para obviar vicios de nulidad de un contrato como en forma equivocada se indicó en la Opinión Nº 021-2010/DTN, en la cual se analizó si debía declararse nulo un contrato que se encontraba en un noventa por ciento (90%) de avance en su ejecución debido a que la Entidad había sido notificada con una pericia grafo técnica que determinó la falsedad de la firma de uno de los profesionales presentados en su propuesta técnica. En la referida opinión se concluyó que aun cuando el contrato adolezca de un vicio que acarrea su nulidad, su declaratoria podría ser contraria al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación.

El Estado es uno e indivisible.
Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes».

95 ROJAS MONTES, V.V., «El principio de eficacia en las contrataciones públicas», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, p. 532.

96 ROJAS MONTES, V.V., «El principio de eficacia…», cit., p. 532.

97 SANZ RUBIALES, I., «Eficacia en la Contratación…», cit., p. 709.

En cambio, sí constituye manifestación de este principio la diferenciación de procedimientos de selección en atención al monto del contrato: a modo de ejemplo, como indicamos anteriormente, para la contratación de obras, conforme a la NLCE, tenemos tres mecanismos distintos: licitación pública con precalificación, licitación pública y adjudicación simplificada (con la DLCE teníamos: licitación pública, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía), cuyas formalidades se ven atenuadas si el monto es menor. De igual forma, la posibilidad que tiene la Administración de imponer sus decisiones al contratista en forma unilateral cuando ejerce el *ius variandi*, es también manifestación del principio de eficacia. Recordemos que la modificación unilateral del contrato se constituye en un mecanismo que permite «ajustar en modo eficiente, razonable, equilibrado los intereses de las partes, y marcadamente el interés de la parte que en apariencia lo padece»[98].

4.2. Principios no reconocidos positivamente

Sin perjuicio de que consideremos que todos los principios reconocidos positivamente son también aplicables al contrato *in facto esse*, estimamos adecuado desarrollar también aquellos principios que la NLCE no ha recogido pero que, sin embargo, si ha previsto que puedan ser aplicados[99]. En tal sentido, BACA ONETO indica que «más importantes incluso que los principios reconocidos, son aquellos que inspiran la regulación pero que no aparecen expresamente mencionados como tales, lo que en nada afecta a su valor, en tanto este no depende de su reconocimiento legal»[100]. Por ello, vamos a desarrollar brevemente los siguientes principios: *i)* principio de colaboración; *ii)* principio de inalterabilidad; *iii)* principio de riesgo y ventura; y, *iv)* principio de buena fe y el *pacta sunt servanda*.

---

98 ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 519.

99 El artículo 2 de la NLCE establece que las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los principios que dicho artículo enumera, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público. En ese mismo sentido se encuentra en el artículo 4 de la DLCE.

100 BACA ONETO, V., «Luces y sombras de la nueva Ley de Contrataciones del Estado», en *Revista Jurídica del Perú*, 94, 2008, p. 193.

4.2.1. Principio de colaboración

Antiguamente se consideraba que los contratistas tenían intereses contrapuestos a los del Estado. Sin embargo, ahora la Administración considera al contratista como un colaborador voluntario cuyos intereses no son necesariamente opuestos a los de la Administración[101]. Es importante resaltar la voluntariedad del contratista[102] pues es este quien decide libremente contratar con el Estado.

Conforme a ARIÑO ORTIZ, debido a que la ejecución de una obra compleja exige que el contratista posea solvencia técnica y económica, y que las empresas que cuentan con dichas características son muy pocas, las empresas con las que la Administración contrata suelen ser las mismas[103]. Ello ha contribuido a que el contratista reciba un tratamiento distinto y como consecuencia se le hace «participar, activamente, en la consecución de un fin común en el que ambos se han propuesto colaborar»[104].

Por otro lado, este principio exige a la Administración que, actuando con rigurosa formalidad, deba apoyar al contratista y en ese sentido se encuentran los distintos mecanismos previstos a favor del contratista como lo son: la teoría de la imprevisión, los mecanismos de revisión de precios, el otorgamiento de ampliaciones de plazos, el pago de adelantos, entre otros. Como contrapartida a ello, al contratista se le exige que actúe dentro de un marco de legalidad y de buena fe, siendo diligente y empleando sus mayores esfuerzos[105].

---

101 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., pp. 230-231.

102 Al respecto, DROMI precisa que «si la colaboración fuera forzosa, daría lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria». DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 51.

103 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 231.

104 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 232.

105 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 233.

4.2.2. Principio de inalterabilidad

Como indicamos en la introducción del presente trabajo, el término «alterar» se define como el cambio de la esencia o forma de algo. En consecuencia, el principio de inalterabilidad se encontrará orientado a la preservación de la esencia del contrato, esto es, el mantenimiento de los términos del contrato previstos en la licitación. En efecto, la esencia del contrato (que puede definirse por el fin que persigue), no puede ser modificada ni por las partes de común acuerdo ni por la Administración[106] en ejercicio del *ius variandi*. No obstante, como se puede apreciar este principio implica tácitamente el reconocimiento de la posibilidad de modificar el contrato pues constituye un límite a la modificación del contrato y no una prohibición de esta.

BACA ONETO precisa que el «principio de inalterabilidad» se fundamenta en la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos[107]. En efecto, por un lado, la inalterabilidad del fin justifica la alteración[108] del objeto del contrato de obra y por otro lado protege a los postores no adjudicatarios en la medida que proscribe que en la ejecución del contrato se modifiquen «los factores de competencia o criterios que sirvieron para la evaluación de los postores competidores en la concurrencia y [para] finalmente elegir al actual contratista»[109].

En el ámbito del contrato de obra el principio de inalterabilidad del fin (del contrato) permitirá diferenciar entre las obras nuevas o ajenas de aquellas prestaciones adicionales que –dentro de la misma obra objeto del contrato– se califican en prestaciones imprevistas, suplementarias y complementarias[110]. Las primeras, a diferencia de las últimas, afectarán la esencia del

---

106 BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 30.

107 BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos" de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)», en *Lima Arbitration*, 1, 2006, p. 230.

108 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 224.

109 MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 508.

110 MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 507.

contrato y por lo tanto no se encontrarán comprendidas dentro de la mutabilidad del contrato administrativo.

4.2.3. Principio de riesgo y ventura

Tradicionalmente el sentido del principio de riesgo y ventura consistía en la exclusión de la fuerza mayor[111] como causa justificante para que el contratista pudiera exigir la alteración del precio o la resolución del contrato[112]. Así, en el mejor de los supuestos la aplicación de la fuerza mayor se limitaba a los casos enumerados en la norma[113]. Refiriéndose a la aplicación de este principio en el contrato de obra GARCÍA DE ENTERRÍA explicaba que «la onerosidad efectiva, mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida queda únicamente de su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual» [114]. En efecto, debido a que la obligación del contratista consistía en la entrega de la obra, los riesgos que se presentaran antes de dicha entrega eran de cuenta del contratista.

Este tema resultaba especialmente sensible cuando el equilibrio económico del contrato se veía afectado debido al ejercicio de potestades administrativas. Por ello, la doctrina no tardó en corregir esta postura reconociendo la «necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos […] [y] la necesidad de mantener el equilibrio económico de los contratos administrativos»[115]. De hecho, ARIÑO ORTIZ[116] descubrió su

---

111 El artículo 1315 de nuestro CC define a la fuerza mayor como una «causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

112 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública, 2, 1950*, pp. 84-86.

113 Así lo estableció la Sala 4ª del Tribunal Supremo Español de fecha 3 de diciembre de 1949. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor…», cit., p. 83.

114 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor…», cit., p. 88.

115 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., «El equilibrio económico en los contratos administrativos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011, p. 66.

vocación por el derecho administrativo y escribió la obra más importante sobre el equivalente económico en los contratos administrativos luego de una lectura crítica del artículo de GARCÍA DE ENTERRÍA denominado «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo».

Lo dicho autoriza a concluir que el reconocimiento del equivalente económico significó el desplazamiento del principio de riesgo y ventura como principio rector del contrato administrativo.

4.2.4. Principio de buena fe y el pacta sunt servanda

Anteriormente, cuando hablamos del contrato administrativo indicamos que a este se le aplicaba todo el derecho. En efecto no se puede discutir la aplicación de los principios de buena fe y el *pacta sunt servanda* en la medida que son principios generales del derecho[117]. Si bien su desarrollo se ha dado fundamentalmente en el derecho privado en este punto precisaremos como es que se aplican estos principios en la contratación pública.

Al respecto GONZÁLES PÉREZ indica que el principio de buena fe permite al administrado confiar en que la Administración «no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos» y que dicha exigencia tendrá en cuenta el lugar, momento y la forma más adecuada «en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. […] y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos»[118]. En resumen, el administrado confía en que las potestades de la Administración se vean limitadas por los principios de buena fe y el *pacta sunt*

---

116 ARIÑO ORTIZ, G., «Relato de mi vida», en *En la frontera. Colección de relatos FIDE*, Almuzara, Córdoba, 2014, p. 201.

117 DROMI precisa que el principio de buena fe «informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado». DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 51.

118 GONZÁLES PÉREZ, J., «El principio general de la buena fe en el derecho administrativo», Madrid, p. 59. Citado por CHIBÁN, N., «Aplicación de los principios de buena fe y pacta sunt servanda en los contratos administrativos», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 543.

servanda. Una manifestación del *pacta sunt servanda* en los contratos públicos la encontramos en el equivalente económico en la medida que su aplicación garantiza la justicia contractual conmutativa y distributiva[119]. En tal sentido, CASSAGNE afirma que «la inalterabilidad del fin se articula con el *pacta sunt servanda* como un principio institucional dogmático que confiere sentido y razonabilidad a la modificación contractual»[120].

Como contrapartida, al contratista se le exigirá un comportamiento diligente que se traduce en el conocimiento real de las normas de contratación pública[121]. Por consiguiente, la Administración también confiará en que «el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados»[122].

Como se ha podido advertir, este principio se encuentra íntimamente relacionado con la mutabilidad del contrato administrativos que trataremos más adelante.

---

119 «Los contratos se rigen, en general, por la *regla* de la *autonomía de la voluntad*, y en su desevolvimiento [*sic*] interesa preservar el *"pacta sunt servanda"*. Las ecuaciones contractuales originarias constituyen entonces, en cada caso, el camino para otorgarles seguridad jurídica, son el reaseguro de la *justicia contractual* posible (conmutativa y distributiva)». DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 37, en cursiva en el original.

120 CASSAGNE, J. C., «Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo», *El Derecho*, 180, 1998. Citado por COVIELLO, P. J. J., «El contrato administrativo…», cit., p. 176.

121 «No se trata de la ficción genérica de conocer el Derecho, sino de los conocimientos que se derivan del deber de diligencia que impone cierta posición jurídica subjetiva singular: el hecho de ser contratista del Estado». IVANEGA, M. M., «El procedimiento de la licitación pública», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011, p. 272.

122 CHIBÁN, N., «Aplicación de los principios de…, cit., p. 543.

II. EL *IUS VARIANDI* EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y EL EQUIVALENTE ECONÓMICO FRENTE A SU EJERCICIO

1. El *ius variandi*

1.1. El *ius variandi* en sentido amplio

Por la importancia que supone para la economía, el contrato es una de las instituciones más universales que existen. Por ello, las particularidades que se presenten durante la preparación, celebración y ejecución del contrato son también en cierto modo universales. En efecto, no resulta extraño que, en contratos civiles, laborales, administrativos, etc., las prestaciones a cargo de las partes sean modificadas durante la ejecución del contrato. La relevancia la encontramos en la oportunidad y en la forma en que estas modificaciones deben ser efectuadas para ser válidas. La regla general de modificación de contratos reclamará observar la misma forma con la cual el contrato se celebró[123]. Por ello, uno de los temas más controversiales se encuentra en la admisión de la posibilidad de modificar unilateralmente un contrato. Esta posibilidad no es exclusiva del contrato administrativo; la encontramos también en el derecho laboral cuando al empleador, como parte del poder de dirección que ostenta respecto de los trabajadores, se le otorga la facultad de modificar, dentro de ciertos

123 En tal sentido, partiendo de la teoría que considera que el contrato administrativo nace de un acto administrativo (por tanto, unilateral), la modificación del mismo requiere también de un acto unilateral.

límites, las condiciones de trabajo no sustanciales[124]; y, en el derecho civil[125] cuando, debido a la naturaleza del contrato de obra por ejemplo, se le reconoce a una de las partes la facultad de modificar unilateralmente el contenido contractual (siempre dentro de límites determinados).

Lo anterior demuestra dos cosas: *i)* la necesidad de modificar los contratos con posterioridad a su celebración; y, *ii)* la conveniencia de permitir que determinadas modificaciones puedan efectuarse incluso unilateralmente. En efecto, lo usual es que la realidad supere todas las situaciones que diligentemente las partes estimaron conveniente regular en el contrato original, y por ello se permite la modificación del contrato. Esta modificación que, como regla general exige que los contratos –como acuerdos que son– deban ser modificados también mediante acuerdo entre las partes, admite excepciones que encuentran su fundamento en las particularidades del contrato de obra como son la duración, la dificultad de las prestaciones, la presencia de prestaciones determinables, etc.[126]. Como consecuencia de ello se permite la modificación unilateral desplazando el estricto cumplimiento de los términos originales de los contratos y las formalidades necesarias para su modificación en favor de la eficiencia en su ejecución[127].

---

124 TOYAMA MIYAGUSUKU explica que dentro del denominado *ius variandi* se encuentran aquellos actos «que suponen una variación, unilateral, no sustancial, no esencial de las condiciones de trabajo». TOYAMA MIYAGUSUKU, J., *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 245.

125 Cabe precisar que en nuestro CC no se ha previsto la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de obra.

126 «*Changes can come from variety of sources. The most obvious is a change in some aspect of the design of the project emanating from the owner´s desire to have finished product differing from what is depicted in the drawings and specifications.* […] *Changes can also emanate from errors or omissions in the plans, the necessity to deviate from the plans due to field conditions, cost savings suggested by the contractor, or the issuance of new government regulations*». ALLENSWORTH, W.; ALTMAN, R. J.; OVERCASH, A. L. (Editors). *Construction Law*. Chicago: American Bar Association, 2009, p. 432.

127 ROPPO explica que «el *ius variandi* se justifica sobre todo *cuando la materia del contrato es fluida, sujeta a evoluciones o imprevistos que pueden requerir ajustes sucesivos en el interés común de los contratantes*. Al mismo resultado podría llegarse con cláusulas de renegociación, […] pero la renegociación exige tiempos a menudo incompatibles con la urgencia de las modificaciones». ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 519, en cursiva en el original.

En el ámbito privado, algunos incluso han indicado que las variaciones de obra (como se conoce civilmente a las modificaciones unilaterales en contratos de construcción) son el único instrumento frente a estas incompatibilidades entre la obra proyectada y ejecución de esta, cuya presencia es natural en los contratos de construcción debido a las limitaciones con las que se enfrenta el proyectista[128]. En esa perspectiva, VÁSQUEZ REBAZA define a las variaciones de obra como «aquellos contratos modificativos o negocios jurídicos unilaterales –dependiendo de su naturaleza– que, sin ocasionar una novación obligacional, provocan cambios que inciden (i) en el objeto del contrato de obra (es decir, en el alcance y resultados programados de las actividades del contratista), (ii) en las modalidades de ejecución del contrato de obra[129] y/o (iii) en el cronograma de ejecución de la obra»[130].

Estas variaciones no resultan extrañas en la ejecución de obras públicas. Al respecto, resulta interesante analizar las definiciones contenidas en el Anexo Único de Definiciones del RNLCE toda vez que diferencia al contrato original del contrato actualizado o vigente[131]. Al primero lo define como aquel contrato suscrito como consecuencia del otorgamiento de la buena pro en las condiciones establecidas en las bases y la oferta ganadora; el segundo naturalmente contiene al primero, pero afectado por las

---

128 DAMONTE citado por UGAS, A. P., *"Variazioni concordate del progetto"*, en LUMINOSO, A. (al cuidado de), *Codice dell'appalto privato*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 388. Citado por VÁSQUEZ REBAZA, W., «Hacia una definición de variaciones del contrato de obra», en *Ius 360*. 08 de Diciembre de 2014. http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/hacia-una-definicion-de-variaciones-del-contrato-de-obra/ (último acceso: 13 de Abril de 2015).

129 Este supuesto no se encuentra reconocido expresamente en nuestro RNLCE. Si bien el artículo 173 reconoce la posibilidad de ordenar la aceleración de los trabajos, ello se debe al retraso injustificado del contratista y es ordenado por el inspector o supervisor.

130 VÁSQUEZ REBAZA, W., «Hacia una definición de variaciones…», cit.

131 Esta diferenciación no es una novedad pues ya se encontraban en las definiciones incluidas en el RDLCE. Incluso en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas-RULCOP, aprobado por Decreto Supremo Nº 034-80-VC se diferenciaba al contrato principal del contrato principal reajustado. En concreto, el artículo 1.2.6.- definía al contrato principal reajustado como «el contrato principal, afectado por los reajustes habidos por la variación de precios de los elementos que intervienen en el costo de la obra por obras adicionales o disminución de obra o por otros conceptos».

variaciones realizadas por las prestaciones adicionales, reducciones de prestaciones, por ampliación o reducción del plazo y por los reajustes correspondientes. Como vemos, nuestro ordenamiento reconoce lo ordinario que resulta la presencia de variaciones al contrato principal al punto que pareciera que la modificación es la regla y no la excepción.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que durante la ejecución del contrato de obra también es común que el contratista efectúe adaptaciones o especificaciones de sus propias prestaciones. Estas variaciones no son modificaciones al contrato pues se desenvuelven dentro de parámetros propios del contrato de construcción y responden a la autonomía con la que el contratista ejecuta la obra. Recordemos que una de las características fundamentales del contrato de obra es la ausencia de subordinación del contratista respecto del comitente. De acuerdo con VÁSQUEZ REBAZA, dichas variaciones responden al poder de especificación del contratista pues no importan una innovación de la obra, no modifican el precio[132] ni trasladan el riesgo a la esfera del comitente y no requieren de la aprobación de este[133].

Llegados a este punto podemos definir al *ius variandi* como aquella potestad que se atribuye a una de las partes en una relación contractual con la finalidad de permitirle modificar determinados aspectos del contrato. Esta atribución puede darse de dos modos: *i)* atribuyéndole a una de las partes la facultad de modificar el contrato en beneficio de la contraparte (facultad a la que ROPPO califica como un poder-deber[134]); o, *ii)* atribuyéndole a una de las partes la facultad de modificar el contrato a su favor en atención a sus propios intereses, en cuyo caso, es necesario que la potestad contenga límites claros y expresos a fin de restringir la arbitrariedad de la decisión. Un ejemplo del *ius variandi* como poder-deber lo encontramos en las ampliaciones de plazo; por otro

---

132 Consideramos que las supuestas modificaciones reguladas en el artículo 142 del RNLCE que no implican variación del precio en realidad responden al poder de especificación del contratista pues no importan una innovación de la obra, no modifican el precio y no requieren de la aprobación de la Administración. Como se indica en el presente trabajo, el *ius variandi* es la única vía para modificar objetivamente el contrato administrativo.

133 VÁSQUEZ REBAZA, W., «Hacia una definición de variaciones…», cit.

134 ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 520.

lado, los adicionales y las reducciones de obra son un claro ejemplo del ejercicio del *ius variandi* en atención a los propios intereses de la Administración.

La diferencia entre un tipo de atribución y otro también se manifiesta en la afectación que su ejercicio produce en la parte que está obligada a soportarlo. Así, el *ius variandi* como poder-deber. ejercido de manera correcta se constituye en un «mecanismo para ajustar en modo eficiente, razonable, equilibrado los intereses de las partes, y marcadamente el interés de la parte que en apariencia lo padece»[135]. En cambio, el *ius variandi* que permite la modificación para satisfacer propios intereses puede no representar beneficio alguno para la parte que lo soporta e incluso puede suponer una grave afectación dependiendo de la posición en que se encuentre luego de la modificación del contrato.

1.2. Mutabilidad del contrato administrativo

Hemos precisado anteriormente que cuando la Administración celebra un contrato administrativo no puede actuar como lo hace un particular pues se encuentra vinculada positivamente al principio de legalidad. A ello debemos agregar que la Administración, como titular del poder soberano, no puede vincularse al cumplimiento rígido de sus contratos[136]. Precisamente como reacción al cumplimiento rígido de los contratos, surge el principio de mutabilidad contractual. Explica ARIÑO ORTIZ que dicho principio «encuentra su fundamento, pero también sus límites en su misma finalidad de interés general»[137]. Por un lado, el principio de mutabilidad surge del interés público[138] que no solo reclama el cumplimiento del objeto del contrato, sino que exige el mejor cumplimiento del objeto, para lo cual puede surgir la

---

135 ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 519.

136 ARIÑO ORTIZ explica que precisamente la imposibilidad de la Administración de vincularse al cumplimiento rígido de sus contratos ha constituido una de las grandes dificultades para la construcción dogmática de la figura del contrato administrativo. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 7.

137 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 229.

138 «[E]l interés público no se limita al cumplimiento del objeto contractual, sino a realizar el valor justicia en el posible mejor cumplimiento de ese contrato […]». OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo…», cit., p. 128.

necesidad de introducir modificaciones al mismo. Por otro lado, la Administración no puede alterar el fin propio del contrato, pues la esencia del contrato es la finalidad que persigue y dicha finalidad es inmutable. De igual forma, todas aquellas condiciones que influyen en el equilibrio económico-financiero del contrato deben permanecer inmutables[139].

Así, podemos apreciar que de la articulación entre el principio de inalterabilidad del contrato con la potestad de modificar unilateralmente el contrato surgen determinados límites: por un lado límites cualitativos que fundamentalmente impedirán afectar la esencia del contrato: el *ius variandi* podrá ejercerse siempre que no se altere la esencia del contrato y respetando la ecuación económica–financiera del mismo; y por otro lado, límites cuantitativos[140] que, usualmente, determinarán el porcentaje máximo del valor del contrato que puede ser modificado como consecuencia de la variación de elementos no esenciales del contrato.

En conclusión, la mutabilidad es una consecuencia propia del carácter administrativo del contrato[141] por el cual la finalidad pública específica que persigue el contrato se constituye en causa –entendida como supuesto habilitante– y medida de la modificación del contrato administrativo.

La importancia de la mutabilidad para el objeto de estudio del presente trabajo radica en una de las características del contrato de obra pública. En efecto, al ser un contrato de ejecución prolongada

---

139 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 230.

140 CASSAGNE incluso afirma que estos límites cuantitativos a la vez se constituyen en una garantía para el contratista, toda vez que «de excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato». CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 135.

141 MARTÍNEZ precisa que «la posibilidad de modificar el contrato administrativo no es consecuencia de la mutabilidad de los mismos, sino que la mutabilidad es consecuencia del carácter administrativo del contrato». MARTÍNEZ, P. (2002). Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo. En FARRANDO, I., Contratos Administrativos. Buenos Aires, s.f., p. 473., citado por FRANCOS RODRÍGUEZ, J. «El Ius Variandi como potestad de la Administración en los contratos administrativos», *Medina Garrigó Abogados.* s.f. http://www.mga.com.do/es/el-ius-variandi-como-potestad-de-la-administracion-en-los-contratos-administrativos/ (último acceso: 13 de abril de 2015).

la presencia del tiempo es un factor determinante y es precisamente el tiempo[142] el que permite que muchas veces sea irresistible la presencia de situaciones que requieran de determinadas modificaciones al contrato. Estas situaciones pueden responder a la voluntad de las partes o no. Dentro de las últimas encontramos al caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de príncipe, entre otros. Dentro de las primeras tenemos al *ius variandi* que desarrollaremos en las siguientes líneas.

1.3. El *ius variandi* en el contrato de obra pública

En las notas preliminares del presente trabajo nos referimos a las particularidades del contrato de construcción, detallando que la complejidad de este tipo de contrato hacía necesaria la presencia del *ius variandi*. En efecto, el contrato de construcción *in fieri* se encuentra conformado también por documentación técnica (planos, especificaciones técnicas, memorias descriptivas, etc.) que podemos agrupar con el nombre de expediente técnico[143]. Al respecto, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que no existe expediente técnico perfecto[144] –y no es posible que exista– debido a la gran cantidad de elementos que componen una obra. El conocimiento de las condiciones del terreno sobre el cual se ejecutará la obra y de las circunstancias que lo acompañaran es incierto pese a las declaraciones que en ese sentido se suelen incluir en los contratos de construcción. A ello debemos agregarle que durante la ejecución de la obra usualmente se presentan

---

142 PODETTI comenta que «si bien la intervención del tiempo es una característica esencial, consecuencia de la necesidad de construir, no es una característica buscada por las partes, sino antes bien padecida o sufrida por ellas…». PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., p. 65.

143 El Anexo Único de Definiciones del RNLCE define al Expediente Técnico de Obra como aquel «conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios».

144 « […] *every project of any significance (and many minor projects as well) will require changes to the work and, thus, to the price and time of performance as well*». ALLENSWORTH, W.; ALTMAN, R. J.; OVERCASH, A. L. (Editors). *Construction Law,…,* cit., p. 431.

circunstancias imprevisibles que hacen indispensable la modificación del expediente técnico inicial. Lo cierto es que la obra ejecutada nunca es la misma que la obra proyectada porque la realidad supera lo previsto en el contrato, en el expediente técnico y en cualquier otro documento relacionado. Es precisamente frente a tales circunstancias que surge la irresistible necesidad de modificar el contrato de construcción en forma oportuna.

Ahora bien, estas modificaciones del contrato pueden obedecer a causas no atribuibles a la voluntad de las partes (*factum principis*, fuerza mayor), o a la mutabilidad del contrato por decisión de la Administración. Si bien el *factum principis* proviene también de la Administración, se trata de una medida de carácter general cuya finalidad no es modificar el contrato y que más bien se encuentra dentro de la teoría de la imprevisión[145]. En cambio, el *ius variandi* proviene de una decisión de la Administración, y desde el interior del contrato, modifica directa y formalmente el clausulado del mismo[146], esto es, «las condiciones mismas en que se perfecciona el contrato»[147].

En ese sentido, HORGUÉ BAENA precisa que el *ius variandi* se debe diferenciar de aquellos supuestos que si bien alteran el régimen económico del contrato no modifican las condiciones contractuales. Dentro de ellos se encuentra la teoría de la imprevisión, la revisión de precios[148] y la teoría del equivalente

---

145 De acuerdo con ARIÑO ORTIZ, los supuestos fácticos que se requieren para la existencia de una situación de imprevisión son: *i)* imprevisibilidad del hecho; *ii)* posibilidad de cumplimiento del contrato; *iii)* aumento grave en la onerosidad de la prestación; y, *iv)* que la modificación de las condiciones de ejecución y la onerosidad consiguiente no haya llevado al contratista a interrumpir la ejecución de la obra. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 292.

146 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 32-33.

147 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 32.

148 Respecto de la revisión de precios *ex lege*, CASSAGNE explica que «su fundamento aparece como similar a los demás sistemas y técnicas que tienden a preservar el equilibrio financiero del contrato, esto es, a evitar el grave daño a los interés públicos que puede provocar la paralización de las obras, decisión está que resultaría casi siempre inútil, por la simple circunstancia de que si la Administración rescindiera el contrato tendría que adjudicar las obras a los nuevos precios, con inclusión de mayores costos producidos». CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 141.

económico. En efecto, estos supuestos únicamente afectan uno de los elementos del contrato administrativo al constituir solo una manifestación del aleas económico.

Por lo anterior, resulta necesario detallar los supuestos en los que, mediante el ejercicio del *ius variandi*, se modifican válidamente las condiciones del contrato de obra pública. Así, podemos apreciar tres grupos: *i)* modificaciones cuantitativas de las prestaciones; *ii)* modificaciones cualitativas de las prestaciones; y, *iii)* modificaciones del plazo de ejecución de las prestaciones. Dentro de las primeras se encuentran las alteraciones de las cantidades de obra previstas en el contrato inicial y las reducciones de obras previstas. Dentro del segundo supuesto se encuentran aquellas variaciones en las condiciones de ejecución de las prestaciones o en las características de las mismas[149]. Por último, el tercer supuesto contiene a las ampliaciones y reducciones de plazo. Los supuestos reconocidos en el ordenamiento peruano serán desarrollados más adelante.

1.4. ¿*Potestas variandi* o *ius variandi*?

Si bien nos hemos referido a la modificación unilateral del contrato en términos de potestad, esta figura es mayormente conocida en la doctrina como *ius variandi* pese a no tratarse de un derecho subjetivo sino más bien de una verdadera potestad. Este error fue advertido por ARIÑO ORTIZ[150] sosteniendo que los derechos subjetivos se agotan normalmente con su ejercicio; en

149 MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 499.

150 Para ARIÑO ORTIZ la denominación de la modificación unilateral del contrato no se trata solo de una cuestión terminológica ya que puede llevar a incurrir en errores de fondo. En ese sentido, precisa que «no se trata aquí realmente de un *ius* (un derecho subjetivo de la Administración en el seno de una particular y concreta relación jurídica: el contrato), sino más bien de una *potestas* (poder según el cual se desenvuelve la capacidad jurídica de un modo genérico), de la cual el órgano se encuentra investido no por la relación jurídica del contrato, sino por la ley, si bien con efectos sobre aquélla en razón de los fines que tiene atribuidos como competencia específica. La diferencia entre uno y otro es fundamental: el derecho subjetivo se agota normalmente con su ejercicio; la potestad, en cambio, es inagotable, en el sentido de que el ejercicio de ella no la consume ni la disminuye». ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 226.

cambio, la potestad es inagotable; su ejercicio no la consume ya que esta viene dada por ley y no por una relación contractual como sucede con el derecho subjetivo.

En efecto, más allá de la cuestión terminológica, nuestra postura es la de calificarla –en atención a nuestro ordenamiento–, como una verdadera potestad[151] que, para serlo, debe encontrarse expresamente reconocida en la ley siendo además irrenunciable[152]. Que la potestad deba necesariamente provenir del ordenamiento es importante pues, quienes critican la teoría del contrato administrativo[153] –entre otros argumentos–, critican duramente la existencia de prerrogativas en ausencia de toda disposición legal o contractual que lo autorice y que dichas prerrogativas existan aún en presencia de disposiciones contractuales que las nieguen.

Coincidimos con la crítica respecto de la existencia de prerrogativas sin que estas sean investidas por ley[154]. Sin embargo, las prerrogativas contenidas en disposiciones contractuales tampoco se encuentran exentas de críticas, ya que en realidad estaríamos frente a derechos subjetivos a favor de la Administración cuyos alcances se podrían cuestionar. En efecto, no se trataría de un privilegio para la Administración toda vez que surgirían del consentimiento de la otra parte. Discrepamos con la segunda crítica ya que una disposición contractual no puede negar una prerrogativa dada por ley.

---

151 Consideramos que el reconocimiento de la facultad de ordenar la ejecución de adicionales de obra se constituye en una clara manifestación del *ius variandi* y por ello discrepamos con la postura de LINARES JARA para quien «Si existe una previsión legal referida por ejemplo y como es en nuestro caso, a que la administración pueda ordenar prestaciones adicionales en los contratos de obra, ello constituye una prerrogativa pública, una ventaja otorgada al Estado por la Ley; en ningún caso, una manifestación de la *potestas variandi* o del *ius variandi* implícito». LINARES JARA, M., *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos*, Grijley, Lima, 2006, p. 22.

152 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 119.

153 A mayor abundamiento: MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit.

154 «[…] sólo la Ley general es legítima como expresión de la voluntad general, y en esta voluntad general se incardinan, en cuanto poder soberano, todas las funciones públicas. […] La gran concepción del principio de legalidad en el Derecho público, […] exige una Ley previa que preceda, autorice y dé razón de cada uno de los actos singulares […]».GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid, 1998, p. 24-25.

Al respecto, resulta interesante comentar la particularidad que en algún momento tuvieron las potestades de la Administración en materia de contratación pública en Venezuela. Al respecto, HERNÁNDEZ-MENDIBLE[155] describe como en la República Bolivariana jurisprudencialmente se reconocieron las potestades sin que el ordenamiento haya atribuido las mismas a la Administración, más aún considerando que no existía una ley que regulase la contratación pública. Ello constituyó una manifiesta contravención a la vinculación positiva de la Administración al principio de legalidad que requiere la existencia de una norma jurídica que expresamente atribuya a la Administración potestades que puedan ser ejercidas en la ejecución de los contratos administrativos.

Sin embargo, el periodo de incertidumbre comentado en el párrafo anterior fue superado mediante la promulgación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas Nº 5.929 de fecha 11 de marzo de 2008, en cuyo Capítulo IV se reguló expresamente la posibilidad del órgano o ente contratante de introducir las modificaciones que estime necesarias. Este reconocimiento fue también confirmado con la expedición de la Ley de Contrataciones Públicas, publicada en la Gaceta Oficial No. 39.503 de fecha 6 de septiembre de 2010[156].

Por todo lo anterior, es relevante para el objeto del presente trabajo determinar que la modificación unilateral del contrato administrativo se ejerce en mérito a una potestad que solo puede ser atribuida por norma con rango de ley, más allá de que a esta se le denomine *ius variandi* o *potestas variandi*.

---

155 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., «Los sujetos de la contratación, las potestades de la administración y la resolución de controversias», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, pp. 868-869.

156 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., «Los sujetos de la contratación…», cit., pp. 867-881.

1.5. Única vía para la modificación objetiva del contrato administrativo

Como hemos detallado a lo largo del presente trabajo, queda claro que en todo contrato de construcción y, más aún en los contratos de obra pública, resulta necesario introducir modificaciones durante la ejecución de la obra, a tal punto que bien podrían considerarse las modificaciones como la regla y no como la excepción. Ahora corresponde plantearnos si realmente el *ius variandi* es la única figura que permite la modificación del contrato de obra pública o si por el contrario es posible modificar el contrato de mutuo acuerdo.

A nuestro parecer, desde el punto de vista práctico no resultaría eficiente establecer que el contrato deba modificarse en forma consensuada. En primer lugar, porque el contrato de obra pública posee una dinámica particular que puede verse seriamente afectada por el impacto temporal que suponen las negociaciones entre las partes para llegar a un acuerdo respecto de la introducción de modificaciones al contrato[157]. En segundo lugar, porque la negociación le abre al contratista la alternativa de no aceptar la modificación y con ello la ejecución de la obra, cuya finalidad es la satisfacción de una necesidad pública concreta, se vería frustrada por la decisión de un administrado. Recordemos que el contratista antes de actuar en el marco de un contrato de colaboración, es un administrado y por tanto su vinculación al principio de legalidad es negativa: puede hacer todo lo que la ley no le prohíba.

Ahora bien, aún en el supuesto en que el contratista sea el interesado en la modificación del contrato (como sucede normalmente con las ampliaciones de plazo) o, cuando menos, no tenga intenciones de retrasar la ejecución de la obra y por ello actúe de buena fe con plena disposición a aceptar las modificaciones

---

157 ROPPO advierte de esta situación cuando afirma que «el *ius variandi* se justifica sobre todo *cuando la materia del contrato es fluida, sujeta a evoluciones o imprevistos que pueden requerir ajustes sucesivos en el interés común de los contratantes*. Al mismo resultado podría llegarse con cláusulas de renegociación, que confían las necesarias modificaciones al sucesivo acuerdo de las partes, antes que a la determinación unilateral de una solamente: pero la renegociación exige tiempos a menudo incompatibles con la urgencia de las modificaciones». ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 519.

necesarias, la Administración se encontraría impedida de hacerlo pues ello significaría restarle eficacia a los principios que rigen la contratación pública[158]. A efectos prácticos, la modificación de mutuo acuerdo, a la que se llegue tras la negociación con el contratista, podría constituirse en una vulneración a los principios de libre competencia y de buena fe debido a la afectación de los intereses de los postores no adjudicatarios pues estos podrían haber presentado su oferta técnica y su oferta económica[159] en otros términos si hubiesen conocido los términos de la modificación consensuada[160].

Como alternativa se ha planteado la inclusión de una cláusula que permita la modificación del contrato. Sin embargo, frente a ella el contratista –o incluso la Administración– podrían cuestionar su alcance cuando alguna de las partes pretenda modificarlo en contravención de los intereses de la otra parte. A ello debemos agregar que mediante disposiciones contractuales no se pueden otorgar potestades y es precisamente la fuerza de la potestad la que torna eficiente la contratación pública al permitir que la modificación se efectúe mediante actos unilaterales «inmediatamente ejecutivos»[161].

Por otro lado, debemos recordar que, si bien en los contratos privados rige el principio de inmutabilidad del contrato y, por tanto, solo puede modificarse de mutuo acuerdo, en los contratos administrativos rige el principio de inalterabilidad según el cual los términos de este tipo de contratos (las bases integradas[162]) no

158 «Si la administración fuese libre para modificar los contratos se dejaría en un huero legalismo toda disciplina que trata de garantizar la objetividad y transparencia en la contratación administrativa». HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 48.

159 «En todo contrato de obra, el postor realiza su oferta basada, principalmente, en dos condiciones: i) el análisis de los documentos de licitación, tanto legales como técnicos (especialmente el expediente técnico), y ii) el análisis de la propia eficiencia del postor para cada actividad». CAMPOS MEDINA, A., e HINOSTROZA SOBREVILLA, L. M., «El contrato de Obra Pública…», cit., p. 300.

160 CÉSPEDES ZAVALETA, A., «La potestas variandi…», cit., p. 213.

161 MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», en Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II., Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013, p. 47.

162 Anexo Único de Definiciones del RNLCE:

pueden ser alterados[163] por la Administración, ni tampoco mediante acuerdo entre las partes[164]. Sin embargo, en supuestos determinados por el ordenamiento se permite que la Administración modifique unilateralmente el contrato –en ejercicio del *ius variandi*– siempre que ello no altere la ecuación económica del contrato, esto significa que la modificación no puede suponer para el contratista mayores beneficios a los establecidos en la licitación pública[165], pero tampoco permite que el contratista deba soportar los daños y perjuicios que la modificación ocasione.

Regresando a la cuestión planteada inicialmente, podemos concluir que en los contratos administrativos –como es el caso del contrato de obra pública regulado por la NLCE–, no solo es posible que la Administración pueda modificarlo de manera unilateral, sino que además es imposible modificarlo de mutuo acuerdo[166/167], pues los contratos públicos «se deben a la causa jurídico pública por la que han sido constituidos, y no pueden modificarse ni extinguirse en realidad sino por […] la misma o equivalente causa»[168]. Por ello, el artículo 152 del RNLCE, incurre en un error al establecer

---

«Bases integradas: Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada que contiene las reglas definitivas del procedimiento de selección cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso; o, cuyo texto coincide con el de las Bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión.»

163 Entiéndase alterar en el sentido de modificar la esencia del contrato.

164 BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 30.

165 BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 30.

166 SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 651.

167 «Los contratos públicos, tanto administrativos como no administrativos (o "privados"), no podrán, en cambio, ni modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de las partes, sin más, especialmente cuando haya sido adjudicado por procedimientos de pública concurrencia. Otra cosa permitiría defraudar fácil y toscamente estos principios, perjudicando en su caso a la mejor satisfacción de los fines públicos y lesionando los derechos de quienes vieron denegadas sus ofertas en la adjudicación». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «La causa jurídico-pública…», cit., p. 700.

168 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «La causa jurídico-pública…», cit., p. 700.

que las partes pueden de mutuo acuerdo[169], mediante una adenda, prorrogar el inicio del plazo de ejecución contractual: *i)* cuando la estacionalidad climática no permitiera el inicio de la ejecución de la obra; *ii)* cuando sea imposible notificar al contratista quien es el inspector o el supervisor, según corresponda; o, *iii)* cuando sea imposible entregar el terreno o lugar donde se ejecuta la obra, conforme al calendario, sin perjudicar el inicio de la obra. El mismo error lo encontramos en el artículo 142 del referido Reglamento el cual establece la posibilidad de que las partes puedan acordar otras modificaciones al contrato cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones. No obstante, el alcance de estas disposiciones será analizado posteriormente.

En conclusión, los contratos administrativos únicamente pueden ser modificados por la Administración en ejercicio del *ius variandi*, mediante la emisión de un acto administrativo, por tanto, con carácter ejecutivo[170], y en estricto cumplimiento de las condiciones necesarias para que la modificación sea válida, debiendo respetar los requisitos, los límites y el procedimiento. El fundamento de esta particularidad en los contratos administrativos se encuentra en la especial protección que el interés público merece[171] (de manera directa) y en la protección de los postores no adjudicatarios (de manera indirecta).

---

169 DE SOLAS RAFECAS (s.f.), citado por BACA ONETO, precisa que «de nada serviría exigir un procedimiento de selección de contratistas si, posteriormente, pudieran las partes modificar el contrato». BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 30.

170 La NLCE se aplica también a sujetos que no son formalmente Administraciones públicas y que, por tanto, no pueden dictar actos administrativos. Es el caso de las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno, comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la NLCE conforme lo dispone el numeral 3.1 de su artículo 3. En dichos supuestos, consideramos que no puede ejercerse el *ius variandi*, «salvo que tras la pantalla de la personificación privada se oculten verdaderas Administraciones públicas». BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 22.

171 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 49.

1.6. Reflexión sobre la propuesta de revisión del *ius variandi*

1.6.1. Propuesta de revisión de las prerrogativas de la administración

El reconocimiento de las prerrogativas en los contratos administrativos ha ido modulándose con el paso del tiempo; si en algún momento se pensó en la existencia de potestades en ausencia de disposición legal, ello fue superado gracias a las fuertes críticas al respecto. Ahora bien, incluso reconocidas por el ordenamiento, las potestades han continuado siendo objeto de debate. En ese sentido, MEILÁN GIL ha propuesto la revisión del contrato administrativo[172], en particular respecto del mantenimiento de las prerrogativas de la Administración.

La referida propuesta tiene en consideración: *i)* la calificación de las potestades administrativas como prerrogativas exorbitantes; *ii)* la insuficiencia de la invocación del interés general como justificación para el ejercicio de potestades; y, *ii)* la modificación unilateral del contrato administrativo por comitentes que no son formalmente Administraciones públicas.

La calificación de las potestades administrativas como prerrogativas exorbitantes parte de la consideración del régimen contractual común[173] como el régimen normal, respecto del cual las potestades son exorbitantes. Esta concepción generalizada es producto de la construcción doctrinal del contrato administrativo «tomando como referencia el Derecho civil»[174], cuando en realidad

---

172 Conforme indica GIMENO FELIÚ, «desde el Derecho europeo, y proncipalmente por la importancia del [Tribujal de Justicia de la Unión Europea), se viene intentandolamonar las patologías de un uso indebido de [la prerrogativa del *ius variandi*], pues, cuando menos, pone en cuestión del principio de igualdad de trato». GIMENO FELIÚ, J. M., «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», *Jornadas sobre el impactyo de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público,* 2 de mayo de 2016, Facultad de Derecho, Universida de da Coruña, p. 2.

173 «Lo exorbitante (sea inusual, ilegal, imposible, etc.) siempre demanda un juicio de comparación con el régimen contractual común, […]». MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 488.

174 MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 39.

el contrato no es una institución exclusiva del derecho civil, –ni siquiera lo es del derecho privado[175]–.

De lo anterior podemos concluir que la exorbitancia de las potestades no ha permanecido inmutable en el tiempo pues se modula o agrava conforme el régimen contractual común varía. En esta perspectiva, MORÓN URBINA cita como ejemplo a las Condiciones de Contratación para la Construcción de la *International Federation of Consulting Engineers* - FIDIC, las cuales, siendo empleadas en «la contratación de obras privadas (y excepcionalmente públicas) incluyen con normalidad reglas de resolución unilateral del contrato por el cliente (15.1.), capacidad de dar instrucciones obligatorias (3.3.), para interpretar el contrato (3.5.), derecho a realizar cambios al contrato (13.1.), entre otras que ciertamente son más [cercanas] a las prerrogativas públicas que al contrato igualitario que se piensa existe en el régimen privado»[176].

En tal sentido, cabe preguntarnos si la existencia en derecho privado de cláusulas semejantes a las potestades administrativas puede permitir descalificar a las potestades administrativas como exorbitantes del régimen privado. Consideramos que la respuesta es negativa. En la contratación privada la modificación unilateral requiere de un acuerdo expreso en dichos términos; en los contratos administrativos, en cambio, la modificación del contrato no requiere del consentimiento de la otra parte[177] (ni previo, ni simultáneo, ni posterior) y, por tanto, se constituye en «una regla de fondo en el Derecho de la contratación administrativa genuinamente particular desde la perspectiva de la institución contractual civil»[178].

---

175 «El contrato es un "supraconcepto" de utilización en el ámbito público y privado». MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 39.

176 MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 489.

177 «Puede afirmarse que la posibilidad de modificación del contrato administrativo por motivos de interés público, precisamente con carácter general y sin necesidad de previsión contractual, es la prerrogativa que aporta una verdadera peculiaridad de fondo al régimen de la contratación administrativa». HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 28 (por nota).

178 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 29.

También se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de la invocación del interés general como justificación para el ejercicio de potestades administrativas. El interés público o general se constituye en un concepto jurídico indeterminado que «se conecta directamente con el fin específico del contrato al que está vinculada la potestad de la Administración»[179], lo cual facilitaría la justificación del ejercicio de la potestad en aquellos supuestos en los cuales la norma no establezca mayores elementos de juicio. Incluso el ejercicio de potestades puede afectar el interés general[180] si consideramos que no son pocas las ocasiones en las que la Administración ejerce la potestad a iniciativa e interés del contratista[181]. Ello porque tras la modificación del contrato el contratista puede ubicarse en una situación más provechoza que aquella en la que se encontraría en un contrato privado[182], ya que la Administración al restablecer el equilibrio económico además de basar su indemnización en la justicia conmutativa debe preocuparse de que el contratista no asuma mayores cargas públicas (justicia distributiva).

Por otro lado, MEILÁN GIL, indica que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (español) no considera necesariamente a la modificación del contrato en términos de prerrogativa «ya que se reconoce a entes que no son o no se consideran Administraciones Públicas y que, por tanto, no pueden dictar actos administrativos con el carácter de ejecutivos que estos tienen»[183]. El mismo autor citando el artículo 106 del referido texto refundido precisa que se permite la modificación de todos los

179 MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 45.

180 En ese sentido, MAIRAL afirma que «el Estado es víctima de sus propias prerrogativas: al haber debilitado el principio *pacta sunt servanda*, le resulta difícil resistir las presiones de los contratistas para modificar, en favor de éstos, las disposiciones contractuales». Bajo tal punto de vista el autor afirma que es también «conveniente para los intereses públicos el rechazo de la teoría del contrato administrativo.» MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit. p. 699.

181 MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 45.

182 Ello respondería a la desigualdad entre las partes. En palabras de PARADA, «dicha desigualdad, que enfatiza las potestades de la Administración y los deberes del contratista, se compensa con el reconocimiento a éste de determinados derechos y compensaciones económicas, en ocasiones mucho más favorables que las que tendría en un contrato civil». PARADA, R., *Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*, 17ª. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.

183 MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 61.

contratos del sector público «siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello»[184].

Como vemos, en el supuesto anterior, no estamos frente a una modificación unilateral entendida en términos de potestad pues esta no viene dada por ley, sino que debe ser incluida dentro de los documentos del contrato y, por tanto, surge del acuerdo de la Administración, o del ente que se trate, con el contratista. Es esta la perspectiva que MEILÁN GIL propone para explicar la modificación de los contratos administrativos, la misma que no difiere en absoluto con el régimen de modificación de los contratos privados. Cabe precisar que el abandono de las prerrogativas propuesto por dicho autor se fundamenta en lo dispuesto por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo[185] y en la propuesta de Directiva 2011/0438 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública.

La Directiva 2004/18/CE no se refiere a las prerrogativas y solo se pronuncia respecto de la ejecución del contrato en la medida que pueda afectar al procedimiento de selección del contratista. La propuesta de Directiva 2011/0438 al referirse a la modificación del contrato se centra en el mantenimiento de las condiciones del procedimiento de contratación inicial, precisando que las modificaciones sustanciales requerirán de un nuevo procedimiento de contratación[186] con excepción de aquellas «previstas en la documentación de la contratación, en opciones o

184 Artículo 106 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011. Citado por MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 47.

185 Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

186 Numeral 1 del artículo 72 de la Propuesta de Directiva 2011/0438 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación pública.

cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas»[187]; o, «cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes: (a) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever; (b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato; (c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial»[188]. Se desprende que la propuesta de abandono de las prerrogativas de la Administración surge en el contexto del derecho comunitario europeo, el cual centra su preocupación en el mantenimiento de los principios que rigen el procedimiento de selección.

1.6.2. Aplicación de la propuesta de revisión al ordenamiento peruano

Del análisis desarrollado en el punto anterior se ha concluido que la propuesta de prescindir de las prerrogativas (especialmente del *ius variandi*) se contextualiza en un nuevo marco de contratación pública orientado por directivas del Parlamento Europeo y del Consejo. Si bien tales directivas no son vinculantes para el ordenamiento peruano, conviene aplicar la propuesta de revisión de las prerrogativas a lo dispuesto por la NLCE.

Cabe precisar, en primer lugar, que las potestades no encuentran su justificación en su exorbitancia respecto del derecho contractual común sino en el fin al que sirven. En ese sentido, con la promulgación de la NLCE, se ha confirmado que en nuestro ordenamiento el contrato administrativo puede modificarse unilateralmente para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente[189], en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, sin necesidad de incluir dicha posibilidad en la documentación que forma parte del contrato.

---

187 Numeral 5 del artículo 72 de la Propuesta de Directiva 2011/0438 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación pública.

188 Numeral 6 del artículo 72 de la Propuesta de Directiva 2011/0438 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 20 de diciembre de 2011 relativa a la contratación pública.

189 Numeral 34.1 del artículo 34 de la NLCE.

Asimismo, la NLCE no contempla la invocación del interés general como justificación para el ejercicio del *ius variandi*. Conforme desarrollaremos más adelante, el artículo 34 de la NLCE establece supuestos en los que cabe el ejercicio del *ius variandi*; por ejemplo, cuando resulte indispensable introducir modificaciones para alcanzar la finalidad del contrato, cuando resulte indispensable modificar el contrato por deficiencias del expediente técnico o por situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, etc.

Finalmente, si bien el artículo 3 de la NLCE comprende dentro de su ámbito de aplicación a sujetos que no son formalmente administraciones públicas[190], ello no significa que estos puedan modificar unilateralmente el contrato[191], toda vez que el *ius variandi* se ejerce mediante actos administrativos con carácter ejecutivo. Por lo tanto, «salvo que tras la pantalla de la personificación privada se oculten verdaderas Administraciones públicas»[192], debe entenderse que a aquellos sujetos, que no son formalmente administraciones públicas, no se les aplican todas las reglas de NLCE, sino únicamente las que regulan el procedimiento de selección[193].

De lo anterior se concluye que no es posible acoger la propuesta de revisión; nuestro ordenamiento ha optado por aceptar la prerrogativa del *ius variandi* como única vía para la modificación objetiva del contrato. Sin perjuicio de ello, debe quedar claro que la referida potestad, más que un privilegio para la Administración es un instrumento[194] para alcanzar la finalidad

---

190 Es el caso de las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno, comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la NLCE conforme lo dispone el numeral 3.1 de su artículo 3.

191 Refiriéndose al ordenamiento peruano, ABRUÑA PUYOL señala que las empresas del Estado «no son administraciones públicas. Por tanto, no se sujetan a las normas de derecho público que regulan la función pública, y en consecuencia, tampoco a la LPAG». ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica*…, cit., p. 89.

192 BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 22.

193 BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., p. 22.

194 De acuerdo al Tribunal Supremo Español, «[l]as potestades que la Constitución y las Leyes encomiendan a la Administración Pública no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la

perseguida por el contrato. Este instrumento además es respetuoso de los principios que rigen el procedimiento de selección toda vez que proscribe la modificación consensuada a fin de evitar la afectación de los intereses de los postores no adjudicatarios.

1.7. Consecuencias del ejercicio del *ius variandi*

Una vez ejercida la potestad por parte de la Administración conceptualmente podremos diferenciar al contrato original del contrato actualizado o vigente[195] (entendido como el contrato afectado por las modificaciones), sin que ello signifique la existencia de dos contratos pues el ejercicio del *ius variandi* «produce una novación modificativa y no extintiva pues no se extingue el vínculo contractual entre las partes, sino algunas de las condiciones en que quedó fijado inicialmente»[196].

Por otro lado, si bien la potestad se ejerce con la finalidad de variar (directamente) un aspecto determinado del contrato (incorporar obras adicionales que resultan necesarias, por ejemplo), esta modificación no se realizará de manera aislada, sino que requerirá a su vez la consecuente modificación (indirecta) de otros elementos del contrato. Así, se deberá ampliar o reducir el plazo mediante un reajuste en la ruta crítica del programa de ejecución de obra, en algunos casos la garantía tendrá que ser modificada y, naturalmente, el precio del contrato se verá alterado. En efecto, estas modificaciones (que podemos llamar «consecuentes») no responden directamente a la voluntad de la Administración sino a la consecuencia de la modificación introducida (no se busca ampliar el plazo, aunque ello sea necesario para ejecutar la obra adicional). Dicha afirmación se sustenta en que la existencia de la potestad de modificar unilateralmente el contrato importa la presencia de mecanismos que permitan atenuar los perjuicios que el contratista pueda sufrir –en algunos supuestos la sola modificación del

---

satisfacción de los intereses generales […]». Sentencia del Tribunal Supremo Español emitida por la Tercera Sala de lo Contencioso-Administrativo el 26 de marzo de 1986. Citada por MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 41.

195 El Anexo Único de Definiciones del RNLCE diferencia a ambas figuras al igual que el RDLCE.

196 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 163.

contrato puede incluso significar una afectación mayor que la resolución del mismo[197]–. En ese sentido, frente al ejercicio de la *potestas variandi*, existe la obligación general de indemnizar que además permite que el contrato mantenga dicha calidad al armonizar el interés público de la Administración con el interés privado del particular[198]. Esta armonización de intereses se puede conseguir gracias al principio del equivalente económico o equilibrio económico-financiero[199] que también desarrollaremos en el presente trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene precisar que son dos los escenarios que se pueden presentar con motivo de la modificación del contrato: aquel supuesto en que el contratista se ve beneficiado con la modificación y aquel supuesto en que el contratista se ve perjudicado. Consideramos que no hay un supuesto que sea indiferente para el contratista toda vez que la sola modificación del contrato supone una situación incómoda para quien ejecuta la obra. Ciertamente cuando la modificación afecte la ecuación económico-financiera de manera positiva para el contratista difícilmente surgirán problemas de cara al contratista. En todo caso, como afirma MORÓN URBINA se deberá tener cuidado con este tipo de modificaciones por su potencial afectación al interés público en beneficio de un contratista[200] y, en todo caso, corresponderá a los

197 En ese sentido, ROPPO afirma que «modificar una relación existente es, en línea de principio, acto más grave y comprometedor que disolverlo». ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 504.

198 Explica ARIÑO ORTIZ que frente a los poderes exorbitantes de la Administración «surge una obligación general de indemnizar, […] y que es justamente lo que permite seguir llamándole contrato, ya que, como dice Zwahlen, "de esta forma se concilian en su seno las exigencias del interés público –cambiante– con la rigidez y obligatoriedad propias de esta figura, conciliación que se realiza sin atentar contra el efecto esencial del contrato, que es el de crear derechos, los cuales no se pueden nunca desconocer sin un plena y justa indemnización"». ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 244.

199 En línea con lo dicho anteriormente HORGUÉ BAENA explica que dicho el principio del equilibrio económico-financiero «se construye como contrapunto a la admisión generalizada de ciertas prerrogativas de la Administración en el seno de los contratos administrativos». HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 171.

200 «En estos casos hay que estar alerta porque existiría el incentivo suficiente para inducir al ejercicio indebido de esta prerrogativa no en favor del interés público sino en favor de un contratista que sin competir con otros y acaso sin una

organismos de control la fiscalización del correcto ejercicio del *ius variandi*.

Como hemos indicado, un escenario beneficioso no representa mayores problemas; son las situaciones adversas para el contratista las que generan controversias en los contratos de obra pública principalmente en torno a la valoración de la afectación producida por la modificación unilateral del contrato. Un típico escenario adverso para el contratista se configura con la aprobación de deductivos de obra, en dicho supuesto el contratista puede ver frustradas sus expectativas económicas al ejecutar menores prestaciones para las cuales comprometió mano de obra, maquinaria e incluso la propia capacidad libre de contratación (que le impidió ser postor en otros procesos de selección para contratar con el Estado). Por ello, la doctrina suele considerar la posibilidad de admitir una indemnización no solo por el daño sino también por el lucro cesante.

Si bien actualmente no se encuentra en discusión la indemnización a la que tiene derecho la parte que padece la modificación del contrato, la doctrina no es unánime al momento de determinar cuál es el alcance de dicha indemnización. Para ello debemos considerar la especial naturaleza de los contratos administrativos. Por un lado, la postura que reconoce una indemnización integral concentra su análisis únicamente en los intereses privados del administrado que decidió participar en una licitación para ejecutar una obra determinada sin la posibilidad de prever las modificaciones efectuadas[201]. En ese sentido se puede afirmar que la parte vinculada al cumplimiento de las prestaciones introducidas por la otra parte en ejercicio del *ius variandi* se encuentra en una situación incluso más gravosa[202] que la propia

---

evidenciable necesidad pública, se hace de mayor cantidad de trabajos para la administración». MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 501.

201 En ese sentido ARIÑO ORTIZ afirma lo siguiente: «por tratarse precisamente de una relación contractual, con arreglo a la que el contratista esperaba obtener unos beneficios, previstos y garantizados por el contrato, si la Administración unilateralmente se aparte de él, modificando el contenido de esas obligaciones, debe indemnizar al contratista en toda su integridad». ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 251.

202 Es interesante la observación de MAIRAL para quien la teoría del contrato administrativo coloca al contratista en una situación de incertidumbre tal que

resolución del contrato[203] en la medida que el contenido de la resolución del contrato se encuentra predeterminado[204], a diferencia de la modificación del contrato cuyo contenido resultaba imprevisible para el contratista y cuya determinación se encuentra en la discreción de la Administración. Por otro lado, la postura que se inclina por el reconocimiento de una compensación por la novación del contrato, consistente únicamente en el pago del precio convenido (esto es, la indemnización integral del daño o la compensación total de la nueva prestación[205]), se sustenta en la falta de correspondencia entre las obras efectivamente ejecutadas frente a una indemnización integral[206] que eventualmente podría reconocer incluso el lucro cesante. En efecto, resulta posible también la vulneración del principio de igualdad ante los beneficios públicos en aquellos supuestos en que el contratista, pese a no ejecutar la totalidad de las obras, recibe el precio total de la misma[207].

A efectos de tomar una postura respecto del alcance de la indemnización debemos recordar en primer lugar que la mutabilidad del contrato administrativo se fundamenta (y encuentra sus límites) en el interés general. Es por ello que la modificación del contrato no se constituye en una decisión arbitraria desprovista de fundamento sino todo lo contrario; la modificación es consecuencia de una necesidad en la medida que no resulta

---

debiera ser criticada por ellos y que, no obstante, es incluso defendida; lo que demuestra que en la práctica los contratistas se ven favorecidos. MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit., p. 698.

203 «Existe una dosis mayor de arbitrio en el poder de modificar un contrato (esto es, decidir cuál prestación, distinta de la pactada, deba ser dada o recibida), que en el poder de disolverlo (es decir, decidir que las prestaciones pactadas ya no deben ser dadas ni recibidas». ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 517.

204 De acuerdo a ROPPO la resolución «cancela los efectos del contrato, sustituye la precedente relación contractual por la ausencia de vínculo entre las partes, en cambio, el *ius variandi* de una parte expone a la otra al riesgo de una nueva posición no predeterminada en los contenidos, y por consiguiente susceptible de asumir los contenidos más diversos e impredecibles: a la precedente relación contractual se sustituye una nueva relación, cuyos impredecibles contenidos vinculan a la parte sin que esta haya concurrido a definirlos con su consentimiento». ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 517.

205 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 264.

206 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 189.

207 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 187.

razonable que por un error en la elaboración del expediente técnico o debido al cambio de circunstancias –o incluso necesidades– contempladas originalmente, los destinatarios del interés público relevante deban soportar la ejecución de una obra peligrosa, inútil o innecesaria. En segundo lugar, el *ius variandi*, como potestad[208] que es, se encuentra atribuida por una norma con rango de ley que además le impone de manera expresa límites claros y exige la debida motivación a fin de evitar la arbitrariedad de la decisión y con ello «los márgenes de sorpresa a los cuales está expuesto quien [sufre la modificación]»[209]. Por lo tanto, si bien es imposible conocer el contenido de la eventual modificación que efectúe la Administración, al encontrarse legalmente prevista dicha posibilidad, ello debe ser considerado por el postor[210] cuando decide participar en una licitación pública.

Por todo lo anterior, y en protección del interés de los postores no adjudicatarios[211], la indemnización no podría situar al contratista en una situación económicamente más ventajosa que aquella en la que se encontraría si hubiere ejecutado el contrato en los mismos términos en que fue celebrado. No obstante, la referida limitación debe modularse en la medida que la indemnización se fundamenta en el derecho de propiedad[212] y no es aceptable que las potestades administrativas revistan «carácter absoluto y discrecional, incluso por encima de las garantías constitucionales,

---

208 «[…] el ejercicio de ese poder [de modificar unilateralmente el contrato] no es ilimitado, absoluto y discrecional, sino que, al contrario, está sometido a diversos límites de carácter general, de carácter contractual y derivados de los principios generales que informan la contratación administrativa». BREWER CARIAS, A., «La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos», en *Revista de Derecho Español y Americano*, 19, 1968, pp. 106-107.

209 ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 517-518.

210 «En todo contrato de obra, el postor realiza su oferta basada, principalmente, en dos condiciones: i) el análisis de los documentos de licitación, tanto legales como técnicos (especialmente el expediente técnico), y ii) el análisis de la propia eficiencia del postor para cada actividad». CAMPOS MEDINA, A., e HINOSTROZA SOBREVILLA, L. M., «El contrato de Obra Pública…», cit., p. 300.

211 DE SOLAS RAFECAS, J.M. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 43. Citado por HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 188.

212 El derecho a la propiedad se encuentra reconocido en el numeral 16 del artículo 2 y en el artículo 70 de la CP.

permitiendo la consumación de actos susceptibles de provocar una verdadera confiscación de derechos patrimoniales»[213]. La indemnización debe «representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término, a remunerar las inversiones»[214]. Finalmente consideramos que el lucro cesante es también indemnizable en la medida que la NLCE no determina el alcance de la indemnización y por lo tanto no se debe realizar una interpretación en favor de su prohibición pues «el principio que rige toda indemnización es el de su integridad»[215].

1.8. La doctrina del enriquecimiento sin causa

Como hemos indicado anteriormente, la potestad de modificar unilateralmente el contrato puede ser ejercida por la Administración únicamente en los supuestos en que la ley expresamente autoriza, dentro de los límites que la misma impone y siguiendo el procedimiento establecido para cada caso en concreto. Ahora bien, puede suceder que la Administración realice modificaciones irregulares bien por hacer uso del *ius variandi* en supuestos que la ley no autoriza, bien por exceder los límites o bien por no respetar los procedimientos establecidos. En estos casos, la modificación puede ser declarada inválida por carecer de alguno de los requisitos esenciales[216]. Ahora bien, la declaración de invalidez de la modificación puede producirse luego de efectuada la prestación adicional, y por ello podrán surgir casos en los que el contratista no obtenga la contraprestación por la ejecución de la prestación adicional. HORGUÉ BAENA explica que en estos supuestos (considerados como modificaciones irregulares por parte de la Administración) puede aplicarse la acción por

---

213 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 64.

214 CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*…, cit., p. 160.

215 PERRINO, P. E., «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 356.

216 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 197.

enriquecimiento injusto[217] para «tratar de compensar el empobrecimiento sufrido por el contratista paralelo al crecimiento patrimonial que le reportan a la Administración las prestaciones superiores realizadas ante el ejercicio inválido o solo aparente del *ius variandi*»[218].

Sin embargo, también puede suceder lo contrario, considerando que las modificaciones pueden responder a necesidades notorias, eventualmente un contratista ejecutará prestaciones adicionales sin que estas hayan sido autorizadas previamente por la Administración[219]. Si bien existen supuestos en los que, por ejemplo, se deban efectuar adicionales con carácter de emergencia, para su pago siempre se requerirá de una autorización previa[220]. Por lo tanto, siempre que el contratista ejecute prestaciones adicionales sin contar con autorización previa a su ejecución será posible que no obtenga la contraprestación debida por la ejecución de dicho adicional; bien porque el contratista actuando de buena fe ejecutó obras adicionales que requerían autorización previa, bien porque el contratista creyó haber ejecutado obras adicionales con carácter de emergencia cuando no existía tal situación, o bien porque el contratista actuando de mala fe pretendió ejecutar mayores prestaciones que aquellas para las cuales fue contratado.

Como se puede apreciar, la posibilidad de que el contratista se encuentre en una situación de empobrecimiento en beneficio de la Administración encuentra su fundamento en la ejecución de prestaciones adicionales de manera irregular. Por ello, considerando que la vinculación de la Administración al ordenamiento procedimental se constituye en un control de su vinculación al ordenamiento sustantivo; no se puede evaluar la legalidad de determinada modificación si esta no sigue su cauce legal y por lo tanto un administrado no puede alegar buena fe cuando actúa sin contar con la autorización exigida por ley. Por

---

217 De acuerdo al artículo 1954 del CC «Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo».

218 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 198.

219 Sobre la procedencia del pago de adicionales ejecutados sin contar previamente con la autorización de la Entidad, véase la Opinión Nº 126-2012/DTN.

220 En ese sentido encontramos a los artículos 175 y 176 del RNLCE.

ello, consideramos que en los supuestos en los cuales la irregularidad proviene de la actuación del contratista no cabe lugar para ningún tipo de acción para compensar el perjuicio que el propio contratista se produjo, con excepción de aquellas situaciones de emergencia en la cual la propia ley exime de la autorización. En consecuencia, preliminarmente podemos afirmar que la doctrina del enriquecimiento sin causa solo podría invocarse, en forma supletoria y subsidiaria[221/222], en aquellos supuestos en los que la irregularidad de la modificación provenga de la propia Administración y siempre que no se demuestre mala fe en la actuación del contratista.

Delimitado el supuesto en el que consideramos válido invocar la doctrina del enriquecimiento sin causa para compensar al contratista, corresponde analizar la vía en la que esta doctrina debe ser invocada. Esto tiene especial importancia en el ordenamiento de contratación pública peruano que, con algunas excepciones, contempla el arbitraje obligatorio como mecanismo de solución de controversias[223]. En ese sentido, la principal crítica que surgió en torno al reconocimiento de pretensiones amparadas en la doctrina del enriquecimiento sin causa se refería precisamente a la arbitrabilidad de dicho tipo de pretensiones. Si bien este problema ha sido zanjado con la prohibición expresa[224] en ese sentido por parte de la NLCE, lo cierto es que, durante más de diecisiete años, en la vía arbitral se reconocieron y ampararon pretensiones de pago de adicionales de obra «con el eufemismo de un enriquecimiento sin causa»[225]. Ello motivó que los tribunales que resolvían los

---

221 CASTILLO FREYRE, M., y SABROSO MINAYA, R., *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009, p. 72. En ese sentido también encontramos la Sentencia recaía en el Expediente Nº 3015-2003.

222 El artículo 1955 del CC establece «La acción [por enriquecimiento sin causa] no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

223 La obligatoriedad del arbitraje se estableció por primera vez en nuestro ordenamiento en el artículo 53 de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 3 de agosto de 1997, vigente desde el 29 de setiembre de 1998.

224 Antes de esta prohibición el OSCE en su Opinión Nº 083-2012/DTN se había pronunciado a favor de la observancia del principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.

225 Expresión utilizada por la sentencia materia de la Casación Nº 2391-2013-Lima.

recursos de anulación[226] de laudos arbitrales se pronunciaran al respecto. Por ello, conviene analizar los fundamentos contenidos en las resoluciones emitidas por las distintas instancias del Poder Judicial, las mismas que seguramente impulsaron la inclusión de su prohibición expresa en la NLCE.

Así, a favor de la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa encontramos: *i)* la Casación Nº 825-2006-Lima[227/228] que admitió dicha posibilidad al determinar que la parte contraria no había formulado oposición a la pretensión del pago de trabajos en vía de enriquecimiento indebido sin causa (pues esta pretensión se fijó como punto controvertido) y que por tanto hubo una convalidación tácita; y, *ii)* la Sentencia recaía en el Expediente Nº 267-2012-60 que determinó su arbitrabilidad pese a tratarse de una fuente de obligaciones distinta al contrato argumentando que el arbitraje en el ordenamiento peruano no se encuentra restringido a temas de naturaleza contractual. En contra de la arbitrabilidad de pretensiones de enriquecimiento sin causa originadas por la ejecución de adicionales sin contar con autorización, encontramos (entre otras[229]): *i)*la Casación Nº 500-2007-Lima[230] que, declarando

---

226 El recurso de anulación «no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución». CHOCRÓN GIRALDES, A. M., *Los principios procesales en el arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 211, citado por LEDESMA NARVÁEZ, M., *Jurisdicción y arbitraje*, 2ª. Ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, p. 35.

227 La sentencia materia de la referida casación precisa que la pretensión de enriquecimiento sin causa es «por definición, extraña a la relación contractual que pueda existir entre las partes, por tal motivo los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a aquella».

228 La Sentencia recaída en el Expediente Nº 749-2010-Lima remitiéndose a la Casación Nº 825-2006-Lima negó el criterio que consideraba que en la contratación pública los convenios arbitrales que afectan a la relación contractual no resultan aplicables al enriquecimiento ilícito.

229 Sobre la imposibilidad de invocar la figura del enriquecimiento sin causa para obtener montos correspondientes a presupuestos adicionales de obra no autorizados también encontramos la Casación Nº 2391-2013-Lima y la Casación Nº 617-2013-Lima.

230 LEDESMA NARVÁEZ comentando la Casación Nº 500-2007-Lima precisa que «si se permitiera el pago de las prestaciones adicionales en sede arbitral, aduciéndose que está utilizándose otra figura jurídica y, además, considerado estar sujeta al convenio arbitral, se estaría consiguiendo por vía indirecta lo que

improcedente el recurso, confirmó la imposibilidad por tratarse de obligaciones que surgen de una fuente distinta al contrato que unió a las partes, no siendo aplicable el convenio arbitral[231]; *ii)* la Casación Nº 5114-2009-Lima, la cual concluyó que, no habiendo sido autorizada la ejecución ni el pago por parte de la CGR (de adicionales cuyo monto lo ameritaba), los árbitros laudaron sobre materias que corresponden únicamente a las funciones de imperio del Estado, lesionando el derecho al debido proceso de la entidad; y, *iii)* la Sentencia recaída en el Expediente Nº 259-2013-Lima que negó dicha posibilidad cuando las pretensiones de enriquecimiento sin causa «se sustenten en adicionales de obra que sobrepasan el 15% autorizado por Ley para ser aprobado por la Entidad, pues a través de estas se pretende disfrazar el pedido directo de adicionales», precisando que resulta indudable la incompetencia del arbitraje para tal supuesto «dado que de ser aprobados, el tribunal arbitral no solo se estaría atribuyendo funciones que competen exclusivamente a la CGR, sino que estaría desacatando una prohibición expresa».

Como se puede apreciar, existen fundamentos de tipo formal: la extensión del convenio arbitral y otros de tipo material: la arbitrabilidad o no de la materia, bien por su naturaleza o bien por su consideración legal. Respecto del primero consideramos que efectivamente el enriquecimiento sin causa es una fuente distinta al contrato y por ello se encuentra fuera del convenio arbitral[232] del contrato, correspondiendo ser resuelto en la vía judicial. Respecto de la arbitrabilidad de la materia, tratándose de pretensiones originadas en el ejercicio irregular de potestades administrativas –indisponibles[233] por naturaleza–, en principio no serían arbitrales. No obstante, de acuerdo con BACA ONETO la indisponibilidad de una materia limita la posibilidad de que las partes

---

la ley prohíbe de modo directo, es decir, que esa decisión no sea materia de arbitraje». LEDESMA NARVÁEZ, M., *Jurisdicción y arbitraje*…, cit., p. 188.

231 CASTILLO FREYRE, M., y SABROSO MINAYA, R., *El arbitraje en*…, cit., pp. 72-81.

232 Ello no transgrede el principio de autonomía del convenio arbitral cuya finalidad es la conservación del convenio incluso frente a la nulidad del contrato conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 41 del DLA.

233 SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 657.

voluntariamente[234] decidan someterla a arbitraje mas no impide que el legislador decida admitirla como arbitrable[235]. Por ello, consideramos que, para la arbitrabilidad de las pretensiones de enriquecimiento sin causa originadas por la falta de aprobación de prestaciones adicionales, o por la aprobación parcial de estas, se requiere en primer lugar que la situación irregular que generó el enriquecimiento sin causa sea arbitrable y en segundo lugar que el convenio arbitral incluya dicha fuente de obligaciones.

Por lo anterior, podemos concluir que antes de la entrada en vigencia de la NLCE resultaba posible someter a arbitraje aquellas pretensiones de enriquecimiento sin causa[236] originadas en la falta de aprobación de prestaciones adicionales de obra hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, pues en estos supuestos no se requiere contar con la aprobación previa por parte de la CGR[237]. Por ello, la prohibición expresa introducida por la NLCE[238] es saludable para el ordenamiento en la medida que no da lugar a dudas. Sin perjuicio de lo anterior, la NLCE permite someter a arbitraje aquellas pretensiones de enriquecimiento sin causa originadas en la nulidad del contrato[239].

Como reflexión final consideramos que la ejecución de prestaciones adicionales de obra sin observar las formalidades

---

234 Sobre la afectación a la voluntariedad esencial del arbitraje véase también ARRARTE ARISBANARRETA, A. M, y PANIAGUA GUEVARA, C., «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra», en *Advocatus*, 16, 2007, p. 198.

235 BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., p. 543.

236 ARRARTE ARISBANARRETA y PANIAGUA GUEVARA también se mostraron a favor de la arbitrabilidad de las pretensiones por enriquecimiento sin causa. ARRARTE ARISBANARRETA, A. M, y PANIAGUA GUEVARA, C., «Apuntes sobre el arbitraje…», cit., p. 199.

237 En ese sentido, el artículo 23 de la LSNC, proscribe la posibilidad de someter a arbitraje aquellas decisiones que emita la CGR en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra.

238 De acuerdo al numeral 45.1 del artículo 45 de la NLCE esta prohibición se extiende también a la Junta de Resolución de Disputas, así como a otros medios de solución de controversias establecidos en la referida ley o en su reglamento.

239 En ese sentido, el numeral 45.1 del artículo 45 de la NLCE precisa que «Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje». El mismo artículo establece que pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido no pueden ser sometidas a arbitraje; dentro de estas no se encuentran aquellas originadas en la nulidad del contrato.

requeridas por ley puede ser interpretada como una actuación de mala fe por parte del contratista que se vale de discutibles situaciones de emergencia, indicaciones inexactas o tácitas para obtener mayores ganancias. Por ello, y debido a lo complejo que resulta acudir a la vía judicial, a efectos de evitar caer en circunstancias que puedan conllevar a un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración, no se puede prescindir de las formas que la ley dispone para el ejercicio del *ius variandi*. Ello responde al principio de vinculación positiva a la ley que, como indicamos anteriormente, comprende también el sometimiento al ordenamiento procedimental. Esta especial necesidad[240] de observar las formas en la modificación unilateral del contrato obra pública para el reconocimiento del derecho de pago correspondiente –salvando las enormes diferencias que existe con nuestro ordenamiento– ha sido también advertida por algunos tribunales de Estados Unidos de Norteamérica. Así, un tribunal estableció que, a diferencia de los contratos celebrados entre privados, los contratos públicos que requieren órdenes de cambio escritas no pueden ser modificados oralmente o mediante la sola conducta de las partes[241]. Otro tribunal de Estados Unidos de Norteamérica se pronunció de manera más tajante rechazando la

240 Esto significa también un especial nivel de diligencia para el contratista. Al respecto WAIDHOFER LUDEÑA precisa que «el sentido de diligencia manda que, cuando la entidad le comunica la decisión de la ejecución de adicionales, [el contratista] debe esperar a ser notificado de la correspondiente resolución que aprueba el adicional y, en su caso, también la autorización de pago de la CGR para luego proceder con la ejecución de los adicionales, en ese orden». WAIDHOFER LUDEÑA, K., «Criterios judiciales sobre materias no arbitrales en la anulación del laudo. Enriquecimiento sin causa y adicionales en contratación pública», en *Actualidad Jurídica*, Tomo 260, 2015, p. 249.

241 *«P & D reversed the judgment based on the contract's requirement of a written change order. "Unlike private contracts, public contracts requiring written change orders cannot be modified orally or through the parties' conduct. Thus, even if [the contractor's] evidence pertaining to the oral authorizations of a city employee for extra work is fully credited, [the contractor] cannot prevail. The [trial] court erred by submitting the matter to the jury; it should have granted the City's motion for nonsuit." (P & D, supra, 190 Cal.App.4th at p. 1335, italics added.)»*. COURT OF APPEAL, SECOND DISTRICT, DIVISION 3, CALIFORNIA., «Voskanian Construction Inc V. Alhambra Unified School District – Decided: March 29, 2012. » *FindLaw*. http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1597474.html#sthash.pAmxOJQa.dpuf (último acceso: 31 de mayo de 2015).

pretensión de pago de un contratista que ejecutó trabajos adicionales sin que exista una orden de cambio escrita de por medio[242].

2. El equivalente económico-financiero frente al ejercicio del *ius variandi*

En el desarrollo del presente trabajo hemos justificado la potestad de la Administración de introducir modificaciones de manera unilateral; no obstante, debemos recordar que el contrato de obra pública es un contrato conmutativo[243], que establece una equivalencia entre el precio y la obra, y que, además, cualquier modificación ordenada por la Administración debe respetar el principio de igualdad ante las cargas públicas y el principio de igualdad de trato. Con ello queremos decir que el ejercicio del *ius variandi*, como materialización de un riesgo[244] conocido por el contratista, no puede significar un perjuicio económico para el contratista pues la razón por la cual ejecuta la obra se encuentra en la contraprestación que el comitente le pagará en los términos del contrato original; pero tampoco podrá importar un mayor beneficio económico para el contratista pues se debe respetar la finalidad de

---

242 *«P & D Consultants, Inc. v. City of Carlsbad (2010) 190 Cal.App.4th 1332 (P & D) is in accord with Katsura. P & D, a breach of contract action, arose from a written agreement between a contractor and a city for services pertaining to a redesign of a municipal golf course. On appeal, the city contended that as a matter of law, the jury's award of $109,093 to the contractor for extra work could not stand because there was no written change order, in violation of provisions of the contract and public contract law (Gov.Code, § 40602).4 The city argued the trial court erred in instructing the jury that the contract could be modified orally or through the parties' conduct. (190 Cal.App.4th at p. 1335.)».* COURT OF APPEAL, SECOND DISTRICT, DIVISION 3, CALIFORNIA., «Voskanian Construction Inc V. Alhambra Unified School District…, cit.

243 «[e]l carácter conmutativo en un contrato de ejecución obligadamente prolongada implica que las partes no sólo han establecido una equivalencia entre las obligaciones recíprocas, sino que asimismo han asumido el compromiso de que esa equivalencia se mantenga hasta la conclusión del contrato». PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit., p. 67.

244 En palabras de PODETTI, «Riesgo es (…) toda posibilidad de que se produzca una alteración perjudicial importante para alguna de las partes de un contrato, en relación con el equilibrio que ambas previeron entre sus obligaciones recíprocas al celebrarlo, originada en un hecho que era para ambas futuro e incierto a ese momento». PODETTI, H., *Contrato de Construcción,* …, cit. p. 287.

la licitación pública cuya razón de ser se encuentra en el principio de igualdad ante los beneficios públicos[245].

2.1. Fundamento del equivalente económico-financiero

Conforme explica USLENGHI[246], el principio del equivalente económico en los contratos administrativos tuvo su origen en un fallo del Consejo de Estado Francés dictado el 21 de marzo de 1910, en especial en las conclusiones enviadas por el comisario de gobierno (procurador) Leon Blum. En el caso resuelto por el fallo, la Administración había impuesto a una empresa de tranvías la obligación de aumentar el número de ramales en servicio a fin de satisfacer las necesidades de un área de la población. Frente al cuestionamiento de la actuación de la Administración por parte de la empresa de tranvías, Leon Blum reconoció la legitimidad de la mutabilidad del contrato y la garantía del equilibrio económico-financiero del mismo. Cabe precisar que si bien el principio «tuvo su origen en las concesiones, es *de aplicación general a todos los contratos administrativos*»[247].

En otras palabras, el fallo del Consejo de Estado Francés dio lugar al principio de colaboración, al reconocimiento de la validez del *ius variandi*, y a la garantía del mantenimiento de la ecuación financiera[248]. Como indicamos en su momento, el principio de colaboración implica una suerte de «solidaridad» del contratista con la función administrativa que justifica la corrección por parte de la Administración de los desequilibrios económicos que se presenten en la ejecución del contrato cuando no medie culpa o dolo por parte del contratista.

En efecto, frente a las modificaciones unilaterales introducidas por la Administración, surge el deber de mantener el

---

245 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 188.

246 USLENGHI, A. J., «Áleas administrativa y económica en la contratación administrativa», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, pp. 353-354.

247 ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit. p. 248, en cursiva en el original.

248 USLENGHI, A. J., «Áleas administrativa…», cit., p. 354.

equivalente económico[249] originario –también conocido como equilibrio financiero o ecuación financiera – sobre todo en favor del contratista. No obstante, el fundamento del equivalente económico financiero no se encuentra en el puro ejercicio del *ius variandi*, ni en la consideración del contratista como colaborador de la administración; se encuentra en el principio de igualdad ante las cargas públicas de manera directa, e indirectamente en el derecho de propiedad[250]. En esta perspectiva, el equilibrio financiero impide que sea el contratista quien deba asumir los perjuicios económicos ocasionados por la modificación, debiendo ser asumidos por el Estado, «pasando éste a distribuirlo impositivamente entre todos los beneficiarios del contrato»[251]. Así como la Entidad no deja de ser Administración cuando contrata con un privado, el contratista tampoco deja de ser administrado cuando lo hace con una Administración; de hecho, el contratista se ubica incluso en una situación más provechoza que aquella en la que se encontraría en un contrato privado ya que la Administración al restablecer el equilibrio económico además de basar su indemnización en la justicia conmutativa debe preocuparse de que el contratista, como administrado que es, no asuma mayores cargas públicas (justicia distributiva).

2.2. La ecuación financiera

Como ya hemos señalado, el principio del equivalente económico también es conocido como equivalente económico-financiero, ecuación financiera[252] o equilibrio financiero. Sin

---

249 «[…], el equivalente económico tiene tres supuestos fundamentales de aplicación: *potestas variandi*, *factum principis* y el *error calculi*». ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 248, en cursiva en el original. En palabras de MARIENHOFF «el equilibrio o ecuación "econonómicofinanciera" [*sic*] puede ser alterado por tres causas: por causa atribuible a la administración contratante con incidencia específica sobre el contrato en cuestión, por causa atribuible al Estado con incidencia general, o por causas ajenas a las partes». MARIENHOFF, M. S., *Tratado de derecho administrativo*, T. III-A, 2ª. Ed., pp. 469-548. Citado por MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit., p. 690.

250 LINARES JARA, M., «El Contrato Administrativo en el Perú», *Revista de Derecho Adminsitrativo*, 1, 2006, p. 300.

251 LINARES JARA, M., *El Contrato Estatal*, …, cit. p. 187.

252 La denominación de ecuación financiera es propia de la terminología francesa. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit. p. 248.

embargo, si bien estos términos no son equívocos, tampoco son estrictamente intercambiables: el equilibrio se puede ver afectado por distintas causas, en cambio, la ecuación es abstracta por lo que no puede alterarse. En realidad la ecuación financiera es el instrumento que permite restituir el equilibrio entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes y por ello, cuando se habla de equivalencia o de equilibrio se hace referencia al objetivo que busca la aplicación del principio.

En el contrato administrativo el contratista participa con intereses puramente pecuniarios, a diferencia de la Administración que lo hace en búsqueda de la satisfacción de un interés general relevante, por ello el equilibrio se establece mediante «la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad»[253]. En ese mismo sentido, la ecuación es financiera en la medida que se encuentra relacionada con los recursos que se invertirán para alcanzar el objeto de la obra; razón por la cual la ecuación contiene la representación de la estructura financiera que armoniza «la satisfacción adeudada del interés público de que se trata y la rentabilidad que el contratista espera obtener»[254].

Por las razones expuestas, la ecuación financiera necesariamente se determina en la formación del contrato con la presentación de la oferta[255] por parte del postor adjudicatario y se incorpora al contrato *in fieri* y al contrato *in facto esse*; es vinculante para ambas partes y debe permanecer inmutable[256] pues constituye un elemento esencial del contrato por haber sido un

253 DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 254.

254 DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 253.

255 «La oferta o propuesta aceptada en el marco […] de un procedimiento de licitación pública, entraña una base económica en vista a la cual se logra el equilibrio de dicho contrato». RENNELLA, M. P., «Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 255.

256 En tal sentido, LARES MARTÍNEZ afirma que la modificación unilateral «no puede ejercerse con respecto a las ventajas establecidas en el contrato en provecho del contratista. Los derechos patrimoniales del contratista deben respetarse y, por tanto, son intangibles». LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo,* Caracas, 1963, p. 215. Citado por BREWER CARIAS, A., «La facultad de la administración…», cit., p. 111.

«factor de competencia» evaluado en la licitación pública[257]. Por tanto, la Administración no puede modificar la ecuación financiera unilateralmente[258/259] ni mediando acuerdo con el contratista; lo contrario significaría una vulneración al principio de igualdad de trato que afectaría los intereses de los postores no adjudicatarios[260].

2.3. La alteración del equilibrio económico-financiero

Sin perjuicio de lo indicado, cabe precisar que no todas las afectaciones económicas que puedan darse durante la ejecución del contrato se encuentran dentro del alcance de la teoría del equivalente económico. Para que dicha teoría resulte aplicable en primer lugar, la alteración debe ser causada por un hecho que resultaba imprevisible al momento de presentación de la oferta (en el caso del contratista) o del otorgamiento de la buena pro (en el caso de la Administración); en segundo lugar, la causa de la alteración no puede ser imputable a la parte que lo padece; y, en tercer lugar, es necesario que «la alteración supere el alea [*sic*]

---

257 «[L]os (contratos) públicos no podrán ser modificados de modo que con ello puedan burlarse las condiciones en que fueron adjudicados, es decir salvo nuevas exigencias imprevisibles del interés público o cambios de circunstancias que, de haber podido reverse razonablemente al adjudicarse, hubieran determinado otras cláusulas o condiciones». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho (segunda parte)», en *Revista Peruana de Derecho Público*, 22, 2011, p. 21.

258 Lo mismo sucede con las fórmulas polinómicas que sirven para reajustar precios en los contratos de obra pues tampoco pueden ser modificadas por la Administración. Véase al respecto la Opinión Nº 106-2014/DTN.

259 En tal sentido, el principio del *pacta sunt servanda* impide que el ejercicio de la potestad de modificar unilateralmente el contrato de obra pública pueda alterar la ecuación económica financiera del contrato. CASSAGNE, J. C. en *Estudios de Derecho Público*, Bs. As., 1995, pp. 128-129. citado por SARMIENTO GARCÍA, J. H., «El ius variandi y los contratos de la administración», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 281.

260 «[L]os terceros jamás podrán exigir que el contrato administrativo sea absolutamente inmodificable, pues ello implica una subordinación del interés público al de los particulares. Únicamente podrán requerir que la alteración no suponga para el contratista unos beneficios superiores a los previstos en el momento de la adjudicación y perfección del contrato». DE SOLAS RAFECAS, J.M., *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 43. Citado por HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 188.

normal propia de los contratos sinalagmáticos»[261], es decir, que exceda los aleas empresariales implícitos en todo contrato de construcción; de lo contrario se trasladaría el riesgo ordinario de la actividad constructiva a la Administración. La no observación de estos requisitos ocasiona que –como ha observado MAIRAL– frecuentemente el principio del equilibrio financiero oculte el traspaso al Estado de los aleas empresariales[262].

Por lo anterior, se concluye que el ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración encuadra perfectamente dentro de los supuestos que ameritan la intervención del equivalente económico, en la mayoría de los casos a favor del contratista «a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originariamente en la *formulación estática del contrato*»[263] y por ello en el siguiente punto detallermos el alcance de la indemnización correspondiente.

2.4. Alcance de la indemnización frente al ejercicio del *ius variandi*

Por primera vez en el ordenamiento peruano la NLCE ha reconocido expresamente la garantía del equilibrio económico financiero del contrato[264]. Esta garantía no es exclusiva del contratista, pues éste también deberá compensar a la Administración en caso sea ella la parte perjudicada. Ahora bien, la NLCE no ha precisado cual es el alcance de la indemnización que corresponde al contratista frente al ejercicio del *ius variandi*. En cambio, frente a la resolución del contrato por causa atribuible a la Administración, el RNLCE[265] ha previsto expresamente que la Administración deberá reconocer a favor del contratista el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar. Bajo esta premisa,

---

261 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., «El equilibrio económico…», cit., p. 74.

262 MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit., p. 698.

263 DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 231, en cursiva en el original.

264 De acuerdo al numeral 34.1 de la NLCE, las modificaciones al contrato «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 igualdad».

265 Artículo 177 del RNLCE.

considerando que la modificación es más gravosa[266] para quien la padece que la resolución del contrato, resulta válido interpretar que la modificación unilateral exige una indemnización[267] mayor que la correspondiente a la resolución. Como vemos, es por lo menos argumentable que la Administración deba indemnizar al contratista al punto de situarlo en las mismas condiciones económicas en las que se encontraría si el contrato se hubiese ejecutado en los términos en que fue adjudicado.

En la medida que el fundamento del equivalente económico financiero se encuentra también en el derecho de propiedad[268], frente al ejercicio del *ius variandi*, el no reconocimiento de la obligación de mantener el equilibrio-económico financiero del contrato supondría una vulneración al referido derecho[269] pues se realizaría una expropiación forzosa sin una justa indemnización[270]. En tal sentido, pese a la licisitud de la actuación de la Administración cuando ejerce el *ius variandi*, el contratista no tiene el deber jurídico de soportar las consecuencias económicas; y por ello, la Administración debe reparar los perjuicios e indemnizar los

---

266 «[M]odificar una relación existente es, en línea de principio, acto más grave y comprometedor que disolverlo». ROPPO, V., *El Contrato*…, cit., p. 504.

267 MAIRAL criticando la teoría general del contrato administrativo, precisa que frente al ejercicio del *ius variandi*, la indemnización que el Estado otorga al contratista se hace en el mismo modo en que lo haría un contratante privado. MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad…», cit., p. 690.

268 CASSAGNE explica que la indemnización para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, «tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término, a remunerar las inversiones». CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo…*, cit., p. 160.

269 De acuerdo al artículo 70 de la CP: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

270 Respecto al derecho a la propiedad privada el numeral 2 del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que «[n]inguna persona puede ser privadad de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley».

daños[271] en toda su integridad, incluso cuando ello suponga que el contratista reciba la ganancia correspondiente al precio original de la obra pese a no haber ejecutado la totalidad de las obras inicialmente previstas. Ello debido a que el contratista participó de la licitación esperando obtener determinados beneficios que se vieron afectados por una decisión de la Administración.

En tal perspectiva, conforme ya lo indicamos al referirnos a las consecuencias del ejercicio del *ius variandi*, el lucro cesante es también indemnizable[272] en la medida que nuestra NLCE no determina el alcance de la indemnización y por ello no se debe realizar una interpretación en favor de su prohibición pues «el principio que rige toda indemnización es el de su integridad» [273]. No obstante, en la práctica no resulta sencilla la restitución del equilibrio económico mediante conciliación y por ello, lo normal será que las partes acudan a los medios de solución de controversias correspondientes para que sean ellos quienes determinen el alcance de la indemnización.

Por otro lado, debemos precisar que el equivalente económico no «debe únicamente servir para garantizar la posición económica inicial del contratista»[274]; también es un límite para la Administración en el sentido de impedir que esta otorgue al contratista mayores beneficios[275] que aquellos que le corresponden conforme a la equivalencia costo/beneficio prevista en el contrato.

---

271 HUTCHINSON refiriéndose a la potestad revocatoria explica que «[c]uando el Estado responde por su conducta lícita, el fundamento del deber indemnizatorio descansa en la existencia de un sacrificio especial impuesto al particular. Este debe soportar la conducta lícita, pero no necesariamente todos los daños, excepto que sean los considerados tolerables. Normalmente no sería justo que alguien soportara todos los perjuicios en beneficio de la comunidad, de acuerdo al principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas». HUTCHINSON, T., «La responsabilidad del estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 653.

272 LINARES JARA también se ha inclinado a favor del reconocimiento de una indemnización integral que incluya el lucro cesante. LINARES JARA, M., *El Contrato Estatal*, …, cit. p. 188.

273 PERRINO, P. E. «El alcance de la indemnización…», cit., p. 356.

274 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 188.

275 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 188.

A modo de conclusión, el principio del equilibrio financiero se encuentra orientado al mantenimiento de una «honesta equivalencia»[276] entre las prestaciones a cargo de ambas partes[277]. Por ello, podemos afirmar que su reconocimiento expreso en la NLCE constituye un remedio legítimo frente al ejercicio del *ius variandi* que contribuye a lograr un sistema de contratación pública más eficiente[278].

276 «[…] el Consejo de Estado Francés desarrolló la doctrina de la igualdad entre lo que se concede y lo que se exige al concesionario, a la que también llamó equivalencia comercial o ecuación financiera del contrato, calificándola como una "honesta equivalencia"». RENNELLA, M. P., «Hecho del príncipe…», cit., p. 258.

277 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., «El equilibrio económico…», cit., p. 56.

278 Véase al respecto la nota [77].

III. EL *IUS VARIANDI* EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

1. Las potestades administrativas en la NLCE

Si bien no es objeto del presente trabajo analizar todas las prerrogativas unilaterales que tradicionalmente la doctrina le ha atribuido a la Administración en atención a la satisfacción del interés general –entre ellas, además del *ius variandi*, se encuentran: la potestad administrativa de resolver unilateralmente el contrato; los poderes de dirección y control; la potestad administrativa sancionadora; la potestad de interpretación unilateral del contrato, etc.–, a fin de demostrar el reconocimiento del *ius variandi* en el nuestro ordenamiento, analizaremos cuales de las referidas prerrogativas se encuentran reconocidas en nuestro ordenamiento.

Respecto de la potestad de resolver unilateralmente el contrato, encontramos que en nuestra NLCE los supuestos que permiten la resolución del contrato obedecen: al incumplimiento del contratista[279]; a la imposibilidad definitiva de continuar el contrato por caso fortuito o fuerza mayor[280] o a la necesidad de

---

279 El artículo 32 precisa que el contrato debe contener necesariamente y bajo sanción de responsabilidad las clausulas referidas a garantías, solución de controversias y resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en su Reglamento (artículos 135; 136; 137; y, 138). Esta disposición también se encontraba recogida en el literal c) del artículo 40 de la DLCE.

280 Conforme al artículo 36 de la NLCE. Disposición contenida también en el artículo 44 de la DLCE.

modificar el contrato en más del quince por ciento (15%) del monto total del contrato original[281].

Los dos primeros supuestos no pueden ser calificados como una potestad: respecto del primer supuesto, la propia ley exige que se incluya una cláusula de resolución por incumplimiento en el contrato y, por lo tanto, se constituye en una facultad contractual y no en una potestad; respecto del segundo supuesto, la resolución no responde a una decisión unilateral de la Administración «sin que medie acción dolosa o culposa del contratista en el cumplimiento de sus prestaciones»[282]. Por lo tanto, consideramos que únicamente el tercer supuesto puede ser considerado como un reconocimiento moderado de la potestad de resolver unilateralmente el contrato, pues obedece a una alternativa a la modificación del contrato que le permite a la Administración optar por resolver el contrato cuando las modificaciones al mismo importen un aumento mayor al quince por ciento (15%) y menor al cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que las prestaciones adicionales superen el cincuenta por ciento (50%), la resolución del contrato no será potestativa para la Administración, será obligatoria[283].

Por otro lado, encontramos el artículo 10 de la NLCE el cual, refiriéndose a la potestad de dirección y control[284], claramente

---

281 El numeral 34.3 del artículo 34 de la NLCE precisa que, en caso resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato, mayores al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%), la entidad alternativamente podrá resolver el contrato mediante comunicación escrita al contratista. Esta disposición también se encontraba en el numeral 41.4 del artículo 41 de la DLCE.

282 MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 495.

283 De acuerdo al artículo 176 del RNLCE. Disposición contenida también en el artículo 208 del RDLCE.

284 Al respecto, BACA ONETO comenta lo siguiente: «El caso más claro de ejercicio de este poder se da en los contratos de obras, a través del inspector (arts. 190 y ss. RLCE, en contrato de obras), quien guarda los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los mismos. En estos casos, el poder llega incluso a permitir "ordenar el retiro de cualquier contratista o trabajador por incapacidad o incorreciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra" (art. 193. 193 RLCE), de modo que incluye potestades sobre el personal contratado *por el contratista*». BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta…», cit., pp. 49-50, en cursiva en el original. Las

dispone que la Entidad debe supervisar directamente o a través de terceros, todo el proceso de ejecución. La DLCE[285] precisaba que para lo anterior el contratista debía ofrecer las facilidades necesarias y que la Entidad tenía potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.

El reconocimiento de la potestad de dirección y control importa el reconocimiento de la posibilidad de imponer consecuencias económicas frente a los incumplimientos del contratista. Para ello el RNLCE prevé penalidades por mora[286] en la ejecución de la prestación y reconoce la posibilidad de establecer en los documentos del procedimiento de selección, penalidades distintas siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la convocatoria[287]. No obstante, la aplicación de penalidades e incluso la resolución del contrato en mérito al incumplimiento del contratista, no supone el reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración. Respecto de la referida potestad, también encontramos que el artículo 50 de la NLCE[288] reconoce al Tribunal de Contrataciones del Estado la potestad de imponer sanciones a los proveedores, participantes, postores y contratistas. Sin embargo, precisamente porque la potestad es ajena e independiente a la Administración contratante, esta no puede ser considerada como un auténtico privilegio[289].

A modo de resumen, respecto de las potestades mencionadas en los párrafos anteriores, de manera crítica SANZ RUBIALES[290] ha cuestionado que sean calificadas como privilegios por las siguientes razones: (i) la posibilidad de resolver el contrato por

---

facultades del inspector (o supervisor de obra) actualmente se encuentran en el artículo 160 del RNLCE.

285 Disposición también contenida en el artículo 47 de la DLCE, con distinta redacción.

286 De acuerdo al artículo 133 del RNLCE. Disposición contenida también en el artículo 165 del RDLCE.

287 Conforme al artículo 134 del RNLCE. Disposición contenida también en el artículo 166 del RDLCE.

288 Esta disposición se encontraba en el artículo 51 de la DLCE.

289 SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 655.

290 SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 655.

incumplimiento de la otra parte también está prevista en el derecho civil; (ii) el poder de dirección y control se entiende implícito en el contrato civil de ejecución de obra –en todo caso, el autor comenta que no se trata de un «poder excesivamente exorbitante»[291]–; y, (iii) la potestad administrativa sancionadora no puede ser calificada como auténtico privilegio «por su carácter independiente y ajeno a la Administración jerárquica»[292].

Distinta es la situación de los supuestos regulados en los numerales 34.2; 34.3; y, 34.4 del artículo 34 de la NLCE; pues en ellos la ley sí le reconoce a la Administración la potestad de introducir modificaciones al contrato de manera unilateral. Dicha potestad se constituye en un verdadero privilegio considerando que no se encuentra prevista en el derecho civil; no se entiende implícita en un contrato de obra privado; y, –aunque en algunos supuestos sea necesaria la autorización previa de la CGR– solo puede ser ejercida por la propia entidad, no pudiendo ser objeto de delegación[293], y sin requerir del consentimiento de la otra parte. En efecto, el reconocimiento de la posibilidad de modificar de manera unilateral el contrato ubica a la Administración en una posición de supremacía respecto del contratista[294]. Lo anterior demuestra que el *ius variandi* es la potestad de la Administración por antonomasia.

2. El reconocimiento del *ius variandi* en la NLCE

En nuestro país –explica DANÓS ORDOÑEZ– «[n]o se ha previsto con carácter general la prerrogativa del [ius variandi] o modificación unilateral de los contratos por razones de interés público»[295]. En efecto, en el ordenamiento peruano que regula la contratación de obras públicas no existe un *ius variandi* que se

291 SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 655.

292 SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 655.

293 Así lo dispone el artículo 8 de la NLCE. Esta prohibición de delegación también la encontrábamos en el artículo 5 de la DLCE.

294 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 27.

295 DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de los contratos estatales en el Perú», en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Coord. ZEGARRA VALDIVIA, D., ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, E., y DANÓS ORDÓÑEZ, J., Palestra Editores, Lima, 2007, p. 36, en mayúsculas en el original.

fundamente en la sola invocación del interés general. Lo que si se ha reconocido es un *ius variandi* en términos de potestad discrecional[296] con elementos reglados[297] pues debe responder al cambio de determinadas circunstancias y requiere de una justificación[298] que consienta introducir modificaciones al contrato original[299]. En tal sentido, nuestro ordenamiento sí ha reconocido las denominadas variaciones de obra que, fundamentadas en determinados presupuestos habilitantes permiten modificar el objeto del contrato y/o el cronograma de la obra[300]. Pues bien, ahora nos corresponde analizar los supuestos de modificación unilateral del contrato de obra pública que nuestro ordenamiento ha reconocido y que son una manifestación del *ius variandi*.

En la NLCE encontramos el artículo 34 con el sugerente título de modificaciones al contrato, a diferencia del artículo 41 de

296 BREWER CARIAS precisa que «el poder de imponer modificaciones unilaterales no puede ser consecuencia del ejercicio de una facultad discrecional, sino que su ejercicio está ligado a la realización de determinadas condiciones que lo justifiquen, es decir, suponen algunos cambios de circunstancias que justifiquen su ejercicio». BREWER CARIAS, A., «La facultad de la administración…», cit., 107. No obstante, lo cierto es que no existe potestad discrecional pura. En palabras de LAGUNA DE PAZ, en toda potestad discrecional «al menos, se dan los siguientes *cuatro* elementos *reglados:* La *existencia* misma de la potestad; su extensión, que nunca puede ser absoluta; la competencia para actuarla; [y] el fin: toda potestad es conferida por la ley como instrumento para la consecución de una finalidad específica». LAGUNA DE PAZ, J. C., «Principio de legalidad», *pro manuscripto*, Valladolid, 2014, pp. 86-87.

297 En ese sentido, discrepamos con MORÓN URBINA para quien las potestades exorbitantes son regladas. MORÓN URBINA, J. C., «Las prerrogativas de…», cit., p. 511. Conforme explica LAGUNA DE PAZ, «en las *potestades regladas*, la norma determina exhaustivamente las consecuencias del ejercicio de la potestad [...]. La actuación de la Administración se reduce, pues, a la constatación del supuesto de hecho -completamente definido por la norma- y a aplicar lo que exhaustivamente ésta también ha previsto. Se trata de un proceso aplicativo de la Ley, que no deja lugar al juicio subjetivo de la Administración». En cambio, «lo característico de la discrecionalidad es que encomienda a la Administración un *margen de decisión*: dentro de ciertos límites, la Administración puede determinar las consecuencias jurídicas [del ejercicio de la potestad]». LAGUNA DE PAZ, J. C., «Principio de legalidad*,…,* cit., pp. 75-76.

298 «Como toda potestad discrecional, sin perjuicio de contener elementos reglados, ha de ser motivada. […] La ausencia de motivación haría arbitraria la decisión de la Administración de modificar el contrato». MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 58.

299 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 74.

300 VÁSQUEZ REBAZA, W., «Hacia una definición de variaciones…», cit.

la DLCE cuyo título enumeraba los supuestos de modificación del contrato: prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones. El numeral 34.1 del referido artículo 31 de la NLCE contiene una redacción amplia y un tanto confusa: precisa que el contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la NLCE y en su reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista (con aprobación de la Entidad), para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.

Llama la atención que los supuestos de modificación puedan ser establecidos en el reglamento ya que, como indicamos anteriormente, el contrato administrativo únicamente se puede modificar unilateralmente y dicha potestad solo puede ser atribuida por norma con rango de ley. En tal sentido, el artículo 142 del Reglamento de la NLCE establece una supuesta posibilidad de que las partes puedan acordar introducir modificaciones al contrato distintas a los adicionales, reducciones y ampliaciones de plazo (cuando estas no son aplicables), siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto del contrato. Finalmente, el referido artículo también precisa que se requerirá de la aprobación del Titular de la Entidad en aquellos casos en que la modificación implique la variación del precio. Por lo tanto, se regulan dos supuestos de modificaciones de mutuo acuerdo distintas a los adicionales, reducciones y ampliaciones de plazo: aquellas que no afectan el precio y aquellas que sí afectan el precio.

Consideramos que las supuestas modificaciones reguladas en el primer supuesto en realidad responden al poder de especificación del contratista que no importa una innovación de la obra, no modifica el precio y no requiere aprobación de la Administración. Por ello, es un error del reglamento la exigencia de un acuerdo para adaptaciones o especificaciones propias de la actividad constructiva que se encuentran en la esfera del contratista. Una interpretación contraria restaría eficacia al contrato de obra pública y permitiría la modificación consensuada cuando el contrato administrativo solo puede modificarse unilateralmente.

Respecto del segundo supuesto debemos precisar que dichas modificaciones no serán válidas, incluso si cuentan con la

aprobación del Titular de la Entidad, toda vez que la Administración se encuentra vinculada positivamente al principio de legalidad y, por tanto, solo puede hacer lo que la ley le autoriza y el supuesto bajo análisis se efectuaría en atención a una disposición reglamentaria. Y en ese sentido, el reglamento no podrá incorporar supuestos de modificación distintos a los detallados en la NLCE.

Sin perjuicio de lo anterior, la redacción del numeral 34.1 incorpora disposiciones de carácter general para todas las modificaciones reguladas por la NLCE. Así, en primer lugar, encontramos que las modificaciones (todas) deben justificarse en la consecución de la finalidad[301] del contrato de manera oportuna y eficiente[302]. Dicha disposición nos parece acertada pues, como hemos indicado, cuando la Administración modifica unilateralmente el contrato de obra «debe respetar *la sustancia del mismo y la esencia de su objeto*»[303]. En ese sentido, la justificación se vuelve más estricta cuando las prestaciones adicionales superan el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original. En dicho supuesto, la ejecución de prestaciones adicionales de obra deberá resultar indispensable por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato. Como vemos, nuestro ordenamiento no permite la modificación de la esencia del contrato, sino más bien su mantenimiento mediante la corrección de las deficiencias del contrato original. Por tanto, además del límite cuantitativo[304], que establece porcentajes máximos de modificación, tenemos un límite cualitativo relacionado a la

---

301 «La *finalidad* alegada por la Administración comitente para hacer uso de la facultad de modificar el contrato *debe ser objetiva, fundada, cierta y real*. Sólo el interés público justifica válidamente el ejercicio de esta atribución. Incluso en la contratación de *urgencia*, la prisa que la justifica, o finalidad, debe ser *objetiva, de "Estado", no subjetiva,* del funcionario ocasional, electoral, demagógico». DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 39, en cursiva en el original.

302 Conforme al artículo 41 de la DLCE las prestaciones adicionales debían responder a la finalidad del contrato original.

303 DROMI, R., *Las ecuaciones*…, cit., p. 38, en cursiva en el original.

304 Creemos que los límites cuantitativos resultan de mucha utilidad pues permiten descartar matemáticamente cualquier modificación que los supere, evitando de esta manera el análisis cualitativo de dicha modificación.

finalidad del contrato que además se constituye en el fundamento de la modificación del mismo[305].

El numeral 34.1 también con carácter general precisa que las modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; y si así lo hicieran, dicho equilibrio se deberá restablecer en atención al principio de equidad. Esta disposición es una novedad respecto de la DLCE y se constituye en el reconocimiento expreso de una garantía para el contratista frente al ejercicio de la potestad que permite corregir las alteraciones que se produzcan a la ecuación económica-financiera del contrato conforme lo indicamos anteriormente. No obstante, también debe ser considerado como un límite a la contraprestación que efectivamente deba pagar la Administración en el sentido que el contratista no obtenga mayores beneficios que los incluidos en el contrato original[306].

Finalmente, el artículo 31 contiene los siguientes supuestos de modificación del contrato de obra pública: *i)* las reducciones de obras reguladas en el numeral 34.2; *ii)* las prestaciones adicionales de obra reguladas en el numeral 34.3; y, *iii)* las ampliaciones de plazo reguladas en el numeral 34.5. A continuación desarrollaremos los referidos supuestos.

2.1. Los supuestos de modificación unilateral del contrato de obra pública

El artículo 34 de la NLCE recoge más de un supuesto de modificación unilateral del contrato. Dentro de ellos encontramos dos grupos de modificaciones: *i)* las que provocan cambios directos

---

305 Explica ARIÑO ORTIZ que el «principio de mutabilidad contractual encuentra su fundamento, pero también sus límites, en su misma finalidad de interés general *(fin du service)*». ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico*…, cit., p. 229.

306 «El principio del equivalente económico no debe únicamente servir para garantizar la posición económica inicial del contratista, sino también para configurar un límite como contraprestación de la Administración; en otro caso, la modificación del contrato rompería radicalmente el principio de igualdad ante los beneficios públicos que trata de preservar, entre otros, la disciplina de la selección del contratista». HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo…*, cit., p. 188.

en el objeto del contrato (e indirectamente en el plazo); y, *ii)* las que provocan cambios directos en el calendario de ejecución de la obra (afectan el plazo directamente sin modificar el objeto). Respecto del primer grupo de modificaciones conceptualmente podemos clasificarlas de la siguiente manera[307]: *(i)* reducciones de obra (*deleted work*); *(ii)* adicionales de obra, entendidos como cambios imprescindibles (*additional work*); y, por último, *(iii)* obras extra, entendidas como cambios no imprescindibles (*extra work*). Las reducciones de obra, los adicionales de obra y las ampliaciones de plazo se encuentran expresamente reconocidos y serán tratados de manera independiente más adelante.

Respecto de las denominadas obras extra debemos precisar que estas no pueden ser introducidas unilateralmente en nuestro ordenamiento pues no son consideradas como modificaciones al contrato sino más bien como obras nuevas que requieren de un contrato propio. Se podría interpretar que el primer párrafo del numeral 34.3 regula las denominados obras extra en la medida que –a diferencia de los demás supuestos de adicionales– no indica expresamente que deban ser indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. No obstante, el Anexo Único de Definiciones del RNLCE precisa que las «prestaciones adicionales de obra» son aquellas «cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal». A ello debemos agregar que, conforme indicamos anteriormente, el numeral 34.1 resulta de aplicación general para todos los supuestos de modificaciones y por lo tanto requiere que las mismas se encuentren orientadas a alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En esa perspectiva, una obra extra en nuestro ordenamiento corresponde a una «prestación

307 *«Changes can take three general forms: extra work, additional work, and deleted work. Extra work has been defined as a "work arising outside of an independent of the contract; something not required in its performance". An example would be the owner's request to add a room to a building. Additional work has been defined as "work necessarily required in the performance of the contract, but the necessity of which arises from unanticipated conditions". An example would be excavating a site to an increased depth from what was originally required due to the nature of the soil encountered».* ALLENSWORTH, W.; ALTMAN, R. J.; OVERCASH, A. L. (Editors), *Construction Law,…,* cit., p. 432.

nueva de obra»[308] que debe ser ejecutada mediante un nuevo contrato[309].

En cambio, la autorización de adicionales de obra –regulados en los numerales 34.2 y 34.3 del artículo 34 de la NLCE– no responde a nuevos requerimientos de la Administración, responde a circunstancias excepcionales que al momento de elaborar el expediente técnico bien no pudieron ser advertidas o, pudiendo serlo, no fueron determinadas y por ello no se incluyeron en el diseño de la obra. A modo de ejemplo, si en la construcción de una central hidroeléctrica se requiere que el caudal que atraviesa el túnel de derivación ascienda a 55 m^3/s para que la central produzca la energía y potencia proyectadas en el contrato de obra y el contratista ejecuta los trabajos conforme al expediente técnico sin conseguir el referido caudal, la Entidad podrá aprobar las prestaciones adicionales de obra que sean necesarias a fin de alcanzar la finalidad del contrato. Ello no sería posible si durante la ejecución del contrato de construcción la Entidad identifica la necesidad de obtener mayor cantidad de energía mediante la ejecución de obras que permitan elevar el caudal y que no estén contempladas en el expediente técnico.

También debemos precisar que los mayores metrados[310] no constituyen en realidad variaciones de obra, no son *ius variandi*, y en todo caso solo pueden ser presupuesto habilitante para una ampliación de plazo[311], pues importan la realización de mayores cantidades de determinadas partidas (consideradas en el

---

308 Conforme al Anexo Único de Definiciones del RNLCE una «prestación nueva de obra» es aquella «no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización no es indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta obra principal. Estas prestaciones se ejecutan mediante un nuevo contrato, para lo cual debe aplicarse los procedimientos establecidos en la Ley y su Reglamento».

309 Véase al respecto la Opinión Nº 074-2010/DTN.

310 Anexo Único de Definiciones del RNLCE:
«Mayor metrado: Es el incremento del metrado previsto en el presupuesto de obra de una determinada partida y que no provenga de una modificación del expediente técnico. El mayor metrado en contrato de obras a precios unitarios no constituye una modificación del expediente técnico.
Metrado: Es la cantidad de una determinada partida del presupuesto de obra, según la unidad de medida establecida».

311 Numeral 3 del artículo 169 del RNLCE.

presupuesto de obra), a diferencia de las prestaciones adicionales de obra que suponen la modificación de los planos y/o de las especificaciones técnicas y que por ello pueden requerir la ejecución de partidas no previstas en el presupuesto de obra[312]. Sin perjuicio de lo anterior, los adicionales de obra también pueden implicar indirectamente la ejecución de mayores metrados[313] pero no se otorgan con dicha finalidad. La necesidad de ejecutar mayores metrados puede ser una consecuencia de la variación de obra introducida, en la misma medida en que un adicional de obra puede requerir de un plazo adicional.

2.2. Las reducciones de obra

El numeral 34.2 del artículo 34 de la NLCE dispone que excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria[314] de la contratación, la Entidad puede reducir obras[315] hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto total del contrato original. Si bien es cierto que dicho numeral establece expresamente que las prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios deben ser indispensables para alcanzar la finalidad del contrato, no queda claro si dicho requisito es también aplicable a las reducciones de obras[316]. Sin embargo, como hemos indicado anteriormente, la

---

312 MIRANDA MIRANDA, R., y BRAVO VENEGAS, J., «Notas sobre los adicionales en torno a la ejecución y supervisión de obras públicas», en *Actualidad Gubernamental*, 34, 2011, pp. 2-3.

313 El numeral 3. del artículo 169 del RNLCE reconoce la existencia de mayores metrados que no provienen de variaciones del expediente técnico de obra, en contratos a precios unitarios.

314 El literal b) del artículo 8 de la NLCE establece que el Área Usuaria «es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad».

315 De acuerdo con el Anexo Único de Definiciones del RNLCE la definición de Obra comprende: «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».

316 «34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de

limitación referida a la finalidad del contrato se aplica a todas las modificaciones del contrato.

Ahora bien, resulta complejo entender cuando una reducción de obra –una obligación de no hacer–, es indispensable para alcanzar el fin del contrato: una obligación de dar (entregar una obra terminada) como resultado de un conjunto de obligaciones de hacer. Lo que suele suceder es que determinados trabajos, comprendidos dentro del expediente técnico, devienen en innecesarios, bien porque el expediente técnico contempló trabajados que no se debían ejecutar (correspondiendo una reducción autónoma) o bien porque, como fruto de la aprobación de una prestación adicional de obra, determinado trabajo establecido resulta innecesario por incompatible (correspondiendo una reducción subordinada al adicional de obra). Por ello, en la medida que en las variaciones de obra[317] intervienen reducciones de obras junto con adicionales de obra, debe entenderse que las reducciones de obra (subordinadas) serán necesarias para la correcta ejecución de las obras que sustituyan a las obras reducidas y en ese sentido, también serán indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Ello no implica que la Administración no pueda ordenar reducciones autónomas que no encuentren su justificación en la aprobación de un adicional de obra ya que en estos supuestos la indispensabilidad de la reducción radicará en lo innecesario que resulte la ejecución de determinado trabajo cuyo resultado la comunidad no se encuentra obligada a soportar.

---

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

Esta disposición también se encontraba en el numeral 41.1 del artículo 41 de la DLCE.

El artículo 139 del RNLCE tampoco establece expresamente que las reducciones deban ser necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

317 *«Construction is not a perfect world. Changes are not always independent, since one element frequently has an impact on another. Therefore, changes can and do involve a combination of deleted work and added work»*. ALLENSWORTH, W.; ALTMAN, R. J.; OVERCASH, A. L. (Editors), *Construction Law, …,* cit., p. 433.

Conforme lo dispone el RNLCE, la reducción de obra debe ser dispuesta por el Titular de la Entidad[318] mediante resolución previa[319]. Como consecuencia de ello el contratista puede solicitar la disminución de las garantías en la misma proporción de la reducción de obra. Finalmente, en caso que la reducción genere la disminución del plazo de ejecución contractual los menores gastos generales[320] serán deducidos de la liquidación final del contrato[321].

2.3. Las prestaciones adicionales de obra

De acuerdo al Anexo Único de Definiciones del RNLCE una prestación adicional de obra es «aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional». Nuestro ordenamiento ha diferenciado claramente dos supuestos de adicionales de obra con presupuestos habilitantes y limitaciones distintas. A continuación, desarrollaremos dichos supuestos.

2.3.1. Adicionales de obra menores o iguales al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original

El primer párrafo del numeral 34.3 (conjuntamente con el numeral 34.2), del referido artículo 34 de la NLCE, reconoce un supuesto de adicionales de obra que la Administración puede ordenar[322] directamente[323]. Nos referimos a aquellas prestaciones

---

318 Conforme al literal a) del artículo 8 de la NLCE, el Titular de la Entidad «es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras».

319 Artículo 139 del RNLCE.

320 Sobre las reducciones de plazo y sobre los gastos generales nos referiremos cuando desarrollemos las modificaciones relativas al plazo de ejecución de la obra.

321 Artículo 171 del RNLCE.

322 El poder público de la Administración, «en el seno del contrato se manifiesta a través de actos unilaterales, "inmediatamente ejecutivos"». MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración…», cit., p. 47. «Debe suponerse […] que

adicionales de obra que, restándole los presupuestos deductivos vinculados[324], no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.

Quizás en atención al «leve» impacto económico que representan el legislador no ha establecido presupuestos habilitantes estrictos para este tipo de adicionales; basta que resulten indispensables para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. Para ordenar dichas prestaciones adicionales la Administración debe contar la asignación presupuestal necesaria[325/326], y para su pago únicamente requiere de la aprobación del Titular de la Entidad. La asignación presupuestaria necesaria se deberá acreditar con la «certificación de crédito presupuestario»[327] o previsión presupuestal[328]. Asimismo, la aprobación del Titular de la Entidad[329] debe constar en una resolución que, de acuerdo al RNLCE, es requerida para que proceda la ejecución de los adicionales de obra y no solo para el pago como lo establece la NLCE. Una vez emitida la resolución aprobatoria por parte del Titular de la Entidad el contratista se

---

la "orden" es ejecutiva desde que se dicta y notifica al destinatario, en este caso el contratista (de acuerdo con lo que dispone el art. 16.1 de la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General)». SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., pp. 655-656.

323 En la DLCE esta disposición se encontraba en el primer párrafo del numeral 41.2 del artículo 41.

324 En la redacción del numeral 41.2 del artículo 41 de la DLCE se definía a los presupuestos deductivos vinculados «como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original». Actualmente no encontramos una definición de presupuestos deductivos vinculados en la NLCE ni en su reglamento.

325 Artículo 139 del RNLCE.

326 Creemos que la disponibilidad presupuestaria también debe considerar el costo de las prestaciones adicionales de supervisión reguladas en el numeral 34.4 del artículo 34 de la NLCE.

327 De acuerdo al artículo 19 de la NLCE la «certificación de crédito presupuestario» es un documento otorgado por la Oficina de Presupuesto de la Entidad o a la que haga sus veces, en el que consta la previsión de recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones correspondientes al valor estimado o referencial del contrato (en este caso del adicional de obra).

328 Artículo 175 del RNLCE.

329 De acuerdo a la quinta disposición final de la LGSNP, en el caso de las empresas del Estado, incluyendo aquellas bajo el ámbito de FONAFE, la aprobación será otorgada mediante Acuerdo del Directorio de la Empresa.

encontrará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

En atención al sistema de determinación de precios del contrato, la formulación de los presupuestos adicionales de obra distingue dos supuestos[330]: *i)* contratos de obra a precios unitarios, y, *ii)* contratos de obra a suma alzada. Para los contratos bajo el sistema de precios unitarios los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados, agregando los gastos generales fijos y variables[331], propios de la prestación adicional teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. El presupuesto adicional también debe incluir la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

En el caso de los contratos bajo el sistema de suma alza, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del presupuesto referencial ajustados por el «factor de relación»[332] y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Al igual que el supuesto anterior, debe incluir la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

---

330 Artículo 175 del RNLCE.

331 Anexo Único de Definiciones del RNLCE:
«Gastos Generales: Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.
Gastos Generales Fijos: Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.
Gastos Generales Variables: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista».

332 De acuerdo al Anexo Único de Definiciones del RNLCE, el factor de relación es «el cociente resultante de dividir el monto del contrato de la obra entre el monto del Valor Referencial».

Para el otorgamiento de la resolución[333] de aprobación por parte del Titular de la Entidad el procedimiento administrativo, regulado en el artículo 175 del RNLCE, es el siguiente:

(i) El contratista o el inspector/supervisor anota en el cuaderno de obra la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra.

(ii) La anotación es comunicada a la Entidad en un plazo máximo de cinco (5) días[334] de efectuada la anotación. Dicha comunicación es efectuada por el inspector/supervisor quien además debe adjuntar un informe técnico exponiendo su posición al respecto.

(iii) La Entidad elabora o encarga la elaboración del expediente técnico correspondiente a la prestación adicional de obra[335].

(iv) En caso que el expediente técnico no haya sido preparado por el inspector/supervisor, este, en un plazo de cinco (5) días hábiles, debe remitir a la Entidad un informe en el que se pronuncie sobre la viabilidad de la solución técnica planteada en el expediente técnico.

(v) Recibida la comunicación del inspector/supervisor, la Entidad cuenta con doce (12) días hábiles para emitir y notificar al contratista la resolución respecto de la procedencia del adicional de obra. La demora de la

---

333 En efecto, la modificación del contrato de obra pública se efectúa mediando un procedimiento administrativo al que resultan aplicables todas las disposiciones de la LPAG y que concluye con la emisión de un acto administrativo en ejercicio de una potestad administrativa. En ese sentido SANZ RUBIALES indica que «debe presumirse que [el *ius variandi*] se ejerce mediante actos administrativos, dado que la orden constituye un paradigmático acto declarativo de voluntad y restrictivo de derechos e intereses». SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de…», cit., p. 655.

334 El artículo no precisa si son días hábiles o calendario. No obstante, de acuerdo con el artículo 134 de la LPAG debe interpretarse que son días hábiles.

335 Para la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra la Entidad debe definir si la elaboración está a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del inspector o supervisor, en atención a la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal.

Entidad en emitir y notificar esta resolución, puede ser causal de ampliación de plazo.

Cabe precisar que la resolución que emita la Entidad debe contener las razones objetivas que fundamentan el sentido de la resolución[336]. Una fundamentación documentada se constituirá en la motivación del acto administrativo[337] que modifique los alcances del contrato de obra. En tal sentido, es importante señalar que no existe obligación de firmar adenda alguna, así se ha pronunciado el OSCE en su Opinión Nº 191-2015/DTN señalando que la obligación de ejecutar las prestaciones adicionales «nace cuando es emitido y notificado el documento que aprueba la prestación adicional». Asimismo, si como consecuencia de la aprobación de adicionales el contratista supera su capacidad libre de contratación debe entenderse que se encuentra igualmente obligado a ejecutar las prestaciones adicionales. Si bien la NLCE no se ha pronunciado al respecto, en la medida que la propia NLCE establece que la inhabilitación o multa impuesta al contratista no lo exime del cumplimiento de los contratos ya suscritos[338], debe entenderse que un cambio de circunstancias no atribuible al contratista no puede impedir la ejecución de las obras adicionales.

---

336 De acuerdo con GIMENO FELIÚ «la motivación o fundamentación de las decisiones modificatorias del contrato se convierten en el principal medio de control de la legalidad y de la oportunidad del ejercicio del *ius variandi*». GIMENO FELIÚ, J. M., «La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable», en *La Contratación Pública: Problemas Actuales. Libro de ponencias de las jornada organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, Coord. CANO CAMPOS, T., y BILBAO ALEXIADES, E., Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, p. 140.

337 SARMIENTO GARCÍA, citando a BELTRÁN GAMBIER, precisa que en el ordenamiento español «en el orden formal, la modificación exige, por lo pronto, la incoación de un expediente contradictorio, con presencia activa del contratista, llamado a acreditar las razones concretas de interés público que exigen la modificación… En ausencia de esas razones de interés público, que no basta simplemente invocar y que deben justificarse debidamente [*sic*], la Administración no puede apartarse de lo pactado». BELTRÁN GAMBIER, «El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos», en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Bs. As. 1998, pp. 837/938. Citado por SARMIENTO GARCÍA, J. H., , «El ius variandi y…», cit., p. 285.

338 Numeral 50.2 del artículo 50 de la NLCE.

Por otro lado, el RNLCE ha previsto un supuesto excepcional para aquellos adicionales de obra que requieran ser ejecutados con carácter de emergencia[339]. Tienen este carácter aquellos adicionales de obra cuya no ejecución (o cuya ejecución inoportuna[340]) pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra. En estos casos la autorización previa de la Entidad se realizará mediante comunicación escrita al inspector o supervisor (según corresponda[341]), con la finalidad de que sea este último quien «autorice» la ejecución de las referidas prestaciones adicionales. Es cuestionable que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de prestaciones adicionales[342] ya que el artículo 8 de la NLCE establece que las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra no pueden ser objeto de delegación. No obstante, subsiste el requerimiento de una resolución de la Entidad que autorice el pago y para la cual se requiere de una verificación previa.

Finalmente, como ya se indicó, las prestaciones adicionales de obra dan lugar a un presupuesto adicional. En ese sentido, también se ha dispuesto que el pago de estos adicionales se realice mediante valorizaciones adicionales. Como vemos, los adicionales de obra funcionan prácticamente como un contrato

339 Artículo 175 del RNLCE.

340 En principio la no ejecución de cualquier adicional de obra puede, cuando menos, afectar la integridad de la obra. Por ello, se debe entender que la afectación puede evitarse si se ejecuta oportunamente el adicional y que en ello radica su carácter de emergencia. El potencial peligro que puede ocasionar la demora en su ejecución justifica la excepción.

341 El artículo 159 del RNLCE establece que «el inspector es un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin». Dicho artículo además precisa que es obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto establecido en la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo. De acuerdo a la LPSP 2016 cuando el monto del valor referencial de la obra sea igual o mayor a S/ 4 300 000,00 (cuatro millones trescientos mil y 00/100 soles), el organismo ejecutor debe contratar, obligatoriamente, la supervisión y control de obras.

342 En ese mismo sentido, si bien el artículo 160 del RNLCE establece que el inspector o supervisor está facultado «para disponer cualquier medida generada por una emergencia», también señala expresamente que «su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo».

independiente[343] con la gran ventaja de no requerir de la aplicación de los procedimientos establecidos en la ley para una obra nueva, permitiendo alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.

2.3.2. Adicionales de obra mayores al quince por ciento (15%) y menores o iguales al cincuenta por ciento (50%) del monto total del contrato original

En el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la NLCE[344] se encuentran las prestaciones adicionales de obra cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, son mayores al quince por ciento (15%) y menores o iguales al cincuenta por ciento (50%) del monto total del contrato original[345]. El presupuesto habilitante de este tipo de adicionales es más estricto pues requiere que la prestación adicional resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente por deficiencias del expediente técnico[346] o debido a situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento[347].

El impacto económico de estos adicionales puede ser bastante considerable, al punto que la NLCE permite que la Entidad alternativamente pueda resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista. Por ello, si bien estos adicionales pueden ser autorizados por el Titular de la Entidad, para su ejecución y pago se requiere de autorización previa de la CGR[348] además de la comprobación de contar con los recursos

---

343 *«A fully executed change order, although technically a contract modification, operates in some ways as an independent agreement»*. ALLENSWORTH, W.; ALTMAN, R. J.; OVERCASH, A. L. (Editors), *Construction Law,…,* cit., p. 443.

344 En la DLCE esta disposición también se encontraba en el segundo párrafo del numeral 41.2 del artículo 41.

345 En este supuesto el artículo 176 del RNLCE precisa que, en contratos a precios unitarios la determinación del porcentaje incluye los montos acumulados de los mayores metrados que no provengan de una variación del expediente técnico.

346 En este supuesto la NLCE precisa que la aprobación de adicionales de obra no afecta la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista.

347 En la DLCE se hablaba de suscripción del contrato.

348 En opinión de ARRARTE ARISBANARRETA y PANIAGUA GUEVARA, «carece de sustento técnico haber determinado un porcentaje uniforme aplicable a todas las

necesarios. En el caso de prestaciones adicionales con carácter de urgencia la autorización de la CGR se emitirá de manera previa al pago, no siendo necesaria para la ejecución del adicional.

El procedimiento establecido para obtener la autorización previa de la CGR, regulado en el artículo 176 del RNLCE, es el siguiente:

(i) La Entidad presenta a la CGR la documentación sustentaría correspondiente al adicional de obra.

(ii) La CGR en un plazo de quince (15) días hábiles emite su pronunciamiento.

(iii) Transcurrido el plazo sin pronunciamiento por parte de la CGR, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de las prestaciones adicionales de obra.

Cabe precisar que la CGR, en una sola oportunidad y a más tardar al quinto día hábil, contado desde el inicio del plazo detallado anteriormente, más el término de la distancia, puede requerir información complementaria a la Entidad, en cuyo caso el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la presentación de la documentación por parte de la Entidad. La Entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento.

Todas las disposiciones referidas a los adicionales de obra menores o iguales al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original resultan aplicables también a los adicionales analizados en este punto en la medida que no exista una disposición contraria. En ese sentido, resulta aplicable la regulación correspondiente a la calificación de un adicional con carácter de emergencia, la formulación de presupuestos adicionales, la disponibilidad presupuestal, el pago mediante valorizaciones adicionales y el procedimiento para el otorgamiento de la

---

obras, para efectos de requerir la aprobación previa de la CGR. […] está valla porcentual debería establecerse en función de cada obra específica, de modo que mientras mayor sea la posibilidad de predeterminar todas las variables que afectarán su ejecución desde el Proyecto, menor deberá ser el porcentaje a aplicar y viceversa». ARRARTE ARISBANARRETA, A. M, y PANIAGUA GUEVARA, C., «Apuntes sobre el arbitraje…», cit., p. 199.

resolución aprobatoria por parte del Titular de la Entidad, con las modulaciones que exige la autorización previa por parte de la CGR.

2.4. Las modificaciones de plazo

Como indicamos en las notas preliminares, la complejidad del contrato de construcción no es ajena al tiempo y por ello el plazo final de ejecución en la mayoría de los casos difiere del plazo pactado. Estas diferencias pueden obedecer a distintas causas. Sin embargo, conviene diferenciar aquellas que son atribuibles al contratista de aquellas que no lo son. Cuando estemos frente a las primeras corresponde al contratista asumir la responsabilidad de su comportamiento injustificado[349] que básicamente supondría la aplicación de penalidades[350] y/o la obligación de acelerar[351] los trabajos (con el costo adicional que ello supone y que será de cargo del contratista). Sin embargo, frente a causas no imputables al contratista la Administración tiene el poder-deber de otorgarle una ampliación de plazo a fin de que el contratista no se vea perjudicado con la aceleración de obras, la aplicación de penalidades reguladas en el RNLCE[352] y otras que los documentos del procedimiento de selección pueden establecer[353].

Ahora corresponde analizar las modificaciones al plazo contractual que la Administración puede aprobar y que solo pueden sustentarse en causas no atribuibles al contratista[354] bien porque

---

349 De acuerdo al artículo 133 del RNLCE puede darse un retraso justificado por parte del contratista cuando éste acredite que el retraso no le es imputable, en cuyo caso no le será aplicable la penalidad por mora regulada en el artículo citado. No obstante, el retraso justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

350 Conforme lo dispone el artículo 132 del RNLCE el contrato establece penalidades ante el incumplimiento injustificado del contratista. Estas penalidades pueden alcanzar un monto máximo. Superado dicho monto, de acuerdo al artículo 135 del RNLCE, la Entidad puede resolver el contrato.

351 La aceleración de trabajos se encuentra regulada en el artículo 173 del RNLCE.

352 El artículo 133 del RNLCE regula la penalidad por mora en la ejecución de la prestación estableciendo que esta se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a una formula contenida en dicho artículo.

353 De acuerdo al artículo 134 del RNLCE.

354 Esta posibilidad la encontramos recogida en el numeral 34.5 del artículo 34 de la NLCE y desarrollada en el artículo 169 del RNLCE.

responden a causas imputables a la Administración (comprende otras modificaciones introducidas por la Administración), o bien porque responden a elementos externos no atribuibles a ninguna de las partes. Así, el artículo 169 del RNLCE precisa tres causales que permiten al contratista solicitar la ampliación de plazo siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra[355] (vigente): *i)* atrasos y/o paralizaciones no atribuibles al contratista; *ii)* necesidad de un plazo adicional para la ejecución de una prestación adicional de obra[356]; y, *iii)* necesidad de un plazo adicional para la ejecución de mayores metrados que no provengan de variaciones del expediente técnico de obras (en contratos a precios unitarios). A ello debemos agregar las siguientes modificaciones de plazo expresamente reconocidas en el RNLCE: la reducción del plazo de ejecución contractual[357] que únicamente se puede dar como consecuencia de la reducción de prestaciones de obra; la ampliación de plazo debido a la demora en absolver consultas sobre ocurrencias en la obra[358]; la ampliación de plazo con motivo de la demora de la Entidad en emitir y notificar la resolución que aprueba la prestación adicional de obra[359]; y, la posibilidad de ampliar el plazo para la recepción de la obra[360] cuando esta se retrase por causas ajenas al contratista.

Por lo anterior podemos concluir que existen modificaciones del plazo que se otorgan de manera indirecta como resultado de una modificación del objeto de la obra (modificaciones de plazo subordinadas) o de manera directa por causas distintas, siempre que sean ajenas a la voluntad del contratista (modificaciones de plazo autónomas). Como hemos visto, en nuestra NLCE la posibilidad de

---

355 Anexo Único de Definiciones del RNLCE:
«Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra: Es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra».

356 En estos supuestos el contratista deberá ampliar el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

357 Artículo 171 del RNLCE. Dicho numeral precisa además que como consecuencia de la reducción de plazo los menores gastos generales serán deducidos de la liquidación final del contrato.

358 Artículo 165 del RNLCE.

359 Artículo 175 del RNLCE.

360 De acuerdo al numeral 7 del artículo 178 del RNLCE, dicha ampliación de plazo importa el reconocimiento de los gastos generales debidamente acreditados en los que hubiese incurrido el contratista durante la demora.

introducir modificaciones de plazo autónomas únicamente se ha reconocido en el sentido de ampliar el plazo.

Por ello, nos corresponde detallar el procedimiento para obtener una ampliación de plazo. Conforme al artículo 175 del RNLCE[361] para la procedencia de una ampliación de plazo el procedimiento es el siguiente:

(i) El contratista, por medio de su residente anota en el cuaderno de obra el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen la necesidad de una ampliación de plazo.

(ii) El contratista cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector/supervisor dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada.

(iii) En un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles el inspector/supervisor emite un informe que sustenta técnicamente su opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remite a la Entidad y al contratista.

(iv) La Entidad, en un plazo máximo de diez (10) días hábiles resuelve la solicitud de ampliación de plazo y notifica[362] su decisión al contratista. De no emitirse

---

361 El artículo 170 del RNLCE además precisa lo siguiente:
«[…]
Cuando las ampliaciones se sustenten en causales que no correspondan a un mismo periodo de tiempo, sea este parcial o total, cada solicitud de ampliación de plazo debe tramitarse y resolverse independientemente.
En tanto se trate de circunstancias que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que debe ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, y no se haya suspendido el plazo de ejecución contractual, el contratista puede solicitar y la Entidad otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que el contratista valorice los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se sigue el procedimiento antes señalado.
[…]».

362 De acuerdo a la Opinión Nº 107-2012/DTN, la resolución de la resolución «debe realizarse en el domicilio establecido por el contratista en el contrato, siendo

pronunciamiento alguno dentro del plazo se tiene por aprobado lo indicado por el inspector/supervisor en su informe.

(v) Si dentro del plazo de quince (15) días hábiles de presentada la solicitud de ampliación de plazo, la entidad no se pronuncia y no existe opinión del inspector/supervisor, se entiende aprobada.

Respecto de las consecuencias de la aprobación de ampliaciones de plazo, la NLCE[363] establece que deben reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista. A ello se refiere el RNLCE[364] cuando precisa que las ampliaciones de plazo dan lugar al pago[365] de mayores costos directos y los gastos generales variables[366]. En ese sentido el artículo 170 del RNLCE establece que, como condición para el pago de los mayores gastos generales, el contratista debe presentar al inspector/supervisor un calendario de avance de obra valorizado y actualizado y el programa de ejecución de obra correspondiente.

Los mayores gastos generales variables fueron un tema muy controvertido ya que los contratistas solían renunciar a ellos a fin de que la Entidad, sin verse afectada económicamente, les otorgue

---

responsabilidad de este disponer del personal necesario para la recepción de las comunicaciones en el marco de dicho contrato».

363 El artículo 171 del RNLCE también dispone que «la Entidad debe ampliar el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal».

364 «Artículo 171.- Efectos de la modificación del plazo contractual
Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra dan lugar al pago de mayores costos directos y los gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones, siempre que estén debidamente acreditados y formen parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos directos y gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso».

365 El procedimiento para el pago de los costos directos y los gastos generales variables se encuentra en el artículo 172 del RNLCE.

366 Anexo Único de Definiciones del RNLCE:
«Gastos Generales Variables: Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista».

ampliaciones de plazo (cuando seguramente no correspondían[367]). Los problemas se presentaban cuando los contratistas con posterioridad desconocían dicha renuncia e iniciaban el arbitraje pretendiendo el cobro de dichos montos. Esta situación despertaba sospechas sobre la validez de su renuncia. Lamentablemente los laudos se limitaron a cuestionar la forma en que la renuncia era manifestada, exigiendo que la Entidad demuestre la renuncia libre y voluntaria a dichos derechos[368], sin analizar si estos podían siquiera ser disponibles. La preocupación de los árbitros ha sido aclarada por el OSCE en su Opinión Nº 082-2014/DTN la cual, si bien ha determinado que los mayores gastos generales variables son un derecho de crédito de libre disposición, también ha precisado que su renuncia «debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina, con la finalidad de asegurar que dicha renuncia sea libre y voluntaria»[369]. Sin perjuicio de ello, consideramos que la renuncia posterior a la aprobación de la ampliación de plazo también está orientada a la protección de los postores no adjudicatarios al impedir cualquier tipo de negociación entre la Administración y el contratista respecto de los términos en que las ampliaciones de plazo se aprueban.

Finalmente, debemos recordar que las ampliaciones de plazo corresponden al *ius variandi* que ROPPO califica como poder-deber, razón por la cual consideramos que constituyen una manifestación moderada[370] de dicha potestad al punto que el legislador incluso ha permitido que las controversias derivadas de las ampliaciones de plazo puedan ser sometidas a conciliación, junta de resolución de disputas y/o arbitraje[371]; a diferencia de las controversias que se

---

367 La renuncia a los mayores gastos generales variables puede resultar menos perjudicial que la aplicación de penalidades por retrasos imputables al contratista y/o la exigencia de aceleración de trabajos.

368 Al respecto, véase el laudo de derecho de fecha 1 de agosto de 2011, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Fernando Cantuarias Salaverry (presidente), Elvira Martínez Coco y Edwin Giraldo Machado en el arbitraje seguido por el Consorcio S y O-COVANOR con la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A.

369 Opinión Nº 082-2014/DTN.

370 Incluso algunos autores no consideran las ampliaciones de plazo como manifestación del *ius variandi*. Sobre esta posición, véase BREWER CARIAS, A., «La facultad de la administración…», cit.

371 En contratos de obra pública las ampliaciones de plazo constituyen las controversias más recurrentes en los procesos arbitrales, seguidas por la

deriven u originen en la falta de aprobación de prestaciones adicionales, o de la aprobación parcial de estas, que solo pueden ser conocidas por el Poder Judicial.

3. Solución de controversias

Habiendo detallado los supuestos en los que procede la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración, corresponde ahora analizar los mecanismos que nuestro ordenamiento ha previsto para la solución de controversias que se deriven u originen en las modificaciones unilaterales del contrato de obra pública.

Al respecto la NLCE[372], al igual que las anteriores normas que regulaban las contrataciones del Estado[373], ha previsto como regla general que las controversias referidas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación[374] o arbitraje, según el acuerdo de las partes, precisando que aquellas relacionadas a la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, esta NLCE ha introducido una novedad al permitir que algunas controversias que surjan en determinados contratos de obra puedan ser sometidas a una Junta de Resolución de Disputas[375] más conocida como *dispute board*.

---

liquidación de contrato de obra, la indemnización por daños y perjuicios, y la resolución del contrato. Cuadro No. 15 Recurrencia de las principales controversias por objeto de contratación Periodo 2003-2013. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013.* Contraloría General de la República, Lima, 2015, p. 95.

372 La regulación de los medios de solución de controversias de la ejecución contractual se encuentra en el artículo 45 de la NLCE.

373 Cuando nos referimos a la doctrina del enriquecimiento sin causa indicamos que la obligatoriedad del arbitraje en nuestro ordenamiento rige desde el 29 de setiembre de 1998, fecha en la cual entró vigencia de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

374 Con excepción de la nulidad del contrato que solo puede ser sometida a arbitraje de acuerdo al numeral 45.1 del artículo 45 de la NLCE.

375 Esta posibilidad se encuentra recogida en los numeral 45.1 y 45.2 del artículo 45 de la NLCE.

Si bien la conciliación[376] se encuentra prevista en la NLCE, no adquiere mayor relevancia[377] por tratarse de un procedimiento de solución de controversias autocompositivo «en cuya tramitación se agota»[378] bien llegando a una transacción administrativa (que si pone fin a la controversia) o bien abriendo paso a la vía arbitral[379]. A efectos del presente trabajo, respecto de la transacción basta con precisar que su alcance se encuentra limitado por el contenido del contrato original «pues lo contrario implicaría desconocer el principio de inalterabilidad del contrato, y convertir en letra muerte las exigencias del procedimiento de selección de contratistas»[380].

A diferencia de la conciliación, la relevancia del arbitraje en la solución de controversias en contratación pública es innegable[381]. Por ello, en el siguiente punto analizaremos detalladamente la regulación del arbitraje en la NLCE y en su reglamento.

3.1. La arbitrabilidad del *ius variandi*

Conviene analizar la obligatoriedad del arbitraje[382] como regla general, que admite limitadas excepciones, ya que por definición es voluntario. Si bien la posibilidad que el Estado tiene para someter las controversias derivadas de una relación

---

376 Al respecto véase LINARES JARA, M., «El Contrato Administrativo …», cit., pp. 302-303.

377 Sobre la conciliación DANÓS ORDÓNEZ comenta que «[…] hay un incentivo perverso a que el funcionario trate de no decidir nada que pueda incolucrarlo y prefiera que todo se resuelva en arbitraje, para que sea otro el que decida y él se salve del riesgo de responsabilidad[…]». ESPINO LAYZA, M. A. y LLIQUE RAMÍREZ, R. N., «Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Entrevista al Dr. Jorge Danós Ordónez», en *Derecho & Sociedad*, No. 44, 2015, p. 96.

378 BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 229.

379 Sobre esta posición, véase BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 229.

380 BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 229.

381 De acuerdo a un estudio realizado por la CGR, en el periodo 2003-2013 el Estado fue parte en 2796 arbitrajes, obteniendo resultados desfavorables en 1969 laudos (que representan el 70% del total). CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El Arbitraje*…, cit., p. 8.

382 Conforme a lo dispuesto en 32 y 45 de la NLCE. Así también los artículos 40 y 52 de la DLCE.

contractual se encuentra reconocida en la CP[383] y en el DLA[384], lo que más llama la atención es la obligación del particular de someterse a una jurisdicción extraordinaria[385]. Como ya hemos indicado el particular se encuentra vinculado negativamente al principio de legalidad y por tanto es bastante reprochable que la NLCE impida al contratista decidir si opta o no por el arbitraje[386]. En ese sentido, BACA ONETO añade que si bien un particular puede

383 «Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
[…]
Artículo 63.- […]
El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

384 «Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.
[…]
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
[…]».

385 El TC ha señalado que «el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada». En la misma sentencia, nuestro TC precisa que «el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional». Sentencia del TC de fecha 28 de febrero de 2006 recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC.

386 «… hubiera sido mucho más adecuado establecer que el arbitraje era obligatorio para la Administración Pública, aprovechando su vinculación positiva a la norma, y reconocer su carácter voluntario para el particular, que de ese modo siempre tendría la posibilidad de elegir acudir a la jurisdicción ordinaria para tutelar sus derechos». BACA ONETO, V. «Luces y sombras…», cit., p. 196.

renunciar al derecho que la CP[387] reconoce «a impugnar mediante la acción contencioso-administrativo *todos* los actos administrativos que causen estado»[388], dicha renuncia debe ser voluntaria y no impuesta por ley «como ocurriría si se imponen fórmulas arbitrales forzosas»[389].

Ahora bien, más allá de la crítica detallada en el párrafo anterior, lo cierto es que, en la práctica, frente a las características de los procesos seguidos en el Poder Judicial, el arbitraje no ha dado malos resultados[390]. Por ello, corresponde analizar las materias arbitrables: conforme a la doctrina[391] y a la jurisprudencia[392], son arbitrables aquellos derechos de libre disposición; conforme al DLA[393] son también arbitrables aquellas materias que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. En ese sentido –y sin considerar las excepciones al arbitraje obligatorio establecidas en la NLCE–, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, el ejercicio de potestades administrativas no sería materia arbitrable[394] ya que, como indica

---

387 De acuerdo al artículo 148 de la CP «Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa».

388 BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 234.

389 BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 234.

390 Considero que las bondades del arbitraje resaltan cuando es comparado con nuestro Poder Judicial. Por ello la obligatoriedad del arbitraje debe ser una solución temporal frente al retraso en la reforma del Poder Judicial. Algunos autores son más optimistas: véase CASTILLO FREYRE, M., y SABROSO MINAYA, R., «Arbitraje Obligatorio y de Derecho en la Contratación Pública», en *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5, 2009, pp. 239-240.

391 Véase BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., p. 535.

392 Véase al respecto la nota [384].

393 «Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.
1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
[…]».

394 Esta posición no es compartida por BULLARD GONZÁLEZ; según dicho autor «si el Estado es parte de la relación y, por tanto, del arbitraje debe concluirse que sus actos, sin importar su naturaleza, estarán sujetos a la decisión de los árbitros, siempre que guarden relación sus obligaciones contractuales». BULLARD GONZÁLEZ, A., «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos», en *Revisa Peruana de Arbitraje*, 2, 2006, p. 181.

BACA ONETO[395], «el ejercicio de potestades ni es derecho ni es disponible, debido a la aplicación del principio de legalidad»[396]. En esta perspectiva, la posibilidad de someter a arbitraje aquellas controversias relacionadas con las solicitudes de ampliación de plazo nos podría llevar a la conclusión de que cuando la Administración resuelve dichas solicitudes no ejerce una potestad y por tanto negaríamos que las ampliaciones de plazo sean manifestación del *ius variandi*. En sentido contrario, la prohibición[397] expresa de someter cualquier controversia que se derive u origine en la falta de aprobación –o en la aprobación parcial– de prestaciones adicionales, confirmaría que los adicionales de obra son manifestación del *ius variandi*.

Sin embargo, el DLA ha reconocido también la posibilidad de someter a arbitraje aquellas materias que la ley autorice. En tal sentido, el ejercicio de potestades administrativas podría ser arbitrable en la medida que una ley lo autorice. Lo anterior significaría «admitir el control *extra judicial* de las decisiones administrativas»[398]. Al respecto, BACA ONETO explica que el control arbitral «podría ser imaginable *exclusivamente* cuando se establezca que el arbitraje es *jurisdiccional*»[399] y siempre que el arbitraje sea de Derecho (no de equidad), para lo cual resulta necesario que los árbitros conozcan el Derecho público. Respecto del carácter indisponible de las potestades el mismo autor precisa que ello «implica que únicamente podrían llegar a ser arbitrables aquellas potestades sobre las cuales la norma expresamente establezca su arbitrabilidad al amparo de la Constitución, pero no aquellas que la Administración decida someter a arbitraje en virtud

---

395 BACA ONETO ha cambiado de postura respecto de la arbitrabilidad de las potestades administrativas. Antes negaba esta posibilidad en atención a la indisponibilidad de la materia (véase al respecto BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 247.) Sin embargo, ha cambiado su postura al respecto y, aunque reconoce que aún no tiene una posición inflexible, considera que algunas potestades públicas pueden ser sometidas a una jurisdicción privada. (véase al respecto: BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., pp. 533-543.

396 BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., p. 535.

397 Esta prohibición no alcanza a las reducciones de obra por lo que se debe entender que estas también resultan arbitrables.

398 BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., p. 541.

399 BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., pp. 541-542.

de un acuerdo privado»[400]. Pues bien, la CP reconoce al arbitraje como jurisdicción, la NLCE precisa que el arbitraje es de Derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral, además requiere que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral sean necesariamente abogados que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado[401] y finalmente, la NLCE detalla las controversias que son arbitrables[402]. Por lo dicho, la posibilidad de someter a arbitraje aquellas controversias relacionadas con las solicitudes de ampliación de plazo no significa que estas no supongan el ejercicio de potestades administrativas ya que, si bien la indisponibilidad del *ius variandi* impide que las partes voluntariamente decidan someterla a arbitraje, no impide que el legislador pueda admitir determinados supuestos como arbitrables[403].

Como vemos, en nuestro ordenamiento las distintas manifestaciones del *ius variandi* no tienen el mismo tratamiento respecto del medio de solución de controversias que resulte aplicable para cada uno de ellos. En ese sentido, las controversias surgidas respecto del otorgamiento de ampliaciones de plazo y aquellas derivadas de la reducción de obras se someten al régimen ordinario de la NLCE pues no existe disposición alguna que prohíba su sometimiento a la jurisdicción arbitral. Cabe resaltar que las ampliaciones de plazo constituyen las controversias más recurrentes en los procesos arbitrales relativos a contratos de obra pública[404].

En cambio la segunda manifestación del *ius variandi* no recibe el mismo tratamiento pues la NLCE[405] ha establecido que la decisión de la Entidad o de la CGR de aprobar o no la ejecución de

---

400 BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., p. 543.

401 Numeral 45.6 del artículo 45 de la NLCE.

402 En ese sentido, el numeral 45.1 del artículo 45 de la NLCE que prohíbe el arbitraje para determinados supuestos, precisa que todo pacto en contrario es nulo.

403 BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado…», cit., p. 543.

404 Cuadro No. 15 – Recurrencia de las principales controversias por objeto de contratación, periodo 2003-2013. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El Arbitraje*…, cit., p. 95.

405 Esta prohibición se encuentra en el numeral 45.1 del artículo 45 de la NLCE. Esta disposición también se encuentra en el numeral 41.5 del artículo 41 de la DLCE.

prestaciones adicionales así como las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra e incluso las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación –o en la aprobación parcial– de prestaciones adicionales no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje[406] ni a la Junta de Resolución de Disputas[407]. Por lo tanto, las controversias relativas a las prestaciones adicionales deberán resolverse en la jurisdicción ordinaria.

3.2. Breve aproximación a los *dispute boards*

Frente a las debilidades del poder judicial como mecanismo exclusivo para resolver las controversias surgidas durante la ejecución de contratos de obra pública, las bondades del arbitraje como mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria fueron bastante atractivas al punto que se terminó estableciendo su obligatoriedad como ya hemos desarrollado en este trabajo. Su inclusión fue vista con buenos ojos, sobre todo por parte de los contratistas que prefirieron asumir un mayor costo por la resolución de controversias a cambio de una mayor celeridad.

Tras muchos años de arbitraje obligatorio, se evidenció que dicho mecanismo no era suficiente para lograr una contratación pública eficiente. En tal sentido, no es eficiente que el Estado lleve todas las controversias a arbitraje, incluso cuando resulte evidente que la Administración es la responsable de la controversia; como sucede cuando el funcionario –consciente de dicha situación, por

406 No obstante, el legislador podría decidir que estas controversias también sean arbitrables en cuyo caso resultaría complejo el aquel supuesto que requiere de lo aprobación de la CGR. Al respecto, resulta interesante la solución planteada por ARRARTE ARISBANARRETA y PANIAGUA GUEVARA en el sentido de permitir su arbitrabilidad requiriendo que la CGR intervenga en el arbitraje «como tercero coadyudante o como litisconsorte (parte)». ARRARTE ARISBANARRETA, A. M, y PANIAGUA GUEVARA, C., «Apuntes sobre el arbitraje…», cit., p. 199.

407 Respecto de la exclusión del arbitraje de aquellas controversias surgidas en torno a la aprobación de prestaciones adicionales BACA ONETO sostiene que «su exclusión del arbitraje no es descabellada, porque se trataría del control de lo que habitualmente se sostiene que constituye un acto ejecutorio, dictado en ejercicio de una potestad administrativa: el *ius variandi*». BACA ONETO, V., «Los medios "alternativos"…», cit., p. 242.

temor a la CGR–, no acepta conciliar y somete a la Entidad a un arbitraje cuyo resultado se sabe que será desfavorable. Sin embargo, el problema es anterior a la falta de conciliación puesto que las controversias se originan en la mala administración de los contratos[408].

Como respuesta a lo anterior, en los contratos de obra pública, a fin de prevenir y manejar las controversias de manera más eficiente, el legislador ha introducido en la NLCE la figura de la Junta de Resolución de Disputas. En este punto detallaremos brevemente las principales características del referido mecanismo conforme ha sido implementado por NLCE y por su reglamento.

Las Juntas de Resolución de Disputas o *Dispute Boards* son mecanismos alternativos de prevención y solución de controversias[409] usualmente conformados por tres miembros, aunque también puede ser unipersonal. La particularidad de este mecanismo se encuentra en su cercanía con la ejecución de la obra desde el inicio de la construcción. Ello demanda que la Junta de Resolución de Disputas deba mantenerse informada del estado del proyecto mediante «visitas frecuentes al sitio o lugar donde se ejecuta el proyecto, requiriendo la entrega a las partes de documentos, consultando a testigos o a los representantes de las partes, y leyendo los informes de avances de obras y anotaciones del libro de obras aportadas por las partes»[410].

---

408 ESPINO LAYZA, M. A. y LLIQUE RAMÍREZ, R. N., «Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Entrevista al Dr. Jorge Danós Ordónez», en *Derecho & Sociedad*, No. 44, 2015, p. 96.

409 Conforme indica el Dictamen de las Comisiones de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera y de Fiscalización y Contraloría, recaído en el Proyecto de Ley No. 3626/2013-PE, que propuso una nueva Ley de Contrataciones del Estado, la Junta de Resolución de Disputas «es una herramienta útil en la prevención y manejo de conflictos dentro de la ejecución de obras que se integran a la administración de un proyecto, evitando así la paralización de su ejecución y la evolución de un conflicto, por cuanto previene que los desacuerdos se conviertan en disputas y también para solución las disputas o controversias si estas se producen».

410 FIGUEROA VALDÉS, J. E., «Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción», en *Gaceta Jurídica*, 364, Santiago de Chile, 2010, p. 3.

Es precisamente el rol activo y permanente de la Junta de Resolución de Disputas lo que la diferencia del arbitraje y de la conciliación pues permite que estas sean fundamentalmente un mecanismo de prevención[411] de controversias frente a las posibles deficiencias en la administración del contrato de obra pública. En ese sentido, la NLCE reconoce a la Junta de Resolución de Disputas como un mecanismo para «prevenir y/o resolver eficientemente [las] controversias durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra»[412]. Naturalmente la prevención de controversias tiene un costo elevado y por ello no se ha previsto para todos los contratos de obra; solo puede pactarse en aquellos contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones de soles[413].

Por otro lado, de acuerdo a la Cámara Internacional de Comercio (ICC por sus siglas en inglés) existen tres tipos de *Dispute Boards*:[414] *i)* los *Dispute Review Boards* (DRB); *ii)* los *Dispute Adjudication Boards* (DAB); y, *iii)* los *Combined Dispute Boards* (CDB). Las decisiones de los DRB constituyen recomendaciones que las partes pueden rechazar. En cambio, las decisiones de los DAB son obligatorias, o por lo menos lo son provisionalmente en la medida que pueden luego someterse a arbitraje. Los CBD, como se puede inferir de su nombre, contienen rasgos de los dos primeros tipos de DB: pueden emitir recomendaciones o decisiones obligatorias.

En nuestro ordenamiento las Juntas de Resolución de Disputas se asemejan a los DAB toda vez que, conforme a la NLCE, las decisiones que emitan son vinculantes y de inmediato y obligatorio cumplimiento, sin perjuicio del posterior sometimiento de la controversia a arbitraje en caso alguna de las partes no esté de

---

411 «[L]a virtud principal de [los *dispute boards*] […] es la prevención de los posibles conflictos durante la ejecución de la obra». FREITAS CABANILLAS, R., y GUSHIKEN DOY, D., «Dispute board: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción», Tesis (lic.), Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, *pro manuscripto*, Lima, 2014, p. 565.

412 Artículo 205 del RNLCE.

413 Artículo 205 del RNLCE.

414 Al respecto véase FIGUEROA VALDÉS, J. E., «Los Dispute Boards…», cit., pp. 3-4.

acuerdo con la referida decisión[415]. En ese sentido, a fin evitar acudir innecesariamente a arbitraje, el agotamiento del procedimiento ante la Junta de Resolución de Disputas se constituye en un presupuesto de arbitrabilidad[416].

A ello debemos agregar que, si bien el RNLCE ha establecido que el presidente de las Juntas de Resolución de Disputas[417] conformadas por tres miembros, o el único miembro en el caso de las juntas unipersonales, debe ser ingeniero o arquitecto[418]; lo cierto es que, conforme a la NLCE, las controversias se resuelven en términos de derecho, atendiendo a un orden de prelación de normas bastante claro que constituye una disposición de orden público[419].

Sobre las materias que puede ser sometidas al conocimiento de la Junta de Resolución de Disputas, la NLCE ha dispuesto que todas las controversias que surjan desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra pueden ser sometidas a dicho mecanismo, con excepción de «la decisión de la Entidad o de la CGR de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales de obra» y de aquellas «pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la [CGR]»[420]. Por ello, en lo que se refiere al tema de nuestro trabajo, las Juntas de Resolución de Disputas solo podrán resolver aquellas controversias que se originen en solicitudes de ampliación de plazo.

Finalmente, y a modo de reflexión, creemos que la adopción de un modelo DAB es acertado para nuestra realidad en la medida

---

415 Artículo 212 del RNLCE. Cabe precisar que conforme al numeral 45.2 del artículo 45 de la NLCE, las decisiones solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro de un plazo de caducidad de treinta (30) días hábiles de recibida la obra.

416 Artículo 213 del RNLCE.

417 Asimismo, conforme al artículo 206 del RNLCE todas las Juntas de Resolución de Disputas deben ser administradas por un centro, es decir, estamos frente a Juntas de Resolución de Disputas institucionales, no siendo posible la formación de Juntas de Resolución de Disputas ad-hoc.

418 Conforme al artículo 206 del RNLCE el ingeniero o arquitecto debe conocer la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado.

419 Numeral 45.3 del artículo 45 de la NLCE.

420 Numeral 45.1 del artículo 45 de la NLCE.

que los funcionarios no adoptarían las recomendaciones dadas por un DRB precisamente por tener la opción de rechazarlas. No obstante, la NLCE dificulta la correcta aplicación del mecanismo en la medida que lo ha establecido como un mecanismo voluntario que debe ser pactado por las partes, dejando la decisión final respecto de su aplicación en manos de funcionarios públicos.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los principios de la contratación pública, positivamente reconocidos o no, son de plena aplicación tanto para el contrato administrativo *in fieri* como para el contrato administrativo *in facto esse* y adquieren especial importancia durante la ejecución del contrato por encontrarse orientados a proteger al postor adjudicatario de manera directa y a los postores no adjudicatarios de manera indirecta.

SEGUNDA: La potestad del *ius variandi* responde a las siguientes características particulares del contrato de obra pública: la dinámica del contrato de construcción al ser uno de ejecución prolongada; la garantía del mantenimiento de los principios que rigen la contratación pública, la naturaleza del contrato administrativo cuya finalidad pública exige el mejor complimiento de su objeto del contrato; y, la imposibilidad de que la Administración, como titular del poder soberano, pueda vincularse al cumplimiento rígido de sus contratos.

TERCERA: En nuestro ordenamiento el *ius variandi* es la única vía para la modificación objetiva del contrato de obra pública, de modo eficaz y vinculante al contratista, en aras del efectivo cumplimiento del fin del contrato: la satisfacción del interés público relevante que motivó la contratación. El *ius* variandi se ha reconocido en términos de potestad discrecional con elementos reglados, debiendo responder al cambio de circunstancias establecidas y siendo necesaria una justificación que evidencie la necesidad de modificar el contrato original.

CUARTA: La NLCE no contempla la invocación del interés general como justificación para el ejercicio del *ius variandi*, sino que establece supuestos en los que cabe el ejercicio del *ius variandi*. En tal sentido, el *ius variandi* se ejerce mediante actos administrativos con carácter ejecutivo en aquellos supuestos expresamente previstos en la ley, conforme a los procedimientos en ella establecidos y sujetándose a los límites que la misma le impone. Por tanto, solo cuentan con dicha potestad aquellas entidades que son formalmente administración pública.

QUINTA: La obligación del contratista de vincularse a las modificaciones al contrato que unilateralmente introduce la Administración responde a su calidad de colaborador voluntario de la Administración. A cambio de dicha solidaridad con la función administrativa el contratista tiene derecho a una contraprestación intangible que lo ubica en una situación incluso más provechosa que aquella en la que se encontraría en un contrato privado.

SEXTA: Las consecuencias del ejercicio del *ius variandi* en ningún caso pueden ser asumidas por el contratista. El perjuicio sufrido por el contratista no es antijurídico en la medida que lo ocasiona la Administración actuando conforme al ordenamiento; lo antijurídico es el efecto de dicha actuación. Frente a ello el contratista no tiene el deber jurídico de soportarlo; la Administración, pese a la licitud de su actuación, deberá reparar los perjuicios e indemnizar los daños en toda su integridad, siendo también indemnizable el lucro cesante.

SÉTIMA: El ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración permite una correcta articulación entre la finalidad del contrato y el contenido de las obligaciones asumidas por las partes. No obstante, el principio del *pacta sunt servanda* impide que el mediante el *ius variandi* se altere el equivalente económico del contrato y si así fuera, dicho principio deberá aplicarse, en la mayoría de los casos a favor del contratista, a fin de situarlo en las mismas condiciones económicas en las que se encontraría si el contrato se hubiese ejecutado en los términos en que fue adjudicado. De allí que, en la práctica, la existencia del *ius variandi* pueda resultar beneficiosa para el contratista ya que la garantía del equivalente económico

puede suponer un traslado del riesgo del contratista en perjuicio del Estado.

OCTAVA: Dentro de los supuestos de modificación unilateral reconocidos en la NLCE encontramos a las reducciones de obra, los adicionales de obra y las ampliaciones de plazo. Las obras extra no pueden ser introducidas unilateralmente en nuestro ordenamiento pues no son consideradas como modificaciones al contrato sino más bien como obras nuevas que requieren de un contrato propio.

NOVENA: En nuestro ordenamiento las distintas manifestaciones del *ius variandi* no tienen el mismo tratamiento respecto del medio de solución de controversias que resulte aplicable para cada una de ellas. En ese sentido, solo pueden someterse a la Junta de Resolución de Disputas y/o a arbitraje aquellas controversias surgidas respecto del otorgamiento de ampliaciones de plazo y aquellas derivadas de la reducción de obras se someten al régimen ordinario de la NLCE pues no existe disposición alguna que prohíba su sometimiento a la jurisdicción arbitral. Ello no debe entenderse como una contradicción respecto de su consideración como potestad ya que, si bien la indisponibilidad del *ius variandi* impide que las partes voluntariamente decidan someterla a arbitraje, no impide que el legislador pueda admitirla como materia arbitrable.

DÉCIMA: La incorporación de la Junta de Resolución de Disputas bajo la modalidad DAB constituye un mecanismo eficiente para evitar controversias relacionas con las ampliaciones de plazo o, en su defecto, para ser un filtro de aquellas que requieren ser resueltas en un arbitraje. No obstante, la NLCE dificulta la correcta aplicación del mecanismo en la medida que lo ha establecido como un mecanismo voluntario que debe ser pactado por las partes, dejando la decisión final respecto de su aplicación en manos de funcionarios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁBALOS, M. G., «La licitación y otros procedimientos de selección del cocontratante», en *Contratos administrativos*, Dir. FARRANDO, I., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

ABRUÑA PUYOL, A., «¿Pueden ser administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?», en *Derecho administrativo contemporaneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2007.

— *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.

AGUILERA BECERRIL, Z., «El arbitraje en los contratos públicos y los adicionales de obra», en *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010.

ALLENSWORTH, W., ALTMAN, R. J., OVERCASH, A. L. (Editors), *Construction Law*, American Bar Association, Chicago, 2009.

ARCE ROJAS, D., «El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas», *Vniversitas - Pontificia Universidad Javierana*, 105, 2003.

ARIÑO ORTIZ, G., «Relato de mi vida», en *En la frontera. Colección de relatos FIDE*, Almuzara, Córdoba, 2014.

— *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos,* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

ARRARTE ARISBANARRETA, A. M, y PANIAGUA GUEVARA, C., «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra», en *Advocatus*, 16, 2007.

ARRIETA PONGO, A., «El principio de protección de la confianza legítima ¿Intento de inclusión en el ordenamiento peruano?», en *Revista de Derecho Ita Ius Esto*, 1, 2008.

BACA ONETO, V., «El arbitraje con el estado como alternativa de control de la actuación de la administración», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

— «El arbitraje como medio de solución de los conflictos en el ámbito de la Administración Pública», *Ponencia presentada en las Jornadas sobre el Derecho Administrativo hoy, 16 años despues, organizadas por la Universidad Austral el 16, 17 y 18 de mayo de 2012.* Buenos Aires.

— «El carácter necesariamente originario de la invalidez del acto administrativo: Exposición y crítica de la noción de invalidez sobrevenida», en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 6, 2005.

— «La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento», en *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 2009.

— «La discricionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano», en *Revista de Derecho Administrativo*, 11, 2012.

— «La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica», en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Grijley, Lima, 2008.

— «La invalidez de los actos administrativos», en *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de ponencias de las jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Adminsitrativo General*, Coord. ZEGARRA VALDIVIA, D., y BACA ONETO, V., Palestra, Lima, 2011.

— «Los medios "alternativos" de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)», en *Lima Arbitration*, 1, 2006.

— «Luces y sombras de la nueva Ley de Contrataciones del Estado», en *Revista Jurídica del Perú*, 94, 2008.

BACA ONETO, V., y ABRUÑA PUYOL, A., «Lección Décimo Quinta: Los contratos públicos (en especial aquellos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado)», en *Notas al curso de Derecho Administrativo - Universidad de Piura, pro manuscripto*, Piura, 2013.

— «Lección Décimo Cuarta: Los contratos públicos (en especial aquellos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado)», en *Notas al curso de Derecho Administrativo - Universidad de Piura, pro manuscripto*, Piura, 2009.

— «Lección Segunda: El derecho administrativo», en *Notas al curso de Derecho Administrativo - Universidad de Piura, pro manuscripto*, Piura, 2013.

BACA ONETO, V., y ORTEGA SARCO, E., «Los esquemas contractuales de colaboración público-privada y su recepción por el Derecho peruano», en *Revista de Derecho Administrativo*, 13, 2013.

BARNES, J., «¿Hacia un supraconcepto o régimen de contratación administrativa como categoría comprensiva de la contratación pública y privada? Principios y valores jurídico-administrativos en tránsito», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

BREWER CARIAS, A., «La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos», en *Revista de Derecho Español y Americano*, 19, 1968.

— «La reciente tendencia hacia la aceptación del arbitraje en la contratación estatal en el derecho venezolano», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

BULLARD GONZÁLEZ, A., «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos», en *Revisa Peruana de Arbitraje*, 2, 2006.

BUSTAMANTE, J. E., «El contrato administrativo», en *Ediciones especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

CALVO RUATA, P., «La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2011.

CAMPOS MEDINA, A., «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos», en *Revista Peruana de Arbitraje*, 3, 2006.

CAMPOS MEDINA, A., e HINOSTROZA SOBREVILLA, L. M., «El contrato de Obra Pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir», en *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, 5, 2008.

CASSAGNE, J. C., *El contrato administrativo*, 2ª. Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

CASTILLO FREYRE, M., y SABROSO MINAYA, R., «Arbitraje Obligatorio y de Derecho en la Contratación Pública», en *Revista Oficial del Poder Judicial*, 5, 2009.

— *El arbitraje en la contratación pública*, Palestra, Lima, 2009.

— «El arbitraje y los adicionales de obra», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011.

CÉSPEDES ZAVALETA, A., «La potestas variandi de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos», en *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 2006.

CHIBÁN, N., «Aplicación de los principios de buena fe y pacta sunt servanda en los contratos administrativos», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

CHRISTE, G. E., «Los poderes de dirección y control de la Administración pública sobre los contratos administrativos», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

COMADIRA, J. P., «La excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013.* Contraloría General de la República, Lima, 2015.

COURT OF APPEAL, SECOND DISTRICT, DIVISION 3, CALIFORNIA., «Voskanian Construction Inc V. Alhambra Unified School District – Decided: March 29, 2012.» *FindLaw*. s.f. http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1597474.html#sthash.pAmxOJQa.dpuf (último acceso: 31 de mayo de 2015).

COVIELLO, P. J. J., «El contrato administrativo: ¿*lex inter partes o ius variandi*?», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011.

— «Una introducción iusnaturalista al derecho administrativo», en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Instituto de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009.

DANÓS ORDÓÑEZ, J., «El régimen de los contratos estatales en el Perú», en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II*

Congreso de Derecho Administrativo, Coord. ZEGARRA VALDIVIA, D., ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, E., y DANÓS ORDÓÑEZ, J., Palestra Editores, Lima, 2007.

DIEZ, H., «La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

DROMI, R., *Las ecuaciones de los contratos públicos*, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Buenos Aires, 2001.

ENTRENA CUESTA, R., «El principío de igualdad ante la ley y su aplicación en el derecho administrativo», en *RAP*, 37, 1962.

ESPINO LAYZA, M. A. y LLIQUE RAMÍREZ, R. N., «Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Entrevista al Dr. Jorge Danós Ordónez», en *Derecho & Sociedad*, No. 44, 2015.

ESQUIVEL LAS HERAS, R. J., «Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones. Alcances de la modificación al artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado», en *Actualidad Jurídica*, 223, 2013.

FERNÁNDEZ RUIZ, J., «Los vicios de la contratación pública en México», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011.

FIGUEROA VALDÉS, J. E., «Los Dispute Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción», en *Gaceta Jurídica*, 364, Santiago de Chile, 2010.

FONROUGE, M., «La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

FRANCOS RODRÍGUEZ, J., «El Ius Variandi como potestad de la Administración en los contratos administrativos», en *Medina Garrigó Abogados*. s.f. http://www.mga.com.do/es/el-ius-

variandi-como-potestad-de-la-administracion-en-los-contratos-administrativos/ (último acceso: 13 de Abril de 2015).

FREITAS CABANILLAS, R., y GUSHIKEN DOY, D., «Dispute board: mecanismo de prevención y solución de disputas en los contratos de construcción», Tesis (lic.), Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, *pro manuscripto,* Lima, 2014.

GALINA, C. A., «La licitación pública como procedimiento rector de la contratación administrativa», en *Revista de Derecho Administrativo,* 73, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS, D., *El derecho presupuestario en el Perú.* Luis Alfredo Ediciones S.R.L., Lima, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid, 1998.

— «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», en *Revista de Administración Pública, 2, 1950*.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo.* Palestra - Temis, Lima – Bogotá, 2006.

GARCÍA PULLÉS, F., «Potestad de la Administración de ejecutar por sí la prestación a cargo de su cocontratante», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

GIMENO FELIÚ, J. M., «La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable», en *La Contratación Pública: Problemas Actuales. Libro de ponencias de las jornada organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, Coord. CANO CAMPOS, T., y BILBAO ALEXIADES, E., Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013.

— «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», *Jornadas sobre el impactyo de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público,* 2 de mayo de 2016, Facultad de Derecho, Universida de da Coruña.

GORDILLO, A., «La mutación del contrato administrativo», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., «Los sujetos de la contratación, las potestades de la administración y la resolución de controversias», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

HUTCHINSON, T., «La responsabilidad del estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

IVANEGA, M. M., «El procedimiento de la licitación pública», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011.

LAGUNA DE PAZ, J. C., «Principio de legalidad», *pro manuscripto*, Valladolid, 2014.

LEDESMA NARVÁEZ, M., *Jurisdicción y arbitraje*, 2ª. Ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.

LINARES JARA, M., «Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa», *Revista de Derecho Adminsitrativo*, 7, 2009.

— «El Contrato Administrativo en el Perú», *Revista de Derecho Adminsitrativo*, 1, 2006.

— *El Contrato Estatal*, Grijley, Lima, 2002.

— *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos*, Grijley, Lima, 2006.

MAIRAL, H. A., «De la peligrosidad o inutilidad de una teoria general del contrato administrativo», en *El Derecho*, 179, 1998.

— *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

— «La teoría del contrato administrativo», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

MARTIN TIRADO, R., «Administración pública y procedimiento administrativo general», en *La Ley de Procedimiento Administrativo General. Diez años después. Libro de ponencias de las jornadas por los 10 años de la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Coord. ZEGARRA VALDIVIA, D., y BACA ONETO, V., Palestra, Lima, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.

— «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho (segunda parte)», en *Revista Peruana de Derecho Público*, 22, 2011.

— «La causa jurídico-pública de los contratos públicos», en *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2010.

MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo,* Thomson Civitas, Navarra, 2005.

MEILÁN GIL, J.L., «Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

MERTEHIKIAN, E., «Excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

MIRANDA MIRANDA, R., y BRAVO VENEGAS, J., «Notas sobre los adicionales en torno a la ejecución y supervisión de obras públicas», en *Actualidad Gubernamental*, 34, 2011.

MORENO MOLINA, J. A., *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas.* Bomarzo, Albacete, 2006.

MORÓN URBINA, J. C., *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

— «Las prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

— «Los principios inspiradores de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas», en *Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2007.

OLIVA, G., «La flexibilidad del contrato administrativo. Fundamentos jurídicos y económicos a la luz de la verdad jurídica objetiva», en *Derecho Administrativo-Abeledo Perrot*, 63, 2008.

ORTEGA PIANA, M. A., «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública», en *Advocatus*, 7, 2002.

PALOMAR OMEDA, A., y VÁZQUEZ GARRANZO, J., *Manual para licitadores y contratistas del sector público.* Dykinson, Madrid, 2009.

PARADA, R., *Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General*, 17ª. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2008.

PERRINO, P. E., «El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

PODETTI, H., *Contrato de Construcción.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

— «Modalidades contractuales y contratos estándar internacionales en América Latina», *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de la Construcción organizado por la Universidad del Pacífico y la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción el 9 de abril de 2014.* Lima.

RENNELLA, M. P., «Hecho del príncipe, teoría de la imprevisión y fuerza mayor», en *Ediciones Especiales. Cuestiones de Contratos Administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2008.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª. Ed., Editorial Temis, Bogota, 2012.

— «El equilibrio económico en los contratos administrativos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 66, 2011.

ROJAS MONTES, V.V., «El principio de eficacia en las contrataciones públicas», en *Contratación pública, doctrina nacional e internacional. Volumen II.*, Coord. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., Adrus Editores, Arequipa, 2013.

ROPPO, V., *El Contrato (Trad. Eugenia Ariano Deho).* Gaceta Jurídica (Original en italiano, 2001), Lima, 2009.

SANZ RUBIALES, I., «Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en Derecho Peruano», en *Ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, de Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista Editores, Lima, 2004.

— «Eficacia en la Contratación Administrativa», en *Modernizando el Estado para un País Mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2004.

SARMIENTO GARCÍA, J. H., «El ius variandi y los contratos de la administración», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

SPOTA, A. G., *Instituciones de Derecho Civil - Contratos - Volumen V*. Depalma, Buenos Aires, 1980.

TOVAR GIL, M. del C., y FERRERO DÍAZ, V., «Contrato de obra», en *Código Civil comentado por los mejores especialistas. Tomo IX: Contratos nominados (Segunda parte), Gestión de negocios, Enriquecimiento sin causa, Promesa unilateral*, Dir. MURO ROJO, M., Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J., *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

USLENGHI, A. J., «Áleas administrativa y económica en la contratación administrativa», en *Ediciones Especiales. Contratos Administrativos - Segunda Edición*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.

VÁSQUEZ REBAZA, W., «El ius variandi del comitente en los contratos de obra privada. Segunda Parte: ¿Qué impacto genera en la etapa de ejecución contractual?», *Enfoque Derecho*. 12 de Febrero de 2015. http://enfoquederecho.com/el-ius-variandi-del-comitente-en-los-contratos-de-obra-privada-segunda-parte-que-impacto-genera-en-la-etapa-de-ejecucion-contractual/ (último acceso: 13 de Abril de 2015).

— «El ius variandi del comitente en los contratos de obra. Primera Parte: ¿Hasta qué punto puede ser admitido?» *Enfoque Derecho*. 20 de Enero de 2015. http://enfoquederecho.com/el-ius-variandi-del-comitente-en-los-contratos-de-obra-primera-parte-hasta-que-punto-puede-ser-admitido/#respond (último acceso: 13 de Abril de 2015).

— «Hacia una definición de variaciones del contrato de obra», en *Ius 360*. 08 de Diciembre de 2014. http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/hacia-una-definicion-de-variaciones-del-contrato-de-obra/ (último acceso: 13 de Abril de 2015).

VELÁSQUEZ VELA, V., «Variación de Precio en los Contratos de Ejecución de Obra Pública», en *Derecho & Sociedad*, No. 36, 2011.

WAIDHOFER LUDEÑA, K., «Criterios judiciales sobre materias no arbitrales en la anulación del laudo. Enriquecimiento sin causa y adicionales en contratación pública», en *Actualidad Jurídica*, Tomo 260, 2015.

ZEGARRA MULANOVICH, A., *Descubrir el derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009.

OPINIONES DEL OSCE

Opinión Nº 002-2008/DOP	Adicionales de obra y mayores gastos generales.
Opinión Nº 099-2008/DOP	Oferta Económica.
Opinión Nº 064-2009/DTN	Pago por prestaciones no ejecutadas en contratos a suma alzada.
Opinión Nº 114-2009/DTN	Ejecución de prestaciones adicionales.
Opinión Nº 138-2009/DTN	Mayores gastos contractuales.
Opinión Nº 009-2010/DTN	Concurso oferta.
Opinión Nº 021-2010/DTN	Declaración de nulidad.
Opinión Nº 022-2010/DTN	Plazo para la tramitación y aprobación de prestaciones adicionales de obra menores al 15% del monto del contrato original.
Opinión Nº 039-2010/DTN	Inclusión de cláusulas en la proforma de contrato luego de integradas las Bases.
Opinión Nº 051-2010/DTN	Plazo para resolver solicitudes de ampliación de plazo y adicionales de obra.
Opinión Nº 074-2010/DTN	Prestaciones adicionales y contratación complementaria.

Opinión Nº 010-2011/DTN	Pago de mayores costos por la ampliación del plazo del contrato de supervisión de obra.
Opinión Nº 017-2011/DTN	Concurso oferta.
Opinión Nº 011-2012/DTN	Ampliación de plazo.
Opinión Nº 022-2012/DTN	Ejecución de prestaciones adicionales y reducción de prestaciones en contratos de servicios.
Opinión Nº 027-2012/DTN	Procedimiento de ampliación de plazo.
Opinión Nº 060-2012/DTN	Procedencia del pago de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual.
Opinión Nº 065-2012/DTN	Resolución del contrato.
Opinión Nº 078-2012/DTN	Ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y “contrataciones de gobierno a gobierno”.
Opinión Nº 083-2012/DTN	Procedencia del pago de prestaciones ejecutadas sin vínculo contractual.
Opinión Nº 107-2012/DTN	Procedimiento de notificación durante la ejecución de una obra.
Opinión Nº 119-2012/DTN	Aprobación de prestaciones adicionales de obra con posterioridad a su ejecución.
Opinión Nº 126-2012/DTN	Posibilidad de reconocer el precio de prestaciones adicionales ejecutadas sin autorización de la Entidad.
Opinión Nº 037-2013/DTN	Cálculo del valor referencial en obras ejecutadas bajo la modalidad de concurso oferta.
Opinión Nº 038-2013/DTN	Ampliación del plazo para subsanación de observaciones.

Opinión Nº 057-2013/DTN	Contrato de supervisión de obra.
Opinión Nº 070-2013/DTN	Incremento de la garantía por el monto diferencial de la propuesta cuando se aprueben prestaciones adicionales.
Opinión Nº 012-2014/DTN	Pago de los mayores gastos generales variables derivados de una ampliación de plazo.
Opinión Nº 029-2014/DTN	Supervisión de obras adicionales, límites de las prestaciones adicionales y mayores costos en los contratos de supervisión de obra.
Opinión Nº 033-2014/DTN	Ampliación de plazo contractual por aprobación de prestación adicional.
Opinión Nº 082-2014/DTN	Renuncia al pago de gastos generales.
Opinión Nº 106-2014/DTN	Modificación de la fórmula polinómica durante la ejecución de un contrato de obra.
Opinión Nº 042-2015/DTN	Reducción de prestaciones.
Opinión Nº 191-2015/DTN	Ejecución de prestaciones adicionales.

LAUDOS

- Laudo de derecho de fecha 27 de junio de 2005, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Alejandro Falla Jara (presidente), Alberto Varillas Cueto y Álvaro González Peláez, en el arbitraje seguido por Constructora Queiroz-Galvao S.A. Sucursal del Perú con el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional.

- Laudo de derecho de fecha 1 de agosto de 2011, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Fernando Cantuarias Salaverry (presidente), Elvira Martínez Coco y Edwin Giraldo Machado en el arbitraje seguido por el Consorcio S y O-COVANOR con la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A.

- Laudo de derecho de fecha 12 de enero de 2012, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Luis Felipe Pardo Narváez (presidente), Horacio Cánepa Torre y Weyden García Rojas, en el arbitraje seguido por Servicios Industriales de la Marina S.A. - SIMA con Provias Descentralizado.

- Laudo de derecho de fecha 24 de setiembre de 2012, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Gonzalo García Calderón (presidente), Laura Castro Zapata y Ricardo Rodríguez Ardiles, en el arbitraje seguido por COSAPI S.A. con Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108.

- Laudo de derecho de fecha 27 de diciembre de 2012, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Víctor Huayama Castillo

(presidente), Catalina Dulanto Trujillo y Allan Beraún Torres, en el arbitraje seguido por DHMONT & JVL Ingenieros con el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108.

- Laudo de derecho de fecha 3 de julio de 2013, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Juan Huamaní Chávez (presidente), Luis Felipe Pardo Narváez y Weyden García Rojas, en el arbitraje seguido por el Consorcio San Alejandro - Neshuya con Provias Nacional.

- Laudo de derecho de fecha 26 de febrero de 2014, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Fernando Cantuarias Salaverry (presidente), Mario Castillo Freyre y Jorge Pachas Bustillo, en el arbitraje seguido por COSAPI S.A. con el Instituto Peruano del Deporte.

- Laudo de derecho de fecha 22 de enero de 2015, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Fernando Cauvi Abadía (presidente), Alejandro Álvarez Pedroza, con el voto disidente de Jorge Félix Rengifo Herrera, en el arbitraje seguido por JJC Contratistas Generales S.A. con Provias Nacional.

- Laudo de derecho de fecha 2 de marzo de 2015, emitido por el Tribunal Arbitral conformado por Mario Castillo Freyre (presidente), Eric Franco Reggio y Humberto Flores Arévalo en el arbitraje seguido por el Consorcio Ejecutor Ate con el Ministerio de Salud.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la República

- Casación Nº 825-2006-Lima de fecha 15 de diciembre de 2006.
- Casación Nº 500-2007-Lima de fecha 13 de junio de 2007.
- Casación Nº 5114-2009-Lima de fecha 4 de mayo de 2011.
- Casación Nº 2391-2013-Lima de fecha 22 de noviembre de 2013.
- Casación Nº 617-2013-Lima de fecha 18 de marzo de 2014.

Corte Superior de Justicia de la República

- Sentencia de la Primera Sala Civil de fecha 2 de junio de 2004 recaída en el Expediente Nº 3015-2003-Lima.
- Sentencia de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de fecha 20 de setiembre de 2011 recaída en el Expediente Nº 749-2010-Lima.
- Sentencia de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de fecha 30 de abril de 2013 recaída en el Expediente Nº 267-2012-60-Lima.

- Sentencia de la Primera Sala Civil Superior Subespecializada en Materia Comercial de fecha 25 de noviembre de 2013 recaída en el Expediente Nº 259-2013-Lima.

Tribunal Constitucional

- Sentencia del TC de fecha 17 de mayo de 2004 recaída en el Expediente Nº 020-2003-AI-TC.
- Sentencia del TC de fecha 28 de febrero de 2006 recaída en el Expediente Nº 6167-2005-PHC/TC.

NORMAS

Normas vigentes

C.P. de 1993	Constitución Política del Perú, vigente desde el 31 de diciembre de 1993.
D. Leg. 295	Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.
Ley 27785	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, vigente desde el 24 julio de 2002.
Ley 27444	Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente desde el 11 de octubre de 2001.
Ley 28112	Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, vigente desde el 29 de noviembre de 2003.
Ley 30225	Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 9 de enero de 2016.
D.S. 350-2015-EF	Reglamento de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Vigente desde el 9 de enero de 2016.
Ley 28411	Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, vigente desde el 1 de enero 2005 hasta el 1 de enero de 2013.

Ley 30372	Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016, vigente desde el 1 de enero 2016.
Ley 30381	Ley que cambia el nombre de la unidad monetaria de nuevo sol a sol, vigente desde el 15 de diciembre de 2015.
D.S. 304-2012-EF	Texto Único Ordenado de la Ley Nº 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, vigente desde el 2 de enero del 2013.
D. S. 102-2007-EF	Reglamento del Sistema Nacional de Inversión Pública, vigente desde el 02 de agosto del 2007.
Ley 27785	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, vigente desde el 24 de julio del 2002.
D. Leg. 1071	Decreto Legislativo que regula el Arbitraje, vigente desde el 01 de setiembre de 2008.
D.S. 011-79-VC	Implementan y Adecuan Decreto Supremo sobre Contratación de Obras Públicas, vigente desde el 04 de marzo de 1979.
D.S. Nº 007-2008-VIVIENDA	Reglamento de la Ley Nº 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

Normas derogadas

D. Leg. 1017	Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, vigente desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 8 de enero de 2016.
D. S. 184-2008-EF	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D. Leg. 1017), vigente desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 8 de enero de 2016.

Ley 30281	Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, vigente desde el 01 de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015.
D.S. 083-2004-PCM	Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 29 de diciembre del 2004 hasta el 31 de enero de 2009.
D.S. 084-2004-PCM	Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 29 de diciembre del 2004 hasta el 31 de enero de 2009.
D.S. 012-2001-PCM	TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 15 de marzo del 2001 hasta el 28 de diciembre de 2004.
D.S. 013-2001-PCM	Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 15 de marzo del 2001 hasta el 28 de diciembre de 2004.
D.S. 039-98-PCM	Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente desde el 29 de setiembre de 1998 hasta el 14 de marzo de 2001.
Ley 26850	Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, vigente desde el 29 de setiembre de 1998 hasta el 31 de enero de 2009.
D.S. 065-85-PCM	Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales, vigente desde el 24 de octubre de 1985 hasta el 28 de setiembre de 1998.
D.S. 034-80-VC	Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas vigente desde el 25 de noviembre de 1980 hasta el 28 de setiembre de 1998.