

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA RESPECTO DE LOS PRESUPUESTOS ADICIONALES DE OBRA PÚBLICA

MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima.

SUMARIO

I. Presentación.- II. Presupuestos.- III. Marco Normativo aplicable.- IV. Presentación del problema.- V. Análisis.- VI. Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN

El presente artículo no tiene otra finalidad que, sobre la base de recientes experiencias profesionales, compartir algunas reflexiones sobre la competencia que le corresponde asumir a la Contraloría General de la República (en lo sucesivo, CGR) con relación a los denominados presupuestos adicionales de obra pública, vinculando dicha competencia con la problemática sobre la aplicación temporal de las leyes.

En dicho orden de ideas, el presente trabajo representa una invitación para repensar sobre la responsabilidad del legislador y de los aplicadores del Derecho. Y es que, desde el momento en que admitimos que el Derecho no debe estar disociado de la realidad social, lo cierto es que para generar o interpretar determinada opción legislativa debería realizarse un necesario contraste con dicha realidad, de manera que la aplicación de la ley genere ventajas antes que desventajas, soluciones antes que problemas, ya que una norma legal que obstaculiza la contratación no es en definitiva una norma eficiente ya que determinará que los agentes del mercado se autolimiten o que los costos derivados de la contratación se incrementen y respecto de lo cual alguien va a tener que pagar finalmente la factura, todo ello en un contexto en que los aplicadores del Derecho deben procurar reducir costos transaccionales antes que incrementarlos innecesariamente.

II. PRESUPUESTOS

A título de presupuestos teóricos del presente artículo, y a modo de una breve introducción, merece destacarse lo siguiente:

1. El contrato de obra no es sino aquella modalidad contractual típica, esto es, regulada expresamente por normas legales, por cuyo mérito una parte (contratista) se obliga frente a otra (comitente) a ejecutar determinada prestación de hacer (que culmina finalmente en un dar). Pero no se trata de un simple hacer sino que, en nuestra opinión, dicho hacer representa, desde una doble óptica, un servicio calificado. En primer lugar, porque de acuerdo a la regulación contenida en el Código Civil, la obra posee una envergadura no sólo empresarial sino que se identifica con lo que es el contrato de construcción¹, de manera que

¹ Véase ARIAS SCHREIBER, Max. *Exigencias*, tomo III, Lima, Gaceta Jurídica Editores, noviembre 1997, pág. 111 y ss. Sin perjuicio de dicha opinión, debe tenerse presente que diversos artículos del Código Civil en materia de obra sólo se refieren al ámbito de una construcción: 1774 - inciso 2, 1777, 1783, 1784 y 1785, entre otros. En esa misma línea de pensamiento, téngase, por ejemplo, a BORDA, Guillermo [Véase: *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Perrot, febrero 1993], págs. 187 y 188, quien atribuyéndole a autores franceses y españoles evidentes a quienes cita, así como a nuestra legislación comparada, considera que although que el contrato empresarial, atribuyéndose que sin disposiciones se asocian fundamentalmente a la construcción. Probablemente este tema deberá precisarse mediante una modificación de nuestro Código Civil, evidenciando que dos realidades de la prestación de servicios de locación y la obra pueden, teóricamente, referirse a un mismo supuesto de hecho.

se trata de una actividad que corresponde realizar a determinadas personas y para ciertos fines, porque de lo contrario lo que correspondería es emplear otro "tipo" contractual, como podría ser la locación de servicios.² Y, en segundo lugar, porque se trata de una modalidad contractual que se adscribiría a lo que se conoce como "obligación de resultados", en el sentido que en razón de interesar sustantivamente la obtención de la finalidad por la cual se contrata, esto es, la entrega de una "obra" que corresponda a lo esperado y para lo esperado, la responsabilidad contractual sólo debería excusarse en los casos de situaciones ajenas al deudor (como el caso fortuito o fuerza mayor), de manera que no debería aplicarse la regla general en materia de inejecución de obligaciones en el sentido que el deudor puede liberarse de responsabilidad demostrando, como ausencia de culpa, la debida diligencia.³ Pero esto es otro tema que, por su propia trascendencia, merece un estudio más profundo que escapa de los alcances del presente artículo.

2. Siendo el contrato de obra uno de duración o que necesariamente demanda de tiempo para fines de su ejecución, resulta evidente que en ese período pueden generarse situaciones que representen un mayor costo para el comitente, esto es, para quien encarga la ejecución de la obra. Dichas situaciones suelen provenir de una mayor actividad a realizarse, esto es, por el encargo de trabajos adicionales, de manera que corresponde realizar por parte del contratista un mayor trabajo de lo originalmente establecido y, desde luego, de lo presupuestado, de manera que tiene derecho a reclamar por el pago correspondiente, sin perjuicio de las extensiones del plazo contractual que pudiesen ser procedentes. Este tema se asocia definitivamente con los términos de pago del contrato de obra y con la posibilidad que el contratista sea quien proporcione o no los materiales requeridos para la ejecución. Merece destacarse que, inclusive en el caso del contrato que se haya pactado por un precio a suma alzada (por el total, en contraposición al mecanismo de precios unitarios), habrá lugar a un mayor pago si es que las variaciones contractuales demandan una mayor actividad o un incremento de los costos presupuestados.⁴ Este mayor pago no previsto al momento de contratar es lo que corresponde al concepto de los presupuestos adicionales.
3. Los contratos de obra pueden ser tanto privados como públicos. Los contratos de obra privada son los que están sometidos al Código Civil y, en consecuencia, el margen de la autonomía de la voluntad es amplísimo ya que las normas civiles son esencialmente supletorias, encontrándose además las partes en una situación de igualdad para acordar los términos y condiciones (al menos teóricamente). En cambio los contratos de obra pública están sometidos a normas especiales en razón que está de por medio el interés público al estar comprometidos fondos del Estado, es así que su celebración se adscribe, como regla general, a un proceso de selección en el cual el Estado opta por la propuesta económica más conveniente, existiendo procedimientos de ineludible observancia tanto antes

² Nuestro Código Civil contiene una aplicación amplia para la locación (artículo 1764), por cuanto esta modalidad puede convenirte por determinado plazo o finalidad, de manera que las "obras" que carecen de contenido empresarial o que no representan una construcción, podrían considerarse como "locaciones".

³ Entre esta materia existen posiciones discrepantes en la doctrina. En materia de ejecución de obligaciones voluntariamente asumiadas (responsabilidad "contractual") nuestro legislador optó por un régimen subjetivo conforme al cual la causa imputable se asocia a la culpa leve, culpa grave o dolo, de manera que ante una situación de incumplimiento la presunción legal de culpa leve puede quedar sin efecto si se demuestra que el deudor actuó diligentemente; no hay por lo tanto un régimen objetivo, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, en donde en algunas casos resulta irrelevante el factor de atribución (culpa o dolo) porque la responsabilidad sólo se erige mediante una faulta causal, como es la fuerza mayor o el caso fortuito. Véase OGPNA, Guillermo: Régimen General de las Obligaciones, Bogotá, Editorial Temis S.A., julio 1999, pág. 116 y ss.

⁴ Artículo 1776 de nuestro Código Civil.

como después de celebrado el correspondiente contrato. En dicho orden de ideas, la aplicación de las normas especiales a las que hemos hecho referencia es esencialmente imperativa, el Código Civil opera sólo en su defecto.

Ahora bien, en atención a que en el contrato de obra pública media el interés del Estado, sin perjuicio de las acciones de control correspondientes, se establece una competencia especial para la CGR en cuanto los presupuestos adicionales, ya que en función de su monto respecto al valor del contrato original, se determina que dicha institución estatal debe autorizar de manera previa su ejecución y pago.

4. Tratándose de los contratos de obra pública, debe advertirse que los mismos se regulan actualmente por el Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su correspondiente reglamento, aunque ello no significa que dichas normas se apliquen a todos los contratos de obra pública vigentes, ya que por expresa disposición legal rige la denominada teoría de los "derechos adquiridos" en cuanto la aplicación temporal de las leyes.

¿Qué significa ello? Que si durante la vigencia del contrato de obra pública ocurre una modificación normativa, ello no afecta el marco legal aplicable al contrato porque éste se define al momento de convocarse al proceso de selección correspondiente, de manera que aunque las normas que representen dicho marco legal sean derogadas o modificadas por leyes sobrevinientes, ello no significa que las normas originalmente aplicables dejen de tener vigencia.

Lo anteriormente señalado se contrapone a la teoría de los "hechos cumplidos", conforme a la cual cualquier variación de la ley se aplica de inmediato, afectando inclusive a las relaciones jurídicas en proceso, esto es, a las originadas con anterioridad a la modificación normativa. Se ha pretendido sostener que esta teoría implica una aplicación retroactiva de las normas, pero eso es evidentemente un exceso, porque no se trata que la nueva ley regule situaciones con anterioridad a su vigencia sino que una vez que la ha adquirido surte efectos plenos, hacia delante, afectando inclusive a las relaciones jurídicas ya existentes, esto es, a las nacidas bajo un anterior marco legal.⁵

III. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Los presupuestos adicionales de obra pública representan el incremento del monto contractual que, por ejemplo, se deriva de mayores trabajos no considerados con ocasión de contratar, lo cual puede derivarse de múltiples razones, desde una negligencia de la propia entidad comitente hasta por una situación fortuita generada o advertida durante la ejecución del contrato. En el contexto de los contratos de obra pública, resulta evidente que los montos contractuales no pueden ampliarse indiscriminadamente (no nos olvidemos que se aplica todo un régimen presupuestario por ser un gasto público), de allí que existe una regulación específica sobre el procedimiento a seguir para fines de su aprobación, la misma que determina que sea finalmente la CGR la institución llamada para decidir en el campo administrativo (a título de "autorización") si deben ejecutarse y pagarse dichos adicionales o no.

Para fines del presente artículo resulta conveniente destacar que los adicionales de obra pública, en el tiempo, han estado sujetos al siguiente marco normativo:

⁵ RUBIO MARCEL, *Retroactividad, Irretroactividad y Ultraactividad en el derecho* Biblioteca para Leyes del Código Civil, tomo I, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo 1993, pág. 25 y ss.

1. Conforme al artículo 5.9.1⁸ del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública (RULCOP), tratándose de presupuestos adicionales que no excedan del 15% del importe del contrato original, correspondía a la entidad comitente aprobar su ejecución y pago; sin embargo, si dichos adicionales excedían del porcentaje señalado (incidencia acumulada, considerando los llamados presupuestos deductivos vinculantes), de acuerdo al artículo 5.9.2⁷ del RULCOP sólo correspondía a la entidad comitente aprobar su ejecución, ya que para su pago se requería de la autorización previa de la CGR.

Nótese que bajo este esquema normativo la CGR no intervenía en la gestión de la entidad comitente, ya que una cosa es autorizar o no el pago de manera previa al respectivo desembolso (lo cual viene a ser un mecanismo de control previo, que puede resultar muy útil) y otra muy distinta es autorizar o no la ejecución del presupuesto adicional, ya que esto se relaciona con la ejecución contractual misma y a las responsabilidades que, en dicha virtud, corresponde que sean asumidas por los funcionarios públicos intervinientes.

2. Lo dispuesto en el RULCOP fue, palabras más, palabras menos, reiterado en el artículo 42⁹ de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 26850, así como en los artículos 115⁹ y 116¹⁰ de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 038-98-PCM. En consecuencia, se mantuvo el principio por el cual la competencia de la CGR se limitaba a autorizar el pago de los adicionales.
3. Mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM se aprobó el Texto Único Ordenado (T.U.O.) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo artículo 42¹¹ siempre limita la competencia de la CGR al tema de la autorización previa al pago de aquellos adicionales que sobrepasen el 15% del monto del contrato original. Sin embargo, y aquí nace un problema cuyas dimensiones seguramente no fueron previstas con ocasión de expedirse el nuevo reglamento de la señalada ley (aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM), se dispone en sus artículos 159¹² y 160¹³ que, tratándose de adicionales que no sobrepasen del 15% del monto del contrato original, corresponde a la entidad contratante su

⁸ "La Entidad Contratante podrá ordenar y pagar directamente al Contratista la ejecución de obras complementarias y/o modificaciones al Proyecto hasta por un monto equivalente al quince por ciento (15%) del monto del contrato principal reajustado. (...)".

⁹ "Las obras complementarias cuyos montos exceden del quince por ciento (15%) del monto total del Contrato principal requerido, requieren para su ejecución de la aprobación y autorización previa de la máxima autoridad de la Entidad Contratante y, para su pago, la de la Contratación General de la República".

¹⁰ "La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales, hasta por el quince por ciento (15%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. (...) En el supuesto que resultare indispensable la realización de obras adicionales (...) mayores a las establecidas en el pliego procedente, la Entidad sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizaciones. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o de la máxima autoridad de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contratación General de la República. (...)".

¹¹ "De conformidad con el Artículo 24, la ejecución de obras adicionales sólo procederá cuando se cuente con la orden expresa de la Entidad y en los casos en que el valor de aquéllas, incluídos los presupuestos deductivos, no superen el quince por ciento (15%) del total del contrato original".

¹² "Las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por la Entidad, requieren para su pago de la autorización expresa de la Contratación General de la República. (...)".

¹³ El texto correspondiente es el reproducido en la nota 7 que antecede; no hay variación.

¹⁴ "Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente previamente con resolución del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad y en los casos en que su valor, incluídos los presupuestos deductivos, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original".

¹⁵ "Las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contratación General de la República (...)".

aprobación para fines de ejecución y pago; no obstante, si los adicionales sobrepasan del 15%, al margen de la necesaria aprobación por parte de la entidad se requiere de la autorización previa de la CGR, no sólo para su pago (como lo establece la ley) sino inclusive para su ejecución.

El artículo 160 del actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado representa el origen de un problema que ha generado que, probablemente por un exceso de celo en cuanto al control de los fondos públicos, los costos de las obras públicas se hayan incrementado finalmente para el Estado, porque la duración del trámite ante la CGR para obtener su autorización previa a la ejecución y pago de los adicionales ha llevado, muchas veces, que los contratistas trasladen a las entidades comitantes sus mayores gastos generales originados por la imposibilidad de poder ejecutar los adicionales, todo ello en el contexto en que la CGR optó por aplicar el artículo 160 en cuestión a todo expediente sobre adicionales sometido a su conocimiento.

4. Sobre la base de la disposición reglamentaria precedentemente señalada, la CGR dispuso mediante Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG la modificación de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, la misma que había sido aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG. Dicha Directiva establece el procedimiento a seguir ante la CGR para obtener su autorización respecto de los adicionales de obra, destacándose que de acuerdo a lo dispuesto en sus numerales 1.2 y 15.1 la autorización de la CGR es necesariamente previa a la ejecución y pago, por lo que no proceden las regularizaciones, bajo responsabilidad de las respectivas entidades. Dicho en otras palabras, si se advierte que el adicional de obra ha sido ejecutado, ello generaría el rechazo del expediente por parte de la CGR, dado que su competencia es autorizar de manera previa, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese ser exigible.
5. Por último, recientemente ha entrado en vigencia la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en cuyo artículo 22, inciso (k)¹⁴, se establece que corresponde a la CGR autorizar, de manera previa a su ejecución y pago, los adicionales de obra que sobrepasen el 15% del monto del contrato original. Esto es, la norma reglamentaria señalada en el numeral 3 que antecede ha alcanzado finalmente rango y fuerza de ley.

IV. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Sobre la base de lo establecido en la Tercera Disposición Transitoria¹⁵ de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26850) y en la Cuarta Disposición Transitoria¹⁶ de su reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM), lo cual fue reiterado prácticamente en términos semejantes en la Tercera Disposición Transitoria¹⁷ del T.U.O. de la indicada ley (aprobado mediante Decreto Supremo N°

¹⁴ "Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública... cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento".

¹⁵ "Los procesos de contratación o adquisición iniciados antes de la vigencia de la presente Ley, se rigen por sus propias normas".

¹⁶ "Los procesos de selección y las contrataciones iniciadas antes de la vigencia de la Ley N° 26850 se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria o adjudicación (...)"

¹⁷ "Los procesos de adjudicación o contratación iniciados antes de la vigencia de la presente Ley, se rigen por sus propias normas".

012-2001-PCM) y en la Primera Disposición Final¹⁸ del respectivo reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM), se cuestiona la competencia de la CGR para aprobar, de manera previa a su ejecución y pago, los adicionales derivados de contratos de obra pública celebrados bajo el RULCOP, así como bajo la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (y su reglamento) e inclusive bajo el T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ya que, de acuerdo a dichas normas, tratándose de los presupuestos adicionales que excedan del 15% del contrato original, su ejecución siempre queda subordinada a la aprobación por parte de la entidad pública comitente, aunque su pago sí demanda de la autorización previa de la CGR.

En otras palabras, se cuestiona la política de la CGR de asumir que posee atribución para autorizar los adicionales que superen el 15% del monto contractual, de manera previa a su ejecución y pago, en el entendido que para la CGR dicha atribución opera tratándose de cualquier presupuesto sometido a su conocimiento desde que adquirió vigencia el actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM), al margen de la fecha de celebración del contrato de obra pública y del marco legal que, en tal virtud, le sería aplicable.

Y es que la CGR, primero en estricta aplicación del artículo 160 del actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de su Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO (cuyo texto actual fue aprobado por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG) y de manera posterior (y actual), en aplicación de lo previsto en el inciso k) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, considera que su facultad de aprobar los presupuestos adicionales de manera previa a su ejecución y pago se hace extensiva a todos los contratos de obra pública, ya que la norma de control, como corresponde a cualquier ley de la república, adquiere vigencia inmediata y se aplica a todas las situaciones sometidas a ella (teoría de los "hechos cumplidos") al no haber previsto cosa distinta su propio texto (teoría de los "derechos adquiridos").

La posición de la CGR pareciera además sustentarse en una lectura sobredimensionada por parte de dicha institución de su propia competencia funcional, ya que el tema de la autorización de los presupuestos adicionales se ha asociado inclusive al *ius imperium* del Estado, por lo que los pronunciamientos sobre la materia han sido sustraídos de la posibilidad de ser sometidos a arbitraje¹⁹ (por iniciativa del contratista, en el caso que lo finalmente autorizado por la CGR no corresponda con lo inicialmente aprobado por la entidad comitente), lo que obliga a recurrir a la vía judicial, pese a que en los contratos de obra pública celebrados desde la vigencia de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sea forzoso incorporar una cláusula de solución de controversias mediante arbitraje, por representar éste un mecanismo confiable, rápido y especializado para resolver conflictos. Y aunque el tema del arbitraje en la contratación con el Estado excede manifiestamente los alcances del presente trabajo, resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no es esa razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje.

¹⁸ Las adquisiciones y contrataciones cuyos contratos hayan sido suscritos antes de la vigencia de la Ley, se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración. (/)

¹⁹ Sobre este particular véase el artículo 23 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Organización de la Contraloría General de la República, el mismo que recoge lo que ya era un criterio uniforme de la propia CGR respecto a la posibilidad de recurrir a un arbitraje con relación a su pronunciamiento sobre los adicionales de obra, en el sentido que, en interpretación de los alcances del inciso 4 del artículo 1 de la Ley N° 26573, Ley General de Arbitraje, la materia no es arbitrable.

Ahora bien, esta posición de la CGR de considerar que es la única entidad con competencia suficiente para autorizar la ejecución y pago de los presupuestos adicionales de obra pública que sobrepasen del 15% del monto contractual original implica en resumida cuenta un evidente desconocimiento de los alcances de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el sentido que esta última dispone la ultraactividad de las normas bajo las cuales se inició un proceso de selección que finalmente culmina en la celebración, para los efectos que nos interesa, de un determinado contrato de obra.

En ese orden de ideas, tratándose por ejemplo de un contrato de obra celebrado bajo las reglas del RULCOP, en caso de presentarse presupuestos adicionales que superen del 15% del monto contractual, su ejecución dependería de la entidad comitente, empero para su pago debería obtenerse la necesaria conformidad de la CGR. No obstante ello, cuando el respectivo expediente del presupuesto adicional es presentado ante la CGR, ésta no se limita al tema del pago sino que se pronuncia también respecto de la ejecución, con el agravante que si el presupuesto adicional ya fue ejecutado (porque, de acuerdo al marco contractual aplicable a la obra, la entidad comitente era competente para dicho efecto), se rechaza la solicitud por haberse olvidado la competencia de la CGR, sin perjuicio de las responsabilidades del caso. Los efectos prácticos de una medida semejante pueden ser simplemente catastróficos: la obra queda paralizada, no se le paga al contratista por lo ejecutado iniciándose una controversia con insospechadas consecuencias para el Tesoro Público.

Resulta evidente que, tratándose de contratos celebrados desde que entró en vigencia el actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, carece de sentido cuestionar la competencia de la CGR, por cuanto las partes conocen al contratar que corresponde a dicha institución otorgar la autorización previa para fines de ejecutar y pagar presupuestos adicionales de obra pública que sobrepasen del 15% del importe contractual.

V. ANÁLISIS

1. Tratándose de contratos de obra pública celebrados antes de la vigencia del actual reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, ¿Sobre qué base legal puede considerarse la CGR que es competente no sólo para autorizar el pago de presupuestos adicionales que excedan del 15% del monto del contrato original, sino también en lo referente a su ejecución?

Si la pretendida legitimación de competencia funcional se sustenta en la Directiva Nº 012-2000-CG/OATJ-PRO, el tema es bastante discutible porque dicha Directiva se asocia al actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo artículo 160 se aparta de lo establecido en el artículo 42 del T.U.O. de la ley pretendidamente reglamentada, ampliando la competencia funcional de la CGR a un supuesto no considerado por la ley (o, visto de otro modo, pasando por encima de la competencia señalada por la ley para la entidad pública comitente), de allí que en dicha materia el reglamento resulte evidentemente contrario a la ley (de acuerdo al artículo 118, inciso 8, de la actual Constitución Política del Estado, el ejercicio de la actividad reglamentaria de las leyes por parte del Poder Ejecutivo no implica transgredirlas ni desnaturalizarlas).

Debemos destacar que, consideremos o no que la norma reglamentaria desnaturaliza al artículo 42 del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones

del Estado, lo cierto es que es una norma legal en vigencia, de allí que correspondería al Poder Judicial determinar su inaplicabilidad en el contexto de lo que se denomina "control difuso" de la constitucionalidad (en este caso, de la legalidad), esto es, en cada uno de los casos concretos sometidos a su conocimiento, puesto que no existe declaración de inconstitucionalidad (legalidad) en abstracto (por interposición de una acción popular, de acuerdo al artículo 200, inciso 5, de la Constitución Política del Estado).

Sin embargo, la discusión sobre la legalidad de la competencia funcional de la CGR sobre autorización para la ejecución de los adicionales de obra que excedan del 15% del contrato original habría quedado zanjada con la publicación de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la misma que dispone, como ya hemos señalado precedentemente, que corresponde a la CGR autorizar, de manera previa, la ejecución y pago de los adicionales de obra que excedan del 15% del contrato original. De manera que la legitimidad de la CGR para intervenir en materia de la necesaria autorización previa para la ejecución de los indicados adicionales ya no radicaría en una norma reglamentaria de legalidad discutible, o en una directiva de inferior rango normativo, sino en una norma legal.

En ese orden de ideas, dado que puede entenderse que existe un conflicto de leyes aplicables en lo referente a la ejecución de los presupuestos adicionales de obra que sobrepasen del 15% del contrato original, ¿Qué norma posee prevalencia? ¿La Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que podría remitirnos a un régimen normativo por el cual a la CGR sólo le corresponde autorizar de manera previa el pago de los presupuestos adicionales derivados de contratos celebrados antes de la vigencia del actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado? o, por el contrario, ¿La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que reserva para esta última entidad no sólo la autorización previa para el pago de los adicionales sino también en cuanto su ejecución, sin restricción alguna?

2. Por consiguiente, un tema que demanda ser analizado es lo referente a la aplicación temporal de las leyes, esto es, cuando una ley que regula determinada situación jurídica es posteriormente sustituida por otra. En dicho caso ¿Cuál es la ley aplicable al caso en particular?

Debe tenerse claramente presente que nos referimos única y exclusivamente a la situación en la que, conforme al marco legal aplicable al contratarse, la CGR no era competente para aprobar la ejecución de adicionales que sobrepasen del 15% del monto del contrato original. Ese es el caso de los contratos celebrados antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, por el cual se aprobó el actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por lo tanto, tratándose de todos aquellos contratos de obra celebrados encontrándose vigente el Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, y más aún bajo las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, resulta obvio que las reglas de juego al momento de contratarse ya consideran la intervención de la CGR en esta materia. Otro tema es si se justifica o si conviene que la CGR tenga la facultad de aprobar de manera previa la ejecución de los adicionales, materia sobre la cual compartiremos algunas reflexiones en la parte final del presente artículo.

Ahora bien, de acuerdo a nuestro sistema jurídico, la regla general en cuanto la aplicación temporal de las leyes es la de su inmediatez, esto es, que la ley surte efectos a partir de su entrada en vigencia, hacia adelante, aplicándose para todas las situaciones, aun cuando se hubiesen generado bajo leyes distintas, las mismas que habrían quedado derogadas expresa o tácitamente (teoría de los "hechos cumplidos"). Ello se desprende inequívocamente del artículo 109²¹ de la Constitución Política del Estado y del artículo III²² del Título Preliminar del Código Civil. Las excepciones son las llamadas retroactividad y ultraactividad, siendo que en el primer caso, se asume que la ley surte efectos inclusive con fecha anterior a su entrada en vigencia, tomándose en norma aplicable en determinada fecha en que aún no existía formalmente (esto sólo se admite, en nuestro sistema jurídico, tratándose de las leyes penales más favorables al reo), mientras que en el segundo caso, la ley derogada sigue manteniéndose vigente sólo para continuar regulando las situaciones generadas durante su vigencia original (teoría de los "derechos adquiridos"), de manera que no se aplica la ley publicada posteriormente y que, teóricamente, debería surtir efectos inmediatos.

Considerando lo anterior, debemos destacar dos normas que, siendo aplicables a la materia objeto del presente artículo, se refieren a la ultraactividad de las leyes.

En primer lugar, tenemos que en materia contractual el artículo 62 de la Constitución Política del Estado consagra la teoría de los "derechos adquiridos" en materia exclusiva de contratación (*"Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"*). En dicho sentido, colocándonos en el contexto del contrato de obra, si del respectivo contrato, o del marco legal aplicable al mismo al momento de su celebración, fluye que la entidad comitente es la única encargada de aprobar la ejecución de los adicionales, y que su pago está reservado a la necesaria autorización de la CGR cuando su monto exceda del 15% del monto original, resulta claro que dicha regla no puede ser modificada posteriormente porque afecta a la dinámica contractual, ya que sólo por razones de tiempo no es lo mismo que la ejecución sea autorizada por el comitente (principio de inmediatez) que por un ente distinto; hay todo un problema no sólo de procedimientos administrativos a seguirse entre dos entidades del Estado sino además, y es lo más grave, todo un tema de costos y oportunidades.

Podemos estar o no de acuerdo sobre si dicha opción constitucional es la más conveniente o si es o no coherente con nuestro sistema jurídico y tradición legislativa, pero ello no nos autoriza a obviar la existencia del mandato constitucional contenido en el citado artículo 62.

Sin embargo, ¿Es el artículo 62 de la Constitución Política del Estado la base legal adecuada para sustentar la incompetencia funcional de la CGR con relación a la autorización previa de la ejecución de presupuestos adicionales que sobrepasen del 15% del monto contractual original? Creemos que no. Nos

²¹ "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

²² "La ley se aplica a las consecuencias de los hechos y situaciones existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú". Este principio jurídico que trasciende al código civil, además está reiterado en el artículo 2121 del citado cuerpo normativo, en tanto dispone que "A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de los hechos y situaciones jurídicas existentes".

explicamos. El artículo 62 de la Constitución Política del Estado, en vía de interpretación para darle un sentido coherente con nuestra tradición legislativa y evitar confusiones conceptuales con los denominados "contratos ley", debería releerse en el sentido que la ultraactividad a la cual se refiere sólo se aplica tratándose de las normas legales de carácter supletorio, pero que no afecta la aplicación inmediata de las normas de carácter imperativo, ya que de lo contrario una lectura irrestricta de sus alcances entrañaría una abdicación por parte del Estado de su *ius imperium*, ya que sólo se podría regular las nuevas situaciones que se generen y no las ya existentes.²²

Dado que los alcances del artículo 160 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2001-PCM, y del inciso k) del artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, entrañan disposiciones de carácter imperativo, esto es, de ineludible cumplimiento, debe entenderse que se aplicarían inclusive tratándose de los contratos celebrados bajo un marco normativo distinto. Pero esta conclusión, en el caso específico, no es del todo exacta porque desconoce que existe una norma legal específica en materia de obras públicas, que se encuentra vigente en la fecha, y que dispone imperativamente que los contratos celebrados bajo determinado régimen legal se siguen regulando por aquél.

En ese orden de ideas, no es el artículo 62 de la Constitución Política del Estado la norma aplicable al caso y que permitiría determinar si la CGR es o no competente respecto de los adicionales que superen el 15% del monto contractual tratándose de contratos celebrados bajo un marco legal anterior al actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La norma legal que permitiría dilucidar la competencia funcional de la CGR, sobre la base de lo establecido en los ya referidos artículos 109 de la Constitución Política del Estado y III del Título Preliminar del Código Civil, es la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que indirectamente delimita en el tiempo la competencia funcional de la CGR tratándose de los adicionales que sobrepasen del 15% del monto del contrato original.

De acuerdo a dicha disposición transitoria y que representa un caso de excepción a la aplicación inmediata de las leyes, el legislador ha determinado que los contratos de obra se regulan conforme al régimen legal bajo el cual fueron celebrados; en otras palabras, si determinado contrato se celebró bajo el RULCOP, pese a que éste ya ha sido derogado, continua excepcionalmente en vigencia, aplicándose al respectivo contrato de obra, de manera que el régimen previsto en este último se mantiene inalterable. En ese orden de ideas, si por declaración contractual, o por disposición expresa del artículo 5.9.2 del RULCOP (sólo a título de ejemplo), se determina que los adicionales que sobrepasen del 15% del monto contractual sólo requieren de la autorización del CGR para fines de su pago, la facultad de aprobarlos se mantiene en la entidad comitente, de manera que una norma posterior no puede modificar dicho régimen, salvo que el señalado régimen de ultraactividad se deje sin efecto, esto es, que se derogue

²² Véase CÁRDENAS, Carlos. *Autonomía, Previsión, Contrato y Constitución en Contratos & Mercado*. Lima: Gestión Jurídica S.A., enero 2000, pág. 76 y ss.

la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Por lo tanto, es la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la que fija el régimen sobre aplicación temporal de las leyes tratándose de contratos de obras públicas. En consecuencia, tratándose de un aspecto fundamental de los contratos, como es lo referente a los adicionales de obra, se aplica el régimen establecido conforme a la ley vigente en el momento de su celebración. En ese orden de ideas, en el caso de los contratos celebrados con anterioridad al actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y de manera más precisa, con anterioridad a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, corresponde que los adicionales, al margen que sobrepasen o no del 15% del monto contractual, sean aprobados y autorizados en cuanto su ejecución por la entidad comitente, reservándose para la CGR únicamente la autorización para su pago.

3. No obstante lo anterior, ¿Podría sostenerse que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República prevalece sobre la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado por tratarse de una norma especial frente a una de carácter general?

Y es que, no obstante lo que disponga la tantas veces comentada Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, podría considerarse que, desde el punto de vista de la CGR, es su ley orgánica la que regula su competencia funcional y, por especialidad, la misma tiene prevalencia sobre cualquier otra ley en la que, entre otros temas, se haya establecido alguna atribución para la CGR.

En nuestra opinión, sobre la base que se trata de determinar el marco regulatorio del contrato de obra pública, y de manera específica el marco regulatorio de los presupuestos adicionales, es la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la que posee carácter especial, por lo que en dicha materia, es la que debe prevalecer sobre cualquier otra ley que establezca reglas generales para determinados aspectos de la contratación o respecto de la actuación de ciertas instituciones de la administración. Y al ser la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la norma que prevalece en un conflicto como el señalado, se aplica automáticamente sus reglas sobre ultraactividad ya comentadas.

4. Pero el tema de la competencia funcional de la CGR respecto de los adicionales de obra no sólo debe enfocarse desde el punto de vista de la normatividad positiva, sino que además debe analizarse en el contexto de las expectativas negociales de las partes vinculadas en un determinado contrato de obra pública.

Nos explicamos. Lo dispuesto en la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no sólo refleja una determinada opción legislativa sino que además guarda correspondencia con lo que podríamos considerar un respeto por las reglas contractuales y legales bajo las cuales el contratista asumió sus obligaciones (y la entidad comitente, sus respectivos derechos y atribuciones administrativas), reglas que definitivamente son evaluadas para determinar la asunción de determinados riesgos o no, así como para determinar los criterios en la fijación de los precios.

En ese orden de ideas, la posibilidad que las reglas contractuales pudiesen ser modificadas por variaciones legislativas podría afectar la seguridad jurídica.

Al respecto, debemos destacar que, como bien señala el ilustre profesor argentino Attilio Anibal Alterini,

"El Derecho, en cuanto representa un medio para la realización de valores ... sólo puede llevarse a cabo donde existe seguridad jurídica. Porque, dicho con el expresivo estilo del jurista Luis Recasens Siches, "sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase" (...) por lo tanto resulta interesante computar la opinión de los operadores económicos, quienes estiman que la seguridad jurídica "genera confianza, la que a su vez constituye un requisito esencial de las inversiones y del desarrollo" porque "permite a individuos y empresas prever las consecuencias de sus acciones" (...) La seguridad jurídica a la que se viene aludiendo implica varios planos básicos de consideración: el de la seguridad por medio del Derecho, el de la seguridad como certidumbre del Derecho, y el de la seguridad como estabilidad del Derecho".²³

5. Por último, al margen del tema de la aplicación temporal de las leyes relacionadas a la aprobación de los adicionales de obra, cabe finalmente preguntarnos, y para ello estamos pensando en el régimen aplicable a los contratos de obra pública celebrados desde que entró en vigencia el actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y de manera especial, desde que entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, ¿Es conveniente que la ejecución de los adicionales haya quedado sometida a la necesidad de obtener la previa autorización de la Contraloría? ¿Es eso siempre posible?

Como señalamos en un inicio, supeditar el pago de determinado adicional a un pronunciamiento de la CGR puede ser un interesante medio de control previo; sin embargo, la autorización previa de la ejecución podría generar desventajas antes que ventajas para el Estado. Y es que para ello debemos definir qué es lo que esperamos funcionalmente de la CGR. Si se trata de una institución de control, creemos que no debería ingresar a temas propios de la gestión, porque ello es una responsabilidad de la entidad comitente, la que debe contar con el personal técnico calificado que le permita adoptar oportunamente las decisiones más convenientes, siendo en todo caso un tema de responsabilidades que corresponde asumir a dicha entidad comitente. Que la CGR asuma la responsabilidad de aprobar los adicionales que sobrepasen del 15% de lo contratado originalmente es sobrecargar las funciones de un organismo que, públicamente y en más de una ocasión ha señalado que no puede realizar las acciones de control de la manera que corresponde en todas las entidades, a nivel nacional, sujetas a su competencia, de allí que debe actuar forzosamente de manera selectiva. De otro lado, también es pertinente destacar que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la CGR contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, no sólo en obras, lo cual significa convertir a la CGR en una suerte de supraorganismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia, ya que el que pretende abarcar mucho, poco aprieta finalmente.

²³ ALTERINI, ATILIO ANIBAL. *La inseguridad jurídica*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 20 a 25.

Por último, llamamos la atención sobre un hecho que demuestra la necesidad de replantearse normativamente el tema de los adicionales. Tratándose de los presupuestos adicionales que deben ejecutarse de manera inmediata por derivarse de situaciones excepcionales o de emergencia ¿Cómo puede pretenderse seriamente que la CGR se pronuncie de manera previa a su ejecución y pago? ¿No debería entenderse que, ante esas causas justificadas y ajenas a las partes, la competencia se reduciría sólo al pago? La legislación vigente sobre obra pública no regula este tema, a diferencia del RULCOP, pero evidentemente se aplica un elemental principio que "Nadie está obligado a lo imposible". Sin embargo, en estos casos, el criterio de la CGR es rechazar el expediente, por cuanto no hay lugar a "regularizaciones", conforme lo establece la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO (cuyo texto actual fue aprobado por Resolución de Contraloría N° 036-2001-CG), lo cual significa que, sin asociar las normas con la realidad, sin considerar que las normas son un medio y no una finalidad en sí misma, la CGR pretende que, por ejemplo, ante un derrumbe, la obra quede paralizada, pudiéndose ejecutar la remoción sólo cuando ya se ha seguido, en Lima, el procedimiento de gestionar la autorización previa a la ejecución y pago del respectivo adicional.

VI. CONCLUSIONES

No existe argumento suficiente ni base legal sólida que legitime la presunta competencia de la CGR para pronunciarse respecto de la ejecución de los presupuestos adicionales de obra pública que excedan el 15% del monto contractual, si es que el marco legal bajo el cual se celebró el correspondiente contrato excluía dicha competencia, de manera que el accionar de la CGR quedaría limitado a la autorización de pago.

Y es que lo dispuesto en el artículo 160 del actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado excede y desnaturaliza la norma legal pretendidamente reglamentada (artículo 42 del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM), ya que incorpora algo no previsto en la ley al establecer que para fines de la ejecución, y no sólo para el pago, la autorización de la CGR debe ser previa. En segundo lugar, porque la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO sólo regula el procedimiento a seguirse en la medida que sea aplicable el actual reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ya que se trata de una directiva que actualiza el procedimiento ante la CGR por el hecho de haberse expedido los Decretos Supremos N° 012 y 013-2001-PCM, conforme se aprecia de los propios considerandos de la norma, más aún cuando esta última posee una jerarquía inferior a una ley. Y, en tercer lugar, porque la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que establece la competencia de la CGR respecto de los adicionales, se aplica en concordancia con las reglas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siendo que la Tercera Disposición Transitoria de esta última sanciona la teoría de los "derechos adquiridos".

Y es que, en materia de obra pública se ha dispuesto la aplicación ultraactiva (teoría de los "derechos adquiridos") de las normas legales bajo las cuales se celebraron los respectivos contratos, aun cuando las mismas hayan sido derogadas. Por lo tanto, la competencia de la CGR se delimita necesariamente en función de los alcances de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Lo anterior significa que, tratándose de contratos de obra celebrados bajo el RULCOP, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850 (y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-098-PCM)) e inclusive bajo el T.U.D. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 012-2001-PCM), la CGR carece de competencia para autorizar de manera previa la ejecución de los adicionales que sobrepasen el 15% del contrato.

Sobre la base de lo expuesto, y volviendo a la referencia de recientes experiencias profesionales, consideramos que la CGR debería rectificar su criterio de considerar que los adicionales de obra que sean sometidos a su conocimiento deben serlo necesariamente para fines de obtener su autorización previa para ejecución y pago, ya que ello dependerá finalmente del marco legal al cual esté sometido el respectivo contrato de obra, debiendo considerar no sólo los alcances de las normas comentadas en el presente trabajo sino también el mensaje que estaría enviando a los agentes económicos: inseguridad y sobrecostos, lo cual finalmente terminará afectando al propio Estado porque en futuros contratos, al incrementarse los riesgos, los agentes no harán sino subir sus precios.

Son tantos los cuestionamientos que ha merecido el criterio que aplica la CGR en cuanto la autorización final de los adicionales que existe una corriente de opinión, en la cual se ha incorporado el propio Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE), en el sentido de gestionar un cambio radical de dicho criterio, de manera que la CGR, sobre la base de los principios de aplicación de las leyes en el tiempo, tratándose de contratación pública, obra en particular, acepte que sus atribuciones tienen ciertos límites temporales en función del marco legal aplicable a cada contrato sometido a su conocimiento.

Por último, y aunque ello ya es un asunto que escapa del objeto inicial de este trabajo, queda pendiente que se reevalúe la conveniencia que, de acuerdo a la legislación vigente, la CGR sea la única entidad competente para aprobar, de manera previa, la ejecución de adicionales que superen determinado importe del contrato, por cuanto ello debería corresponder a las entidades comitentes, las mismas que se encuentran en mejor situación (por su inmediatez con la obra) de determinar la conveniencia y oportunidad de dichas ejecuciones.