

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**CONSECUENCIAS QUE GENERAN LOS IMPREVISTOS EN EL
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO (A)
EN CIENCIAS JURIDICAS.**

PRESENTADO POR:

GONZÁLEZ, DORIS EUNICE.
MEZA CAÑAS, ALMA LORENA.
QUINTEROS FUNES, PERLA ROCIO.

DOCENTE ASESOR

MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE 2019

TRIBUNAL CALIFICADOR

Lic. JESÚS ERNESTO PEÑA MARTÍNEZ
(PRESIDENTE)

LIC. SAMUEL MERINO GONZÁLEZ
(SECRETARIO)

MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ.
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Msc. Roger Armando Arias Alvarado.

RECTOR

Dr. Raúl Ernesto Azcúnaga López.

VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla Quintanilla.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Alarcón.

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín.

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco.

VICEDECANO

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.

SECRETARIO

Msc. Hugo Dagoberto Pineda Argueta.

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

Msc. Diana del Carmen Merino de Sorto.

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACION

Msc. María Magdalena Morales.

**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Agradezco primero a Dios por permitirme culminar mis estudios, así como a todas las personas que de una u otra forma contribuyeron con su apoyo económico, moral y material que de no haber sido así, no hubiese sido posible llegar a la culminación de este estudio y de hecho a la conclusión de este trabajo.

Especialmente a mi Madre Hilda de Jesús Penado viuda de González (Q.E.P.D.) por brindarme su ayuda y comprensión incondicional, lo cual hizo más fácil alcanzar la meta propuesta y a mis hijos por tenerme paciencia porque muchas veces estuve ausentes en su diario vivir.

A las Autoridades Universitarias de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador que tomaron a bien crear esta oportunidad de estudio de pre-especialización.

A los catedráticos que con fe en la Institución y alumnado sacrificaron su tiempo libre y su familia para instruirnos y hacernos mejores profesionales, para que en el futuro se pueda servir a la familia y a la patria.

Al Asesor Msc. Nelson A. Vaquerano Gutiérrez, por orientarnos de la mejor manera para el desarrollo adecuado de este trabajo de grado.

A mis compañeras Perlita Quinteros y Almita Meza, por esos momentos que aunque algunas veces se tornaron difíciles, pudimos encontrar siempre la salida y el verdadero compañerismo.

DORIS EUNICE GONZÁLEZ.

AGRADECIMIENTOS

GRACIAS, SEÑOR JESUS y Virgencita de Guadalupe, por el Don de la vida, la salud, las bendiciones y jamás soltarme de su mano, la fe y perseverancia, sin esa fortaleza en los momentos de debilidad y obstáculos no hubiese posible llegar a concretar los objetivos propuestos. **GRACIAS MI DIOS y Madre mía.**

A mis hijos, **Maricela Guadalupe, Carmen Lorena y Luis Alonso**, gracias mis amores por el apoyo y comprensión, por el tiempo que les resté y no estuve presente, son mi impulso, mi estímulo, mi motor, porque siempre he creído que las palabras convencen, pero los hechos arrastran, son mis amores, desde siempre y para siempre mi mayor bendición. **LOS AMO HIJOS.**

María Fernanda y Alejandra, mis princesas mágicas, las amo mis niñas y hoy tendremos tiempo suficiente para jugar y compartir. **Mis nietecitas.**

A mi esposo Lic. **Mauricio Del Cid Rosales**, por su amor y comprensión, por ser mi apoyo y creer en mí, por impulsarme, por estar presente cuando sentí desfallecer. Gracias por ser una bendición en mi vida. **Gracias amor.**

Gracias Mamá Zoila Esperanza y a mi papá Pablo Adalberto. Siempre han estado conmigo, hasta el cielo mi amor y gratitud.

A mis hermanos, que son mi roca desde siempre, gracias **Ney**, siempre serás mi Mamita, **Thelma Maricela**, siempre fuerte y ejemplo a seguir, gracias hermanita por tu apoyo incondicional; **Amílcar Amado**, mi Mentor; **Danilo Adalberto**, mi hermano mayor, siempre dispuesto a ayudar y hasta el cielo **Víctor Manuel**. Gracias infinitas **HERMANOS** por el apoyo incondicional, por estar conmigo y creer en que lo lograría.

A toda la familia y amigos por apoyarme, por no dejarme sola, por la comprensión, por creer que juntos y solidariamente si podemos lograr nuestros

sueños, nuestras metas, nuestros objetivos. Gracias a mis sobrinos y sobrinas, gracias por estar conmigo siempre. Son ángeles en mi vida.

A nuestro Asesor de Tesis Msc. Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez: por habernos permitido compartir de su calidad profesional y humana; siempre dispuesto y sin egoísmos a orientarnos, ha sido un gran aprendizaje. Gracias.

A mis Compañeras de Tesis: Gracias compañeras porque nunca nos dimos por vencidas, por creer y lograr nuestras expectativas, gracias infinitas por trabajar juntas por el mismo objetivo.

A mis compañeros en general y amiga de carrera, **Yaneth Bruno Bonilla;** porque estuvimos en las buenas y malas, cada día fue de constancia y lecciones aprendidas, gracias por el compañerismo, por el apoyo moral.

Compañeros y compañeras en especial, **Lic. Carlos Vásquez, Lic. Raquel Navarrete, Lic. Julio Ponce,** e incondicionalmente a Tania; Ligia, Norita, José Luis, Diego, gracias por apoyarme, por creer e impulsarme.

A mi Alma Mater, gracias infinitas, porque cada día recibimos conocimientos, porque siempre hay oportunidades para quienes estamos sedientos de conocimiento y ahora logro concretar mi anhelo. Gracias.

ALMA LORENA MEZA CAÑAS

AGRADECIMIENTOS

A Dios omnipotente: Por concederme la vida, darme sabiduría, proporcionar salud e iluminarme para iniciar, desarrollar y terminar con éxito este trabajo de investigación.

A mis padres Licda. Flor de María Funes de Quinteros y Msc. Oscar Roberto Quinteros Espinoza: Ambos han sido el pilar fundamental de mi vida, siempre se esforzaron en mi formación, con sustento en principios morales y religiosos, así como el respeto al prójimo, sin el cual no hubiese podido alcanzar este triunfo profesional; para ellos mi amor, respeto y obediencia. Mi triunfo es suyo, sin ustedes no hubiese sido posible.

A mi hermana Flor de María Quinteros Funes: de quien siempre recibí apoyo y aliento en los momentos más difíciles, gracias por compartir conmigo momentos importantes de mi vida; todo mi amor para ella.

A mi asesor de tesis Msc. Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez: Mi respeto y agradecimiento por compartir sus conocimientos, dedicar tiempo para brindar la orientación en la ejecución de este trabajo y especialmente, por revisar en forma responsable, haciendo las sugerencias pertinentes.

A mis compañeras de tesis: Por sus muestras de solidaridad, en los momentos de agobio y preocupación, los cuales nos motivaron a seguir adelante.

A toda mi demás familia, amigos y compañeros: Por alentarme siempre y compartir momentos importantes e inolvidables, en especial a mi abuela María Ernestina Chávez de Funes, por brindarme sus sabios consejos y al Lic. José

Roberto Pineda Cáceres, por apoyarme en esta etapa tan importante de mi vida.

A la Universidad de El Salvador: Por ser mi casa de aprendizaje, la forjadora de excelentes profesionales y la que ahora me brinda la oportunidad de graduarme como Licenciada en Ciencias Jurídicas.

PERLA ROCÍO QUINTEROS FUNES

INDICE

RESUMEN	I
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	II
INTRODUCCIÓN.....	III

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS IMPREVISTOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

1. Antecedentes de la teoría de la imprevisión a nivel mundial.....	1
1.1. Edad Antigua.....	1
1.1.1. Derecho romano.....	1
1.2. Edad media.....	3
1.2.1. Los Canonistas.....	3
1.2.2. Glosadores y Post Glosadores.....	4
1.3. Edad Moderna.....	5
1.4. Edad Contemporánea.....	8
1.5. Evolución histórica del contrato de obra pública en la Constitución.....	9
1.6. Antecedentes Históricos de la creación del Ministerio de Obra Pública.....	12
1.7. Conclusión	14

CAPITULO II

LOS IMPREVISTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

2. Generalidades de la Teoría de la Imprevisión.....	16
--	----

2.1.	Definición de imprevisto.....	17
2.2.	Teoría de la Imprevisión.....	19
2.3.	Requisitos para la aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión.....	21
2.4.	Definición de Contrato de Obra Pública.....	22
2.5.	Naturaleza del Contrato de Obra Pública.....	24
2.6.	Características del Contrato de Obra Pública aplicables a la teoría de la imprevisión	26
2.7.	Diferencias entre Contrato de Obra Pública y Contrato de Obra Privada.....	27
2.8.	Sistemas de Contratación de la obra pública	30
2.8.1.	Precios unitarios.....	30
2.8.2.	Precio firme o ajuste alzado.....	30
2.9.	Ajuste de precios.....	31
2.10.	Los riesgos en el contrato de obra.....	32
2.11.	Fases de la obra pública	33
2.11.1.	Diseño.....	34
2.11.2.	Construcción	36
2.11.3	Supervisión.....	36
2.12.	Imprevistos en la ejecución del Contrato de obra Pública.....	36
2.13.	Importancia del estudio de factibilidad de la obra, previo al proceso de Licitación Pública.....	37
2.14.	Análisis del Contrato de Obra Pública y aplicabilidad de la teoría de la imprevisión.....	39

2.15	Conclusión.....	40
------	-----------------	----

CAPITULO III

IMPREVISTOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, BASES DE LICITACIÓN Y DERECHO COMPARADO

3.	Regulación de los imprevistos en el contrato de obra pública.....	42
3.1.	Constitución de la República.....	43
3.1.2.	Tratados Internacionales.....	45
3.1.2.1	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.....	45
3.1.2.2	Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	46
3.1.2.3	Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	47
3.1.2.4	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	48
3.1.2.5	Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	49
3.1.3.	Ley de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública (LACAP).....	50
3.1.4.	Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (RELACAP).....	60
3.1.5.	Código Civil.....	63
3.1.6.	Código de Comercio.....	67
3.1.7.	Ley Especial de Asocio Público Privado.....	67
3.1.8.	Resoluciones Administrativas.....	68
3.1.8.1.	Caso I.....	68
3.1.8.2.	Caso II- Referencia 204-CQCM-15.....	70

3.2.	Análisis de las bases de licitación, según la legislación vigente.....	72
3.3.	Comparación de las Bases de Licitación de la Administración Pública según diversas fuentes de financiamiento	75
3.4.	Regulación de los imprevistos en el contrato de obra pública en la Legislación de México y Chile	76
3.4.1.	Legislación de México	76
3.4.2.	Legislación de Chile	84
3.5.	Conclusión	91

CAPITULO IV

ANÁLISIS SOBRE LOS IMPREVISTOS QUE SE SURGEN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

4.	Consecuencias legales de los imprevistos en la contratación.....	92
4.1.	El Derecho de igualdad de las partes, al momento de adquirir derechos y obligaciones en la contratación.....	100
4.2.	La correcta aplicación de la teoría de la imprevisión, restaura el principio del equilibrio económico contractual.....	103
4.3.	Conclusión.....	107
	CONCLUSIONES.....	108
	RECOMENDACIONES.....	112
	BIBLIOGRAFIA.....	113
	ANEXOS.....	124

RESUMEN

La Administración Pública suscribe contratos de obra pública en el que se regulan derechos y obligaciones de las partes, permitiendo así que el contratista colabore con la consecución de los fines del Estado, en la realización y ejecución de las obras públicas encomendadas, garantizando la calidad de la construcción, fomentando la contratación pública abierta, igualdad, ética, equidad y transparencia en la licitación pública.

El marco legal de la contratación pública se encuentra previsto en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) y su Reglamento, donde se establecen las diferentes formas, procedimientos de contratación y adjudicación, previo a ello se verifican si los ofertantes reúnen los requisitos acerca de la capacidad técnica, legal y financiera solicitados, caso contrario, no se les podría adjudicar proyectos de obra pública.

Las bases de licitación deben ser elaboradas de forma clara, expresa y precisa, ya que forman parte integral del contrato y son las reglas por las cuales se regirá el futuro contratista, contrario sensu, no se puede exigir el cumplimiento de lo que no se estableció u previo; no obstante lleve implícito el interés general, deben ser remunerados por el ente estatal, para garantizar así el derecho de igualdad y justa retribución, siempre que se compruebe y acredite el imprevisto.

Es necesario analizar aquellos imprevistos que pueden alterar el equilibrio económico contractual, con el consecuente incremento en su valor inicial, que ocasionan órdenes de cambio, ajuste de precios, o prórrogas en el plazo que hacen que resulte más oneroso el contrato.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

SIGLAS

ANDA.....	Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados
BCIE.....	Banco Centroamericano de Integración Económica
BID.....	Banco Interamericano de Desarrollo
BM.....	Banco Mundial
CEL.....	Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa
CEPA.....	Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma
ESPINSA.....	Especialidades Industriales, S.A de C.V
FISDL.....	Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local
FONAVIPO.....	Fondo Nacional Vivienda Popular
FOVIAL.....	Fondo de Conservación Vial
LACAP.....	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración
MINSAL.....	Ministerio de Salud de El Salvador
MOP.....	Ministerio de Obras Públicas y de Transporte Pública
RELACAP.....	Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones
UACI.....	Unidad de Adquisiciones y Contrataciones institucionales
UNAC.....	Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.C.	Código Civil
Cn.	Constitución
Inc.	Inciso
Ord.	Ordinal.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado titulado: “*consecuencias que generan los imprevistos en el contrato de obra pública*” tiene como principal propósito cumplir el requisito para optar al título de Licenciadas en Ciencias Jurídicas; enfocado en identificar el siguiente problema: ¿Cuáles son las consecuencias que generan los imprevistos en el contrato de obra pública? y, así constituya un aporte a la problemática de las contingencias imprevisibles que alteran el equilibrio económico contractual, con la finalidad de que sea una herramienta de utilidad para la Administración Pública y contratistas, estableciendo de manera clara, expresa y precisa como se abordaran los imprevistos que se susciten al momento de la ejecución de la obra pública.

La investigación se argumenta y justifica en la preocupación existente por la manera en que se resuelven los imprevistos que se suscitan al momento de ejecutarse el contrato de obra pública, que genera un desequilibrio económico en las prestaciones para una de las partes, que no obstante el mismo lleva implícito un interés general, también debe garantizarse el derecho de igualdad y de la justa retribución del contratista; por lo que tiene como objetivo identificar las consecuencias que ocasionan los imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública, para así establecer si se vulnera el derecho de igualdad y de la justa retribución, a causa de los actos o hechos imprevisibles en el contrato de obra pública; para verificar si se garantizan los principios en la ecuación contractual, en cuanto a la relación establecida por las partes al momento de celebrar el contrato, dado que existe un vínculo de derechos y obligaciones recíprocas; y así, determinar la manera de restablecer el equilibrio económico contractual.

En coherencia con lo supra expresado, con el objeto de hacer un estudio general y esquemático del tema en estudio, se deben precisar aquellos tópicos

que merecen una especial atención, y de esta manera dar respuesta a las interrogantes planteadas, es por ello que se ha dividido el trabajo de la forma siguiente: En el capítulo uno, se aborda el origen histórico de la teoría de la imprevisión, destacando como ha dicho evolucionado la figura jurídica a lo largo del tiempo, resaltando los antecedentes de regulación de la contratación administrativa, respecto a las obras públicas y cuál era la normativa utilizada para realizar estos procesos de contratación y licitación pública; aunado a ello se resalta el momento histórico que surge y se crea el Ministerio de Obras Públicas.

En el capítulo dos, se puntualiza generalidades de la teoría de la imprevisión, definición y requisitos para la aplicabilidad; concepto y naturaleza del contrato de obra pública, destacando la características y elementos del mismo; divergencias que existen entre caso fortuito, fuerza mayor y entre contrato de obra pública y privada; además, se enuncia las modalidades de contratos públicos, los cuales pueden hacerse de la manera siguiente: precio firme y suma alzada, destacando los procedimientos previos a la celebración del contrato de obra pública, asignación de recursos económicos para ejecutar los proyectos; procesos de selección, adjudicación y suscripción del contrato; asimismo, los componentes de la obra pública, según artículo 105 de la LACAP, es decir, el diseño, la construcción y la supervisión; destacando la importancia del estudio de factibilidad de la obra, previo al proceso de licitación; las consecuencias de los imprevistos en la contratación; y finalmente un breve análisis del contrato de obra pública y aplicabilidad de la teoría de la imprevisión.

En el capítulo tres, se acota lo relativo al derecho comparado como fuente de conocimiento, estudio e investigación, que resulta imprescindible para la comprensión del derecho administrativo y el desarrollo que han tenido las

diversas legislaciones de América Latina como México y Chile, identificando la manera en cómo son regulados y abordados los problemas de los imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública y como es aplicada la teoría de la imprevisión, haciendo una crítica que permita aprovechar sus avances y experiencias en el ordenamiento jurídico del país.

El capítulo cuatro, desarrolla y da respuesta a las interrogantes del problema de investigación y las cuales se encuentran concatenadas con los objetivos específicos, haciendo un análisis exhaustivo del motivo por el cual se sigue suscitando esta problemática en la actualidad, determinando si en el ordenamiento jurídico vigente se encuentra o no regulado de forma taxativa el derecho de la construcción y específicamente lo relativo a los imprevistos, o solo está establecido de manera implícita en la doctrina, derecho común y de manera aislada o de interpretación en la LACAP y si esta circunstancia ha generado en alguna medida vacíos legales para poder determinar y delimitar los imprevistos, determinando cuales son las consecuencias que causan las contingencias imprevisibles que alteran el equilibrio económico contractual, provocando cargas adicionales a los recursos públicos u ocasionando un desmedro patrimonial para el contratista y por ende, ambas generan insatisfacción en la población. Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones a las que se ha llegado con la presente investigación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS IMPREVISTOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

El propósito del presente capítulo es identificar el origen histórico de la teoría de la imprevisión, en la edad antigua, media, moderna y contemporánea, destacando cómo ha evolucionado la referida figura jurídica y la forma que hacían cumplir los contratos en los diversos momentos de cada sociedad; asimismo, describir de manera concisa desde que momento histórico se comenzó a regular el proceso de contratación y de licitación en el Contrato de Obra Pública en las diversas Constituciones que estuvieron vigentes en el país; identificando el momento histórico en que se comenzó a regular el caso fortuito o fuerza mayor, en la legislación secundaria; y finalmente detallar los antecedentes históricos de la creación del Ministerio de Obras Públicas.

1. Antecedentes de la teoría de la imprevisión a nivel mundial

1.1. Edad antigua

1.1.1. Derecho romano

En la época del denominado Derecho Romano, no existió una teoría general de la imprevisión, sino más bien, la norma imperante era el principio de respeto a los contratos, con fuerza de ley respecto a las personas que intervenían en la celebración del mismo, es decir, el principio general “*pacta sunt servanda*”¹,

¹ Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos. En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación. De sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes, el obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara en exceso oneroso.

con el sustento en el Digesto de Justiniano; no obstante, el obligado podía resolver el negocio jurídico que le resultara en abundancia oneroso, en los supuestos de sobrevenir un cambio importante en la situación general o en la prevista por las partes; implica que un tratado público mantiene su vigencia, en la medida en que no varíen las circunstancias del hecho por los cuales se negoció el acuerdo.²

Los filósofos romanos llegaron a afirmar que no es posible llegar a obligar a nadie a cumplir lo pactado si han cambiado las circunstancias existentes al momento de contratar. Es claro que el derecho romano no formuló una teoría de la imprevisión en los términos que hoy se conoce, ya que las proposiciones que plantearon eran de contenido moral y no jurídico. Pero es a partir de estas formulaciones, que se desarrolló posteriormente el movimiento intelectual que dio nacimiento a la doctrina jurídica de esta teoría.³

Los romanos plantearon un postulado moral, en el sentido que la existencia de una promesa, o de alguna obligación, debe subordinarse a la existencia de determinadas circunstancias al momento de su conclusión, posteriormente fue elevado a principio jurídico⁴, lo que demuestra la enorme influencia que este período tuvo en el origen y desarrollo de la teoría en comento.⁵

² William Jiménez Gil, "La Teoría de la Imprevisión", *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n. 2 (2009): 18.

³ Bárbara Urrejola Scolari, "Teoría de la Imprevisión" (Tesis de grado, Universidad de Chile, 2003), 30.

⁴ Guillermo Cabanellas. "Diccionario Enciclopédico de Derecho usual", 28ª ed., t. 2 (Editorial Heliasta, Buenos Aires: 2003), s.v. "principio general".

⁵ El principio de buena fe: exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un contrato y en materia contractual administrativa la adquiere con un valor explícito, además de poner al bien público sobre el privado dando a entender que se beneficiará las causas públicas, hace referencia al obrar con honradez, veracidad, lealtad, lo que lleva implícita la creencia de que se está actuando conforme a lo que prescribe el ordenamiento jurídico.

1.2 Edad media

1.2.1 Los canonistas

El origen de la teoría de la imprevisión también se originó por parte de los canonistas, ya que ellos recibieron la influencia de los conceptos morales formulados por los romanos. Por lo que es correcto afirmar que los canonistas condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, por considerarlo contrario a la moral cristiana.⁶

La formulación del principio *pacta sunt servanda y rebus sic stantibus*, se atribuye a los canonistas. El primer principio determina la obligatoriedad de las convenciones jurídicas, que fue construido a partir de la interpretación conjunta del Derecho Romano que dice: “los pactos son para cumplirse”, cuya finalidad era compeler a las partes a honrar su palabra aun cuando no estuviere revestida de las formalidades exigidas en el ordenamiento jurídico.

El segundo principio autorizaba la inobservancia o alteración de un acuerdo de derecho, cuando las condiciones existentes al momento de su cumplimiento sean considerablemente distintas de las que imperaban al celebrarse.

Los Principios que fueron elaborados por Seneca y Cicerón y de forma posterior los filósofos Agustín de Hipona y Tomás de Aquino.⁷ En este orden de ideas, Santo Tomás de Aquino se refirió a que el hombre se excusa de cumplir lo prometido cuando las circunstancias de las personas y de los

⁶ Gil, “La Teoría de la Imprevisión”, 19.

⁷ Fausto Rico Álvarez y Patricio Garza Bandala, “Teoría de la Imprevisión”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM*, número 12 (2010): 118. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/12/cnt/cnt5.pdf>

negocios han cambiado.⁸ Inclusive, se consideraba como usura la conducta tendiente a generar excesiva onerosidad a alguna de las partes.⁹

Los canonistas consideraban que todo contrato, lleva envuelta la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁰, por la cual, las partes implícitamente consienten en cumplir sus obligaciones, mientras se mantengan las condiciones de hecho existentes al momento de contratar. Las primeras fuentes canónicas en las que aparecen indicios de la teoría de la imprevisión se asentaron en los Decretos de Graciano, que es una colección razonada de cánones conciliares, en que se extractan obras de los Santos Padres de la Iglesia y los comentarios del Liber Diurnus y del *Corpus Juris*.

1.2.2 Glosadores y post glosadores

En la edad media, también los glosadores, fueron los primeros comentadores del Derecho Romano, pero sin aplicar la teoría de la imprevisión, pues fue con los post glosadores, que aparece el dominio del derecho, se desenvuelve y recibe aplicaciones prácticas, a la teoría de la imprevisión, llegando casi a elaborarse una construcción jurídica.¹¹

⁸ Javier Tapa Ramírez, "Teoría de la Imprevisión", (Universidad Cuauhtémoc Centro de Investigaciones jurídicas y Sociales, México: 1998), 23.

⁹ María Leoba Castañeda Rivas, "La imprevisión en los contratos: la cláusula *rebus sic stantibus* como excepción al principio *pacta sunt servanda*" *Revista de Derecho Mexicano*, n. 258 (2012), 205.

¹⁰ Locución latina que significa "Continuando así las cosas", va inmersa en los contratos, especialmente si son de tracto sucesivo, se sobreentiende que su subsistencia está supeditada a la permanencia, por lo menos esencial, de los motivos o circunstancias que originaron el pacto. Es decir, manteniéndose como estaban al celebrarse el contrato. De ello se deduce que, lo mismo que en la imprevisión, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en época normal, si a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte excesivamente ruinoso o gravosa para el obligado o posiblemente para el acreedor. Véase a: Manuel Ossorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", 32ª ed. (Heliasta, México: 2006), 807.

¹¹ Escolari, "Teoría de la Imprevisión", 35.

Los post glosadores son representados por los juristas italianos de la baja edad media, en donde ellos sostenían que la cláusula *contractus qui tractum successivum vel dependentiam de futuros rebus sic stantibus intelliguntur*, lo cual tiene como significado los compromisos de desarrollo sucesivo que dependen del futuro, deben entenderse que rigen mientras las circunstancias permanezcan como estaban al momento de celebrarse el contrato. La cláusula anteriormente mencionada se aplicaba solo a renunciaciones y promesas, pero con posterioridad se extendió a todos los actos de voluntad.¹²

En la aplicación a esta doctrina se cometieron muchos abusos, por lo que surgió una reacción contra su mal uso, siendo parte de ella Andrés Alciatus, precursor de la Escuela Histórica del Derecho, ya que el referido autor formuló el principio general del respeto al contrato, en que no cabe la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que la declaración de voluntad de las partes no admite modificación.

1.3 Edad moderna

En esta época, la teoría de la imprevisión es precisada y fundamentada por la doctrina y la jurisprudencia, siendo aplicada por tribunales italianos, franceses y españoles.

La doctrina española, a partir de los textos romanos consagró como principio universal el equilibrio de valor entre las contraprestaciones en los contratos sinalagmáticos, lo cual sería un principio aplicable a todos los contratos y para cada uno de los contratantes, indiferentemente.

¹² Rivas, "La imprevisión en los contratos", 206.

En tal sentido, la doctrina y la jurisprudencia, avocándose de lleno al desarrollo de esta teoría de la imprevisión se destacaron los autores italianos cardenales Mantica y De Luca, quienes establecen dos principios básicos que exponen de la forma siguiente: “1) *Por su naturaleza la cuestión de la imprevisión sólo puede tener aplicación en los contratos a término o de prestaciones sucesivas; y 2) Debe limitarse a aquellos casos en que la ejecución plena suponga un perjuicio tal que constituya una flagrante injusticia*”, por lo que es coherente inferir que en esta época se comenzaron a introducir requisitos fundamentales para que tenga aplicación la teoría”.¹³

De la afirmación anterior, se infiere que en esta época se comenzaron a indicar requisitos fundamentales para que tenga aplicabilidad esta teoría en comento, siendo uno de ellos que se trate de los contratos que importen prestaciones sucesivas o diferidas, mientras no estén íntegramente ejecutadas y que las nuevas circunstancias hagan muy onerosa o injusta la obligación.¹⁴

Es importante mencionar que la primera construcción tentativa de la cláusula *rebus sic stantibus*, es obra doctrinaria, ya que se trata de una construcción completa, puesto que aplica en todos los negocios y las relaciones jurídicas, personales o reales, de derecho público o privado y sólo debe considerarse tácitamente comprendida en casos en que viene expresamente dispuesto por la ley.¹⁵

En la obra “*Meditationes ad Pandectas*”, se afirma que “*es regla general en todo contrato la existencia de la imprevisión como eximente de responsabilidad frente al cumplimiento de un contrato, así no se haya pactado... ya que la*

¹³ Sergio Baltra, *De la resolución de los contratos por excesiva onerosidad*, (Editorial Unversitaria, Chile: 1961), 18.

¹⁴ Escolari, “Teoría de la Imprevisión”, 39-40.

¹⁵ Gil, “La Teoría de la Imprevisión”, 21.

alteración de las circunstancias debería de ser imprevista y el fundamento de la teoría se encontraba en la necesidad de interpretar la voluntad de las partes... de modo que el deudor solo permanecía obligado rebus sic stantibus, pudiendo librarse de todas sus obligaciones, en virtud de dicha cláusula implícita, ante una alteración esencial de las circunstancias".¹⁶

En la medida que transcurría el tiempo, se producen algunas consagraciones legislativas de esta teoría. La primera, se encuentra en el Código Civil Bávaro de 1756¹⁷ (Código Maximiliano), una segunda consagración legal de la teoría se encuentra en el Código Civil Prusiano y finalmente, el Código Civil Austríaco de 1812.¹⁸ El desarrollo de esta doctrina se interrumpe, puesto que, en Francia, la teoría de la imprevisión es olvidada completamente, bajo la influencia de la doctrina de la autonomía de la voluntad y en los demás países de Europa, la doctrina se torna cada vez más adversa a esta teoría.

Los principios de la revolución francesa y la pretensión de los positivistas de que todo estaba previsto en la ley, unido al individualismo, que elevó a la categoría de dogma el principio de la libertad contractual o autonomía de la voluntad, hicieron que la imprevisión de sucesos futuros careciera de trascendencia jurídica, a no ser que se tratara de caso fortuito o fuerza mayor, que imposibilitaran absolutamente la ejecución de las prestaciones libremente consentidas.

La cláusula *rebus sic stantibus*, cayó en desprestigio en su aplicación en el derecho privado a medida que iba imponiéndose el racionalismo positivista. El

¹⁶ Lorenzo de la Maza Rivadeneira, "de la teoría de la imprevisión. Corte Suprema de Justicia" (gaceta judicial tomo XLVIII, número 1940, Bogotá: 1938).

¹⁷ Primer Código que recepcionó la cláusula *Rebus Sic Stantibus*.

¹⁸ José María Rivera Restrepo, "Historia y fundamentos de la cláusula Rebus Sic Stantibus (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española", *Revista ARS*, n. 1 (2015): 15.

desprestigio tuvo su causa en el excesivo uso y extensión de la jurisprudencia, afectando la estabilidad de los contratos y el hecho de no haberse desarrollado una fundamentación jurídica sólida más allá de presumir que en todo contrato iba implícita la cláusula *rebus sic stantibus*.

1.4 Edad contemporánea

Los juristas se replantean la teoría de la imprevisión, adaptando la misma a la concepción social actual, es decir, ajustándola a la realidad, ya que continúa con deficiencias que no permiten tener una claridad cómo afrontar hechos imprevistos en una obra, por lo que expresan la necesidad de continuar desarrollando y perfeccionando la teoría en comento, dándole fundamentos concretos y objetivos que permitan que su regulación garantice a las partes contractuales la forma en cómo abordar los imprevistos que se susciten al momento de la ejecución de la obra pública.

En algunos países se acepta ampliamente la teoría de la imprevisión, tales como: España, Argentina, México, etc., y en otros ha sido poco tratado por los juristas, por lo que aún no hay claridad sobre quién debe responder frente a estos acontecimientos imprevisibles, pero se ha sostenido que su fundamento se encuentra en la relatividad de los derechos y en la solidaridad social, envueltos de buena fe y reciprocidad de las prestaciones en los contratos bilaterales, en los que predisponen que las prestaciones a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimiento extraordinarios e imprevisibles, los cuales pueden correr a cargo de la administración pública y otros a cargo del contratista.¹⁹

¹⁹ Juan Carlos Dorr Zegers, "Teoría de la Imprevisión", *Revista Chilena de Derecho*, número 2 (1985): 262-264.

1.5 Evolución histórica del contrato de obra pública en la Constitución

A partir de la independencia de El Salvador que data de 1821, fueron creadas varias cartas magnas, desde la Constitución de la República Federal de Centro América de 1824 hasta la que actualmente se encuentra en vigencia, siendo la Constitución de la República del año 1983, pero respecto a la contratación pública solo algunas han marcado historia entre las cuales se pueden destacar las siguientes:

La Constitución de la República Federal de Centro América, fue la primera carta magna con la que conto el país, la cual fue emitida en 1824, cuando se formaba parte de la Federación de las Provincias de Centroamérica, y no se previó regular nada sobre la contratación pública, ni tampoco en las Constituciones de 1841, 1862, 1872, 1880 y 1883. Fue hasta la creación de una nueva Constitución, y promulgada el 13 de agosto de 1886, que se plasmó por primera vez, lo relativo a las construcciones de obras públicas, en su art. 90 numeral 14°, en el cual se establecían las facultades que tendría el poder ejecutivo.²⁰

La constitución de 1886 marcó un precedente importante, pues por primera vez, en el artículo 16 del mismo cuerpo normativo se dio a conocer la figura jurídica de la “justa retribución”²¹. Además, se estableció en su art. 91 numeral

²⁰ Constitución Frustrada de 1885, Congreso Constituyente presidida por Hermógenes Alvarado el 23 de noviembre de 1885. art. 90 numeral 14, el cual literalmente dice: “*Decretar la apertura y mejoramiento de las vías de comunicación; pero los contratos que celebre para la construcción de caminos de caminos de hierro y apertura de canales no tendrán efecto mientras no sean aprobados por el cuerpo legislativo*”.

²¹ Constitución Frustrada de 1885, Asamblea Constituyente presidida por Hermógenes Alvarado. Art. 16, el cual literalmente dice: “*Nadie puede ser obligado a prestar trabajos o servicios personales sin justa retribución y sin su pleno conocimiento, salvo que por motivos de necesidad o utilidad pública se establezcan por la ley...*”.

14^o²², que se facultaba al poder ejecutivo la apertura y mejoramiento de las vías de comunicación, pero respecto a los contratos que se celebren para la construcción de muelles, caminos de hierro y apertura de canales, no tendrán efecto mientras no sean aprobadas por el cuerpo legislativo. En la Constitución se estableció que todo contrato que realizaba el poder ejecutivo con fondos públicos debían someterse a licitación pública, debido a la inexistencia en ese momento de una ley secundaria que posteriormente se concentraría en la Ley de Suministros, la cual desarrolló las formas de contratación y procedimientos en lo relativo a obras públicas, las diferentes instituciones de la Administración Pública del país utilizaban de referencia la Constitución, juntamente aplicando el régimen jurídico del derecho privado, según lo preceptuado en el art. 131 de la referida Constitución.²³

La Constitución de 1886 tuvo una duración de 53 años y rigió durante 13 administraciones hasta que se crea la Constitución de 1939,²⁴ a la que le fueron incorporadas más facultades al poder ejecutivo, ampliando de esta forma sus atribuciones y competencias, las cuales plasmaron en el art. 106 numeral 12, incorporando un aspecto novedoso, ya que por primera ocasión en el art. 163 del mismo cuerpo normativo se aborda lo relativo al contrato de concesión.

²² Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

²³ Constitución Política de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Nacional Constituyente, 1886), art. 131 el cual literalmente dice: *“el Poder Ejecutivo no podrá celebrar contratos que comprometan los fondos nacionales, sin previa publicación de la propuesta en el periódico oficial y licitación pública. exceptuándose las que tengan por objeto proveer a las necesidades de la guerra y las que, por su naturaleza, solo puedan celebrarse con persona determinada”*.

²⁴ Constitución Política de la Republica de El Salvador (El Salvador, Asamblea Nacional Constituyente, 1939), art. 106 numeral 12 el cual literalmente dice: *“Establecer nuevas vías de comunicación y mejorar las existentes, así como los servicios de correos, telégrafos, teléfonos, radio y otros análogos; pero los contratos que celebre para la construcción de ferrocarriles muelles, puentes, caminos y apertura de canales, no tendrán efecto mientras no sean aprobados por la asamblea Legislativa”*

En la misma línea de tiempo, se crea la Constitución de 1950 y nace una nueva forma del proceso de contratación de la administración con los particulares, quitándole la facultad al Poder Ejecutivo, por considerar que ya no era necesaria que fuera aprobado por la Asamblea Legislativa, por lo cual crearon la figura de la licitación pública, la que regularon en el art. 127 de la norma indicada.²⁵

Además, en la Constitución antes mencionada, surge una reforma significativa, pues se modifica el artículo de la “justa retribución”, el cual fue acogido en el art. 155²⁶; en ese mismo orden de ideas, es necesario resaltar que la forma de contratación no sufrió ningún cambio sino que se mantuvo con la Constitución de 1962.

La Constitución de 1983, vigente hasta esta fecha, la cual regula en su artículo 234, la forma de contratación, indicando que por regla general los procesos de contratación que efectúe la administración pública deben estar sometidos a procesos abiertos, es decir, deben realizarse mediante licitación pública, estableciéndose como marco legal la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en adelante LACAP²⁷ y el Reglamento de dicha ley, RELACAP, estableciéndose las diferentes formas y procedimientos de contratación, acciones relativas a la adjudicación, contratación, seguimiento y

²⁵ Constitución Política de El Salvador (El Salvador, Asamblea Nacional Constituyente, 1950), art. 127, el cual literalmente dice: *“que expresamente decía: “Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley. No se celebrarán contratos en que la decisión, en caso de controversia, corresponda a tribunales de un Estado extranjero. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades.”*

²⁶ *Ibíd.*, art. 155, el cual literalmente dice: *“Nadie puede ser obligado a prestar trabajos o servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás determinados por la ley”.*

²⁷ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2000).

liquidación de obras, bienes y servicios de cualquier naturaleza, así como los principios y valores, a fin de garantizar condiciones de competencia equitativa y transparente en la esfera de las contrataciones.

1.6 Antecedentes históricos de la creación del Ministerio de Obras Públicas

El 19 de octubre de 1915, se creó el Ministerio de Obras Públicas²⁸, mediante decreto ejecutivo, con el objeto de atender la demanda de ejecución de proyectos de infraestructura vial tanto urbana como rural. En ese contexto, el Poder Ejecutivo, en atención a la necesidad urgente de poseer buenas vías de comunicación en relación con el tráfico vehicular, las necesidades individuales, comerciales, industriales y agrícolas del país, emitió el decreto de creación de la Dirección General de Caminos.²⁹

Fue hasta el año 1917 que se dicta un Decreto Legislativo de creación del Ministerio de Fomento y Obras Públicas³⁰, la cual posteriormente asumirá todas las funciones encomendadas a las anteriores oficinas de regulación vial. En 1920, la Dirección General de Obras Públicas dentro del ramo de Fomento contaba con una Sección de Caminos, así como una Sección de Arquitectura, Saneamiento y Aguas y una Sección de Caminos, Puentes y Calzadas.³¹

Por la razón anterior, en 1948 el Ministerio de Fomento y Obras Públicas contaba con la Dirección General de Carreteras, implementándose en 1949,

²⁸ Ministerio de Obras Pública y de Transporte, "Historia", gobierno de El Salvador, 2009, https://www.mop.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=84

²⁹ Diario Oficial de El Salvador, No. 198, Tomo 31 (El Salvador, 31 de agosto de 1916).

³⁰ *Ibíd.*

³¹ El ordenamiento jurídico de El Salvador aún tiene vigente la Ley de Urbanismo y Construcción y su respectivo Reglamento, siendo su objetivo regular la tramitación de todo permiso de parcelación para fines de vivienda en suelos urbanos, urbanizables y rurales, con el propósito de ordenar los desarrollos urbanos y los nuevos centros poblados.

el Ramo de Fomento y Obras Públicas que estaba formado entre otras por Dirección General de Obras Públicas y la Dirección General de Carreteras. En 1952, la Dirección de Urbanización y Arquitectura cambia nombre a Dirección de Urbanismo y Arquitectura, y en 1954, la Dirección de Urbanismo y Arquitectura y la Dirección de Caminos, se convierte en Direcciones Generales dentro del Ramo de Obras Públicas.

La Administración Pública comenzó realizando sus contratos administrativos con el contratista utilizando la Ley de Suministros de 1939³², para ejecutar y materializar las obras públicas que les fueran requeridas en las diferentes Carteras de Estado, la que regulaba la provisión de mercaderías que se necesitaban para servicio de la administración pública, definiendo que era una adjudicación y en la que se estableció los tipos de métodos de adjudicación de los suministros, los cuales se podían realizar bajo las siguientes modalidades: subasta, concurso público, concurso privado y por libre gestión.

En 1945 se creó un nuevo marco legal que derogó toda la legislación antes mencionada y el Órgano Legislativo establece las reformas a la Ley de Suministros,³³ la cual regulaba el proceso de adjudicación de los suministros y estableció las funciones de la Proveduría General de la República, que tenía el carácter de empresa oficial con patrimonio propio, dependiente del Ministerio de Economía, que estaba sometida a la fiscalización, preventiva y posterior que debía realizar la Corte de Cuentas de la República.³⁴

³² Ley de suministros, (El Salvador, Asamblea Nacional de la República de El Salvador, 1939).

³³ Ley de suministros, (El Salvador, Asamblea Nacional de la República de El Salvador, 1945).

³⁴ Se construyeron obras emblemáticas tales como: puente de San Marcos Lempa conocido como "Puente de Oro" que fue inaugurado en 1952, Presa Hidráulica el 5 de noviembre conocida como presa hidroeléctrica 5 de noviembre, en el año de 1954³⁴, con la finalidad de remansar las aguas turbulentas del río Lempa, así como la carretera del litoral entre el Puerto de la Libertad y la Ruta de Mizata, inaugurada en 1959.

Debido al crecimiento de las necesidades de la población, cada Ministerio se ve en la necesidad de contar con su propio proveedor específico y leyes que les facultara atribuciones para contratar, debiendo asignar a cada dependencia del Estado un presupuesto que les permitiría satisfacer las necesidades institucionales, lo cual se encontraba regulado en las Disposiciones Generales de Presupuesto de 1983.

En tal sentido con la finalidad de mejorar los procesos de contratación pública, el Órgano Legislativo creó la ley LACAP, que surgió para responder a una inminente necesidad jurídica del Estado, ante la coexistencia de diversas leyes reguladoras de la misma materia relativa a las adquisiciones y contrataciones, la cual fue aplicada por toda la administración pública desde el año 2001.³⁵

1.7 Conclusión

De lo expuesto en el Capítulo I se puede inferir que, desde la edad antigua, media, la moderna y contemporánea, se ha realizado la construcción de las diferentes obras públicas, con la finalidad de satisfacer beneficios e interés común, utilizando fondos del Estado. Asimismo, que la cronología de las diferentes constituciones ha significado una transformación; y en ese contexto histórico sobre la base de la Contratación administrativa para la obra pública.

En tal sentido, la noción práctica del contrato de obra pública surge de la aplicación de la ley primaria, es decir, surge de la actividad contractual como uno de los instrumentos fundamentales para cumplir con uno de los fines

³⁵ Las causas que originaron la creación de la LACAP, fueron: Carencia de un régimen legal ordenado y sistemático; marco legal burocrático y engorroso en los procesos de adquisición; falta de transparencia de las contrataciones; uso irracional de los fondos; falta expresa de procedimientos; montos desactualizados para contratar; y falta de procesos y parámetros unificados para evaluar las ofertas.

esenciales del Estado de derecho. Ahora bien, sustentado en los antecedentes relacionados, surgen los antecedentes de los imprevistos, examinados desde la perspectiva para la aplicación de la teoría de la imprevisión y de los contratos administrativos de obra pública en El Salvador, que se formalizan por medio de los instrumentos legales, en la relación jurídica contractual entre el particular y la administración pública.

CAPITULO II

LOS IMPREVISTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El propósito del presente capítulo es puntualizar aspectos concernientes al fundamento doctrinario y legal de los imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública y la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión; en ese orden se desarrollarán el concepto de imprevisibilidad, así como los requisitos para su aplicación, destacando las características y elementos de los mismos; de esta forma, también se considera la diferencia entre contrato de obra pública y privada; las divergencias entre caso fortuito, fuerza mayor y teoría de la imprevisión, análisis de algunas definiciones y verificación de los requisitos que deben tomarse en cuenta respecto a la aplicación de dicha teoría. Se destacan las etapas previas a la celebración del contrato de obra pública y la importancia del estudio de prefactibilidad y factibilidad, para evitar que se presenten hechos que vuelvan mucho más onerosa su ejecución; todo ello para tener mejor comprensión de su importancia, utilidad y aplicación.

2. Generalidades de la teoría de la imprevisión

En el transcurso de un contrato, lo normal es que desde su celebración hasta el final de su ejecución no se presente ningún problema o cambio que afecte la ejecución satisfactoria del mismo; sin embargo, generalmente sucede que pendiente la ejecución del mismo ocurran hechos imprevistos ajenos a la voluntad de las partes que alteren el equilibrio de prestaciones, transformando la obligación en excesivamente onerosa para una de ellas.³⁶

³⁶ Luis Alberto Acuña Tapia y Gabriela Yolanda Novoa Muñoz, "Cambio de Circunstancias del Contrato" (Tesis de grado, Universidad Católica de Temuco, 2004), 32.

Al mismo tiempo, no se puede desconocer el hecho de que las personas que concierten entre sí un contrato, lo que quieren es que lo convenido persista a pesar del cambio posterior de la circunstancia. De este modo, por la ocurrencia de un hecho imprevisto puede suceder que el cumplimiento de la obligación no sea absolutamente imposible, si no que este se ha dificultado para una de las partes haciéndolo más oneroso.

Es así que la teoría de la imprevisión ha sido elaborada por la doctrina jurídica con la finalidad de encontrar una solución a un contrato en la que una de las partes se ve sometida a una onerosidad excesiva o anormal en virtud de las cuales habían sido tomadas en cuenta en un inicio al momento de la contratación, resultan modificadas al momento de su ejecución.³⁷

2.1. Definición de imprevisto

En la normativa vigente, LACAP en su art. 83-A³⁸ inc. 2, brinda una definición acerca de las circunstancias imprevistas, resaltando que su comprobación es responsabilidad del titular de la institución. Asimismo, en el art. 43 del C.C.³⁹, trata de definir dicho concepto, incorporando el caso fortuito o fuerza mayor, haciendo una sinonimia entre los dos términos.

La disposición se relaciona con lo que regula el art. 1418 del C.C., ya que, si se presenta un imprevisto en la ejecución de la obra, él que lo alega está en la obligación de comprobarlo, debiendo acreditar no sólo la existencia del hecho

³⁷ Centro de Información Jurídica CIJUL, “Teoría de la Imprevisión Contractual”, (Convenio Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, 2007), 2.

³⁸ Art. 83-A.- “*Para efectos de esta Ley, se entenderá por circunstancias imprevistas, aquel hecho o acto que no puede ser evitado, previsto o que corresponda al caso fortuito o fuerza mayor*”.

³⁹ Según esta disposición, “se denomina fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

que constituye la fuerza mayor o caso fortuito, sino que, como consecuencia de ella indicar que quedó impedido para cumplir con la obligación.⁴⁰

En este orden de ideas, se vuelve indispensable remitirse a la jurisprudencia, para recopilar de esta una definición más clara y amplia de lo que es un imprevisto, es por ello que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución 231-2008, aborda el imprevisto y lo define en dos supuestos diferentes, el primero como *“caso fortuito indicando que es un acontecimiento natural inevitable que puede ser previsto o no por la persona obligada a un hacer, pero a pesar que lo haya previsto no lo puede evitar, y, además, le impide en forma absoluta el cumplimiento de lo que debe efectuar. Constituye una imposibilidad física insuperable; y el segundo como fuerza mayor, acotándolo como el hecho del hombre, que puede ser previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta, el cumplimiento de una obligación”*.⁴¹

En coherencia con lo anterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo en su misma resolución indica las condiciones y circunstancias que deben reunirse para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor, son cuatro condiciones básicas: *“a) Que el hecho se produzca independientemente de la voluntad de la parte que lo alega, hecho importante, ya que por el cual el juzgador establece que la parte no queda eximida de responsabilidad, cuando el hecho se produce durante su culpa o mora; b) Se requiere que este acontecimiento sea imprevisto, que las partes no hayan tenido oportunidad de preverlo; c) Se requiere que el acontecimiento sea insuperable; y d) El caso*

⁴⁰ Sentencia Definitiva, Referencia: 124-29C1-29 (El Salvador, Cámara Primera de lo Civil de la Primera. Sección del Centro, San Salvador, 2003).

⁴¹ Sentencia Definitiva, Referencia: 231-2008 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

fortuito o la fuerza mayor, debe tener como consecuencia una imposibilidad permanente de ejecutar la obligación”.

2.2 Teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión es la consecuencia del problema que se presenta cuando las condiciones económicas de un contrato se ven alteradas sustancialmente, motivando la necesidad de revisar las condiciones económicas pactadas, por no prever condiciones económicas que quedan fuera del alcance de los contratantes y consecuentemente buscan el equilibrio de las contraprestaciones.⁴² En este sentido, la teoría en comento también es llamada como "riesgo imprevisible", o "lesión sobreviviente", definiéndola la doctrina mexicana como: *“...la presencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que, siendo sobrevinientes al momento del nacimiento de la relación contractual, afectan gravemente la economía del contrato sin que impidan su ejecución, pero que obliga al co-contratante que las sufre a ejecutarlo con grave pérdida patrimonial para él, obligando a su contraparte a restablecer el equilibrio económico, con la finalidad de conservar la conmutatividad de las prestaciones pactadas ”.*⁴³

Lo señalado anteriormente, es el concepto fundamental de lo que ha de entenderse por "teoría de la imprevisión", a cuyo respecto hay uniformidad en doctrina; sin embargo, la discrepancia aparece cuando se trata de establecer cuál debe ser el origen o la procedencia del hecho o acto determinante del deterioro económico que recibe el contratante. Además de la controversia sobre si los fenómenos o hechos naturales, pueden ser admitidos como

⁴² Joel Chirino Castillo, *Teoría de la imprevisión*, 3ª ed. (Editorial Porrúa, México: 2014), 317.

⁴³ Viviana Beatriz Barajas Villarreal, “La teoría de la Imprevisión como garantía del equilibrio económico contractual” (Tesina de Posgrado, Universidad de Santo Tomás de Bogotá, 2015), 23.

causantes del desequilibrio económico que da lugar a que se aplique la teoría de la imprevisión, en particular dicha discrepancia se refiere a los hechos o actos que proceden de autoridades públicas.

En este orden de ideas, es preciso afirmar que en el Derecho Administrativo, la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que sobreviene en el derecho privado, no es causal de rescisión, lo que impide al contratista dejar de cumplir con sus obligaciones contraídas, debiendo limitarse a gestionar directamente una compensación que le permita continuar cumpliendo sus obligaciones contractuales, en vista que el interés público exige que la administración pueda disponer sin demora de la obra contratada, lo cual se vería frustrado si se facultara al contratista la potestad de rescindir.

La aplicación de la teoría de la imprevisión demanda la alegación y prueba de que el menoscabo o trastorno ocasionado por el alza de precios haya superado lo originalmente pactado, en tanto la lesión sobreviniente, producto del hecho extraordinario e imprevisible, que hace aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*⁴⁴ en el que exige un grave desequilibrio de las contraprestaciones pues no puede aceptarse que el Estado se convierta en garante de un determinado nivel de renta del contratista que es en definitiva lo que intenta. la teoría de la imprevisión se aplica en contratos administrativos de prestación única mientras se encuentre en ejecución al momento de producirse el hecho o acontecimiento imprevisible. El contratista tiene derecho a que se mantenga el equilibrio o ecuación económica financiera.⁴⁵

⁴⁴ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. 3 (Abeledo-Perrot, España: 1983), 789.

⁴⁵ El "hecho del príncipe": Se conoce así a la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública.

2.3 Requisitos para la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión

La aplicabilidad de la teoría de la imprevisión requiere la concurrencia de los requisitos que se enumeran a continuación:⁴⁶ (i) es aplicable únicamente a los actos jurídicos; (ii) debe tratarse de contratos conmutativos; (iii) tiene que mediar el acaecimiento de un hecho exterior, o sea ajeno a las partes. Si en el imprevisto hubiere culpa, dolo o mora del obligado, cualquier pretensión de aplicar esta teoría fallaría por su base; (iv) Debe tratarse de hechos imprevisibles, es decir que el hecho o acontecimiento extraordinario surja en el intervalo de la ejecución del contrato, eventos que no fueron posible prever y genera que las obligaciones de las partes se vuelvan más onerosas; (v) deben tratarse de actos jurídicos a largo plazo, o de cumplimiento periódico. En los contratos de cumplimiento inmediato, o a corto plazo, no hay motivo para esta teoría y, (vi) la dificultad originada para el cumplimiento, debe ser de una onerosidad excesiva.

De los requisitos antes expuestos, es preciso mencionar que todos ellos deben estar presentes a la hora de valorar la aplicabilidad de la teoría en comento, teniendo especial cuidado en considerar que los hechos que no pudieron haber sido previstos por los contratantes, deben ser completamente ajenos a la voluntad de las partes y deben guardar una estrecha relación de causa efecto con la enorme onerosidad que significará para el contratista el cumplimiento del contrato; es así, que en ningún momento se trata de imposibilidad en el cumplimiento, sino más bien de dificultad, carencia de equilibrio, lo cual hará más gravosa la obligación del contratista, aumentando su sacrificio económico, reportando en forma correlativa un beneficio inesperado para el contratante, por lo que se trata en la imprevisión, de una

⁴⁶ Castillo, *Teoría de la Imprevisión*, 323.

imposibilidad relativa, de un hecho que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificulta de tal manera que representará su cumplimiento para el contratista un perjuicio grave y apreciable.

2.4 Definición de contrato de obra pública

El contrato de obra se delimita al criterio de resultado, ya que el contratista se obliga a garantizarlo, el mismo no se agota con la ejecución de la obra, sino que reúne cualidades prometidas, sin defectos que eliminen o disminuyan el valor de la utilidad exigida por el contratante.⁴⁷ Es por ello que una definición doctrinaria muy acertada sobre el convenio de obra es la siguiente: *“El contrato que consiste en la obligación que contrae el contratista de hacer una obra determinada, y el comitente, de pagarle la correspondiente retribución.”*⁴⁸

La doctrina argentina entiende de que *“el contrato de la administración es toda declaración bilateral o de una voluntad común, productora de los efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”*⁴⁹

Por otra parte, la doctrina de El Salvador acota respecto a la misma definición que: *“Es aquel que tiene por objeto la realización de obras, construcciones de beneficio o interés general, sea mediante la alteración del terreno o del subsuelo, sea mediante la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación o por cualquier otro medio”*.⁵⁰

⁴⁷ “Construmática, Metaportal de Arquitectura, Ingeniería y Construcción: “Contrato de obra: Resumen”, portal de Construmática, acceso el 09 de septiembre de 2019, https://www.Construmatica.com/construpedia/contrato_de_obra:_Resumen

⁴⁸ Javier Rodríguez Velardo, “Contrato de Obra”, Rodríguez Velarde (blog), acceso el 16 de septiembre de 2019, http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte2_cap10.pdf

⁴⁹ Roberto José Dromi, *Licitación Pública* (Editorial Ciudad, Argentina: 1999), 25.

⁵⁰ Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo* (Editorial Cuscatleca, El Salvador: 2014), 242.

En la misma secuencia de ideas, en el artículo 104 de la LACAP, se encuentra regulado la definición de contrato de obra, indicando de forma puntual que es *“aquel que celebra una institución con el contratista, quien por el pago de una cantidad de dinero se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general”*, misma que se relaciona con lo que dispone el art. 68⁵¹ del RELACAP, en donde hace una descripción de los alcances de las obras públicas.⁵² En ese orden de ideas, el contrato de obra se encuentra sujeto al derecho público, ya que establece un vínculo de obligaciones, entre un ente de derecho público y un ente de derecho privado y que este vínculo está afecto al cumplimiento de los fines de la administración, en el que esta ejerce prerrogativas para su interpretación, ejecución y extinción, sin alterar la ecuación financiera de la relación contractual ni incurrir en irracionalidades.

Se puede afirmar, con base en las definiciones antes expresadas, que la más apegada a la normativa del país, es la de la doctrina peruana, ya que relaciona lo que dispone el artículo 9 de la Cn., que efectivamente del contrato surge una obligación recíproca entre la administración pública y el contratista, debido a que el segundo se compromete con la primera a realizar la obra convenida, y la administración deberá pagar la prestación brindada al momento de la terminación de la misma, resaltando la justa remuneración que debe recibir, ya que nadie está obligado a realizar ninguna obra, sin su respectivo pago, es decir, no se puede ejecutar más de lo solicitado o convenido en el contrato.⁵³

⁵¹ Reglamento de la Ley de Adquisiciones de la Contratación Pública, (Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013).

⁵² Las obras públicas comprenden a la luz de este artículo la a) Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales; b) Los trabajos de infraestructura agropecuaria, tales como: adecuación parcelaria, obras de riego y drenaje, canales de distribución, obras de protección; c) Obras de protección y mitigación de riesgos ambientales.

⁵³ José Roberto Barriere Ayala, “LACAP y RELACAP comentadas”, B & G Consultores (blog), acceso el 20 de septiembre de 2019, <http://www.derecho-administrativo.net/lacap.htm>

2.5 Naturaleza jurídica del contrato de obra pública

El contrato de obra pública es un convenio administrativo por ser siempre la administración pública una de sus partes intervinientes, así también por tener como finalidad el interés público, el cual contiene cláusulas inadmisibles en el derecho privado y por estar regulado, en buena medida por un régimen jurídico de derecho público, no obstante que se aplique supletoriamente el derecho común.⁵⁴

En este sentido, es preciso indicar que al hacerse referencia a la naturaleza jurídica esta se divide en dos instituciones: a) jurídica y b) normativa; la primera se refiere a la locación de obra, en la que el contratista debe asumir los riesgos, *“La doctrina claramente reconoce en este tipo de prerrogativas, la potestad interpretativa que tiene la administración, consistente en la potestad de la interpretación unilateral de los contratos administrativos, basada, entre otras argumentaciones, en que las cláusulas contractuales constan redactadas unilateralmente por la propia administración, y por tanto, es ella quien mejor está dotada para conocer la auténtica voluntad de la misma. En definitiva, la interpretación de la administración, vincula ejecutoriamente al contratista desde el momento en que son emitidas en términos y cumplidos los tramites señalados”*.⁵⁵

En el caso específico del contrato de obra pública, la doctrina sostiene que es la figura contractual más definida en el ámbito administrativo, y que la esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis, la que

⁵⁴ Jenny Liliana Domínguez Aguilar, “Aplicación de las nuevas reformas de la ley LACAP a los procesos de licitación de los proyectos de ejecución de obras de ANDA” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2012), 40.

⁵⁵ Sentencia de Definitiva, Referencia: 339-2010, (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2014).

*tradicionalmente se conoce como el principio tópico del riesgo y ventura, lo que quiere decir que el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asumiendo entonces el mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención de éste resultado”.*⁵⁶

La segunda de las instituciones, referida a la prestación de servicios que brinda el contratista a la administración pública, la cual debe entenderse apegada a la normativa en vigencia desde el año 2018, relativa a los procedimientos administrativos indica: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la administración pública de la lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, siempre que ésta sea a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la administración pública. La responsabilidad del Estado es de carácter institucional y predominantemente objetiva (...) No serán indemnizables los daños producidos al particular cuando este tenga el deber legal de soportarlos, ni cuando tales daños se deriven de los hechos o las circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar, según el estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica existente en el momento en que se han producido.”*⁵⁷

En el análisis pertinente y a manera de concluir con este punto, es importante resaltar que la relación jurídica concreta ofrece la naturaleza administrativa cuando se determina por la prestación de un servicio público, entendido este concepto en una forma amplia que abarca cualquier tipo actividad de la administración, necesaria para satisfacer el interés general; entendiendo que en su naturaleza deben prevalecer principios de equidad y justicia y por ende de igualdad entre administración contratante y contratista.

⁵⁶ Sentencia de Definitiva, Referencia: 339-2010.

⁵⁷ Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2018).

2.6 Características del contrato de obra pública aplicables a la teoría de la imprevisión

Las características que identifican al contrato de obra pública se encuentran reguladas desde el Art. 1310 hasta el 1314, del C.C.,⁵⁸ siendo las siguientes: bilateral, oneroso, tracto sucesivo, conmutativo, adhesión y solemne.⁵⁹

a) Bilateral: es un contrato bilateral ya que de él surgen obligaciones para las dos partes y para que opere la teoría de la imprevisión es preciso que se trate de un contrato bilateral, puesto que es en estos contratos donde concurre precisamente ese enfrentamiento mutuo de dos personas en doble concepto de contratante y contratista para las prestaciones.

b) Es oneroso: Ambos contratantes pretender obtener una compensación equivalente, por lo que uno tiene intereses pecuniarios y el otro un interés general o público. Es requisito de la teoría de la imprevisión, la onerosidad del contrato, puesto que tendrá aplicación cuando la parte que aún puede realizar su prestación, y está dispuesta a realizarla, se encuentra ante la circunstancia inesperada de que su sacrificio económico ya no tiene interés para la otra parte.

c) Es de tracto sucesivo: ya que a diferencia de los que se agotan en un solo momento o episodio, su eficacia y vigencia perdura en un lapso de tiempo más o menos amplio, es decir que dichos acontecimientos, el Derecho los dota de efectos jurídicos, de tal manera que si es interrumpido el efecto jurídico correspondiente no se produce. Por ello la teoría de la imprevisión supone que una de las prestaciones objeto del contrato estipulado, como consecuencia de

⁵⁸ Código Civil (El Salvador, Poder Ejecutivo, 1860).

⁵⁹ Jorge Ricardo Canals Arenas, *El contrato de obra Pública: dentro de la teoría general de los contratos administrativos y de su marco legal en México* (Editorial Trillas, México, 1991), 99.

un acontecimiento extraordinario e imprevisible, se convierte en excesivamente onerosa, ósea que está transformación en la prestación será posible en la medida que exista, entre la celebración del contrato y su ejecución, un lapso dentro del cual puedan ocurrir dichos acontecimientos.

d) Conmutativo: debe de mantenerse la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, ya que las prestaciones a que se obligan los contratantes son ciertas, circunstancia que permite apreciar a las partes el beneficio o la pérdida que se habrá de generar, sin que tal utilidad se supedite a un acontecimiento incierto. Para que tenga aplicación la teoría de la imprevisión, el contrato ha de ser oneroso conmutativo, ya que en éstos las partes han considerado que el sacrificio que deben realizar equivale a la ventaja que se va a recibir, como consecuencia de un hecho imprevisible, se va a ver alterada la extensión inicial de una de las prestaciones, de modo que el sacrificio que la parte afectada debe realizar no se mirará como equivalente a la ventaja que obtendrá con la ejecución de la contraprestación.

e) Adhesión: con base en las condiciones previamente establecidas por la administración pública, el contratista se adhiere a las cláusulas contenidas en el contrato y bases de licitación.

f) Solemne: está sujeto a observancia de ciertas formalidades específicas, de manera que sin ellas no produce ningún efecto para las partes.

2.7 Diferencias entre contrato de obra pública y contrato de obra privada

Se hace necesario tener clara la diferencia que existe entre el contrato de obra pública y de obra privada, por lo que ambos conceptos se pueden definir de la siguiente manera:

Respecto al contrato de obra pública, se puede decir que, es aquel que celebra el Estado, siendo éste de naturaleza pública, en el cual predomina el interés en general de la población, es decir, que son los contratos que se celebran entre dos partes, con la característica que una de ellas es la administración pública, la cual está sometida a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la administración.⁶⁰

En ese orden de ideas, se ha expresado que el contrato es administrativo, porque versa sobre un objeto particular, el servicio público, por esa razón es que están regulados en el régimen especial de derecho público, donde el contratante no estaría obligado a cumplir la obligación como particular con relación a otro particular, sino que debe interpretarse en el sentido que sus obligaciones se extienden a todo lo que absolutamente es necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. Se rige en primer punto por la normativa que regula la contratación de la administración pública, LACAP y de manera supletoria por el derecho común.⁶¹

Con base en el análisis anterior, a contrario sensu, en contratos civiles impera el interés privado, o sea, que en los contratos privados son más bien regulados por el derecho común, los contratos pueden ser verbales o escritos, permiten flexibilidad y determinan así el tipo de contrato que será más conveniente efectuar, y con ello lograr los mejores resultados para el contratante como para el contratista. Se hace mención de que los contratos privados, son un convenio

⁶⁰ Blogger, "Concepto contratación pública y diferencia con la contratación privada", *Contratación Pública* (blog), Blogger, sábado 18 de junio del año 2016, <http://contratacionpublica1228.blogspot.com/2016/06/concepto-contratacion-publica-y.html?m=1>

⁶¹ Sandra Elizabeth Santos, Ana Miriam Martínez Ramírez y María Milagro Ramírez Villalta, "Consecuencias que genera la falta de cumplimiento a los procedimientos legales para la celebración del contrato administrativo de obra pública, realizado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y desarrollo Urbano", (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2000), 18.

o mutuo acuerdo del cual una persona natural o jurídica se compromete para con otra u otras personas a prestar sus servicios lícitos y los profesionales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada en la negociación, que no enmarcan obras o servicios para un fin público.⁶²

Por otra parte, los contratos administrativos se caracterizan por la exigencia de formalidades especiales que deben cumplirse para su realización, que en El Salvador se encuentran determinadas por leyes especiales y reglamentos aplicables a los contratos administrativos, en los que predomina la voluntad de la administración, lo cual permite a las entidades consignar en los pliegos de condiciones o bases de la licitación, un conjunto de cláusulas realmente inadmisibles en la contratación civil y que a la otra parte únicamente le queda la posibilidad de rechazar o adherirse a las condiciones fijadas de antemano, lo que demuestra que son verdaderos contratos de adhesión.

La situación preponderante de la administración pública no está determinada solamente por el derecho de fijar de modo unilateral las leyes de los contratos, sino que debe de existir un conjunto de preceptos que establecen diversas situaciones de excepción para las entidades públicas con respecto a los particulares con quienes contrata, siendo algunos de ellos: el carácter unilateral de las fianzas que garantizan los contratos, las cuales benefician exclusivamente a la administración,⁶³ el privilegio unilateral de la imposición de multas y en algunos casos, el reclamo de daños y perjuicios al contratista por el simple retardo en el cumplimiento de su obligación,⁶⁴ la inembargabilidad

⁶² Construmática, “Contrato de obra: Resumen”.

⁶³ LACAP, Art.32.

⁶⁴ *Ibíd.*, Art. 85.

de los bienes del Estado, Art. 1488 Código Civil,⁶⁵ y el derecho de modificar unilateralmente los contratos.⁶⁶

2.8 Sistemas de contratación de la obra pública

Para la doctrina argentina, la obra pública puede ser contratada a través de distintos sistemas, los cuales admiten también diversas formas de considerar y realizar el pago del precio, citando las siguientes.⁶⁷

2.8.1 Precios unitarios

El precio unitario, también denominado contrato por “serie de precios” o por unidad de medida; en el que se realiza un cómputo métrico de la obra y se establece un precio seccional por medida y por ítem. Este tipo de contrato, es aquel en que el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado es decir, por precios unitarios, en el que se desglosan cantidades de obra para que realice su oferta económica, debiendo verificar el contratista dichas cantidades de obra realmente ejecutada, para poder realizar los pagos a los precios unitarios establecidos.

2.8.2. Precio firme o ajuste alzado

El contrato a precio firme, es un contrato basado en el acuerdo de un precio total fijo, global, previo, invariable y obligatorio para las partes, determinado para el oferente bajo su total responsabilidad, y que corresponde a la contraprestación única y total que éste recibirá por ejecutar el conjunto

⁶⁵ Código Civil de El Salvador, Art. 1488.

⁶⁶ LACAP, Art. 83-A.

⁶⁷ Dromi, *Licitación Pública*, 586

completo de las obras materiales, trabajos o servicios tal como están definidos, acotados y especificados en las bases técnicas, los planos y los demás documentos del contrato. Es común usar esta modalidad porque se puede determinar con suficiente exactitud la cantidad de obra.

En tal sentido, un contrato a precio firme o suma alzada es un acuerdo legal, no una garantía de que el producto contratado será entregado a tiempo y satisfaciendo las especificaciones técnicas establecidas. Es de ello que se entiende que con frecuencia las cosas no salen como fueron planificadas, generándose demoras en la ejecución de las actividades de la ruta crítica por la ocurrencia de eventos no imputables a ambas partes y que desde luego constituyen un elemento de riesgo como se ha planteado, derivado ello de los imprevistos surgidos en la ejecución del contrato de obra.

Ante lo expuesto, es claro que desaparece el concepto de lo que es en si el contrato a suma alzada y como tal deja de ser este un precio único, fijo e inamovible, es ahí cuando interviene la razón del contratista por la necesidad que se ejecuten trabajos o actividades que no fueron contempladas en el proyecto inicialmente ofertado y contratado.⁶⁸

2.9 Ajustes de precios

La LACAP regula en el Art. 88⁶⁹ lo pertinente al ajuste de precios, señalando que deben hacerse del conocimiento público. Indicando que será la UNAC la institución encargada de emitir los instructivos, a efecto de establecer los

⁶⁸ Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Dirección de Inversión de la Obra Pública (DIOP) Entrevista realizada el 31 de julio de 2019 a: Ingeniero Ernesto Cañas Ayala.

⁶⁸ LACAP, Art. 88.

⁶⁹ Véase la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones, dependencia del Ministerio de Hacienda.

diferentes mecanismos de ajuste de precios, los cuales, en su caso, deberán incluirse detalladamente en las bases de licitación.

De lo anterior, se infiere que solo regula los que exceden el año calendario, siendo a los que se le habilita el derecho para solicitar el ajuste de precios si se comprueban variaciones en los costos que afecten la obra, bien o servicio que falte entregar. En ese sentido, se queda corta para el supuesto que existan variaciones abruptas que afecten los costos aun cuando no se excediere del año calendario. Con la aplicación de la teoría de la imprevisión, perfectamente se puede pedir una revisión o ajuste de precios, por medio del arreglo directo y del arbitraje.

2.10 Los riesgos en el contrato de obra

En la ejecución del contrato de obra cuando un riesgo amenaza la actividad del contratista, es correcto decir que el resultado será el retraso momentáneo o insuperable, por lo que es primordial agrupar los riesgos, y hacerlo de la manera en que los expone la doctrina colombiana,⁷⁰ siendo los siguientes: I) el riesgo administrativo, en cuanto la administración pública cambia de manera unilateral el alcance del contrato, mediante los actos no contractuales, o concretarse en actos contractuales; II) el riesgo empresarial o riesgo comercial propios del negocio que maneja el contratista (los errores de cálculo, las destrucciones de obras, mayor dificultad de ejecución que la prevista) y III) el riesgo económico coyuntural o comercial externo. Los riesgos supra mencionados hacen más onerosa la realización de la obra.

⁷⁰ David Arce Rojas, "El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas", *Revista Vniversitas*, n.105 (2003): 287.

Con base en los riesgos antepuestos, el contratista no debe soportar la mayor onerosidad sobreviniente en el cumplimiento de sus obligaciones producida por alguno de estos riesgos. Por cuestiones de equidad, debería concurrir la posibilidad de una revisión y modificativa del contrato, luego de probados los hechos que dieron origen la sobrecarga.

2.11 Fases de la obra pública

La contratación pública debe concebirse como un proceso, puesto que se compone de sucesivas fases, todas ellas necesarias para complementar debidamente la adjudicación y ejecución de un contrato público, esto de conformidad al art. 105 de la LACAP. A la suscripción del contrato de obra pública, le sigue la ejecución de las obras. Estas deben iniciar, desde la fecha que se establece en la correspondiente orden de inicio que emite la institución contratante, o desde la fecha en la que se cumplen las condiciones previstas en el contrato, es decir cumplir con anticipos, presentaciones de garantías u otras formalidades ya especificadas en las respectivas bases de licitación, que forman parte integral del contrato.⁷¹ Es así, que la obra pública puede clasificarse en obra pública en preparación, la obra pública en proceso y la obra pública concluida o terminada.

La planeación toma en consideración aspectos financieros, técnicos y sociales de una obra, de tal manera que el proyecto resultante sea el más conveniente, debiendo considerarse todas las acciones a realizar para evitar en lo posible desviaciones en el costo planeado, tiempo de ejecución o en la calidad de la misma. En tal sentido, la obra pública deberá contener al menos tres

⁷¹ Ministerio de Salud, “Bases de Licitación Pública, LP 22/2017: Remodelación del Centro de Rehabilitación Profesional del ISRI, (Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, El Salvador, 2017), 30.

componentes o fases⁷², los que se citan a continuación: a) el diseño; b) la construcción y c) la supervisión, se desglosan de la siguiente manera:

2.11.1 Diseño

Esta fase comprende pruebas de laboratorio de usos de suelo y elaboración de carpeta que comprende:

a) Idea: los costos de estas primeras fases del estudio y diseño son costos de pre inversión pero que ya están considerados en la asignación presupuestaria correspondiente, etapa donde se presentan alternativas de respuestas a los problemas o necesidades insatisfechas de la sociedad; comprendiendo la información en los aspectos de mercados, técnicos, organización financiera y de evaluación.

b) La prefactibilidad: es un estudio en el que se realiza una justificación socioeconómica preliminar y se analizan alternativas planteadas desde el punto de vista, técnico, económico, financiero institucional; con el que se determina si el proyecto es rentable, si se vuelve necesario profundizar más el estudio o se debe rechazar el proyecto.

c) Factibilidad: este estudio permite aceptar o rechazar el proyecto, evaluando los diversos aspectos técnicos, económicos, financieros, ambientales, etc.

d) Diseño: esta fase comprende la elaboración de cálculos, diseños en planos, especificaciones técnicas, en la que las instituciones de la administración pública responsables de la ejecución de éstas, deben de identificar la

⁷² LACAP, Art. 105.

necesidad e incluirla en el plan anual de adquisiciones, según lo establece la normativa y deben elaborar los estudios técnicos que establecen la viabilidad del proyecto en cuanto corresponde a (i) estudios de ingeniería, (ii) aspectos presupuestarios, (iii) establecer el impacto social, económico y ambiental, (iv) identificar los permisos, autorizaciones y licencias requeridas para la ejecución del proyecto entre otros.⁷³

El proceso de inversión pública se materializará por medio de los programas institucionales siguientes: De Mediano Plazo (PRIPME); De Necesidades de Financiamiento (PNFI); I Anual de Pre inversión (PAP); y El Anual de Inversión (PAIP). Con el propósito de incorporar los proyectos a dichos programas, es fundamental que estén debidamente formulados y evaluados; para ello, deberán estar formulados de acuerdo al ciclo de vida de los mismos, el cual es definido como: el conjunto de fases y etapas que debe seguir todo proyecto de inversión pública desde que nace la idea hasta que se inicia su ejecución y operación o se decide su abandono, cuyo cumplimiento permite lograr que el gasto en inversiones públicas se realice en forma racional y eficiente.

La inversión pública considerará al proyecto como la unidad básica dentro del proceso de asignación de recursos financieros para la operatividad, el cual deberá cumplir principalmente con las siguientes fases de los proyectos: Pre inversión, Inversión y Operación.⁷⁴

⁷³ Las fases que corresponden a las etapas previas, se deben considerar aspectos señalados en el Manual Técnico del Sistema Administrativo Financiero Integral, en el cual se establecen normas sobre el proceso de Inversión Pública, indicando que el proceso de Inversión Pública comprenderá los instrumentos técnicos, normativos y de procedimientos, mediante los cuales las entidades e instituciones del sector público no financiero (SPNF) identificarán, formularán, evaluarán, priorizarán, programarán, ejecutarán y darán el seguimiento a los proyectos de inversión pública.

⁷⁴ Ministerio de Hacienda, “Manual Técnico del Sistema Administrativo Financiero Integral” (Dirección Nacional de Administración Financiera, El Salvador, 2009), 44-45.

2.11.2 Construcción

Esta fase comprende la ejecución de la obra material y puede dividirse en partidas valoradas que determinen el avance de la obra y su costo de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria.

2.11.3 Supervisión

Es de carácter obligatorio en la ejecución de la obra, asegurar el cumplimiento del diseño y especificaciones técnicas, teniendo el arquitecto-supervisor la obligación de velar por el buen desarrollo de la obra, cuidando los intereses de la administración, evitando un incremento en el presupuesto en cuanto a materiales y mano de obra, realizando inspecciones que confirmen el avance de las obras y vigilantes a que la obra se lleve a cabo según los planos constructivos y las especificaciones técnicas, controlando la calidad de los materiales y la correcta aplicación de los procedimientos constructivos de la obra.

2.12. Imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública

El Estado a través de la administración pública, se ha encargado de dirigir, promover y de velar por que se realicen y materialicen distintos contratos administrativos que se celebran con los particulares, para que se ejecuten obras públicas con el fin de que se mejore la infraestructura rural y urbana, cumpliéndose así la finalidad de fortalecer el crecimiento, desarrollo social y económico del país, que representa un bien común, es decir, el interés social.

Del surgimiento de actos o hechos que se suscitaron en la ejecución de las obras públicas, surgió la necesidad de regular las figuras jurídicas que fueron

denominadas “caso fortuito” o “fuerza mayor”, que se plasmaron en el Código Civil de 1860.⁷⁵ En este sentido, dicho cuerpo normativo acogió las causas de los imprevistos no imputables para cualquiera de las partes, la administración pública, contratista, estableciendo que son aquellos “*a los que no es posible resistir*”⁷⁶; es importante destacar que dichas figuras jurídicas se encontraban reguladas mucho antes de que la Constitución regulará la contratación de la administración pública con particulares.

El cuerpo normativo civil plasmó en sus disposiciones que todo contrato legalmente celebrado, es ley entre las partes⁷⁷ y que deben ser ejecutados de buena fe,⁷⁸ ya que posee implícito el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y ante las circunstancias imprevisibles que agravan la obligación originalmente contraída producen retraso en la obra y un mayor precio, lo cual implica que las partes perfectamente pueden realizar una modificación del status existente del contrato, utilizando la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Es por ello de suma importancia establecer una clasificación de las contingencias imprevisibles que pueden suscitarse en el contrato de obra pública.⁷⁹

2.13. Importancia del estudio de factibilidad de la obra, previo al proceso de licitación pública

El estudio de factibilidad⁸⁰ previo al respectivo proceso de licitación, obedece a que este es un instrumento que sirve para orientar la toma de decisiones en

⁷⁵ Código Civil de El Salvador.

⁷⁶ Código Civil de El Salvador, Art. 43.

⁷⁷ *Ibíd.*, Art. 1416.

⁷⁸ *Ibíd.*, Art. 1417.

⁷⁹ Véase anexo 1: Clasificación de contingencias imprevisibles en el contrato de obra pública.

⁸⁰ Al respecto, se indica que los proyectos de obras públicas de construcción, se rige generalmente por el “Manual para Elaborar Estudios de Pre-Factibilidad y Factibilidad”. Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Dirección de Inversión de la Obra Pública (DIDOP).

la evaluación de un proyecto y corresponde a la última fase de la etapa pre operativa o de formulación dentro del ciclo del proyecto. Se formula para medir las posibilidades de éxito o fracaso de un proyecto de inversión, apoyándose en él se tomará la decisión de proceder o no con su implementación, siendo necesario que toda obra pública tenga incluida una propuesta de inversión planeada, programada y por supuesto presupuestada, aquella inversión que generalmente aporta mayores beneficios sociales.⁸¹

La planeación toma en cuenta los aspectos financieros, técnicos y sociales de una obra, de tal manera que el proyecto resultante sea el más conveniente desde el punto de vista económico, técnico, ecológico y operativo. En la planeación, programación y presupuestación de la obra deben considerarse todas las acciones a realizar para evitar en lo posible desviaciones en el costo, el tiempo de ejecución o en la calidad de ésta. Por lo tanto, una vez realizado el estudio en comento se efectuará la contratación a través de consultorías, siendo éste un requisito previo al proceso de licitación para la respectiva contratación de obras.⁸²

La factibilidad de proyecto, tiene el objetivo de evaluar la procedencia o improcedencia del proyecto que le da al interesado las disposiciones de ordenamiento territorial que debe contener el diseño del proyecto. Asimismo, para este tipo de construcción, la factibilidad, al está compuesta por cuatro trámites, así: (i) la calificación de lugar: la que establece como está calificado

⁸¹ Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, Dirección de Planificación de la Obra Pública, entrevista realizada a Ingeniero Especialista, Carlos Roberto Flores Acosta.

⁸² Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Bases de Licitación Pública Internacional LPINT-003/2017. "Diseño y Construcción del Proyecto: "Ampliación de Carretera CA045, Tramo III, Construcción de By Pass de La Libertad. Entre Km. 31.86 (Carretera CA045)-Km 35 (Carretera CA02W) Departamento de La Libertad. Estaciones 2+100 A 2+480. Especificaciones técnicas (El Salvador, 2017), 84.

el suelo; (ii) la línea de construcción: determina a partir de donde puede el interesado desarrollar o construir su proyecto; (iii) factibilidad de aguas lluvias: la cual se define el punto de descarga para las aguas lluvias generadas por el proyecto y lo relativo a la revisión vial y (iv) la zonificación, en el que se regula como deberá desarrollarse el proyecto en su interior, nomenclatura de vías, distribución de lotes y zonificación del mismo.

2.14. Análisis del contrato de obra pública y aplicabilidad de la teoría de la imprevisión

Las partes al momento de la celebración de un contrato le nacen derechos y obligaciones que deben de cumplir según lo pactado. Consecuentemente el efecto que busca toda obligación, es el cumplimiento o la exacta ejecución de la prestación; sin embargo, en ocasiones este beneficio es únicamente a favor de una sola de las partes. En tal sentido, para ejecutar contratos de obra, es necesario suscribirlos bajo la figura denominada “contrato de obra pública”, para que todos los agentes involucrados en el proceso de contratación cuenten con un amplio conocimiento de los aspectos más relevantes de esta forma de contratación regulada en la ley, permitiendo así que el particular o contratista, colabore con la consecución de los fines del Estado, realizando actividades con transparencia y garantizando la calidad de la construcción.

En la actualidad existe una gran preocupación entre la administración y los contratistas por la manera en que se ejecutan la mayoría de contratos de obra pública, ya que acarrear riesgos no previsibles, que tradicionalmente se han considerado como propios de la entidad estatal, dichos riesgos deberían estimarse y tipificarse, para lo cual hay que entender que el concepto de previsibilidad se refiere a los eventos que razonablemente pueden esperarse que ocurran en condiciones normales. Pero las entidades parece que pasan

por alto este adjetivo que limita la distribución de riesgos únicamente a los previsible y se han dado a la tarea de incluir en sus listas todo tipo de riesgos imaginables, así las probabilidades de ocurrencia en el sitio de las obras públicas sean nulas.

El tema puesto en análisis, va dirigido a la incidencia en el contrato de obra pública en lo que no puede ser previsible y por ende no se plasma en las respectivas bases de licitación o plan de oferta y que ocasionan al final ordenes de cambio o las prórrogas en el plazo contractual que vuelven mucho más oneroso el contrato, ya que la Administración pretende que se asuma el costo sin la justa retribución en desmedro en el contratista y la insatisfacción en la población. Frente a la teoría de la imprevisión, es importante determinar cuándo un acontecimiento se puede o no considerarse imprevisible para las partes de la relación contractual. Esta determinación es una cuestión de hecho que queda sometida a la valoración de los jueces de fondo, por lo que es fundamental establecer qué criterio es el que deben emplear en dicho cometido. De tal manera, resulta improbable instituir una técnica o un método de aquellos eventos imprevisibles, volviéndose necesario la aplicación de la teoría de la imprevisión en la ejecución de los contratos de obra pública.

2.15. Conclusión

En el desarrollo del presente capítulo se han abordado aspectos relevantes en cuanto al fundamento doctrinario y legal de los imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública y la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, ello con sustento en soportes documentales de naturaleza bibliográfica, doctrinaria y legal, destacando aspectos sustanciales siguientes:

Se ha puntualizado en los conceptos legales y doctrinarios concernientes a la definición del concepto de imprevisibilidad, así como los requisitos para su aplicación, destacando la características y elementos de la imprevisión y como éstos deben aplicar en la ejecución del contrato; se ha abordado a su vez la diferencia entre contrato de obra pública y privada; las divergencias entre las instituciones jurídicas: caso fortuito, fuerza mayor y teoría de la imprevisión, analizándose los requisitos para su correcta aplicación, su importancia en el ajuste de precios, determinándose que solo se aplica en contratos de más de doce meses.

Asimismo, se abordan las etapas previas a la celebración del contrato de obra pública y la importancia del estudio de prefactibilidad y factibilidad, para evitar que se presenten hechos que vuelvan mucho más onerosa su ejecución; todo ello para tener mejor comprensión de su importancia, utilidad y aplicación, verificándose que existe regulación legal en la LACAP, respecto a los actos previos de la formalización del contrato de obra pública, pero se advierte que no existe claridad y precisión en las bases de licitación, al momento establecer los imprevistos, los cuales formaran parte integral del contrato y se regirá todo oferente, es decir, que estos se deben establecer de manera clara y específica ya que si está regulado y plasmado debe cumplirse y asumirse.

Por otra parte, la LACAP regula el tema relativo al caso fortuito y fuerza mayor, pero hace una sinonimia con los hechos y actos en el mismo art. 83-A, no determinando la forma de proceder ante la presencia de estos eventos imprevisibles y los cuales se suscitan en la etapa de ejecución de la obra, circunstancia que generan una alteración económica contractual entre las partes.

CAPITULO III

IMPREVISTOS EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, BASES DE LICITACIÓN Y DERECHO COMPARADO

El propósito del presente capítulo es realizar un breve análisis de la regulación de los imprevistos en el contrato de obra pública, identificando los diferentes instrumentos legales, y especialmente la LACAP y el reglamento respectivo; resaltando aspectos relevantes que se advierten en las bases de licitación. Además, se hace un estudio sucinto del derecho comparado, pues constituye fuente de conocimiento, estudio e investigación, que resulta imprescindible para la comprensión del derecho administrativo y el desarrollo de la legislación de los distintos países, pues su examen debe realizarse de forma razonable y crítica para que se aprovechen los avances y mejores experiencias en los diferentes ordenamientos jurídicos. Se pretende, brevemente, puntualizar y analizar algunas legislaciones de América Latina de países como México y Chile, identificando la forma de abordar el problema de los imprevistos que se suscitan en la ejecución del contrato de obra pública, aplicando la teoría de la imprevisión.

3. Regulación de los imprevistos en el contrato de obra pública

En la normativa vigente respecto a la contratación en El Salvador, se han establecido parámetros que rigen la regulación de las adquisiciones y contrataciones que realiza la administración pública para cumplir sus fines, indicando sus límites, las responsabilidades de los funcionarios o empleados públicos, que son los encargados de materializar y ejecutar los contratos administrativos; además, describiendo como se han establecido los

mecanismos legales, cuando se advierte que no son bien utilizados todos los fondos públicos o identificar los parámetros de cómo actuar legalmente frente a circunstancias imprevistas, siendo importante mencionar las siguientes:

3.1. Constitución de la República

En la Constitución de la República, el artículo 1 reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad y del bien común, que son los mismos que posee la administración pública; por tanto, entre sus fines está además, el desarrollo social y económico del país, y el de asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, y justicia social.

Lo esencial de los fines de la actividad del Estado, es el reconocimiento y respeto de la persona humana, es por ello que las contrataciones públicas deben realizarse con apego al respeto a la persona humana, garantizando la libertad de contratación⁸³ y de acuerdo a lo que dispone la normativa vigente, para que en caso de infringir las leyes, por un mal manejo de los fondos públicos o infracciones que comentan los funcionarios o empleados públicos y privados, se pueda determinar el tipo de responsabilidad que hubiese infringido, ya sea administrativa, civil o penal. Es por ello que se vuelve indispensable el buen funcionamiento de las instituciones tales como: la Corte de Cuentas de la República⁸⁴, el Tribunal de Ética Gubernamental⁸⁵, la Fiscalía General de la República⁸⁶, la Procuraduría General de la República⁸⁷, la

⁸³ Constitución de la República de El Salvador, Art. 23.

⁸⁴ *Ibíd.*, Art. 195.

⁸⁵ Ley de Ética Gubernamental, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2009), Art. 1 y 2.

⁸⁶ Constitución de la República de El Salvador, Art. 193 inc. 1.

⁸⁷ *Ibíd.*, Art 194 numeral II, ord. 1.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos⁸⁸, el Banco Central de Reserva⁸⁹, entre otras, que coadyuven a garantizar el cumplimiento de las leyes y controlen las actuaciones estatales.

La facultad de celebrar contratos administrativos de diversa índole con toda persona natural o jurídica, ya sea nacional o extranjera, lo tiene la honorable Asamblea Legislativa, siempre y cuando posean capacidad legal, es decir, que todos tenemos la libertad de adquirir derechos y obligaciones celebrando contratos de acuerdo a la voluntad de las partes y sin más límites que los establecidos por la ley, reconociendo como mecanismos de solución ante conflictos la transacción, la vía judicial y el arbitraje.

Respecto a las contrataciones públicas que se efectúan utilizando la LACAP, en la que cada institución previo a la licitación deberá elaborar de forma clara y precisas las bases respectivas por las que se regirá el contrato estableciendo en ellas los requerimientos técnicos o características mínimas indispensables para la ejecución de la obra, para que en el plan de oferta que presenta el contratista comprendan todos los aspectos requeridos, una vez realizado lo anterior, el Estado promueve la competencia cuando invita públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas a presentar propuestas técnicas y económicas, para participar de la licitación pública que promueve el proyecto que se realizará a favor del Estado,⁹⁰ debiendo todos los contratistas interesados en adjudicarse el proyecto presentar la mejor oferta y será el Estado el que seleccionará la oferta técnica y económica que cumple con los

⁸⁸ Constitución de la República de El Salvador, Art. 194 numeral I, Ord. 7.

⁸⁹ Ley Orgánica del Banco Central de Reserva (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1991), Art 3.

⁹⁰ Constitución de la República de El Salvador, Art 234.

requerimientos técnicos establecidos y que más le convenga por su precio y su calidad.

En ese sentido, una vez que se agotan todos los procedimientos para que un contratista se adjudique un proyecto de obra, se formalizará el contrato en que el contratista está obligado a cumplirlo de acuerdo a todas las condiciones contenidas en el mismo y conforme a los documentos anexos, es decir, que ante imprevistos de actos o hechos suscitados en la ejecución de la obra el contratista no puede ser obligado a realizar un trabajo no contemplado o por el cual no recibirá justa retribución económica.⁹¹

3.1.2 Tratados internacionales

Es importante mencionar que todos los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado son leyes de la República que tienen aplicación prevalente respecto de las leyes secundarias vigentes y que aprueba la Asamblea Legislativa, exceptuando la Constitución de la República, que está por encima de los tratados internacionales de acuerdo al ordenamiento jurídico salvadoreño.⁹²

3.1.2.1 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el día 5 de octubre de 1789, se creó con la finalidad de reconocer y declarar los derechos del hombre, indicando que son: derechos

⁹¹ Constitución de la República de El Salvador, Art. 9.

⁹² *Ibíd.*, Art. 144.

naturales, son imprescriptibles e inalienables, que deben ser respetados y garantizados los mismos. Esta declaración fijó un precedente, en el artículo 5, en el que estableció lo siguiente: *“Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena”*.⁹³ Es aplicable actualmente, ya que cabe decir que si la ley vigente no contempla de forma taxativa el derecho de la construcción y hace una distinción clara de los actos o hechos imprevistos que se pueden suscitar en una obra pública, significa un vacío sujeto a interpretaciones en el cual cada quien interpretara la norma a su favor y conveniencia.

3.1.2.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos está inspirada en el texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Fue adoptada y aprobada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París, Francia.⁹⁴ Representa un documento trascendental en la protección de los derechos humanos, haciendo un especial énfasis a la indivisibilidad de los derechos humanos, en el que se afirma que todos los Estados, juntamente con los individuos inspirándose en su contenido, promuevan mediante la enseñanza y educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universal de todos los Estados miembros.

Es por ello, que esta declaración fijó un precedente por el reconocimiento del derecho al trabajo y a su justa remuneración en su artículo 23, el cual indica que: *“toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a*

⁹³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, Asamblea Constituyente de Francia, 1789).

⁹⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, París, Francia, 1948).

*condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo (...) tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual; toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como su familia, una existencia acorde a la dignidad humana..”.*⁹⁵
Lo cual está apegado al ordenamiento jurídico del país.

3.1.2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por El Salvador el 20 de junio de 1978, en el que se establecieron dos órganos para conocer de los asuntos relacionados al cumplimiento de la convención según lo establecido en el artículo 33 los cuales son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹⁶ La convención en comento, a pesar de que sus artículos son exclusivos para la protección de derechos civiles y políticos, se ha convertido en el mejor garante de los derechos humanos, incluyendo en él los derechos económicos y sociales, que su fin primordial es proteger de forma indisoluble, las violaciones y omisiones de los Estados.

En razón de lo anterior, el artículo 6 numeral 2 de la aludida convención, regula lo relativo a la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el cual establece: *“Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”*, es decir, que si la administración pública no dejó establecido en el contrato que los actos o hechos que se susciten en el contrato de obra pública que deberán

⁹⁵ Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969).

⁹⁶ *Ibíd.*

ser a cuenta del contratista, no puede obligarse al mismo a realizar o responder por el imprevisto acontecido, ya que eso causaría un desajuste y afectación en su patrimonio. Por tanto, se debe de garantizar la igualdad de las partes, ya que en la misma convención en su art 24, regula que: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*. Por lo cual se debe garantizar el respeto del derecho de la igualdad, consagrado en la carta magna del país.

3.1.2.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷ fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, en New York, Estados Unidos y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. En este sentido, fue ratificada por El Salvador el 30 de noviembre de 1979.

En ella se reconocen que los derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana y que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

En la misma se plasmó en su parte III, específicamente en el art. 8 lit. a) que: *“Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio”*⁹⁸, lo cual se aplica en el ordenamiento jurídico de El Salvador, cuando el contratista no

⁹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, New York, 1966).

⁹⁸ *Ibíd.*, Art. 8 literal a).

puede realizar más obras, ante el surgimiento de imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública, es decir, que debe regirse por el contrato que convino de mutuo acuerdo con la administración pública.

3.1.2.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y entro en vigor el 3 de enero de 1976. En tal sentido, fue ratificado por El Salvador el 20 de septiembre de 2011.⁹⁹ El cual contiene un plexo de derechos que engloba cuestiones tan básicas como salud, educación y en especial el trabajo, en el que se destaca que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este pacto, por tal circunstancia aborda en la parte III, del art. 6 numeral 1) que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”*¹⁰⁰.

Además, el art. 7 literal a) numeral i), del instrumento supra indicado menciona que: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor,*

⁹⁹ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, New York, 2008).

¹⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Naciones Unidas, New York, 1966).

*sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual...*¹⁰¹ Es decir, que los Estados parte deben garantizar y velar por el cumplimiento de estos derechos que posee todo ser humano, lo cual podemos ver en el problema que se suscita en la ejecución del contrato de obra pública, que la administración pública, muchas veces haciéndose valer de su poder de imperio, olvida estas disposiciones al exigirle al contratista que finalice toda la obra, a pesar de que se suscitaron hechos o actos no previstos en las bases de licitación y en el contrato.

3.1.3 Ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública

La ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública LACAP, tiene por objeto principal establecer y unificar las normas que regularán la contratación administrativa, que deba celebrar la administración pública con los particulares, los cuales deben regirse mediante principios y valores tales como: libre competencia, ética, transparencia, imparcialidad, entre otros. En razón de ello, toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sin impedimento legal, podrán ofertar o contratar y preparar, adjudicar y formalizar con la administración pública, conforme a lo dispuesto en la referida ley, en la que se encuentran regulados los diversos tipos de contratos que pueden celebrarse, incluidos entre ellos el contrato de obra pública.

Para proceder a la celebración de los contratos, contempla la ley en comento, que se hará a través de la licitación pública,¹⁰² en la que se someterá a una convocatoria pública a todos los interesados para que participen y propongan sus ofertas a la administración pública. Toda institución que efectúe cualquier

¹⁰¹ *Ibíd.*, Art. 7 lit. a) numeral I).

¹⁰² LACAP, Arts. 39 y 59.

tipo de contratación deberá en primer lugar elaborar las bases de licitación¹⁰³ juntamente con los documentos contractuales¹⁰⁴ con los que se regulará el contrato en las que se deberá establecer todas las exigencias sobre las especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales, administrativas y el modelo general del contrato¹⁰⁵ que son indispensables para la ejecución de la obra que se construirá a favor del Estado, redactadas de forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan las obligaciones contractuales, los requerimientos y especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos esos aspectos, se armonicen y puedan de esta manera ser presentadas en igualdad de condiciones.

Al contratista que le sea adjudicado un proyecto de obra pública, formalizará contrato con la institución que haya solicitado la construcción de la obra,¹⁰⁶ debiendo cumplir todas las condiciones establecidas y en los documentos contractuales que forman parte integral del contrato, es decir, que sí al momento de la ejecución de la obra se presentan hechos o actos imprevistos en la obra, el contratista responderá de acuerdo a los términos del contrato,¹⁰⁷ debiendo la institución contratante hacer el pago oportuno de la obra ejecutada y en base a los términos contractuales.¹⁰⁸

Las partes deben tener especial cuidado cuando formalizan un contrato, ya que deben establecer los hechos o actos que pueden llegar a incidir en los términos contractuales, no debiendo dejar las cosas sobreentendidas o al azar. Los contratos deben cumplirse de buena fe y con diligencia, lo cual significa

¹⁰³ *Ibíd.*, Arts. 41 y 43.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, Art. 42.

¹⁰⁵ LACAP, Art. 45.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, Art. 79.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, Art. 84 inc. 2.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, Art. 84 inc. 3.

que no se deben permitir irrazonabilidades y no implica hacer más de lo pactado. Para eso existe una programación de necesidades y un presupuesto aprobado. La administración pública tiene toda una serie de prerrogativas que pretende cumplir, entre ellas se encuentran: el *ius variandi* (facultad de modificar los contratos de acuerdo a las necesidades y fines públicos de la administración pública), la dirección y control del contrato, la facultad de sancionar y la interpretación unilateral, por lo que ambas partes deben responder por las prestaciones que se han obligado a dar o hacer.

El contratista debe entregar una obra, y la administración pública debe pagar el precio, y en caso de existir una obligación que cumplir, por pequeña que sea, se habilita la vía arbitral a la cual se podrá acudir, la transacción, el trato directo, y agotado estas fases queda expedita la vía judicial. El contrato debe ejecutarse y concluirse en el plazo estipulado en el mismo, pero en el supuesto que exista un retraso comprobable, no imputable, por parte del contratista se le admitirá solicitar y esta podrá ser admitida por parte de la administración pública, ya que la ley expresamente dice que el contratista tiene derecho: a) pedir la prórroga y b) a que se le conceda tal prórroga, no quedando a potestad de la institución decidir si concede o no la misma, sino que al contrario, si se dan las justificaciones respectivas, debe concederse, eso sí el retraso alegado por el contratista no dará derecho a reclamar una compensación económica adicional.¹⁰⁹

Es importante destacar que la institución contratante, siempre que concurren circunstancias imprevistas (caso fortuito o fuerza mayor) y comprobadas (por el contratista), podrá modificar los contratos de obra en ejecución antes del vencimiento del plazo, mediante las ordenes de cambio que deberán ser

¹⁰⁹ LACAP, Art. 86

comunicada al Consejo de Ministros o Consejo Municipal, en las que se deberá tomar en cuenta dos condiciones: (i) que el interés público haga necesaria la modificación y (ii) que el contratista no sufra menoscabo por tal modificación, debiendo ser toda modificación razonable y necesaria, eso sí se debe tomar en cuenta que si exceden del 20% en el monto original del contrato, de una sola vez o por varias modificaciones se considerara como nueva contratación¹¹⁰.

Es importante mencionar que en los contratos de obra se establece a precio firme la superestructura de toda la obra y, a precio unitario la subestructura de las obras a ejecutarse en el sub-suelo.¹¹¹ Siendo esto una consecuencia de los hechos o actos imprevistos suscitados en la ejecución de la obra, ya que según la ley en comento lo pactado a precio firme prohíbe la introducción de órdenes de cambio y ajuste de precios y, lo pactado a precio unitario se pagará por obra ejecutada, las que podrán ser modificadas mediante ordenes de cambio y no deberán exceder del 20% de lo pactado a precio unitario, aspecto muy importante ya que es donde las partes involucradas se percatan que es indispensable para obtener el objetivo contractual una orden de cambio debido a que es necesario incrementar o disminuir la cantidad de obra para adecuarla a las necesidades reales identificadas en el campo, que al final son obras adicionales imprevistas y que son de obligatoria ejecución, debido a que son necesarias para una completa ejecución.

El artículo 107 de la LACAP ordena que las obras incluyan todos los elementos necesarios para la eficiente y eficaz edificación y utilización, como elementos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por determinada

¹¹⁰ LACAP, Art. 83-A.

¹¹¹ *Ibid.*, Art. 105 inc. 4.

obra, es decir la satisfacción de fines públicos. Es decir, que la obtención del objeto contractual no puede limitarse a lo estrictamente establecido en el contrato, sino que a todos aquellos elementos complementarios o coadyuvantes a satisfacer el fin contractual.¹¹² Es por ello que en dicha disposición se establece que deben realizarse estudios previos, siendo el deber ser, pero en la realidad los estudios y diseños fallan y no se adecuan a lo planteado en el estudio de factibilidad de la obra, situación que es imprevisible.

Por lo tanto, surge el reto o desafío para que se fortalezcan los estudios de factibilidad, previos a la ejecución del contrato, y se designe personal idóneo calificado, que logren determinar con certeza los imprevistos posibles que se puedan acontecer en el lugar donde la obra se va a ejecutar, para que estos sean plasmados en las respectivas bases de licitación y en los documentos contractuales, que forman parte del contrato, la cual necesita ser orientada con eficacia en el manejo del contrato de obra, especialmente en el campo financiero del contrato, que muchas veces por causas ajenas al contratista y atribuibles al Estado, se generan costos mayores a los acordados en el contrato, que causan un perjuicio, real, cierto y directo al contratista y que no pudieron prever al momento de celebrarlo, que la administración pública alude medidas administrativas, que aunque no modifiquen el objeto del contrato, inciden haciéndolo más oneroso.¹¹³

Por otra parte, la potestad *variandi* lo establece el artículo 83-A de la LACAP, debiendo tenerse presente que esta potestad está sometida a ciertos límites, en primer lugar, la administración está obligada a conservar la naturaleza del

¹¹² LACAP, Art. 107.

¹¹³ Eyni Patricia Aponte Duarte y Mauricio Gamarra Reyes, “El hecho del príncipe como causal de rompimiento del equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista Iustitia*, n. 9 (2011): 427.

contrato celebrado; en segundo punto la modificación debe estar dirigida a satisfacer los intereses y las necesidades públicas, teniendo en cuenta la aplicación de la imprevisión o del riesgo imprevisible, que constituye más ecuánime para el contratista, en virtud de las condiciones que puede dar lugar a una modificación en lo relativo a lo pecuniario; ampliación del plazo o al reajuste de precios.¹¹⁴ El aspecto expresado en la LACAP, no es la norma unificadora, sino que existen convenios de préstamo o tratados que plantean otros procedimientos de conformidad a sus políticas y si lo indica el convenio o tratado ratificado, entre los cuales para ejemplificar se pueden citar: Normas o Políticas de FOMILENIO,¹¹⁵ BID,¹¹⁶ BCIE,¹¹⁷ Fondos Alemanes, KFW,¹¹⁸ donde en cada convenio o tratado de préstamos o donación ratificado por el Estado de El Salvador, pueden contar con sus propias políticas de selección y contratación.¹¹⁹

En tal sentido, el art. 4 de la LACAP, en cuanto a las contrataciones que se considerarán excluidas de la aplicación de ésta, y es así que en el literal a) del mismo artículo establece que las adquisiciones y contrataciones financiadas

¹¹⁴ Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, 267.

¹¹⁵ FOMILENIO II, programa financiado con US\$277 millones donados por el gobierno de Estados Unidos, a través de la Corporación del Reto del Milenio (MCC, por sus siglas en inglés), más una contrapartida de US\$88.2 millones aportada por gobierno de El Salvador, haciendo un total de US\$365.2 millones que serán invertidos en un plazo de cinco años. El objetivo del programa es mejorar el clima de inversiones en El Salvador para el crecimiento económico y la reducción de la pobreza.

¹¹⁶ Banco Interamericano de Desarrollo (BID), es el mayor de todos los bancos regionales de desarrollo del mundo y constituye la principal fuente de financiamiento multilateral para proyectos de desarrollo económico, social e institucional, y los de comercio e integración regional, en Latinoamérica y el Caribe

¹¹⁷ Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), institución financiera multilateral de desarrollo, con carácter internacional. Sus recursos se invierten continuamente en proyectos con impacto en el desarrollo para reducir la pobreza y las desigualdades, fortalecer la integración regional y la inserción competitiva de los socios en la economía mundial, otorgando especial atención a la sostenibilidad del medio ambiente.

¹¹⁸ Banco Alemán Gubernamental de Desarrollo, con sede en Fráncfort Alemania.

¹¹⁹ José Roberto Barriere Ayala, *El marco legal de los contratos públicos en El Salvador*, 2ª ed. (B&G Consultores, El Salvador: 2015), 19.

con fondos provenientes de convenios o tratados que celebre el Estado con otros Estados o con organismos internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida.

Al respecto, en el artículo 4 literal a) de la LACAP se plantea una exclusión, por estar contenida en el artículo 144 de la Cn., en cuanto a que los convenios o tratados celebrados con el Estado de El Salvador, son leyes de la República y en caso de oposición, prevalecen sobre aquellas. En tal lógica, los convenios o tratados que entren en conflicto con la LACAP, prevalecerán sobre ella. En el que se pueden citar como ejemplo los préstamos internacionales, aclarando que una de las partes firmantes es el Estado, sea como deudor principal o como caucionero de otra institución, en otras palabras, deben ser ratificados por la Asamblea Legislativa.

Es necesario plantear las diferentes vías que pueden suscitarse: a) que el convenio o tratado expresamente diga que no se aplique la LACAP (como es el caso del convenio de FOMILENIO) o que se aplicarán sus políticas por sobre cualquier norma legal interna para la regulación de las adquisiciones y contrataciones que se financien con los fondos; y b) sin decirlo expresamente, planteen regulaciones al respecto, por ejemplo, detallando los procedimientos de selección de contratista, las formas de evaluación, etc. En todo caso, debe tenerse en consideración la norma final del literal a) en comento, en cuanto a todo lo que no esté regulado por el convenio, la LACAP es norma supletoria. Tal disposición está en consonancia con el espíritu de las normativas de compras del BID, el BIRF, el BCIE, etc. que son respetuosas de la legislación

nacional. En consecuencia, la LACAP se aplicará para regular lo no dispuesto en los convenios o tratados.¹²⁰

En ese contexto, la normativa del BID, cuenta con sus diferentes políticas de contratación, entre las cuales se puede observar que ellos mismos elaboran los documentos estándar de licitación, que son utilizados para la contratación de obras, los cuales son guías para los usuarios utilizados específicamente para la contratación de obras que son financiadas con fondos provenientes de convenios de préstamos suscritos entre El Salvador, quien es representado por el Ministerio de Hacienda y el BID. En los contratos realizados a precios unitarios se hacen mediante licitación pública internacional (LPI) en proyectos financiados total o parcialmente por el BID. Los documentos están de acuerdo con las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiados por el BID, documentos de licitación que no deben usarse para contratos por monto global, sin antes haber modificado sustancialmente las cláusulas relativas al método de pago y ajuste de precios, lista de cantidades y el programa de actividades.

Además, señala que el uso de esos documentos estándar de licitación es obligatorio para la contratación de obras de gran envergadura (cuyo costo estimado supere los \$10 millones, incluidas reservas para imprevistos), a menos que el banco haya acordado que se utilicen otros de sus documentos estándar de licitación en función del caso, como la contratación de obras menores, (en el mismo señalan reservas para imprevistos).¹²¹

¹²⁰ Ayala, "LACAP y RELACAP", 26.

¹²¹ Banco Interamericano de Desarrollo, "Contratación de Obras y Guía del Usuario (Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, 2006), 3.

Asimismo, en la sección VII establece que las condiciones generales¹²² que figuran en sus documentos estándares, corresponden a la edición armonizada del banco de las condiciones contractuales para construcción preparadas y registradas por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores FIDIC.

Los documentos estándar de licitación, hacen un abordaje a la fuerza mayor y como es aplicable para los procedimientos de selección con fondos BID y por lo tanto, rigen sus políticas de contratación, señalando en una cláusula lo siguiente: “fuerza mayor” significa un evento excepcional o circunstancia: (a) que está fuera del control de una parte, (b) contra la que dicha parte no pudo razonablemente haber tomado provisiones para protegerse antes de celebrar el contrato, (c) que, una vez producida, dicha parte no pudo razonablemente haber evitado o superado y; (d) que no pueda atribuirse sustancialmente a la otra parte.

La fuerza mayor puede incluir, pero no de manera exclusiva, acontecimientos excepcionales o circunstancias como las que se enumeran a continuación, siempre y cuando se cumplan las condiciones de los incisos supra citados: (i) guerra, hostilidades (ya sea que la guerra sea declarada o no), invasión, acto de enemigos extranjeros, (ii) la rebelión, el terrorismo, el sabotaje por personas distintas al personal del contratista, revolución, insurrección, usurpación del poder o asunción del poder por los militares o la guerra civil, (iii) disturbio, conmoción, huelga o cierre patronal por personas distintas al personal del contratista, (iv) municiones de guerra, material explosivo, radiación ionizante o contaminación por radioactividad, salvo en los casos en que ello pueda ser atribuible al uso de dichas municiones, materiales explosivos, radiaciones o

¹²² *Ibíd.*, 140.

radioactividad por el contratista, y (v) desastres naturales como terremotos, huracanes, tifones o actividad volcánica.

En relación a los casos antes detallados, se procederá de la siguiente manera: *“Si el contratista se ve impedido de cumplir sus obligaciones sustanciales en virtud del Contrato por motivo de Fuerza Mayor que se haya notificado y sufre demoras o incurre en Costos por dicho motivo, el Contratista, tendrá derecho a lo siguiente: (a) una prórroga del plazo por el tiempo de dicha demora, si se ha retrasado o se retrasará la terminación de las Obras, y (b) al pago de dichos costos, incluyendo los costos de rectificación o reemplazo de las Obras o los Bienes dañados o destruidos por Fuerza Mayor, hasta donde estos daños o pérdidas no son indemnizables por medio de la póliza de Seguro de las Obras y los Equipos de Contratista”*.¹²³

En ese orden de ideas, *“también deja abierta la posibilidad de la liberación del cumplimiento del contrato, sin perjuicio de cualquier otra disposición, indicando que si surge una situación o circunstancia que esté fuera del control de las Partes (incluida, pero no de manera exclusiva, la Fuerza Mayor) y que vuelva imposible o ilícito para cualquiera o ambas partes cumplir sus obligaciones contractuales”*.¹²⁴

Por otra parte, el Banco Interamericano de Desarrollo cuenta con las políticas para la adquisición de bienes y obras que tienen por objeto informar acerca de las políticas que rigen la adquisición de los bienes, de las obras y servicios conexos (distintos de los servicios de consultoría) necesarios para el

¹²³ Banco Interamericano de Desarrollo, “Contratación de Obras”, 236- 237

¹²⁴ *Ibíd.*

proyecto.¹²⁵ Para efecto de precisar la aplicabilidad de la ley antes relacionada, en cuanto a la contratación y consecuencias que se suscitan en la ejecución del contrato de obra pública, en el anexo 2,¹²⁶ se encuentran en extracto casos ventilados en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de justicia de El Salvador, derivados éstos de la contratación administrativa.

3.1.4 Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (RELACAP)

El reglamento de la ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública tiene por objeto regular los procesos de contratación que efectúe la administración pública con los particulares, respetando y garantizando los criterios de libre competencia, la igualdad, transparencia, publicidad, la ética pública, probidad e imparcialidad, para utilizar eficientemente los recursos públicos en la construcción de obras públicas, que satisfagan y sirvan a la población, para que sean de buena calidad y duren en el tiempo.

El procedimiento se inicia a partir de que la institución hace una precalificación, para determinar los oferentes que clasifiquen como elegibles de conformidad a lo indicado en el artículo 28 del referido reglamento, una vez agotado lo anterior, se realiza una convocatoria pública a través del sistema electrónico de compras públicas en un periódico de circulación nacional, según lo que dispone el artículo 47 del mismo reglamento,¹²⁷ eligiendo de forma posterior al

¹²⁵ Banco Interamericano de Desarrollo, “Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2011), 6.

¹²⁶ Véase anexo 2: Aplicabilidad de la imprevisibilidad en casos ventilados en la Sala de lo Contencioso Administrativo, derivados de los imprevistos que se suscitan en la ejecución de la obra pública.

¹²⁷ RELACAP, Art. 47.

contratista que haya presentado las mejores propuestas, que se adecuen a lo solicitado por la administración pública, adjudicándole el proyecto.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 y 20 inciso 4 del RELACAP,¹²⁸ la unidad solicitante previo a realizar la contratación deberá obtener de la autoridades los permisos, licencias y demás necesarios para la ejecución de los contratos, salvo que por su naturaleza le corresponda al contratista, es decir, que también es la encargada de definir el objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, los valores estimados, condiciones específicas de administración en los contratos y los permisos administrativas incluidos los ambientales y de salud.

Es correcto afirmar que no es el contratista el que debe encargarse de todos los aspectos ya detallados, sino que deben de ser elaborados por el jefe de la UACI, los cuales deberían tener sólidos conocimientos sobre el derecho de la construcción, aspectos técnicos necesarios para la construcción de la obra, habilidad y experiencia en la elaboración de las bases de licitación y lo referente a la contratación pública según lo preceptuado en el artículo 11 del mismo reglamento,¹²⁹ lo que es improbable en una gran mayoría de casos, ya que no deben subestimarse los conocimientos de una determinada profesión, asumiendo que un técnico solo por su experiencia los posee, sino que este tipo de conocimientos legales y financieros son propios de los profesionales con real experiencia, por lo que es a ellos a quienes se les debería confiar la elaboración y la adecuación de las bases de licitación, para elaborar estudios de factibilidad más certeros, de forma que el jefe de la UACI, solo realice la operación de incorporarlos.

¹²⁸ Ibid., Arts. 18 y 20 inc. 4.

¹²⁹ RELACAP, Art. 11.

En el art. 23 del reglamento en comentario¹³⁰ se establece el contenido de los contratos, dando una facultad discrecional, ya que en el mismo se plasma una propuesta del contenido del contrato, o sea que no es una obligación, ya que la disposición dice “podrá” no indica “deberá”, pero es importante hacer énfasis que no obstante lo anterior, es necesario recordar que los contratos administrativos son de adhesión, es decir, el contratista debe firmar el modelo de contrato que se le presenta como integral de las bases de licitación, no teniendo la oportunidad de negociarlo o incorporar cláusulas equitativas ante el surgimiento de actos o hechos no previstos en el mismo.

Por lo tanto, lo anterior a priori genera un desmedro en la autonomía de la voluntad y en cierta forma se ve afectado el consentimiento, el cual es un elemento esencial del contrato, dado que la administración implícitamente le impone una condición que deberá cumplir el contratista respecto de un previsto que pueda surgir a futuro, circunstancia que ocasiona un perjuicio anticipado ya que lo está obligando a realizar o ejecutar un hecho que surge de manera imprevista.

El art. 79 del RELACAP regula lo relativo al ajuste de precios¹³¹ y plantea dos situaciones: 1) lo pactado a precio unitario, abarca la subestructura o las obras a ejecutarse en el sub-suelo y 2) a precio firme la superestructura. En el primer caso se establece un mecanismo para ajustarlos indicando que deberá pagarse por obra ejecutada, la cual se hará mediante órdenes de cambio y no deberá exceder del 20% de lo pactado a precio unitario. En el caso de lo pactado a precio firme, el art. 105 de la LACAP, prohíbe el ajuste de precios y la introducción de las ordenes de cambio lo que se considera injusto, pues el contratista puede verse afectado por un incremento en los precios al momento

¹³⁰ *Ibíd.*, Art. 23.

¹³¹ RELACAP, Art. 79.

de la ejecución del contrato de obra pública, no estando en la obligación de soportarlo si con ello sufre pérdidas.

3.1.5 Código Civil

El tema relativo a la contratación pública está regulado en la LACAP, sin embargo, dicha normativa franquea la posibilidad que en todo lo que no esté previsto en la misma, se interprete a la luz del derecho común, de manera supletoria. No obstante, debe aclararse que el término derecho común debe tomarse en sentido amplio de forma tal que, de no encontrar la solución a una situación en la LACAP, podrá acudir a otras normativas tales como: el derecho civil, derecho mercantil, etc., sin dejar de lado que la Constitución de la República posee supremacía constitucional, así como de cualquier otra ley.

Los contratos de obra se suscriben por adhesión¹³², no hay discusión posible entre las partes y se forman mediante la aceptación lisa y llana por una de ellas, de las condiciones señaladas por la otra.¹³³ El contratista se adhiere a las cláusulas establecidas por la administración pública, en los documentos contractuales, bases de licitación que forman parte integral del contrato, es decir, que se aceptan todas las condiciones pactadas, lo cual trasgrede como ya se dijo anteriormente la autonomía de la voluntad y el consentimiento del contratista, puesto que se le limita el derecho de decidir, incorporar o eliminar alguna cláusula que pueda afectarle en un futuro, de conformidad a lo que regula el art. 1316 del C.C.¹³⁴

¹³² Villalta, "Consecuencias que genera", 21.

¹³³ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil: Las Fuentes de las Obligaciones*, t. 4 (Editorial Nacimiento, Chile: 1942), 43.

¹³⁴ Código Civil de El Salvador, Art. 1316.

Es necesario mencionar que el contrato en comento es oneroso, según lo preceptuado en el artículo 1311 del C.C.¹³⁵, ya que implica contra prestaciones equivalentes, o sea, que el contratista debe entregar a la administración pública la obra requerida y que fue pactada en el contrato, habilitando el derecho al contratista de retribuir de forma económica la obra realizada. Es decir, que las características enunciadas son esenciales en la naturaleza del contrato. En tal sentido, ante la presencia de hechos o actos imprevistos que son los que aborda el artículo 43 del C.C.¹³⁶, como es el caso fortuito o fuerza mayor, utilizó una conjugación disyuntiva que señalan alternativas, pero que al final no establecen de forma clara y precisa lo que debe entenderse por cada uno de ellas, es decir, que ejemplifica casos que los plantea como sinónimos, dejando a interpretación lo que abarca cada uno de ellos, pero cabe aclarar que no todos los hechos pueden ser imprevistos.

Al verificar el texto del art. 83-A inc. 2 de la LACAP, genera confusión, en vista que proporciona una definición de lo que debe entenderse por imprevisto, indicando que es *“aquel hecho o acto que no puede ser evitado, previsto o que corresponda a caso fortuito o fuerza mayor”*¹³⁷, el cual es abordado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de El Salvador, en la resolución 231-2008, frente a un supuesto incumplimiento de un contrato en el que se le impuso multa a la sociedad Terratracto, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse T.T., S.A. de C.V., por parte del Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, en la que abordan que caso fortuito o fuerza mayor es: *“un acontecimiento ajeno a la voluntad de los contratantes. Es decir, que se trata de un hecho exterior, de manera que quien lo alega no haya intervenido o contribuido, en forma alguna en su realización; y sea de*

¹³⁵ *Ibíd.*, Art. 1311.

¹³⁶ *Ibíd.*, Art. 43.

¹³⁷ LACAP, Art. 83-A.

carácter imprevisible, extraordinario, anormal, inmanejable e inevitable por parte de quien lo invoca”. ¹³⁸

En tal sentido, acotan que ambos supuestos tienen una relación de causa efecto que pueden generar consecuencias con imposibilidad permanente o momentánea de ejecución del objeto del contrato, que al final requieren ser ajustados en los precios pero que la LACAP, prohíbe las obras que se pacten a precio firma, lo cual no debería de ser así, porque genera un mayor costo al contratista.

El caso fortuito “es un acontecimiento natural inevitable que puede ser previsto o no por la persona obligada a un hacer, pero a pesar que lo haya previsto no lo puede evitar, y, además, le impide en forma absoluta el cumplimiento de lo que debe efectuar. constituye una imposibilidad física insuperable, tales como huracanes, terremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, epidemias; y, como fuerza mayor, es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también, en forma absoluta, el cumplimiento de una obligación, tales como la guerra, revoluciones, huelgas o paros nacionales”. ¹³⁹

Por lo tanto, ambos conceptos que brinda el código civil, se vuelve necesario remitirse a la jurisprudencia para que defina de forma más amplia cada uno de ellos. En vista que no se encuentran de forma taxativa abordados en la LACAP y su reglamento.

Es necesario puntualizar que el Código Civil en el artículo 1787¹⁴⁰ reguló en que caso procederá la reclamación de perjuicios, indicando que cuando no se ejecute lo convenido o se haya retardado en su ejecución, a pesar de que se

¹³⁸ Sentencia Definitiva, Referencia: 231-2008 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2010).

¹³⁹ Sentencia Definitiva, Referencia: 231-2008.

¹⁴⁰ Código Civil de El Salvador, Art.1787.

haya estipulado un precio único y total, reembolsando en lo que valga el trabajo hecho, es decir, que esto habilita al contratante a iniciar el proceso respectivo o aplicar multas al contratista por no haber realizado la obra pactada, siempre y cuando está no justifique o compruebe debido a que no ejecutó la obra o que se debió el retardo de la misma. Es necesario acotar que el artículo 1791 del Código Civil, preceptúa que en los contratos celebrados a un precio único, *“...no podrán pedir aumento del precio a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo, salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones”*.¹⁴¹

Por lo tanto, lo anterior se asemeja a lo regulado en el artículo 105 inciso 4 de la LACAP¹⁴², ya que en dicha disposición indica que la superestructura se establecerá a precio firme, lo cual no permite la introducción de órdenes de cambio y ajuste de precios, solo dando la posibilidad de lo antes mencionado como precio unitario en la subestructura, lo cual como ya se indicó ocasiona un perjuicio patrimonial al contratista debido a que esto altera o modifica lo pactado en el contrato, por lo que no puede ejecutar más de lo convenido sin recibir justa retribución, ya que son hechos sobrevinientes de los que no tenía conocimiento que el código civil maneja como vicio oculto del suelo en el art. 1791 numeral 2)¹⁴³, si le ocasionan costos no previstos al contratista deberá hacerlo del conocimiento acreditándolos y comprobándolos a la administración pública, pero si está se rehúsa al pago, le da la posibilidad de recurrir vía judicial ante un juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra y fije el aumento del precio.

¹⁴¹ *Ibíd.*, Art.1791.

¹⁴² LACAP, Art. 105 inc. 4.

¹⁴³ Código Civil de El Salvador, Art.1791 numeral 2.

3.1.6 Código de Comercio

Los contratos administrativos que efectuó la administración pública con los particulares, no le es aplicable lo preceptuado en la normativa mercantil, ya que esta regula actos de comercio, los cuales dentro de su giro se encuentran masificados. En el Código de Comercio, la figura de contrato de obra pública, no existe, por lo que se tendría que aplicar el derecho común siempre, para celebrarlo han recurrido a la administración pública a tramitar el procedimiento y solemnidades que se exigen, es más, dentro de la LACAP en el art. 22 se encuentra enumerado el contrato de obra pública. No obstante, es importante indicar que existen elementos significativos para destacar y que podrían ser retomados, ya que según el art. 978¹⁴⁴, en caso de que surja alguna duda del mismo y se tengan que agregar cláusulas adicionales se deberá interpretar en el sentido más favorable para el contratista y prevalecerán las que constan en el contrato.

3.1.7 Ley Especial de Asocio Público Privado

En cuanto a la ejecución del contrato de asocio público privado, cuya finalidad tiene la promoción de la inversión pública en forma conjunta entre el Estado y los inversionistas privados, ya que a través de ellos se potencia el desarrollo de grandes proyectos nacionales en materia de obras públicas, servicios públicos y actividades de interés general, ya que con la celebración de los contratos de participación pública privada debidamente regulados por la ley, permiten en un marco de seguridad jurídica, dotar al Estado de infraestructura y equipos necesarios y estratégicos para la consecución de sus fines, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser

¹⁴⁴ Código de Comercio (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970).

humano, debiendo el Estado promover el desarrollo económico y social.¹⁴⁵ Misma que no se profundizará o abordará debido a que se realiza otro tipo de contratación que no corresponde al desarrollo de la presente investigación.

3.1.8 Resoluciones administrativas

3.1.8.1 Caso I

El presente caso aconteció en El Salvador el 20 de abril de 1956,¹⁴⁶ en el cual la Comisión Ejecutiva del Puerto de Acajutla (“CEPA”)¹⁴⁷ celebró un contrato de arrendamiento de servicio con la Sociedad Alemana “Salzgitter Industriebau Gessellschaft, M. B. H.”, por medio del cual ésta se comprometió a realizar, por un precio global determinado, la construcción de un muelle rompeolas en el Puerto de Acajutla.

En la ejecución de la obra citada anteriormente, surgieron controversias entre las partes, las cuales fueron sometidas al arbitraje, debido a que la sociedad constructora reclamó el pago de cantidades mayores a las estipuladas, alegando que había sufrido perjuicios económicos, de los cuales era responsable “CEPA”, por los datos inexactos que esta suministró y que sirvieron de antecedentes al contrato, entre las causas se encontraron: las condiciones oceánicas y geológicas las cuales eran muy diferentes de las supuestas, las que generaron a la constructora a efectuar un gasto adicional considerable fuera del precio total de la obra, cuya reclamación posterior dio origen a un juicio de arbitraje.

¹⁴⁵ Ley Especial de Asocios Publico Privados, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013), art. 61 y 63.

¹⁴⁶ Héctor Mauricio Arce Gutiérrez, “La imprevisión en la doctrina y en el Código Civil salvadoreño”, (Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1966), 16.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 2.

Por lo tanto, se estableció una cláusula del contrato que el contratista asumiría todos los riesgos en caso de fuerza mayor y se comprometía a ejecutar y entregar la obra terminada por un precio global y, además, que el supuesto de controversia se someterían a arbitraje.

Los motivos referidos en la cláusula del contrato sirvieron de base en la demanda, sosteniendo que la teoría de la imprevisión puede fundamentarse en el principio que indica el artículo 1417 del C.C., en el que se detalla que “*los contratos deben ejecutarse de buena fe*”¹⁴⁸; es decir, no se hace mención expresa, o de forma implícita, que indiquen si es favorable o desfavorable dicha teoría, por lo que solo se refiere de forma limitada al caso fortuito y fuerza mayor en el Art. 43 del mismo cuerpo normativo.

Por otra parte, CEPA alegó la improcedencia de la condena, fundándose en la cláusula del contrato que establecía un precio global por la obra, que se debía entregar terminada, por lo que el tribunal de arbitraje decidió la controversia a favor de la parte actora, por el punto de vista “ético-jurídico” que se fundamenta en la teoría de la imprevisión, indicando que aunque no haya sido previsto el cambio de las circunstancias que hacen más gravosa la prestación, en la ejecución del contrato se ha roto el equilibrio de las prestaciones originalmente pactadas y por justicia conmutativa se hace necesario restablecer aquel equilibrio, por lo que no era aplicable la teoría de la imprevisión, por cuanto la cláusula aludida cargaba riesgos futuros, en forma indeterminada, a la empresa constructora.

En resumen, el contrato realizado entre Salzgitter y CEPA, no fue celebrado con equilibrio de prestaciones, por la sencilla razón de que la cláusula contractual volvía responsable a la sociedad constructora del puerto, de todos

¹⁴⁸ Código Civil de El Salvador, Art. 1417.

los riesgos futuros, pactándose además un precio global por la ejecución y entrega de la obra, pues el precio total de la construcción se hicieron sobre la base de los cálculos y datos inexactos suministrados por CEPA, que sirvieron de antecedente al contrato, por lo que no puede negarse que debido a las causas extraordinarias sobrevinientes, implica que el contratista tenga un mayor sacrificio económico, es decir, exista un impacto económico notable al momento de la ejecución del contrato, ya que a consecuencias de estos desequilibrios contractuales, debe de resolverse en función de la imprevisión.

3.1.8.2 Caso II- Referencia 204-CQCM-15

El presente caso aconteció en El Salvador el día 6 de agosto de 2007, en el que la Comisión Hidroeléctrica del Río Lempa, por sus siglas CEL, celebró Contrato Administrativo de Obra Pública con la Sociedad "Especialidades Industriales, Sociedad Anónima de Capital Variable", que se abrevia ESPINSA S.A de C.V, por medio del cual convino ejecutar la construcción de fosas sépticas, filtros subterráneos de arena, campos de absorción estándar, colectores y conexiones domiciliarias para aguas negras en las centrales hidroeléctricas y terminar la misma dentro de 120 días siguientes, venciendo el plazo el cinco de diciembre de 2007.¹⁴⁹

En el proceso de ejecución, el contratista solicitó una prórroga del plazo, argumentando que debido a la lluvia y el grado de dificultad presentado en las excavaciones con gran cantidad de material rocoso, le implicaba un retraso en la construcción de la obra (caso fortuito), autorizándose la orden de cambio, por lo que se amplió el plazo a treinta días hábiles, de tal manera que el plazo

¹⁴⁹ Sentencia de Apelación, Referencia: 204-CQCM-15 (El Salvador, Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, San Salvador, 2015).

concluiría el día 18 de enero de 2008, derecho que posee el contratista de la ampliación del plazo que regula el Art. 86 de la LACAP.¹⁵⁰

La controversia se trató a través de arreglo directo, en la que CEL se allanó a la posición y declaró la procedencia del reclamo de la sociedad ESPINSA, S.A. de C.V., ya que las causas del alargamiento del plazo fueron ajenas a la responsabilidad del contratista y provinieron de acontecimientos imprevistos, inevitables e irresistibles, que el art. 43 del C.C., denomina como caso fortuito o fuerza mayor¹⁵¹, por lo que a ESPINSA, S.A. de C.V. le surgió la necesidad de realizar trabajos u obras adicionales que ordenó el propietario de la obra a través de su representante, no comprendidas dentro del contrato, las cuales consistían en: trabajos u obras imprevistas, necesarias e imprescindibles para que el objeto del contrato quedara debidamente completo y útil para la utilidad propuesta por la CEL, no circunscribiéndose el aumento de cantidades de obras, sino a trabajos distintos a los contratados sin precios de referencia en el contrato, surgiendo la discrepancia en cuanto al monto de la remuneración por contraprestación del contratista.

La reclamación se dio en el contexto que los precios de los materiales de construcción y mano de obra tuvieron un alza en el mercado, en comparación al momento de la contratación, ya que las obras adicionales se realizaron en un tiempo distinto, por lo que ESPINSA solicitaba la justa remuneración por la obra ejecutada, es decir, compensación económica extracontractual por los costos indirectos, obra adicional ejecutada, dificultades materiales, retribución de excavaciones en talpetate y excavación completa realizada en los campos de absorción como excavación de roca.

¹⁵⁰ LACAP, Art. 86.

¹⁵¹ Código Civil de El Salvador, Art. 43.

La Comisión Hidroeléctrica del Río Lempa únicamente acreditó la existencia del contrato, la ejecución del mismo y su monto, pero no logró comprobar que el retraso en la ejecución, no fue solicitado en tiempo y sin una justa causa, subsistiendo que las causas extraordinarias sobrevinientes le implicó al contratista un mayor impacto económico que fue notable al momento de la ejecución del contrato, ya que a consecuencias de estos desequilibrios contractuales, esta debe de resolverse en función de la imprevisión.

3.2 Análisis de las bases de licitación, según la legislación vigente

La legislación de El Salvador indica que el acto previo a la realización del proceso de licitación es la elaboración de las bases o pliego de condiciones, el cual según la LACAP constituye “...*el instrumento particular que regulará a la contratación específica*”.¹⁵² En las que se debe determinar y detallar con toda claridad el objeto de la contratación, requerimientos y especificaciones técnicas del procedimiento, para que las ofertas sean presentadas en igualdad de condiciones, puesto que de éstas se derivan los derechos y obligaciones de las partes, que se verán formalizados en el contrato a suscribir.

Es preciso señalar que la Sala de lo Contencioso Administrativo en resolución 141-G-2002 establece: “*que las bases de licitación contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la administración, son fijadas unilateralmente por ésta.*”¹⁵³. y al respecto la misma Sala acotó en resolución 140-2005 que: “*las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales*

¹⁵² LACAP, Art. 43.

¹⁵³ Sentencia Definitiva, Referencia: 141-G-2002 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2004).

*y procedimentales de la licitación, entre ellos: su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma*¹⁵⁴.

Se establece que las bases de licitación o concurso constituyen un instrumento particular que regulará la contratación específica. Es decir, que se trata de un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual: *"Por el que el ente público en ejercicio de las funciones administrativas invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente"*.¹⁵⁵

Las bases de licitación constituyen las reglas del juego con que se regirá el futuro contratista y éstas deben regular los requisitos con que se ejecutarán las obligaciones derivadas del contrato de obra pública, respectivo a una reparación, ampliación u obra pública nueva, específicamente en lo relativo al tema que ocupa en cuanto a su regulación en la aplicabilidad de la imprevisión que surge en la respectiva ejecución de éstos. Los cuales están íntimamente relacionados con los requisitos de la oferta, ya que las bases establecen exigencias relativas a la prestación requerida por el licitante y el contenido de la oferta viene delimitada por el pliego de condiciones unilateralmente elaboradas por la administración y que, para ser válidas, ha de someterse a los requerimientos de dichos pliegos de condiciones.

Es importante retomar lo que abordó la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su resolución 202-C-2001, en la que puntualizó lo siguiente: *"Las bases prescriben por regla general cuatro postulados en su contenido: a) el objeto*

¹⁵⁴ Sentencia Definitiva, Referencia: 140-2005 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁵⁵ Dromi; *Licitación Pública*, 254.

*licitado se define mediante los elementos cualitativos y cuantitativos de individualidad que se ciñen a las necesidades de la Administración Pública; b) Regulan exigencias relativas a los sujetos y no a las propuestas; lo expuesto hace referencia a las condiciones jurídicas de habilitación -que lleva inmersa la calificación de capacidad-, la habilitación técnica y financiera como condiciones mínimas de un licitante frente a la potencial oferta; c) cláusulas obligatorias o prohibitivas, las cuales pueden tener un carácter expreso o implícito, dado que las mismas regularmente ya se encuentran contenidas en disposiciones legales positivas, o resultan de la aplicación de los principios generales del derecho y las directrices contractuales -en lo que hace referencia a voluntad por ejemplo-; y, d) Siempre existe una fijación de actos y afectaciones procedimentales, que sientan las reglas del juego a seguir; lo anterior incluye el ejercicio de ciertos derechos, solemnidades a llenar por el carácter especial del objeto licitado”.*¹⁵⁶

Por estas razones, las bases de licitación pública tienen como finalidad dar cumplimiento primordialmente al principio de igualdad emanado en el art. 3 de la Constitución¹⁵⁷, principio que establece que todos los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la administración pública, en las que se vuelve indispensable tomar en cuenta: a) la consideración de las ofertas en plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; b) respeto a los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando así favorecer a alguno de los concurrentes; c) cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; d) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; e) inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando

¹⁵⁶ Sentencia Definitiva, Referencia: 202-C-2001 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2003).

¹⁵⁷ Constitución de la República de El Salvador, Art.3.

el establecimiento de condiciones generales e impersonales; y, f) indicación de las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.

Las entidades que administran recursos públicos solo pueden pagar los imprevistos que el contratista compruebe y el contratista solo podrá ejecutarlos y materializar lo requerido en el contrato, debido a que no puede realizar trabajos sin justa remuneración económica, en vista que los imprevistos no pueden convertirse en parte de la utilidad de ninguna de las partes contractuales, ni tampoco se puede ir en contra de los principios de equidad y justicia contractual, esto debido a que las partes al momento de contratar lo hacen basándose en circunstancias o antecedentes ordinarios, normales; y en atención a ello las partes se vinculan obligándose jurídicamente, y que cuando en una forma notoria, cambian las condiciones que no se tuvieron en cuenta al momento del negocio jurídico por causas extraordinarias, anormales que no son habitualmente previsibles, se agrava desproporcionalmente la prestación para una de las dos partes.

3.3 Comparación de las bases de licitación de la administración pública según diversas fuentes de financiamiento

Luego de establecer la importancia de reglar en las correspondientes bases de licitación que regirán al futuro contratista y lo cual volverá exigible el cumplimiento en la ejecución contractual, se han conjuntado bases de licitación de diferentes instituciones que conforman la administración pública y que son responsables de la contratación de obras de interés general que benefician a la colectividad, para realizar una comparación entre éstas y la forman en que regulan lo relativo a la aplicabilidad o solución de los imprevistos, así como el resultado de dicha comparación. La comparación se

efectuará además por fondos de financiamiento con que se promueven los respectivos procesos de licitación.¹⁵⁸

3.4 Regulación de los imprevistos en el contrato de obra pública, en la legislación de México y Chile

3.4.1 Legislación de México

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, la cual fue reformada por última vez el día 29 de enero de 2016, tiene con fin primordial mantener un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, que reconoce en su art. 3 numeral II literal a)¹⁵⁹, aunado a ello en el artículo 1¹⁶⁰ dispone que todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en su constitución y tratados internacionales que ha ratificado tales como: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.

El Estado da la posibilidad de realizar contratos administrativos a través del procedimiento previo que es la licitación pública, en la que es la encargada de promover la competencia, igualdad y transparencia, cuando se refiere en su artículo 134, la Constitución de México, lo siguiente: *“las contrataciones de obra que se realicen se adjudicaran o llevarn a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que se abrirá públicamente, a fin de*

¹⁵⁸ Véase anexo 3: Abordaje de imprevistos en Bases de Licitación de la Administración Pública y sus diversas fuentes de financiamiento.

¹⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (México, Congreso Constituyente de México, 1857).

¹⁶⁰ *Ibíd.*, Art. 1.

*asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles, en cuanto a precio calidad, financiamiento oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.*¹⁶¹

Con apego a lo supra señalado, respecto al trabajo, la constitución mexicana regula en su art 5 inciso 3 lo relativo a que: “*nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personas sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento...*”; en tal sentido, entendiéndose tal disposición que todo trabajo realizado por toda persona deberá ser retribuido de forma justa.¹⁶²

En la referida constitución se puede destacar los casos en que los servidores públicos y particulares incurran en responsabilidades frente al Estado, se encuentran reguladas una serie de sanciones en las que pueden incurrir, en el artículo 109¹⁶³ de dicho cuerpo normativo; además, indican que al Ministerio Público de la Federación le corresponderá la persecución de todos los delitos de orden federal, conforme a lo establecido en su art. 102 inc. 2¹⁶⁴, los cuales deben promover ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme a lo dispuesto en el art. 94.¹⁶⁵

En México se ha estructurado organizativamente que lo relativo a la obra pública, sea manejada a través de la dependencia de la Secretaría de Obras y Servicios, dándole facultades específicas tales como las siguientes: planear, proyectar, construir y mantener las obras públicas de dicho país, integrando elementos de sustentabilidad, accesibilidad y modernos que cumplan con las necesidades de una capital con crecimiento y desarrollo continuo. Además, trabaja en conjunto con la Comisión Interdependencia de Protección Civil, en

¹⁶¹ Constitución Política de México, Art. 134

¹⁶² *Ibíd.*, Art. 5 inc. 3.

¹⁶³ *Ibíd.*, Art. 109.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, Art. 102 inc. 2.

¹⁶⁵ Constitución Política de México, Art. 94.

la que se lleva la coordinación ejecutiva de las tareas relativas a la prevención y atención eficaz de contingencias naturales o accidentales que puedan afectar la integridad de los habitantes, de sus bienes o de su infraestructura.¹⁶⁶

En la legislación mexicana se ha creado una ley específica, que se encarga de regular la contratación pública y lo relativos al caso fortuito o fuerza mayor, siendo la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas¹⁶⁷ del año 2000, la cual tuvo su última reforma el 28 de mayo de 2009, en la que se destaca la posibilidad de incluir una cláusula arbitral de forma excepcional en los contratos, mientras que por regla general, se entiende que las controversias que deriven con motivo de la interpretación y aplicación de la ley, serán dirimidas ante los Tribunales Federales.

Existen diversos ordenamientos aplicables en materia de obras públicas, pero en base a lo antes expuesto, en la ley en comento dispone dos formas de contratación para realizar obras públicas las cuales son: (i) por contrato y, (ii) por administración directa;¹⁶⁸ por lo cual una vez seleccionado el tipo de contratación, se realiza la licitación pública, la cual se puede realizar de tres maneras: 1) la nacional, en la que participaran solo personas de nacionalidad mexicana, 2) internacional bajo la cobertura de tratados, en el que participaran licitantes mexicanos y, 3) extranjeros de países con los que haya celebrado un tratado de libre de comercio e internacional abierta, en la que podrá participar todo licitante mexicano y extranjero, conforme a lo que dispone el art. 30

¹⁶⁶ Gobierno de la Ciudad de México, "Obras", Secretaría de Obras y Servicios, acceso el 29 de septiembre de 2019. <http://www.obras.cdmx.gob.mx/secretaria/acerca-de>

¹⁶⁷ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (México, Congreso General de Los Estados Unidos Mexicanos, 2000).

¹⁶⁸ Constitución Política de México, Art. 26.

numerales I, II y III de la ley en comento,¹⁶⁹ las que se realizarán mediante convocatoria pública.

En la actualidad las bases de licitación deben de ser publicadas tanto el Diario Oficial de la Federación como en el portal de internet: www.compranet.gob.mx, mismas que deben de ser publicadas el mismo día en que se publica la convocatoria. Por otra parte, es indispensable mencionar que una persona puede participar de manera física o por medio de los medios remotos de comunicación electrónica, de conformidad a lo que dispone el art. 28 de la Ley de Obras Públicas.¹⁷⁰

El contratista tomando de referencia las bases preparadas por la institución contratante, realiza su propuesta, tomando de parámetro los estudios de factibilidad y técnicos con los que ya se cuentan, sujetándose al pliego de condiciones de las cuales la administración seleccione y considere más ventajosa, adjudicando el proyecto a la empresa con mejores propuestas y que se ajusten a las expectativas de la misma, adjudicándole de esa forma el proyecto.

Una vez que se han realizado las actividades previas a la celebración del contrato y se ha realizado el proceso de selección del contratista, se procede a celebrar el contrato de obra pública, con el cual queda perfeccionado, cuya finalidad es alcanzar el cumplimiento del pliego de condiciones plasmadas en las bases de licitación y contrato¹⁷¹, mismo que debe contar con los requisitos de existencia y validez, que deban contar los contratos administrativos los cuales la legislación mexicana aborda en tres tipos: (i) sobre la base de precios

¹⁶⁹ *Ibíd.*, Art 30 numeral I, II y III.

¹⁷⁰ Ley de Obras Públicas, Art. 28.

¹⁷¹ Roberto González Robles, "Licitación Pública en México" (Tesis de grado, Instituto Politécnico Nacional, Escuela Superior de Comercio y Administración de México, 2014), 9.

unitarios, es decir el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse el contratista se realiza por unidad de concepto de trabajo terminado; (ii) a precio alzado, en el que la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido y (iii) mixtos, cuando contengan una parte que se realice sobre la base de precios unitarios y otra, a precio alzado.¹⁷²

El contrato de obra pública se rige bajo el principio "*pacta sunt servanda*", implica que los pactos deben ser cumplidos en sus términos pactados; que los contratos se acatan de conformidad con las cláusulas respectivas y se cumplen, aún contra la voluntad de quienes intervienen en ellos. Asimismo, la cláusula "*rebus sic stantibus*", ha servido para denominar a una de las teorías jurídicas más importantes, que busca con deseo la equidad, la justicia y los principios rectores de los sistemas jurídicos.¹⁷³

La ejecución del contrato es imperativo iniciarla en la fecha estipulada,¹⁷⁴ determinando que cuando ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato que determinen un aumento o reducción de los costos directos de los trabajos no ejecutados conforme al programa convenido, el cual se hará mediante el procedimiento de revisión de cada uno de los precios unitarios del contrato para obtener el ajuste; revisión de un grupo de precios unitarios que representen el 80% del importe total del contrato; y cuando se tenga establecida la proporción en que intervienen los insumos en el total de los costos directos de los mismos, el cual se realiza mediante la actualización de los costos de los insumos que intervienen en dichas proporciones, según

¹⁷² Ley de Obras Públicas, Art. 45.

¹⁷³ Ignacio Galindo Garfias, "Diccionario Jurídico Mexicano", 12^a ed. (Porrúa, México: 1998), 1637-1638.

¹⁷⁴ Ley de Obras Públicas, Art. 52

lo preceptuado en el art. 57 numerales I, II y III de la ley de obras públicas¹⁷⁵, no obstante es importante resaltar que el ajuste de precios solo procede en los contratos a precios unitarios o la parte de los mixtos de esa naturaleza.¹⁷⁶

La mayoría de los imprevistos ocurren en el inicio de la construcción tales como: (i) el estudio de mecánica de suelos, el cual se debe de prever desde que está en la etapa de proyecto, es decir, antes de realizar el presupuesto y el programa de obra, ya que tiene un impacto económico contractual; (ii) los errores en los planos, debido a que las medidas proporcionadas al contratista no fueron las correctas o porque en las escrituras este planteada una superficie distinta a la proyectada; (iii) si el terreno se encuentra cerca de una zona arqueológica, se corre el riesgo porque si se llegara a encontrar algo con valor histórico o arqueológico, provoca detener el proceso de construcción en lo que es liberado el terreno, ocasionando con ello que el plazo de entrega no será el pactado; además que se deben asumir los costos del personal de arqueología, ocasionando una disminución en las ganancias, algunas veces si el cliente sabe de antemano el riesgo pudiera ser que corriera con parte del sobrecosto.¹⁷⁷

La legislación de México prevé en cierta medida salidas viables para ambas partes que fomenta la equidad contractual, para que no se vean afectados ninguno de las dos partes pecuniariamente, regulando supuestos concretos en el artículo 62 numeral I y II de la ley de obras públicas, en el que establece causales claras en las que deberá responder la entidad pública, siendo las siguientes: (i) cuando se determine la suspensión de los trabajos o se rescinda

¹⁷⁵ Ley de Obras Públicas, Art.57 numerales I, II y III.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, Art. 56 inc. 2.

¹⁷⁷ Abby Alnevarez, "Riesgos e imprevistos en el proceso de obra", *Apuntes sobre Arquitectura y Construcción* (blog) México, 27 de mayo de 2014, <https://arquijugando.blogspot.com/search?q=Riesgos+e+imprevistos+>

el contrato por causas imputables, ésta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate y (ii) cuando se den por terminados anticipadamente los contratos, deberá pagar al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate.¹⁷⁸

Asimismo, en la ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas también se abordan supuestos por causas atribuibles al contratista en los que deberá responder, estableciéndose las siguientes: (i) en el caso de la rescisión del contrato una vez emitida la determinación respectiva, la dependencia o entidad se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aún no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito que proceda, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la comunicación de dicha determinación, a fin de proceder a hacer efectivas las garantías, en el finiquito se deberá prever el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados y, (ii) Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá optar por no ejecutarlos, dándole la posibilidad de optar por la terminación anticipada del contrato, la cual deberá solicitar a la dependencia o entidad, quien determinará lo conducente dentro de los quince días naturales siguientes a la presentación del escrito respectivo; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente, pero si la

¹⁷⁸ Ley de Obras Públicas, Art. 62 numeral I.

dependencia o entidad no contesta en dicho plazo, se tendrá por aceptada la petición del contratista.¹⁷⁹

Respecto a la teoría de la imprevisión o clausula *rebus sic stantibus*, la cual da la posibilidad de la revisión de los contratos cuando por circunstancias imprevistas, imprevisibles, extraordinarias y ajenas a la voluntad de las partes, el cumplimiento de la obligación se convierte en excesivamente oneroso, alterando el principio de equidad que debe prevalecer en todo contrato.

En razón de lo anterior, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal incluyó dicha figura jurídica, ya que el principio *pacta sunt servanda* en el Código Civil del Distrito Federal¹⁸⁰, el cual es un principio que establece que los contratos deben ser fielmente cumplidos, tal como se pactaron por las partes, debiendo existir equivalencia en las voluntades según lo que dispone el art. 1797 del referido código,¹⁸¹ ya que desde el momento que se perfecciona el mismo adquieren obligaciones recíprocas de entrega de la obra requerida y el pago por la obra realizada, según lo que indica el art. 1796 del código en comento.¹⁸²

Al puntualizar que toda persona natural o jurídica que propone celebrar un contrato, debe fijarle un plazo de entrega al cual queda ligado hasta la expiración del mismo, según lo que indican los artículos 1804 y 1807 del código ya antes relacionado, regulando el mismo cuerpo legal que en los hechos emanados por caso fortuito, ninguna persona estará obligada a responder por

¹⁷⁹ Ley de Obras Públicas, numeral II.

¹⁸⁰ Código Civil del Distrito Federal, (México, Congreso de la Unión de México, 1928).

¹⁸¹ Art. 1797: “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

¹⁸² Art. 1796: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

ellos, ya que al impedido con justa causa no se le puede exigir el cumplimiento de una obligación, salvo que se hubiera obligado a ella¹⁸³, de conformidad a lo que indica el art. 2111 del código en referencia, ejemplificando los supuestos de caso fortuito en el art. 2455 inc. 2 del Código Civil Federal, los cuales son: el incendio, la guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever.¹⁸⁴

3.4.2 Legislación de Chile

Las prerrogativas de la administración en el marco normativo de Chile están siempre presentes en las contrataciones públicas y están reguladas en diferentes legislaciones, con la finalidad de proteger el interés público, ya que la norma constitucional de los diferentes países establece que es obligación del Estado satisfacer las necesidades públicas, pero para ello deberá hacer uso de su poder exorbitante con el fin de satisfacer y proteger las necesidades de la colectividad, por ello se ha regulado de forma expresa el derecho de igualdad que tiene toda persona de ser tratada por igual ante la ley¹⁸⁵ y han consagrado en la misma norma que: *“toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.”*¹⁸⁶ Lo cual se encuentra apegado a lo que dispone la Constitución de El Salvador. De esta manera, el Estado de Chile ejecuta todas sus obras a través del

¹⁸³ Art. 2111: *“Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone”.*

¹⁸⁴ Código Civil del Distrito Federal, Art. 2455 inc. 2.

¹⁸⁵ Constitución Política de la República de Chile, (Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, 1980), Art 19 ord.2.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, Art. 19 Ord. 16.

Ministerio de “Obras Públicas” que opera desde el 08 de julio de 1974 hasta la actualidad.¹⁸⁷

Es importante resaltar que a lo largo del tiempo han logrado identificar las causantes de modificaciones que generan retrasos y aumentos en los costos de las obras en la infraestructura pública vial en Chile, indicando los supuestos siguientes: *“(i) La etapa de diseño: en la que se hace énfasis al diseñador, es decir, por la inexperiencia, falta de profesionales, desconocimiento de realidad local y falta de criterio. También, los alcances debido a la poca claridad o mala definición de lo requerido. (ii) La etapa de licitación: la causa más relevante se relaciona con el proceso durante la licitación, donde se mencionan plazos de licitación cortos, procesos mejorables (se destina más tiempo a revisión administrativa que técnica y alta ponderación a aspectos económicos en relación con los técnicos, además de demoras en adjudicación) y problemas con las aclaratorias (falta de respuestas o respuestas deficientes a consultas relevantes). También destacan problemas referentes a documentos donde se alude a las bases inadecuadas o falta de antecedentes. (iii) La etapa de construcción: encontrándose temas medioambientales, afecciones a terceros colindantes al proyecto, imprevistos o el clima.”*¹⁸⁸

En tal sentido, son reiterados los conflictos entre mandantes y contratistas en las obras públicas chilenas, lo cual le genera preocupación al vicepresidente de la Cámara Chilena de la Construcción -CChC- Jorge Letelier, ya que

¹⁸⁷ Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Chile, “Historia del MOP”, acceso el 30 de septiembre de 2019, <http://www.mop.cl/acercadelmop/Historia/Paginas/default.aspx>

¹⁸⁸ Luis Alarcón, “Investigadores UC presentan propuestas para reducir atrasos y aumento de costos en proyectos de infraestructura pública en Chile”, *Centro UC Políticas Públicas*, 15 de noviembre de 2017, <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/investigadores-uc-presentan-propuestas-para-reducir-atrasos-y-aumento-de-costos-en-proyectos-de-infraestructura-publica-en-chile/>

también puntualiza que estos problemas se deben a causa de lo siguiente: (i) *La licitación de los proyectos con los estudios de ingeniería “inmaduros” o desactualizados provoca cambios, retrasos y mayores costos en las faenas;* (ii) *No se exigen pólizas de seguros o garantías adicionales a las constructoras extranjeras, esto permitiría respaldar el cumplimiento del contrato;* (iii) *Al Estado le faltan resguardos ante “ofertas temerarias” o muy por debajo del presupuesto por parte de contratistas que buscan quedarse con los proyectos. Sugiere fijar una reducción máxima respecto del monto oficial. Si esta se supera, se debe calificar como “anormal o desproporcionada” la oferta. Luego, el mandante debe pedir al oferente justificar su propuesta e incrementar el valor de la boleta de garantía y* (iv) *La inexistencia de procedimientos para identificar riesgos y definir responsabilidades y mecanismos de compensación es otra debilidad del sistema.*¹⁸⁹

La regulación de las obras públicas se encuentra en la Ley 15.840¹⁹⁰ y su reglamento el cual se creó por medio del decreto del Ministerio de Obras Públicas N° 75, de 2004¹⁹¹ que actualmente se encuentra vigente, el cual dio pauta a derogar el que anteriormente era utilizado, siendo el decreto del Ministerio de Obras Públicas N°15 de 17 de enero de 1992, siendo esta legislación la utilizada para celebrar todos los contratos de ejecución de obras públicas celebrados por el Ministerio de Obras Públicas.¹⁹² La ley 15.840 establece en el artículo 5 literal a) que le corresponde al Ministro de Obras Públicas, pronunciarse sobre los Planes de Estudios, Proyectos y Ejecución de Obras y sus prioridades, los cuales serán sometidos a la aprobación del

¹⁸⁹ Consejo Políticas de Infraestructura, “CChC plantea exigir seguro extra a firmas extranjeras en contratos de OO.PP.”, 13 de noviembre de 2018, <http://www.infraestructurapublica.cl/cchc-plantea-exigir-seguro-extra-a-firmas-extranjeras-en-contratos-de-oo-pp/>

¹⁹⁰ Ley 15840, (Chile, Congreso Nacional de Chile, 1964).

¹⁹¹ Decreto N° 75, (Chile, Congreso Nacional de Chile, 2004).

¹⁹² Ángel Jara Tobar, “Revisión crítica del trato o contratación directa como modalidad de contratación administrativa”, (Tesis de grado, Universidad de Chile, 2008), 34.

Presidente de la República y se pondrán en conocimiento del Congreso Nacional.¹⁹³ Los contratos se adjudicarán por licitaciones públicas y para poder contratar cualquier obra deberá existir de forma previa la aprobación de fondos y se deberá disponer lo siguiente: bases administrativas, bases de prevención de riesgo y medioambientales, las especificaciones técnicas, los planos y presupuesto, con el visto bueno de la misma autoridad que adjudicará el contrato.

Los documentos supra señalados forman parte del respectivo contrato, lo anterior conforme a lo que dispone el art. 2 del reglamento de la referida ley.¹⁹⁴ Estableciendo el artículo 49 de la ley en comento, que los contratos cuyo valor exceda del máximo que se fije al efecto, serán resueltos por el Ministro de Obras Públicas.¹⁹⁵

Es importante destacar que una vez abierta la licitación estos documentos ya indicados no podrán modificarse. Por lo cual una vez tramitado el decreto o resolución que adjudicó el contrato dos copias de los planos, especificaciones y demás antecedentes del proyecto y le comunicará por escrito el día en que deberá tener lugar la entrega del terreno y del trazado de la obra, según lo preceptuado en el art 137 del reglamento de la ley 15.840, aunado a ello, existe una disposición importante en la que establece que el contratista no puede hacer por iniciativa propia cambio alguno en los planos o especificaciones que sirvan de base al contrato, a menos que su la onerosidad resultante de ello sea a cuenta del mismo, con base a lo regulado en el art. 140 del referido reglamento; en otras palabras a la luz del art. 142 del mismo cuerpo legal, el contratista debe ejecutar los trabajos con arreglo a las bases administrativas,

¹⁹³ Ley 15.840, Art. 5 lit. a).

¹⁹⁴ Decreto N° 75, Art. 2.

¹⁹⁵ Ley 15.840, Art 49.

especificaciones técnicas, planos generales y de detalle, perfiles y pliego de condiciones del proyecto.

La teoría de la imprevisión en el caso de los actos imprevistos, el reglamento supra señalado, plantea en el artículo 150 inciso 4 que en el caso de malos diseños suministrados por el MOP, debidamente comprobados, los cuales también hubiesen sido advertidos de manera oportuna por el contratista sin que el inspector fiscal hubiere tomado acciones o hubiere insistido en no corregir los errores, la reparación de los correspondientes defectos no será de cargo del contratista, es decir, exonera al mismo ya que la elaboración del diseño y estudios respectivos lo realiza la institución contratante, por lo que el contratista solo aceptó y se adhirió a lo requerido por está.¹⁹⁶ La misma disposición también se refiere a los hechos imprevistos puntualizando que las pérdidas causadas por incendio u otros accidentes, serán de cargo del contratista, quien podrá asegurar la obra por su cuenta, o sea deberá responder por la circunstancia imprevista acaecida.¹⁹⁷

Es necesario mencionar que en todo contrato el plazo de ejecución de la obra será fijado en las bases administrativas, el cual deberá cumplir el contratista, pero en algún dado caso durante la ejecución de la obra se produjeran atrasos parciales ocasionados por fuerza mayor o por caso fortuito, el contratista deberá presentar su justificación a la inspección fiscal en el plazo ya fijado, ya que pasado el período no se aceptará justificación alguna, en el cual el director estudiará el informe presentado y las razones invocadas por el contratista para justificar el atraso y resolverá o propondrá, según proceda, la aceptación o rechazo de la ampliación del plazo.¹⁹⁸ En caso de atraso en la terminación de

¹⁹⁶ Decreto N° 75, Art. 150 inc. 4.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, inc. 2.

¹⁹⁸ Decreto N° 75, Art. 161.

la obra, los estados de pago por obras hechas fuera de plazo y que de acuerdo con el art. 108 deben ser reajustados, estos no podrán tener un reajuste superior al mes de vencimiento del plazo del contrato. Aunado a ello, se admite la posibilidad de reajuste en la suma alzada o los precios unitarios si se establece de esa manera en las bases de licitación, pero caso contrario se considerará invariable.¹⁹⁹

Respecto a la teoría de la imprevisión y su aplicación ante imprevistos en las obras públicas, la legislación chilena plantea diversas posturas entre las cuales se encuentran las siguientes: (i) para el sistema chileno es inadmisibles, puesto que el principio *pacta sunt servanda* aparece como inmutable, por lo que no hay posibilidad de modificar un contrato.²⁰⁰ (ii) esta teoría es solo posible a nivel doctrinario reuniendo los requisitos exigidos, sin embargo, se hace imposible aplicarla a un caso en concreto pues la legislación chilena lo impide conforme a lo que dispone el art. 545 del C.C. y; (iii) la teoría de la imprevisión es aplicable siempre y cuando se reúnan los requisitos que la configuran en base a lo dispuesto en el art. 1545 del código civil, que son los que permiten readecuar el contrato a las nuevas circunstancias, no siendo necesaria una ley que expresamente lo autorice (principios generales del contrato y el acto jurídico). De las posturas anteriores, es importante destacar los autores que sostienen cada una de ellas, siendo las siguientes:

La primera postura, la sostiene la doctrina chilena cuando acota que lo preceptuado en el art. 1545 del código civil, es un impedimento insalvable para la aplicación de la teoría de la imprevisión, señalando que: *“las obligaciones derivadas del contrato, de no mediar un acuerdo de las partes o circunstancias*

¹⁹⁹ *Ibíd.*, Art. 108.

²⁰⁰ Código Civil de Chile (Chile, Congreso Nacional de Chile, 1855), Art. 1545.

que, de conformidad con la ley, excusan de cumplirlas, deben ejecutarse íntegramente, pese al cambio de las condiciones en que se contrajeron. Por lo que para que la teoría de la imprevisión tenga cabida en el derecho chileno hará falta un expreso texto legal".²⁰¹

La segunda postura destaca que la teoría de la imprevisión es compatible con el código civil chileno, siendo coherente con las disposiciones básicas en materia contractual. En otras palabras, la referida teoría en su formulación moderna no necesita para su aplicación en Chile, que consagre en forma expresa en el código civil del referido país, porque los jueces pueden aplicarla interpretando adecuadamente las normas pertinentes del código civil. Esta aplicación puede hacerse siguiendo las argumentaciones siguientes: "(i) La causa, que se encuentra consagrada en el código civil; (ii) La naturaleza del contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que implica equivalencia en las prestaciones recíprocas; (iii) El principio de buena fe en la ejecución de los contratos; y (iv) la integración por equidad".²⁰²

La tercera y última posición sostiene que "*la teoría de la imprevisión se ha sobredimensionado, sobre todo en función de la prueba de los hechos y, que los fines perseguidos en la aplicación de ella se lograrían mediante el examen de la conducta típica que corresponde a cada contratante, según la naturaleza de la relación contractual de que se trate*".²⁰³ Puntualizando que su hipótesis parte de la obligación de un vínculo jurídico que impone a un sujeto pasivo el deber de desplegar una determinada conducta en relación a una prestación,

²⁰¹ Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil: de las fuentes de las obligaciones*, 9ª ed. (Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 1997), 21.

²⁰² Juan Carlos Dörr Zegers, "Notas acerca de la teoría de la imprevisión", *Revista Chilena de Derecho*, n. 2 (1985): 264-265.

²⁰² Claudio Illanes y Juan Carlos Dörr Zegers, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 2000), 185.

²⁰³ *Ibíd.*

en favor del sujeto activo. El deudor al obligarse asume el compromiso jurídico de desplegar una determinada conducta o comportamiento que conduce a un fin, que consiste en dar, hacer o no hacer; para ello debe entenderse lo que dispone el Art. 1547 del código civil, donde puede deducirse la responsabilidad que la ley impone al acreedor, en cuanto a la diligencia que éste debe observar respecto del deudor.

3.5 Conclusión

El presente capítulo ha permitido verificar la forma en que se aborda el tema relativo a los imprevistos en el contrato de obra pública en los diferentes instrumentos jurídicos, corroborando las falencias que existen para resolver los vacíos legales para resolver el tema de los imprevistos que surgen al momento de ejecutar el contrato en los en el tema de imprevistos; además, se destaca la importancia de la licitación para garantizar la objetividad y la transparencia. Finalmente, se aborda la manera que se regula el contrato de obra pública de México y de Chile, identificando aspectos específicos de imprevistos, para poder comparar e identificar las fortalezas o debilidades, en relación a la regulación legal de El Salvador.

Asimismo, se ha corroborado con los países en comento, que también existen falencias en el supuesto de que surjan imprevistos en el momento de la ejecución del contrato de obra pública, circunstancias que generan dificultades de orden material o retrasos, pero también problemas de índole económico, en el sentido que el contratista tiene el deber ético de finalizar la obra y luego acreditar de forma directa, o bien por medio de arbitraje el exceso del gasto para terminar la misma, o en caso de ningún acuerdo acudir a la vía judicial.

CAPITULO IV

ANÁLISIS SOBRE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LOS IMPREVISTOS QUE SURGEN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El propósito del presente capítulo es analizar el objeto del estudio sobre las consecuencias que generan los imprevistos en la ejecución del contrato de obra pública, examinar los supuestos que influyen y conducen a la alteración de las prestaciones asumidas por la administración y por el contratista tras la perfección del contrato, en éste se consideran las causas y los posibles mecanismos de solución que se plantean a las controversias existentes desde que inicia con la contratación administrativa. Es así, que desde un punto de vista crítico se analiza la reglamentación existente, intentando responder analíticamente interrogantes planteadas desde un inicio de la investigación.

4. Consecuencias legales de los imprevistos en la contratación

La administración pública realizar obras públicas que sean de beneficio para la población, a través de la unidad que posee cada institución determinada, siendo la encargada de elaborar las bases de licitación, que formaran parte integral del contrato, y que servirán de base para que se rija todo oferente, los cuales debe hacer conforme a los procedimientos establecidos en el Manual de Organización de la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública del Ministerio de Hacienda, dejándole la parte técnica a cada institución contratante, ya que es la que sabe que proyecto es el que se necesita construir, debiendo hacer el estudio de factibilidad de la obra, estudio de suelo ya que es la que maneja o da un parámetro del monto

financiero global de la obra, que son etapas previas a este procedimiento en comento.²⁰⁴

La administración pública realiza un papel protagónico, ya que es la que promueve el proceso de licitación, y en ella detalla aspectos primordiales como: la capacidad legal, financiera y técnica, siendo el primero, un requisito de validez de todo acto jurídico²⁰⁵ y que se define como la aptitud legal de una persona para adquirir y ejercer derechos, la cual está íntimamente relacionada con la voluntad, que es la facultad psíquica de toda persona de elegir entre realizar o no determinado acto²⁰⁶; la segunda, siendo la disponibilidad pecuniaria para ejecutar el proyecto; y la tercera, incluye las especificaciones técnicas, horas hombre, maquinaria, capacidad instalada con la que debe contar todo contratista, para que pueda adjudicársele un proyecto, entre otras.

En este último supuesto, el contratista solo se adhiere a los requerimientos técnicos, estando en el deber legal y ético el ofertante de hacer propuestas, aclaraciones, y consultas, ya que son los llamados a indicar si no es el proyecto solicitado es viable o no factible, aspecto importante que en la práctica el contratista no hace y es indispensable, pero podría hacer a través de las adendas, ya que la administración pública presenta las bases de licitación, para las consultas o aclaraciones que pueda realizar el contratista de cualquier

²⁰⁴ Véase Manual de Procedimientos para el ciclo de gestión de adquisiciones y contrataciones de las instituciones de la administración pública, el cual tiene como objetivo entregar a las UACIS un documento operativo sobre la base de la normativa vigente, que contiene las modalidades, procedimientos, guías y formularios para las adquisiciones y contrataciones de obras públicas, suministros, consultorías, concesiones y arrendamiento de bienes muebles, en sus diferentes modalidades de contratación.

²⁰⁵ Código Civil de El Salvador, Art. 1316.

²⁰⁶ Hilda López, “La capacidad de las partes en el contrato”, *Teoría General del Acto y del Hecho Jurídico*, 19 de noviembre de 2013, <https://teoriageneraldelactoyhechojuridico.wordpress.com/2013/11/19/la-capacidad-de-las-partes-en-el-contrato/>

aspecto que ellos hayan advertido, para que sean incluidas en las mismas y así evitar futuras inconvenientes en la ejecución del contrato.

Es por ello que las bases de licitación, deben de ser fortalecidas, ya que si está regulado y plasmado debe de cumplirse y asumirse, centrándose la problemática en los actos o hechos imprevistos desde el momento en que son elaboradas las bases de licitación, ya que si tienen vacíos, no son claras o precisas, ante circunstancias imprevistas, la administración pública pretende hacer exigible algo que no se dejó plasmado en las mismas, lo cual es una práctica habitual en los proyectos que actualmente están en proceso de construcción.

Al momento de ejecutar un contrato de obra pública, pueden suscitarse dos consecuencias por causa de actos o hechos imprevisibles siendo éstos los siguientes: (i) la imposibilidad de continuar la obra y, (ii) la dificultad de la realización de la obra; las cuales se derivan por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, que generan en el primer supuesto señalado una imposibilidad permanente y en la segunda una imposibilidad momentánea, al momento de la ejecución de un contrato de obra pública.

Los actos o hechos imprevisibles provocan que se altere de forma anormal el contrato inicialmente pactado, por estas circunstancias no previstas que incrementan el precio originalmente previsto por las partes, lo cual genera que existan modificaciones que requieren ajustes en los precios, debiéndose analizar cada caso en particular, ya que no todo acto o hecho imprevisto dará pauta a que el contrato pueda sufrir variaciones, ya que definitivamente una de las partes debe asumir esta mayor carga pecuniaria, por no haber realizado un buen estudio de factibilidad de la obra, suelo y por no haber elaborado de forma adecuada las bases de licitación.

Las consecuencias antes señaladas requieren que sean reajustadas en los precios, pero la LACAP lo regula como una prohibición que las obras que se pacten a precio firme, no pueden ser modificadas mediante ordenes de cambio, no siendo aplicable el mismo supuesto para las que se pacten a precio unitario, lo cual de forma indudable genera en ambos casos un mayor costo de lo previsto, que al ser debidamente comprobado y acreditado da pauta a un ajuste de precio, ya que no se puede continuar con la ejecución de la obra porque no se puede realizar o seguir construyendo la misma, sin que la administración pública, efectúe una contraprestación de pago; dicho en otras palabras, no puede realizarse un trabajo sin la justa remuneración, con la obra realmente ejecutada que se realice.

La LACAP trata de responder lo antes señalado, al disponer que en caso de que se presente la necesidad de ejecutar mayores prestaciones, siempre que se trate de circunstancias imprevistas y comprobadas por el contratista, serán modificadas mediante ordenes de cambio, que no podrán exceder del 20% de lo pactado a precio unitario de la obra ejecutada, según lo que establece el art. 83-A en relación con el 105 del referido cuerpo legal.²⁰⁷ En atención a las circunstancias previamente indicadas, resulta necesario legislar de forma taxativa todos aquellos hechos acontecidos, determinando cuales fueron los contratos que se realizaron con excesiva onerosidad por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, a efecto que se modifiquen de la manera más equitativa las condiciones del contrato y sea revisado el mismo, juntamente con el contrato, estudio de factibilidad de la obra y bases de licitación.

En este sentido, se hace énfasis a que *“si la onerosidad de contrato ha sido sobrevenida puede ser modificada de forma equitativa, y deberá pagarse el*

²⁰⁷ LACAP, Arts. 83-A y 105.

valor real del contrato".²⁰⁸ Dicha circunstancia, durante la ejecución de los contratos de obras públicas en donde se acontecen o pueden ocurrir hechos o situaciones anormales, imprevistas y extrañas a los contratantes, que alteran el cumplimiento del contrato, la doctrina la ha denominado como teoría de la imprevisión.²⁰⁹

En tal sentido surge la interrogante, ¿Es procedente pagar una obra adicional imprevista, que generó retraso en la obra y alteración en el precio, pero necesaria para lograr el objeto contractual?, la respuesta es sí, pero debe de existir una modificación necesaria a lo que de forma taxativa está regulado en la LACAP, ya que es una disposición desapegada a lo que regula el artículo 9 de la Cn., ya que esta prevalece sobre cualquier otra normativa vigente en el país.²¹⁰ En este sentido, no se puede obligar al contratista a efectuar un trabajo sin recibir una retribución justa remuneración económica, ya que el contrato es ley entre las partes y es justo cumplirlo en los parámetros pactados.

En ese contexto, las bases de licitación las cuales forman parte integral del contrato, se tornan inaplicables a la realidad concreta, pues se exige algo no pactado, que es una práctica irregular realizada por la administración pública, ya que no puede limitar o transgredir aquellos derechos adquiridos y tutelados constitucionalmente.

Por lo tanto, se debe tener claridad que cuando se suscribe un contrato de obra pública, el contratista se compromete a entregar al Estado dentro del plazo convenido, respetando los estándares de calidad establecidos en una

²⁰⁸ Bernabé Rodríguez Moreno, "La lesión enorme como causal de rescisión del contrato de compraventa de inmueble" (Tesis doctoral, Universidad de Panamá, 2016), 220.

²⁰⁹ Procuraduría de la Administración de la República de Panamá, "Teoría de la imprevisión", 3 de enero de 2013, <http://juris.procuraduria-admon.gob.pa/?p=303>

²¹⁰ Ayala, "LACAP y RELACAP", 29.

obra; y el Estado se compromete a pagar al contratista el precio por la obra. Es decir, el principal derecho de un contratista en el marco de un contrato de obra pública, el obtener el precio por parte de la administración oportunamente y de acuerdo a lo convenido.

En efecto, el precio es lo que el Estado paga al contratista por la ejecución de una obra. Pero, cuando se está frente a un contrato de obra pública el precio no es determinado por el Estado, sino que este solo lo acepta cuando adjudica un contrato, ya que el precio es fijado por el contratista, quien en base a los requerimientos solicitados, análisis técnicos, estudio de factibilidad de la obra y suelo, entre otros, calcula la cantidad y calidad de los materiales y equipo a utilizar, el personal obrero, técnico y administrativo que deberá contratar en función del tiempo que durara la ejecución de la obra.

El precio de una obra pública está conformado por dos componentes, los cuales, según la LACAP y su respectivo reglamento, se clasifican en: precio unitario y precio fijo, siendo los primeros variables y los segundos gastos fijos. Resulta indispensable resaltar que los mayores costos de las obras públicas deben ser entendidos como el incremento del precio inicial de la obra, que no estuvo considerado en el presupuesto de la misma, y cuya ocurrencia no es responsabilidad del contratista, caso contrario, será él quien deberá asumir el costo y no tendrá derecho a reclamar al Estado, ni su reconocimiento en el pago.

Lo pactado a precio firme, se refiere a la superestructura, que es aquello relacionado a la construcción de lo que se encuentra por encima del suelo, siendo este inmutable; mientras que lo estipulado a precio unitario, es la subestructura que es lo que se encuentra debajo del suelo, siendo este último mutable. Por lo tanto, es necesario acotar que las circunstancias que pueden

modificar el precio de una obra son variadas y no todas determinaran el derecho del contratista a obtener el pago del costo incurrido, es decir, que el contratista únicamente podrá cobrar un mayor costo por causas que le son imputables al Estado o que no le son imputables al contratista, o sea, caso fortuito o fuerza mayor.

Los costos mayores de una obra en los que tiene derecho el contratista, cuando se ve ampliado el plazo de ejecución de una obra, a consecuencia de: (i) los atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; (ii) los atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la administración pública; (iii) el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobado y; (iv) cuando se aprueba la prestación adicional de la obra. No obstante lo anterior, no basta con que se haya presentado la ocurrencia de estas causales, sino que además, es necesario que estos eventos hayan determinado una afectación en la construcción de la obra.

Este presupuesto adicional es el concepto económico que se le paga al contratista por aquellos trabajos cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la terminación de la obra prevista y que no estuvieron contemplados en los documentos contractuales, bases de licitación y/ o contrato, a partir de los cuales el contratista elaboró su propuesta.

Se vuelve necesario que se habilite esta prohibición expresa, a efecto que lo que se pacte a precio firme, pueda ser modificado mediante ordenes de cambio, siempre y cuando el contratista compruebe el imprevisto, y el mismo no sea imputable e él, para que con el aval de la administración pública continúe construyendo la obra y esta última pague por la obra realmente ejecutada y que fue recibida a su entera satisfacción, ya que es un derecho que se debe garantizar, proteger y tutelar, por el simple hecho de que son

irrenunciables. Aquellos actos o los hechos imprevistos no pueden ser la base para que la administración pública decida no pagar al contratista

Según lo preceptuado en el art. 88 de la LACAP, respecto a los casos en los cuales los contratos que excedan el año calendario, conceden el derecho para solicitar el ajuste de precios si se comprueban variaciones en los costos que afecten la obra, bien o servicio que falte entregar. Pero la ley se quedó corta para el supuesto que existan variaciones abruptas que afecten los costos aun cuando no se excediere del año calendario, por ejemplo, cuando se sufre un alza de precios como: el alza del hierro, que incluso puede hacer quebrar empresas que no pueden pedir la revisión de precios, pues sus contratos son menores a un año.²¹¹

La celebración de contratos de obra que fijan precios fijos, sin forma de reajustes de precios, se precisa por la fuerza obligacional de la ecuación contractual inmersa en el contrato pactado, se debe respetar la voluntad de las partes.²¹² De conformidad con lo anterior, el evento en el que se llegare a romper la ecuación contractual el contratista puede acudir a la figura de la revisión de precios, tanto ante la administración, mediante un arreglo directo o ante el juez en la vía judicial, para que se restablezca su derecho, es decir, el contrato sin fórmula de reajuste no excluye la revisión de aquellos dado que, cuando se da un alza en los mismos, que afecte el equilibrio económico del contrato, el contratista puede acudir a esas figuras para que se estudien las repercusiones en relación y, si fuera el caso, se proceda a los correctivos necesarios, para lo cual el contratista deberá probar que efectivamente se dio una variación económica, que afecto el negocio convenido.²¹³

²¹¹ Ayala, "LACAP y RELACAP", 109.

²¹² Sentencia Definitiva, Referencia: 2002-01913/36430 (Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A), 2016).

²¹³ *Ibíd.*

Respecto a los criterios para el ajuste de precios, en los contratos cuyo plazo excede los doce meses calendario, no puede pactarse el ajuste de precios y en los contratos a precios unitarios, se establece que puede pactarse el ajuste de precios, pero deberán hacer cuantificaciones de las variaciones de cada precio y el impacto sobre los precios totales, de conformidad a lo que establece el artículo 62 del RELACAP; en el segundo caso, se establece un mecanismo para ajustarlos, para lo cual se deberá cuantificar las variaciones de cada precio unitario, debiendo incluir solo los precios contractuales que hayan sido impactados por las variaciones de los precios de los mercados.²¹⁴

Al cumplirse con los supuestos supra expresados, puede solicitarse por el contratista y de ser procedente, realizar la modificación contractual. No debe entenderse que el artículo 62 del RELACAP como que el ajuste de precios se va a pactar previamente para que proceda, pues no opera por contrato, sino en virtud de ley y al darse los supuestos de ésta es que procederá, aun cuando no conste en el texto del contrato.

4.1 El derecho de igualdad de las partes, al momento de adquirir derechos y obligaciones en la contratación

El principio de igualdad contractual, tiene una íntima relación con el derecho de la justa retribución plasmada en el Art. 9 de la Cn.,²¹⁵ en el sentido de que nadie puede ser obligado a realizar un trabajo por el cual no recibirá la remuneración justa, al momento de suscitarse actos o hechos imprevisibles; debiendo en todo contrato imperar la igualdad y equivalencia entre las prestaciones, derechos y obligaciones.

²¹⁴ Ayala, "LACAP y RELACAP", 223-224.

²¹⁵ Constitución de la República de El Salvador, Art. 9.

La llamada ecuación económica y financiera del contrato de obra pública, se entiende como el equilibrio que debe existir entre las prestaciones a cargo del particular y de la entidad estatal y que, al romperse, se ve perturbado durante la ejecución de la obra contratada que, por factores exógenos al contratante, que no era posible prever o que no fueron previstos.

La norma constitucional hace un llamado a que se retribuya con equidad al contratista la obra pública realmente ejecutada, cuando el acontecimiento alegado no sea atribuible al mismo y que vuelven onerosa la prestación a los contratistas, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Cn., teniendo la obligación el Estado de actuar con justicia, abonando la parte del precio correspondiente la cual no se encontraba incluida en la oferta ni en el contrato, de lo contrario, el Estado se estaría enriqueciendo sin justa causa en perjuicio del contratista.

El derecho de igualdad comienza a manifestarse desde el momento que concretiza un contrato la administración pública con el contratista, es decir, plasman en el mismo derechos y obligaciones recíprocas, tales como los siguientes: *“a) debe existir una consideración de las ofertas en plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; b) debe existir un respeto a los plazos establecidos en el desarrollo de ejecución de la obra pública, evitando así favorecer a alguno de los concurrentes; c) cumplimiento de la administración pública de las normas positivas vigentes; d) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; e) la inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de las condiciones generales e impersonales; y f) que se indiquen las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.”*²¹⁶

²¹⁶ Sentencia definitiva, Referencia: 408-2007 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2012).

Las partes intervinientes deben encontrarse en igualdad de condiciones durante todo el procedimiento de licitación, lo que conduce a afirmar que: *"toda ventaja concedida a alguno de los concurrentes invalida el procedimiento"*.²¹⁷ En este sentido, la administración pública la cual es el contratante y la constructora ganadora que se convierte en el contratista, tienen claro las reglas del juego, desde el momento en que se les adjudicó un contrato y firmaron el mismo, de esta manera la administración pública no puede tomar decisiones arbitrarias que también son conocidas como: *"Hechos del Príncipe"*, a efecto puedan tomar toda decisión o conducta, cumplida o realizada por ella en ejercicio de sus atribuciones, distintas de aquellas de que disfruta o es titular en cuanto contratante, que sobreviniendo durante la ejecución de un contrato administrativo, sea susceptible de causar un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratista porque produzca una alteración anormal de la ecuación económico-financiera del contrato y que este no haya podido vaticinar al momento de celebrarlo.

El contratista debe de celebrar una Garantía de Cumplimiento de Contrato, a través de la cual se garantice que se cumplirá el contrato estableciendo así los derechos y obligaciones, contenido en el art. 35 de la LACAP, el cual pretende caucionar dos eventos: a) cumplimiento de todas las cláusulas contractuales, y b) la entrega y recepción a satisfacción de la obra, bien o servicio contratado, en los términos estipulados. Pero es de acotar que cuando no se estipula el porcentaje de la garantía de cumplimiento de contrato para los servicios, debe tomarse en consideración el principio de igualdad, ya que tales porcentajes deberán oscilar entre los límites establecidos en la ley para los contratos semejantes: entre un diez por ciento y veinte por ciento.²¹⁸

²¹⁷ Sentencia definitiva, Referencia: 202-C-2001 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

²¹⁸ Ayala, "LACAP y RELACAP", 66-67.

4.2 La correcta aplicación de la teoría de la imprevisión, restaura el principio del equilibrio económico contractual

El contratista asume un rol colaborador del Estado y es por eso que se acerca a él para ofrecer sus servicios, con la finalidad de obtener a cambio una utilidad o provecho económico. En este sentido, estos imprevistos, no pueden de ninguna manera verse reflejados en desmedro de la posición económica que ostenta dentro de la relación contractual el contratista, ya que la administración pública tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener durante la ejecución contractual las condiciones económicas existentes al momento de la contratación.

En este sentido, la administración pública debe hacer revisiones periódicas de las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas y deberán promover todas las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantías, cuando dichas condiciones no se cumplan.

Por lo tanto, es ahí donde se suscita el rompimiento de la ecuación financiera del contrato, ya que debe imperar el principio del restablecimiento de la ecuación económica, contractual y financiera del contrato, que, al momento de alterarse y poner en riesgo al particular, quien no está en la obligación de soportar sus efectos, surge la necesidad de mantener todas las condiciones económicas equivalentemente pactadas.

En el contrato de obra pública surge la necesidad de mantener la ecuación económica y financiera, con el fin de demostrar que, a partir de la aplicación de la teoría de la imprevisión, la urgencia de mantener este principio durante la vigencia del contrato. Los contratos de obras públicas celebrados por la

administración pública y el contratista deben responder al principio de la reciprocidad de las prestaciones, en otras palabras, debe existir equivalencia entre los derechos y las obligaciones que surgen de la relación contractual y no de la mera equivalencia que se llega a la simple satisfacción del interés individual considerados por las partes cuando se formalizo el contrato.

Existen dos aspectos que contribuyen a la ruptura del equilibrio económico contractual, siendo los siguientes: (i) potestas variandi, (ii) la teoría del hecho del príncipe y; (iii) la teoría de la imprevisión. Por lo que durante todas las etapas contractuales entendiéndose estas como la formalización del contrato, ejecución del contrato y finalización del contrato, se debe garantizar que se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar la oferta, por lo que se debe de mantenerse una correspondencia entre las prestaciones de la administración pública y el contratista, que es lo que se conoce como equilibrio contractual.²¹⁹

La equivalencia puede verse afectada por factores externos o exógenos que afectan a las partes en el negocio jurídico, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero con incidencia en él, por el acaecimiento de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato, ajeno a las partes que afectan el equilibrio económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución. Los efectos de la aplicación de la teoría de la imprevisión son compensatorios, limitados a un apoyo parcial y transitorio que se le da al contratista para solventar el quebranto o el déficit que el hecho económico le

²¹⁹ Marcela Rocío Márquez Arenas, “El porcentaje de imprevistos de los costos indirectos como forma de estimación de riesgos previsibles en la contratación pública” (Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia, 2016) 59.

origina, en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, sin que haya lugar a reconocimientos de beneficios distintos a los mayores costos que resulten de soportar la circunstancia imprevisible, el cual se puede encuadrar en la teoría de la imprevisión.

En este evento se debe resaltar la condición de imprevisible para que sea procedente su tratamiento bajo la figura de la teoría de la imprevisión, ya que es fundamental para su aplicabilidad, pues si se está frente a eventos que pudieron ser previstos por las partes, se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. La teoría de la imprevisión regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: 1) un suceso que se produce después de celebrado el contrato, cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, 2) una situación preexistente al contrato, pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas; 3) un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan distintos a los planeados que se vuelven irresistibles. Es necesario aclarar que ninguno de los sucesos mencionados impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible.²²⁰

Es por ello que el equilibrio financiero del contrato implica tomar en cuenta el pliego de condiciones que forman parte del contrato que las partes tomaron en cuenta al momento de la contratación, los cuales tienen una importante finalidad, una parte constituye el fundamento de la oferta presentado por el contratista y en otra se encuentran inmersas las de la futura contratación, las que son indispensables para establecer en qué términos quedo pactada la

²²⁰ Sentencia Definitiva, Referencia: 1997-04638-01 (Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 2011).

ecuación económica contractual, pues en ellos se plasman todas las posibles contingencias que pueden presentarse en la ejecución del contrato.²²¹

Se debe tomar en cuenta las condiciones para la correcta aplicación de la teoría en comento, las cuales son: a) la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato, b) que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato y; c) que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato.²²² Ahora bien cuando se demuestra y comprueba la ocurrencia del hecho imprevisible, surge el deber de compensar al contratante afectado el desmedro sufrido, es decir, solo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida.

La administración pública en el ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato altera las condiciones existentes a su favor, ante el surgimiento de un acontecimiento imprevisible, el cual se conoce como potestas variandi o ejercicio *ius variandi*. Además, cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general afecta negativamente el contrato, se le denomina como hechos del príncipe. Por tanto, si las condiciones económicas se alteran en perjuicio de alguna de las partes, a consecuencias de hechos ocurridos con posterioridad a la celebración del contrato, que no le son imputables, surge la necesidad o más bien el deber, de reparar la ecuación financiera del contrato.

²²¹ Betsy Johana Barrera Coronado y Camilo Ernesto Jiménez Bernal, “Los imprevistos pactados en el A.I.U. y la justificación de su uso por el contratista en los contratos de obra”, *Revista Iter ad Veritatem*, n. 10 (2012): 267.

²²² *Ibid.*, 269.

El principio del equilibrio económico de los contratos de obra pública consiste en que las prestaciones que se pactan por las partes al momento de presentar la propuesta o celebrar contrato, deben perdurar, es decir, deben permanecer iguales durante su ejecución y hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esta equivalencia, surge para la parte que sufrió el menoscabo el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca, o sea, el justo pago.

4.3 Conclusión

Los procesos contractuales de obra pública en El Salvador presentan múltiples inconvenientes, los cuales se relacionan con fallas, desde una inadecuada planeación en la ejecución de los estudios y la carpeta técnica y/u otros documentos previos que en la ejecución de la obra presentan numerosas alteraciones derivadas de la imprevisibilidad; así como la forma de resolver o el abordaje aplicable de la normativa correspondiente y que en tal sentido éstos deben retomarse con las posibles soluciones que demanden, en vista que la obra pública está destinada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado y el bienestar general de la comunidad, encaminando toda solución como una herramienta eficaz para la prevención del detrimento patrimonial del Estado y garantizando el principio de equidad, igualdad y justa retribución con el contratista.

CONCLUSIONES

Al haber finalizado la presente investigación y con sustento en la información bibliográfica contenida en los capítulos que anteceden, se puede concluir lo siguiente:

La libertad contractual se ejerce sobre la base de determinadas condiciones previas, no obstante al finalizar la presente investigación se advierte que al momento de ejecutar la obra pública surgen imprevistos que llegan a propiciar una situación de desbalance financiero para el contratista, debido a que la Administración Pública pretende que se asuma el costo, sin la justa retribución, en desmedro del derecho irrenunciable, consagrado en el artículo 9 de la Cn., es decir, el derecho a una justa retribución, que no puede ser suprimido por las leyes y mucho menos por normas legales de inferior categoría. Solución que prevé la LACAP, en el art. 88, cuando indica que permite el ajuste de precios, para garantizar el derecho antes mencionado, con la atenuante que es procedente únicamente en contratos con plazos que excedan los doce meses calendario.

En la ejecución del contrato de obra pública acaecen situaciones que provocan que el precio originalmente previsto por las partes sufra modificaciones, sin embargo, no todo caso fortuito o fuerza mayor es reclamable, sino aquellos que únicamente no sean imputables al contratista; la LACAP en alguna medida trata de responder que el contratista solo tendrá derecho al reconocimiento de mayores costos, siempre y cuando haya solicitado a la entidad que le autorice ejecutar los trabajos, previo a su ejecución, en vista que si el contratista ejecuta

primero y luego pide el reconocimiento de dichas prestaciones, no cabría el correspondiente pago.

Al tomar en cuenta el equilibrio contractual y cooperación entre las partes, se puede concluir que surge el deber de revisión del contrato, en atención al principio de buena fe y deber de cooperación entre la administración pública y el contratista, en la búsqueda de la equidad correctiva y la justicia contractual. No hay duda que los contratantes deben de respetar la buena fe en todas las etapas tanto en la formación del contrato como luego de celebrado, durante su fase de ejecución hasta la terminación de la obra.

En el transcurso de la ejecución del contrato de obra pública, la excesiva onerosidad sobrevinida por causa de la imprevisión (caso fortuito o fuerza mayor), la administración pública haciendo uso de su facultad en el ejercicio del poder bajo el amparo del interés superior común, puede utilizar el "*ius variandi*" y alterar la prestación económica que fue debidamente acreditada y comprobada por el contratista, modificando el contrato para ajustarla a la realidad surgida tras la aparición de ese hecho imprevisible que impide llevar a cabo la obra como fue originalmente pactada.

En definitiva, la teoría de la imprevisión es la consecuencia del problema que se presenta cuando las condiciones económicas de un contrato se alteran substancialmente y que motivan a solicitar que se modifique las condiciones originalmente convenidas en el contrato o surgiendo la necesidad de acoplar las condiciones económicas pactadas a la realidad contractual, por no prever la alteración de las condiciones económicas que quedan fuera del alcance de los contratantes y consecuentemente buscan el equilibrio de las prestaciones, recurriendo en un primer momento al trato directo, en segundo lugar, dirimir el problema con un arbitraje, y en ultima ratio acudir a la autoridad judicial.

Toda modificación eventual en la ejecución de un contrato administrativo de obra pública producida por la acción unilateral de la entidad estatal, o sea la administración pública, al ser ilimitadas pueden ocasionar menoscabo a una o ambas partes de la relación contractual. Por lo que es importante que todos los contratos estatales se mantenga la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, es decir, si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptaran las medidas necesarias para su restablecimiento.

La administración pública tiene la obligación de identificar, estimar y asignar los riesgos imprevisibles que puede acaecerse en el futuro contrato, el cual es muy importante establecerlo en las bases de licitación que son las reglas por las cuales se regirá el mismo, que afectan en gran medida tanto a dicha administración como al contratista al no estar establecidos de forma taxativa en la normativa vigente, es de ahí que se afirma que existen vacíos legales que deben ser abordados de una forma más exhaustiva para poder determinar y delimitar los imprevistos en el contrato de obra pública, ya que al verificar las legislaciones se ha podido constatar que es necesario que se constate la normativa vigente ya que se queda corta al momento de regular el derecho de la construcción, los imprevistos que se derivan de ésta y la aplicabilidad que se le da a la teoría de la imprevisión, ya que no dan solución a la problemática de los casos de imprevistos acaecidos al momento de ejecutar el contrato de obra pública.

El análisis realizado en la presente investigación se ha podido llegar dilucidar que se considera de suma relevancia determinar diversos tipos de imprevistos que pueden impactar en la ejecución de la obra pública, dado que estas circunstancias pueden presentarse durante el desarrollo del contrato de obra

pública y pueden alterar el equilibrio financiero del mismo, entre los cuales se pueden clasificar como: (i) imprevistos en el estudio de factibilidad de la obra y en la ejecución de la obra; (ii) imprevistos derivados de la fuerza mayor o caso fortuito y; (iii) imprevistos económicos o legales (trato directo- vía judicial).

Las razones que determinan un incremento en el costo de la obra, el Estado deberá reconocer y pagar únicamente aquellos que no le sean imputables al contratista y que estén debidamente acreditados o justificados. En tal sentido, solo quedan dos posibilidades donde se podría reconocer un mayor costo al pactado entre las partes: las causas que ocasionan el mayor costo sean de responsabilidad del Estado o que se deriven de un hecho de fuerza mayor o caso fortuito (que no sean imputables al contratista), en cuyo caso habría que determinar la forma de aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en casos en concreto que se presenten en la ejecución de la obra pública, a efecto de determinar quien deberá asumir los mayores costos.

RECOMENDACIONES

Los retos que presenta un adecuado manejo de los imprevistos en la ejecución de los contratos de obra pública son múltiples, iniciando ésta desde el debido proceso que indica la normativa respectiva, llegando hasta el celo y diligencia de los funcionarios responsables y encargados de realizar esta labor; como determinar en el futuro la obra que se pretenda construir y el impacto que genere en beneficio de la población. Es necesario manejar con transparencia los imprevistos que surgen en la ejecución de la obra pública, pues generan consecuencias económicas contractuales para las partes y por tal motivo es un tema que se debe dedicar especial atención y cuidado. En tal sentido es pertinente realizar las siguientes recomendaciones:

Es necesario que se conjunten, ejecuten y se centralicen las obras públicas a través de una sola cartera de Estado, para que se sigan realizando y materializando a través de la Administración Pública, todos los contratos administrativos de obra pública que efectúa con los particulares, ya que esto permitirá y facilitara tener un mejor control de los proyectos a ejecutarse.

La creación de una ley específica en materia de construcción de obra pública, que ofrezca parámetros o lineamientos que coadyuven con la LACAP y su Reglamento, debido a que en el ordenamiento jurídico vigente siguen existiendo vacíos legales, ya que no se regula de forma taxativa el derecho de la construcción y la correcta aplicabilidad de la teoría de la imprevisión con relación al contrato de obra pública, y específicamente lo concerniente al problema de los imprevistos que se producen en la ejecución de la obra pública para así no limitarla únicamente a las figuras de caso fortuito o fuerza mayor.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Baltra, Sergio, *De la resolución de los contratos por excesiva onerosidad*, Editorial Unversitaria, Chile: 1961.

Barriere Ayala, José Roberto, *El marco legal de los contratos públicos en El Salvador*. B&G Consultores, El Salvador: 2015.

Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El contrato de obra Pública: dentro de la teoría general de los contratos administrativos y de su marco legal en México*. Editorial Trillas, México, 1991.

Chirino Castillo, Joel, *Teoría de la imprevisión*, Editorial Porrúa, México: 2014.

Dromi, Roberto José, *Licitación Pública*. Editorial Ciudad, Argentina: 1999.

Illanes, Claudio y Dörr Zegers, Juan Carlos, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 2000.

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot, España: 1983.

Mejía, Henry Alexander, *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Cuscatleca, El Salvador: 2014.

Meza Barros, Ramón, *Manual de derecho civil: de las fuentes de las obligaciones*. Jurídica de Chile, Santiago de Chile: 1997.

Rodríguez, Arturo Alessandri y Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil: Las Fuentes de las Obligaciones*, Editorial Nacimiento, Chile: 1942.

Tapa Ramírez, Javier, *Teoría de la Imprevisión*. Universidad Cuauhtémoc Centro de Investigaciones jurídicas y Sociales, México: 1998.

TESIS

Acuña Tapia, Luis Alberto y Novoa Muñoz, Gabriela Yolanda, “Cambio de Circunstancias del Contrato”. Tesis de grado, Universidad Católica de Temuco, 2004.

Arce Gutiérrez, Héctor Mauricio, “La imprevisión en la doctrina y en el Código Civil salvadoreño”. Tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1966.

Barajas Villarreal, Viviana Beatriz, “La teoría de la imprevisión como garantía del equilibrio económico contractual”. Tesina de Posgrado, Universidad de Santo Tomás de Bogotá, 2015.

Domínguez Aguilar, Jenny Liliana, “Aplicación de las nuevas reformas de la ley LACAP a los procesos de licitación de los proyectos de ejecución de obras de ANDA”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2012.

González Robles, Roberto, “Licitación Pública en México”. Tesis de grado, Instituto Politécnico Nacional, Escuela Superior de Comercio y Administración de México, 2014.

Jara Tobar, Ángel, “Revisión crítica del trato o contratación directa como modalidad de contratación administrativa”. Tesis de grado, Universidad de Chile, 2008.

Márquez Arenas, Marcela Rocío, “El porcentaje de imprevistos de los costos indirectos como forma de estimación de riesgos previsibles en la contratación pública”. Tesis de grado, Universidad Nacional de Colombia, 2016.

Rodríguez Moreno, Bernabé, “La lesión enorme como causal de rescisión del contrato de compraventa de inmueble”. Tesis doctoral, Universidad de Panamá, 2016.

Santos, Sandra Elizabeth, Martínez Ramírez, Ana Miriam y Ramírez Villalta, María Milagro, “Consecuencias que genera la falta de cumplimiento a los procedimientos legales para la celebración del contrato administrativo de obra pública, realizado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y desarrollo Urbano”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2000.

Urrejola Scolari, Bárbara, “Teoría de la Imprevisión”. Tesis de Grado, Universidad de Chile, 2003.

LEGISLACIÓN

Código Civil del Distrito Federal. México, Congreso de la Unión de México, 1928.

Código Civil. Chile, Congreso Nacional de Chile, 1855.

Código Civil. El Salvador, Poder Ejecutivo, 1860.

Código de Comercio. El Salvador, Asamblea Legislativa, 1970.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Constitución Política de El Salvador. El Salvador, Asamblea Nacional Constituyente, 1950.

Constitución Política de la República de Chile. Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile, 1980.

Constitución Política de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Nacional Constituyente, 1886.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Congreso Constituyente de México, 1857.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Francia, Asamblea Constituyente de Francia, 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, París, Francia, 1948.

Decreto N° 75. Chile, Congreso Nacional de Chile, 2004.

Diario Oficial de El Salvador, No. 198, Tomo 31. El Salvador, 31 de agosto de 1916.

Ley 15840. Chile, Congreso Nacional de Chile, 1964.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2000.

Ley de Ética Gubernamental. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2009.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. México, Congreso General de Los Estados Unidos Mexicanos, 2000.

Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2018.

Ley de Suministros. El Salvador, Asamblea Nacional de la República de El Salvador, 1939.

Ley de Suministros. El Salvador, Asamblea Nacional de la República de El Salvador, 1945.

Ley Especial de Asocios Público Privados. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013.

Ley Orgánica del Banco Central de Reserva El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1991.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas, New York, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, New York, 1966.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, New York, 2008.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2013.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de Apelación, Referencia: 204-CQCM-15. El Salvador, Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, San Salvador, 2015.

Sentencia de Definitiva, Referencia: 339-2010. El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sentencia Definitiva, Referencia: 124-29C1-29. El Salvador. Cámara Primera de lo Civil de la Primera. Sección del Centro, San Salvador, 2003.

Sentencia Definitiva, Referencia: 140-2005 El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sentencia Definitiva, Referencia: 141-G-2002. El Salvador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sentencia Definitiva, Referencia: 1997-04638-01. Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 2011.

Sentencia Definitiva, Referencia: 2002-01913/36430. Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A), 2016.

Sentencia Definitiva, Referencia: 202-C-2001 El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2003.

Sentencia Definitiva, Referencia: 202-C-2001. El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sentencia Definitiva, Referencia: 231-2008 El Salvador. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sentencia Definitiva, Referencia: 231-2008. El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2010.

Sentencia Definitiva, Referencia: 408-2007. El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 2012.

FUENTES INSTITUCIONALES

Banco Interamericano de Desarrollo BID, “Contratación de Obras y Guía del Usuario. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, 2006.

Banco Interamericano de Desarrollo BID, “Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo”. Banco Interamericano de Desarrollo, 2011.

Centro de Información Jurídica CIJUL, “Teoría de la Imprevisión Contractual”. Convenio Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica, 2007.

Ministerio de Hacienda “Manual Técnico del Sistema Administrativo Financiero Integral”. Dirección Nacional de Administración Financiera, El Salvador, 2009.

Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Dirección de Inversión de la Obra Pública (DIOP) Entrevista realizada el 31 de julio de 2019 a: Ingeniero Ernesto Cañas Ayala.

Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Bases de Licitación Pública Internacional LPINT-003/2017. “Diseño y Construcción del Proyecto: “Ampliación de Carretera CA045, Tramo III, Construcción de By Pass de La Libertad. Entre Km. 31.86 (Carretera CA045)-Km 35 (Carretera CA02W) Departamento de La Libertad. Estaciones 2+100 A 2+480. Especificaciones técnicas. El Salvador, 2017.

Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, Dirección de Planificación de la Obra Pública, entrevista realizada a Ingeniero Especialista, Carlos Roberto Flores Acosta

Ministerio de Salud, “Bases de Licitación Pública, LP 22/2017: Remodelación del Centro de Rehabilitación Profesional del ISRI. Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, El Salvador, 2017.

REVISTAS

Aponte Duarte, Eyni Patricia y Gamarra Reyes, Mauricio, “El hecho del príncipe como Causal de Rompimiento del Equilibrio Económico en los Contratos Administrativos”, *Revista Iustitia*, n. 9 (2011): 421-437.

Arce Rojas, David, “El contrato de obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas”, *Revista Vniversitas*, n.105 (2003): 281-296.

Barrera Coronado, Betsy Johana y Jiménez Bernal, Camilo Ernesto, “Los imprevistos pactados en el A.I.U. y la justificación de su uso por el contratista en los contratos de obra”, *Revista Iter ad Veritatem*, n. 10 (2012): 263-293.

Castañeda Rivas, María Leoba, “La imprevisión en los contratos: la cláusula rebus sic stantibus como excepción al principio pacta sunt servanda”, *Revista Mexicana de Derecho*, n. 258 (2012): 203-228.

Dörr Zegers, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, *Revista Chilena de Derecho*, n. 2 (1985): 253-270.

Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio “Teoría de la Imprevisión”, *Revista Mexicana de Derecho*, n. 12 (2010): 117-134.

Jiménez Gil, William, “La Teoría de la Imprevisión”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n. 2 (2009): 17-49.

Rivera Restrepo, José María, “Historia y fundamentos de la cláusula Rebus Sic Stantibus (teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española”, *Revista ARS*, n. 1 (2015): 31-48.

DICCIONARIOS

Cabanellas, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho usual”, t. 2. Editorial Heliasta, Buenos Aires: 2003.

Galindo Garfias, Ignacio, “Diccionario Jurídico Mexicano”, Porrúa, México: 1998.

Ossorio, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Heliasta, México: 2006.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Alarcón, Luis, “Investigadores UC presentan propuestas para reducir atrasos y aumento de costos en proyectos de infraestructura pública en Chile”, Centro UC de Políticas Públicas, 15 de noviembre de 2017, <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/investigadores-uc-presentan-propuestas-para-reducir-atrasos-y-aumento-de-costos-en-proyectos-de-infraestructura-publica-en-chile/>

Alvarez, Abby, “Riesgos e Imprevistos en el Proceso de Obra”, Apuntes Sobre Arquitectura y Construcción (blog) México, 27 de mayo del año 2014 <https://arquijugando.blogspot.com/search?q=Riesgos+e+imprevistos+>

Barriere Ayala, José Roberto, “LACAP y RELACAP Comentadas”, B & G Consultores (blog), acceso el 20 de septiembre de 2019, <http://www.derecho-administrativo.net/lacap.htm>

Blogger, “Concepto Contratación Pública y Diferencia con la Contratación Privada”, Contratación Pública (blog), Blogger, sábado 18 de junio de 2016, <http://contratacionpublica1228.blogspot.com/2016/06/concepto-contratacion-publica-y.html?m=1>

Consejo Políticas de Infraestructura, “CChC plantea exigir seguro extra a firmas extranjeras en contratos de OO.PP.”, 13 de noviembre del 2018, <http://www.infraestructurapUBLICA.cl/cchc-plantea-exigir-seguro-extra-a-firmas-extranjeras-en-contratos-de-oo-pp/>

Construmática, Metaportal de Arquitectura, Ingeniería y Construcción: “Contrato de obra: Resumen”, portal de Construmática, acceso el 09 de septiembre de 2019, [https://www. Construmatica.com/construpedia/contrato_de_obra:_Resumen](https://www.Construmatica.com/construpedia/contrato_de_obra:_Resumen)

Gobierno de la Ciudad de México, “Obras”, Secretaría de Obras y Servicios, acceso el 29 de septiembre de 2019. <http://www.obras.cdmx.gob.mx/secretaria/acerca-de>

López, Hilda, “La capacidad de las partes en el contrato”, Teoría General del Acto y del Hecho Jurídico, 19 de noviembre de 2013, <https://teoriageneraldelactoyhechojuridico.wordpress.com/2013/11/19/la-capacidad-de-las-partes-en-el-contrato/>

Ministerio de Obras Pública y de Transporte, “Historia”, gobierno de El Salvador, 2009, https://www.mop.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=84

Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Chile, “Historia del MOP”, acceso el 30 de septiembre del 2019, <http://www.mop.cl/acercadelmop/Historia/Paginas/default.aspx>

Procuraduría de la Administración de la República de Panamá, “Teoría de la Imprevisión”, 3 de enero del año 2013, <http://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/?p=303>

Rodríguez Velardo, Javier, “Contrato de Obra”, Rodríguez Velarde (blog), acceso el 16 de septiembre de 2019, http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte2_cap10.pdf

ANEXOS

ANEXO 1:

Clasificación de los imprevistos en la obra pública.

IMPREVISTO	
CASO FORTUITO: corresponde a un suceso extraño atribuible a un tercero que no pudo haber sido previsto que impide el cumplimiento de la obligación contractual. ²²³	FUERZA MAYOR: es un acontecimiento exógeno, imprevisible e irresistible, correspondiente a accidentes provenientes de la naturaleza el cual no se pudo prever o evitar ya que hace acto de presencia de un modo inesperado, violento e insuperable, que interfiere en el cumplimiento de una obligación. ²²⁴
EJEMPLOS: guerras, golpes de estado, incendios y explosiones provocados por el hombre y huelgas.	EJEMPLOS: condiciones adversas al tiempo como temperaturas extremas, lluvias intensas y prolongadas, inundaciones, tsunamis, terremoto y estudio de factibilidad de suelo e hidrológico en el que no se contemplaron condiciones reales del lugar de construcción.
OTROS:	Para el caso es de mencionar CANTIDADES NO CUANTIFICABLES , que en determinado proyecto se estima cierta cantidad y al ejecutar el proyecto se advierte que es diferente a la estimada

²²³ Arnau Moya, Fedrico; lecciones de Derecho Civil II: Obligaciones y Contratos, Universitat Jaume. 2008/2009.

²²⁴ Somarriva Undarraga, Manuel y otro; Curso de Derecho Civil, Tomo III. Las Obligaciones, Edit. Nascimento (Chile).

ANEXO 2:

APLICABILIDAD DE LA IMPREVISIBILIDAD EN PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS POR CAUSAS DE IMPREVISIBILIDAD EN LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, DERIVADOS DE LOS IMPREVISTOS QUE SE SUSCITAN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Es importante destacar el proceso contencioso administrativo²²⁵, promovido por Servicio Agrícola Salvadoreño, S.A. de C.V. o Sagrisa, S.A. de C.V en contra de la Junta de Gobierno de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (“ANDA”), quienes tuvieron una relación contractual para la ejecución de una obra denominada: “Introducción del sistema de agua potable en colonia el Milagro, Amayito, Bendición de Dios, Las Cocinas, San Rafael y Río Zarco, San Ana, departamento de Santa Ana”, proyecto en el que la sociedad actora, sostuvo que los hechos acaecidos fueron causas imputables a “ANDA”, alegando que contrato de obra suscrito por la administración pública resultante de un proceso licitatorio, deben cumplirse, en el lugar, fecha y condiciones establecidas, según lo que regula el artículo 2 y 73 de la LACAP²²⁶.

Advirtiendo Sagrisa S.A de C.V., que el plazo de ejecución del objeto contractual no fue cumplido, en aplicación a lo que ya dispone el Art. 85 de la LACAP el cual detalla: “cuando el contratista incurre en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por causas imputables al mismo, podrá declararse la caducidad del contrato o imponerse el pago de una multa por cada día de retraso...” la comunico al contratista el inicio de un

²²⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, *sentencia de proceso contencioso administrativo*, referencia: 102-2014 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

²²⁶ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2000) Art. 2 y 73.

procedimiento de imposición de una multa en su contra por el incumplimiento de la obligación, manifestando “ANDA”, no estar de acuerdo, ya que aunque si bien es cierto existía un incumplimiento, éste no era imputable a ella sino, al contratante, debido a que el retraso se dio por causas ajenas a su voluntad, no siendo en el presente caso imputables.

Alegando el contratista lo preceptuado en el Art. 86 de la LACAP,²²⁷ el cual señala: “que si el retraso del contratista se debiera a causa no imputable al mismo debidamente comprobada, tendrá derecho a solicitar y a que se le conceda una prórroga equivalente al tiempo perdido, sin que el mero retraso le de derecho a reclamar una compensación económica adicional. Siendo este precepto propio de la teoría general de las obligaciones.

Lo anterior, evidencia que la teoría de la inimputabilidad y la exención de responsabilidad es aplicable en el marco del cumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato suscrito con la Administración Pública; específicamente, previendo el derecho a favor del contratista de que, en caso de existir fuerza mayor o caso fortuito²²⁸, se le conceda una prórroga para la entrega de los bienes, sin que el mismo se haga merecedor de una sanción. Por lo que se deben verificar los requisitos siguientes: retraso por causa no imputable y sea debidamente comprobada, esto habilita el derecho de solicitar a que se conceda un plazo de prórroga.

Por lo que no cabe duda que Sagrisa S.A de C.V, expuso ante la Administración Pública los argumentos de caso fortuito o fuerza mayor,

²²⁷ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Art. 86.

²²⁸ La LACAP, en su artículo 83-A, indica lo que deberá entenderse como imprevisto: se entenderá por circunstancias imprevistas, aquel hecho o acto que no puede ser evitado, previsto o que corresponda a caso fortuito o fuerza mayor. La comprobación de dichas circunstancias, será responsabilidad del titular de la institución. Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

relativos a la necesidad de ampliación del plazo de entrega de la obra; sin embargo, los argumentos no pueden considerarse extensibles para sostener la inimputabilidad de la mora, ya que ante la existencia de causas que obstaculicen la óptima ejecución de las obras que no sean atribuibles al contratista, el contratista podrá recurrir durante la vigencia del plazo, únicamente a que se le conceda una prórroga, situación que en el presente caso se vio agotada y por otra parte el contratista no comprobó oportunamente el caso fortuito o fuerza mayor para que se otorgara una nueva prórroga.

En este contexto, al no haberse comprobado por la parte actora dicha circunstancia, es correcto afirmar que no ha existido una vulneración al principio de culpabilidad, en atención a que la autoridad demandada impuso una multa de ley.

En este mismo orden de ideas, otro caso relevante donde se han acontecido imprevistos es el de E.S. Constructores, S.A. de C.V. en contra del Consejo Directivo del Fondo de Conservación Vial (“FOVIAL”)²²⁹; en el cual se alega que el contratista alega justo impedimento en el retraso de sus obligaciones contractuales por condiciones climáticas y la convergencia de caso fortuito configurado por las lluvias, en la zona de influencia en el proyecto.

Siendo importante recalcar que para invocar un justo impedimento no imputable al contratista como las lluvias, los documentos contractuales del proyecto en referencia, específicamente las bases de licitación en la cláusula CG-12, establecía que el “FOVIAL” podría extender razonablemente el plazo para terminar los trabajos, previo análisis y aprobación por escrito del

²²⁹ Sala de lo Contenciosos Administrativo, sentencia *de proceso contencioso administrativo*, referencia: 462-2007 (El salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

supervisor y el visto bueno del administrador del proyecto, detallando el procedimiento a seguir en caso de invocar dicha causal de imprevisto.

Por lo que no basta la sola invocación del caso fortuito o la fuerza mayor para que el contratista obtenga una prórroga automática y no responda por la mora, sino que es necesario: (a) que tal causa y la petición de prórroga sea planteada a la Administración Pública contratante, dentro de cierto plazo (anterior al vencimiento del plazo de que se dispone para el cumplimiento de la respectiva obligación); y, (b) que la causal invocada sea justificada o probada (tanto en su concurrencia como en su duración).²³⁰ Únicamente al concurrir los anteriores requisitos, el contratista tiene derecho a una prórroga del plazo de entrega o cumplimiento.

Ante esta situación, el retraso por las condiciones climáticas se hizo constar por la vista del expediente administrativo que las lluvias cesaron el veintisiete de octubre de dos mil siete, pero fue hasta el catorce de noviembre del mismo año que la demandante presentó el escrito de solicitud de la segunda prórroga en la que informaba de dicha circunstancia, es decir de manera extemporánea según lo estipulado en las bases de licitación en la cláusula CG-12, por lo que no se configura la violación alegada por la demandante.²³¹

Según se puede analizar el contratista no puede alegar el retraso de la obra por cualquier imprevisto, o es también por desconocimiento de cómo aplicar la teoría de la imprevisión, ya que en el caso en comento el contratista invocaba el imprevisto y lo enmarcaba en el caso de fuerza mayor.

²³⁰ Sala de lo Contenciosos Administrativo, sentencia *de proceso contencioso administrativo*, referencia: 462-2007.

²³¹ Cámara Segunda de lo Civil, *recurso de apelación*, referencia: 46-3°C-08-A, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Otro caso de relevancia acotar es el de la contratista Inversiones Gil Henríquez, S. A. de C. V. en contra del Fondo Nacional de Vivienda Popular (“FONAVIPO”), en el cual el contratista alegaba que el retraso en la ejecución del proyecto se debió a un agente externo o fuerza mayor dentro contrato.

Ya que expresaban que había tenido un desequilibrio económico contractual, indicando que uno de ellos era el daño emergente, entendiéndose éste como todos aquellos perjuicios ocasionados en la realización del contrato y que a la fecha no han sido resarcidos por el contratante, como es el incremento de los precios; y el otro es el lucro cesante, el cual debe entenderse como la ganancia o rendimiento que se esperaba obtener a la fecha de contratación y que se ha visto privado mi mandante a poder adquirir en virtud de la imposibilidad de la parte contratante de cumplir con sus obligaciones contractuales, por lo que la Cámara no pudo pronunciarse sobre el fondo del objeto litigioso, ni la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya que el contrato terminó por la causa legal de plazo extintivo.

ANEXO 3:

COMPARATIVO DE REGULACIÓN EXPRESA SOBRE LA APLICABILIDAD DE LOS IMPREVISTOS EN DIFERENTES BASES DE LICITACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DIVERSAS FUENTES DE FINANCIAMIENTO.

FUENTE DE FINANCIAMIENTO: FONDO GENERAL DE LA NACION (GOES)	
MINISTERIO DE SALUD	Licitación Pública, LP no. 22/2017²³² “Remodelación del Centro de Rehabilitación Profesional del ISRI; San Salvador, Etapa II” Es importante señalar, que en el Literal Q. Aspectos Generales para la Contratación, Q. 3, Modificaciones, hace referencia a que el MINSAL podrá modificar el Contrato, siempre y cuando haya dictamen favorable, emitido por el Supervisor Externo con visto bueno del Administrador del Contrato y un Delegado del Jefe de la Unidad de Desarrollo de Infraestructura y se legalice una Orden de Cambio que implique aumento o disminución de obra y que `ésta se aprobará o rechazara, según el caso y que los precios unitarios que no estén en el plan de propuesta inicial deberán ser negociados previo a la elaboración de la Orden de Cambio.
FONDO DE INVERSION SOCIAL Y DESARROLLO LOCAL-FISDL	Modelo de Bases de Licitación del Fondo de Inversión Social y Desarrollo Local –FISDL En el modelo de Bases, que tal como lo establece es aplicable en todos los

²³² Ministerio de Salud, Bases de Licitación, Fondo General, Págs. 20, 21 y 109,

	<p>contratos, se encuentra regulado lo relativo a las modificaciones en el numeral 11²³³. Cambio en el precio del Contrato.</p> <p>Sub numerales 11.3 Modificación de los Planos o del alcance del contrato y 11.4 Modificación al precio del contrato. Estableciendo que se podrán hacer cambios al contrato, únicamente en los siguientes casos: “para ejecutar obras que resulten de condiciones imprevistas en el subsuelo o necesarias para hacer frente a circunstancias provocadas por fuerza mayor o caso fortuito, o acciones de terceros que no tenga control ni el contratante ni el contratista”.</p> <p>Al comparar el modelo de licitación utilizado por el FISDL, se puede colegir que en ésta regula expresamente que procede modificación por causas de imprevistos.</p>
<p>MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE</p>	<p>BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA LP-007 /2016 “MEJORAMIENTO DEL CAMINO TERCARIO CAB19N, TRAMO: VICTORIA-DESVIO EL ZAPOTE-CASERIO SANTA MARTA, MUNICIPIO DE VICTORIA, DEPARTAMENTO DE CABAÑAS”</p> <p>En estas bases se encuentra la definición del CONTRATO DE OBRA PÚBLICA como el instrumento Jurídico suscrito entre el Contratista y el Ministerio en donde el primero se compromete a proveer los recursos humanos, materiales, equipo, transporte y todos aquellos que se consideren necesarios para la ejecución de</p>

²³³ FISDL, Modelo de Bases de Licitación, Páginas 18 y 19

	<p>la obra especificada; y el segundo se compromete a pagar por ello al contratista, con los precios establecidos en los documentos del contrato. Asimismo respecto a la Metodología de la construcción, indica que el oferente deberá hacer su propia descripción del proyecto a ejecutar, debiendo incluir todas las obras que él define como de principal importancia para realizar el proyecto de acuerdo a las Normas y Especificaciones Técnicas. Esta descripción debe ser congruente con las CONDICIONES TÉCNICAS.</p> <p>Como parte de esta descripción, se incluirá un detalle del alcance de los servicios, construcción de todas las obras necesarias. Además, aclarar si lo que ofrece se limita exclusivamente a lo establecido en estos Documentos, o si ofrece algún valor agregado en su oferta²³⁴. Respecto a la imprevisibilidad que pueda presentarse en la ejecución del proyecto en las Condiciones Generales al Contratista, indica textualmente lo siguiente: <i>“CG-05 FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. Se entenderá por caso fortuito el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Se trata por consiguiente de hechos naturales inevitables que pueden ser previstos o no por el obligado pero a pesar que los haya previsto no los puede evitar, y constituyen una imposibilidad insuperable,</i></p>
--	--

²³⁴ Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, Bases de Licitación, 13

	<p><i>y por Fuerza Mayor la situación producida por hechos del hombre, provenientes de actuaciones de sujetos públicos o privados, previsible o imprevisible, pero inevitable, a la cual no haya sido posible resistir y que impide el cumplimiento de la obligación. No será imputable a ninguna de las partes el incumplimiento a los deberes y obligaciones que les corresponden en virtud del Contrato, cuando dicho incumplimiento se deba a situaciones de caso fortuito o fuerza mayor”²³⁵.</i></p>
<p>FONDO NACIONAL DE VIVIENDA POPULAR, FONAVIPO</p>	<p>BASES DE CONTRATACION DIRECTA CD 09/2011 FONA “CONSTRUCCIÓN DE 50 OBRAS HIDROSANITARIAS EN PROYECTO PARCELACIÓN HABITACIONAL DOS QUEBRADAS, UBICADO EN EL MUNICIPIO Y DEPARTAMENTO DE SAN VICENTE”, es importante señalar que indica que será según el tipo de contrato, este contrato será a precio firme tomando como base los costos unitarios consignados en su oferta económica, esto significa que una vez firmado el contrato, los costos unitarios no podrán ser modificados; asimismo, en el numeral 19 de dichas bases, FONAVIPO indica que en cualquier tiempo durante el progreso de la obra, FONAVIPO tendrá derecho de efectuar los cambios en los planos que consideren necesarios o convenientes, para asegurar la terminación de la obra de una manera satisfactoria, e informará oportunamente al contratista.</p>

²³⁵ Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, Bases de Licitación, 35

	<p>Es de señalar lo relativo a las Órdenes de Cambio, establecidas en el numeral 40. Que indica: 40.ORDENES DE CAMBIO. La Supervisión y el Monitor, tramitarán ante el Contratante modificaciones al contrato, cuyo monto individual o acumulado no exceda del 20% del monto del contrato, y cuando la situación lo amerite. Si tales obras son de igual naturaleza a las contratadas, el precio unitario establecido en el contrato se mantendrá para efecto de determinar el costo de dichas obras, si las obras a ordenar fueren de naturaleza distinta, entonces el constructor preparará una propuesta económica basada exclusivamente en costos directos de las obras adicionales, el cual será revisado por el supervisor y monitor contratado, una vez establecidas las revisiones, se convocará a una reunión entre las partes para determinar el costo directo de tales obras, a este costo se le aplicará el factor de costos indirectos establecido en la oferta económica del Contratista, con esta información se tramitará la respectiva orden de cambio y se emitirá por parte de FONAVIPO la orden de ejecución de los trabajos a realizar. En ambos casos el Contratista deberá contar con la modificativa de contrato para iniciar las obras.</p> <p>Las modificaciones del contrato también pueden ser causadas por disminución en las cantidades de obras contratadas decretadas por el Contratante si la situación así lo requiere y sin perjuicio de éste.</p>
--	---

FUENTE DE FINANCIAMIENTO EXTERNOS: BCIE CONVENIO DE PRESTAMO	
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE.	<p>Licitación Pública Internacional LPINT-003/2017²³⁶ “Diseño y Construcción del Proyecto “Ampliación de Carretera CA045, TRAMO III: CONSTRUCCION DE BY PASS DE LA LIBERTAD, ENTRE KM. 31.86 (CARRETERA CA045)- KM. 35 (CARRETERA CA 02W) DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD.</p> <p>Al comparar lo relativo a la aplicabilidad de Modificación del Contrato por las causas de imprevistos y/o fuerza mayor, es importante resaltar, que las Bases de Licitación se estructuran por diferentes Secciones, y en la Condición General -05²³⁷ Fuerza Mayor o Caso Fortuito, numeral 3. Establece textualmente “la prórroga concedida como consecuencia del acontecimiento de un evento de caso fortuito o fuerza mayor, no incrementará el monto del contrato”</p> <p>Es de hacer referencia sumamente importante que los procesos de contratación con fondos provenientes de préstamos externos BCIE, aplica la normativa LACAP, no aplica normativa o políticas del ente financiero.</p>
FUENTE DE FINANCIAMIENTO EXTERNOS, Programa Mejoramiento Integral de Asentamientos Urbanos Precarios – PACSES	
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS TRANSPORTE Y	BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA LP-005/2018

²³⁶ Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, Licitación Pública Internacional, promovida en agosto de 2017

²³⁷ Bases de Licitación, Págs. 97 y 98

DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO.	Es de hacer referencia que el modelo de base utilizado es el mismo que se utiliza con Fondos GOES. ²³⁸
FUENTE DE FINANCIAMIENTO BID, FONDOS EXTERNOS, CONTRATO DE PRESTAMO	
En los procesos de Adquisición y Contratación de Obras, se indica que utilizan sus propias Políticas denominada: Política para la Adquisición de Bienes y Obras, financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo ²³⁹	

²³⁸ Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional

²³⁹ Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Políticas actualizadas a marzo 2011, Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional