

DERECHOS DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

LIC. GIOVANNI MUÑOZ JIMÉNEZ *

I.- INTRODUCCIÓN

II.- CONSIDERACIONES GENERALES

III.- PRINCIPALES DERECHOS DEL CONTRATISTA.

III.1. Colaboración y cumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración.

III.2. Derecho al Equivalente Económico.

III.2.a. Concepto.

III.2.b. Legislación Nacional.

III.2.c. El Reajuste de Precios.

III.2.d. La Cláusula de Revisión.

III.2.e. Leyes de Reajuste para Contratos de Obra.

* Abogado y Notario

I. INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa ha venido a ser, en los últimos tiempos, fuente primaria de relaciones jurídicas litigiosas, más por desconocimiento de las partes en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones, que por su mala fe durante la etapa de ejecución contractual.

En una normativa orientada sobre la base de la teoría monista del Contrato Administrativo¹, es difícil para el contratista identificar el ámbito de sus obligaciones, de frente a un cúmulo de potestades en sede de la Administración, que además resultan del todo ajenas de las relaciones contractuales privadas con que normalmente lidia el mismo contratista.

Dando por descontado la existencia irrefutable —y además necesaria—, de potestades

de pleno derecho en favor de la Administración, tales como la de Modificación Unilateral, Interpretación Unilateral, Rescisión y Sanción Administrativas (cuyo origen precisamente es legal, no contractual), es menester analizar, para los efectos de este estudio, los principales derechos del contratista que, a la postre, se constituyen como un paliativo de frente a aquellas prerrogativas, concedido por el ordenamiento jurídico para asegurarle un mínimo de certeza jurídica en su relación contractual. En este orden, el derecho al mantenimiento de la ecuación financiera del contrato ha venido, si se quiere, a modular, merced a su especial naturaleza, el principio iusprivatista del "CONTRACTUS LEX INTER PARTES" en la contratación administrativa.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

El contrato administrativo ha ido surgiendo en la normativa jurídica de nuestra sociedad, como un instituto especial, innovativo y peculiar, cuyos rasgos característicos difieren del ancestral clásico contrato de derecho privado, ello en razón, en primera y última instancia, de los superiores fines de interés público que por su medio se pretende satisfacer. Así, si la Administración ve alterada su posición en relación a la que tendría un particular en un contrato de derecho común, también el

contratista se enfrenta a la vida jurídica de este instituto, afectado por aquellos superiores intereses cuya repercusión se manifiesta a través de un régimen de máximo control y en donde su comportamiento será juzgado con un criterio mucho más severo que en el contrato civil o comercial. No obstante, dada su doctrina moderna, como un verdadero "colaborador" de la Administración, el contratista obtiene en esta relación ciertos derechos o garantías de que en su relación contractual privada carecería; ello

1 Si bien existe inclinación, en la doctrina nacional, por el criterio de la Teoría Monista, es lo cierto que aún subsisten una serie de incógnitas e incompatibles en la aplicación pura y simple de esa teoría, a casos concretos. No obstante, el tema en cuestión abarcaría por sí solo, un estudio mucho más amplio que el presente, razón por la cual, sobre el particular, baste por ahora con referir a Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Edit. Abeledo-Perrot, Vol. III. A, 1974, pag. 21; García de Enterría, Eduardo. *Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa*, Revista de la Administración Pública N° 10, I.E.P., 1953, pág. 268; Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo*, Edit. Plus Ultra, T. II, 1979, pag. 454 y, sobre la Teoría Monista en Costa Rica: Ortiz Ortiz, Eduardo. *Renuncias y Limitación de Responsabilidades en Contratos Administrativos*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, 1982.

con el fin de lograr la eficaz y cabal satisfacción de los fines públicos que el contrato persigue.

En la relación privada, las cláusulas garantizan de modo inalterable los derechos patrimoniales de las partes —salvedad hecha, por supuesto, de las eventuales causas excluyentes de responsabilidad—, las cuales deberán cumplirse con estricto apego a lo convenido, en virtud de que ese acuerdo tiene carácter de "ley entre las partes"².

En la contratación administrativa, el régimen no puede ser el mismo, porque las

situaciones reguladas son muy diferentes y los fines perseguidos igualmente distintos. Así pues, si bien la Administración se encuentra facultada, de pleno derecho, para hacer uso de sus prerrogativas de Derecho Público cuantas veces así lo requiera el interés público, ello en modo alguno implica que no está igualmente obligada con el particular contratista, pues, si así no fuera, difícilmente encontraría proveedores con quien contratar. Por el contrario, el mismo ordenamiento le concede al cocontratante un sistema indemnizatorio más favorable que el que tendría en una contratación regida por el Derecho Común.

III. PRINCIPALES DERECHOS DEL CONTRATISTA

III.1. Colaboración y cumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración.

Precisamente, el severo régimen de cumplimiento al que está sometido el contratista, provoca que, en todo momento, la Administración Pública deba tener en cuenta el carácter de "colaborador" que el contratista particular asume, en relación con las funciones que a aquella le competen. Esa colaboración generalmente estará contemplada en las mismas normas del pacto o aún en la normativa que regule la materia, tal como normalmente sucede con el acuerdo de anticipos, o bien con las cláusulas normativas que admiten la inclusión de fórmulas para reajuste de precios, sólo para citar dos ejemplos entre muchos otros.

La Administración asume así un papel complejo que no siempre cumple a cabalidad. De un lado, debe velar celosamente por el correcto incumplimiento del contrato, haciendo uso al efecto de todas sus potestades y del estrado superior que le corresponde, mientras que, por otro lado, debe prestar a su cocon-

tratante, todo el apoyo que los límites legales y convencionales le permiten.

Con todo y su carácter especial, es lo cierto que si el contrato liga y obliga al contratista particular, igualmente liga y obliga a la Administración Pública contratante. Es desde esta perspectiva, que el contratista particular tendrá el derecho de exigir que la Administración cumpla con aquellas obligaciones que del contrato se deriven a su cargo. Por lo demás, no se trata sólo de que ejecute sus obligaciones, sino de que lo haga de la manera más correcta y dentro de un plano de buena fe, dentro de los plazos fijados o, a falta de término, dentro del razonable que corresponda según la índole de la obligación.

La Administración deberá proporcionar, dentro de su deber de cumplimiento, todas aquellas prestaciones a que se obligó en forma explícita o implícita; igualmente deberá respetar el plazo de ejecución convenido en el pacto y reconocer al contratista las compensaciones pecuniarias a que tuviere derecho³.

² Artículo 1022 del Código Civil.

³ "...el Estado incurrió en responsabilidad contractual frente a la actora, al no poner a su disposición, a como estaba obligado, el terreno en el cual se levantaría la obra contratada, sin el cual ésta no podría realizarse... la adjudicó y permitió que se iniciaran los trabajos sin haber adquirido el terreno donde se levantaría la obra conforme al contrato... Esta conducta culpable del Estado lo obliga a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la actora." Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sentencia N° 1994, de las 17:05 horas del 8 de setiembre de 1976.

Es claro que la Administración no sólo debe cumplir con sus obligaciones, sino que debe abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda interferir con la debida ejecución del convenio. Si la Administración incumpliera con esos deberes, su actuación podría generarle diversas responsabilidades, que podrían extenderse desde la justificación del retardo en el cumplimiento de las prestaciones del contratista, o aún en la suspensión de ellas, hasta la indemnización por los daños y perjuicios que se hubieren producido por esa causa.

En nuestro derecho, el inciso c) del artículo 228 del Reglamento de la Contratación Administrativa (en adelante "RCA"), establece como obligación del Órgano Estatal, la de poner "corrección, buena fe y lealtad en el ejercicio de sus atribuciones"; obligación que, en nuestro criterio, más pareciera aplicación de un principio general de derecho reconocido en toda rama de esta ciencia, que un derecho — correlativo a una obligación— en favor del contratista.

Por último, interesa resaltar que, en caso de existir incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, el Juez no podrá ordenar que ésta las cumpla; no podrá condenarla a una obligación de hacer —como si lo puede hacer la propia entidad para con su contratista—, pero sí a pagar sumas de dinero como indemnización por daños y perjuicios.

III.2. Derecho al Equivalente Económico.

III.2.a. Concepto.

El cocontratante de la Administración ha dispuesto su participación en el contrato, con vista en una utilidad razonable (normalmente),

calculada por la prestación que ejecutará para la Administración. En aplicación del principio de la "intangibilidad de la remuneración del contratista", este tiene derecho a que se le asegure ese beneficio; el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, o reestablecimiento de la ecuación financiera.

La ecuación financiera producto de la relación contractual, no puede ser alterada por las partes durante la ejecución, de ahí que exista un deber de la Administración de colocar al contratista en condiciones de cumplir su prestación, cuando hechos ajenos a la voluntad de las partes amenazen con impedirlo:

"Cuando esa utilidad calculada no se produce en razón de circunstancias totalmente ajenas al cocontratante, provenientes de hechos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse, y que tornen excesivamente más oneroso el cumplimiento de sus obligaciones, el cocontratante tiene derecho, en buenos principios, al reajuste de las tarifas o del precio pactado, o al pago en su defecto de una indemnización que cubra su quebranto en cuanto pueda exceder del álea anejo y previsible en todo convenio de tracto sucesivo."⁴

No obstante, no se trata de un "seguro del contratista", contra eventuales pérdidas de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes. Como en todo contrato, el cocontratante de la Administración debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea "normal" de todo negocio, no así el "anormal", cuyas consecuencias deberán serle resarcidas. Siendo así, el contratista puede hacer valer un verdadero derecho al restablecimiento de ese equilibrio cuando ciertas causas han ocasionado su ruptura⁵.

Así las cosas, podemos resumir diciendo, que la alteración o ruptura del equilibrio

4 Bercaltz, Miguel A. Teoría General de los Contratos Administrativos., Edit. Depalma, 1952, pág. 329.

5 La idea de la ecuación financiera surgió como consecuencia de una elaboración del Consejo de Estado Francés, concretamente en el ARRETE COMPAGNIE GÉNÉRALE FRANCAISE DES TRAMWAYS, del 21 de mayo de 1910, bajo redacción del Comisario de Gobierno León Blum, partiendo de la idea de la "Justicia Conmutativa". Ver al respecto, Hourliou, Marcel. Jurisprudence Administrative, T. III, pág. 470, citado por Díez, Manuel María, Op. Cit., pág. 65.

económico-financiero, puede responder a tres causas: a) imputables directamente a la Administración contratante (responsabilidad contractual de la Administración; por ejemplo, hecho de la Administración en ejercicio de la "potestas variandi"); b) imputables indirectamente a la Administración contratante (responsabilidad extracontractual de la Administración; v.gr., "hechos del príncipe", actos de poder público); c) no imputables a la Administración (responsabilidad extracontractual, por ejemplo, teoría de la imprevisión).

Por último, es importante tener en cuenta la exposición matemática que, sobre el principio de la ecuación financiera del contrato, ha elaborado un connotado autor: El equilibrio del contrato de derecho privado es estático, representado por la fórmula $a=b$. Si una de las partes, en este contrato, incumple, altera sus obligaciones o comete una falta, el sistema contractual se rompe irremediabilmente. El equilibrio del contrato administrativo es dinámico, y lo podemos representar bajo el tipo $a/b = a' / b'$. Si la Administración sustituye una obligación a' en el lugar de la obligación originaria, la remuneración de su cocontratante, que era b' en su origen, se convertirá en b' , y el sistema contractual, con ese equilibrio, se habrá mantenido⁶.

Siendo así, no puede hablarse de responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración, pues no hay incumplimiento o hecho culposo imputable al ente público. La teoría del equivalente económico implica, más bien, una "indemnización" (no necesariamente total), para ayudar al contratista a superar las adversidades imprevistas que puedan dar al traste con la ejecución del convenio.

Igualmente, según sea la concepción que se tome, así será la reparación que en cada caso se estime. Aquellos que entienden el concepto en sentido estricto, como conse-

cuencia lógica de esa responsabilidad contractual, se inclinan por la reparación total, comprensiva tanto del "DAMNUM EMERGENS" COMO DEL "LUCRUM CESSANS".

Para quienes concebimos el término en sentido lato, el FACTUM PRINCIPIS entrañaría una obligación de indemnización que no exige, de suyo, la idea de compensación total (contrario a la "POTESTAS VARIANDI").

Sobre el punto, nuestro ordenamiento vuelve a calificar de "sui generis" pues, mientras consigna el concepto estricto, reconoce una indemnización parcial que, no por ello, no deja de ser bastante beneficiosa para el contratista (artículo 239 R.C.A.).

III.2.b. Legislación Nacional.

El principio de la indemnización por hecho del príncipe, fue enunciado, originalmente, por Ley N° 5901 de 20 de abril de 1976, que vino a agregar dos Títulos más la Ley de Administración Financiera de la República, N° 1279 de 2 de mayo de 1951. Por virtud de esta reforma se positivizaría en la normativa administrativa costarricense la teoría en cuestión, al decir:

"Artículo 113. La Administración asumirá, a gestión del cocontratante, un porcentaje del daño emergente que este sufra cuando el contrato, pendiente o en curso de ejecución, no suspendido, se viere severamente afectado por medidas de la propia Administración contratante, generales o de orden económico, que de modo directo incidan en la economía del contrato. La Contraloría General de la República deberá autorizar el pago conforme a los principios anteriores y al Reglamento respectivo."

Como se observará, desde este momento tomó partido nuestra normativa, por lo que hemos denominado el concepto estricto del término; esto es, el reconocimiento de la indemnización solo cuando la disposición perjudicial haya sido dictada por la misma Administración contratante (esto sin perjuicio,

6 Pequinot, George, Des Contracts, fasc. 511, pág. 11, citado por Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del Equivalente Económico de los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, pág. 241-242.

por supuesto, de la posterior reglamentación de esta disposición en el R.C.A.).

Si bien en primera instancia pareciera que el artículo debe tener un alcance amplio —pues acepta que el hecho generador pueda ser particular, general o de orden económico—, es más bien lo cierto que confunde y complica su ámbito de aplicación, al condicionar su reconocimiento, a que esas medidas nocivas “de modo directo incidan en la economía del contrato”.

En nuestro concepto, de conformidad con lo elaborado por la doctrina contemporánea sobre el particular, lo que el término pretende asegurar, es que no cualquier alteración a la ecuación financiera por acto de la propia Administración es indemnizable, sino aquel que cause un perjuicio especial y grave, o sea, que de no haberse producido, el contrato habría seguido una ejecución normal, aún con algún perjuicio para el contratista.

Sea como fuere, éstas son circunstancias que deberá considerar, para admitir el reclamo respectivo, la Administración contratante y, para aprobar los términos del acuerdo, la Contraloría General de la República (artículo 250 R.C.A.).

Importa, igualmente, resaltar una particularidad relevante que presenta la incorporación del Hecho del Príncipe en la normativa nacional, cual es el tipo de reparación que eventualmente podría generar. Así, aún y cuando la completa elaboración de la indemnización por hecho del príncipe vino a ser establecida por el R.C.A., es importante señalar los elementos esenciales que, en nuestro derecho positivo y a partir del enunciado de la L.A.F.R., se reconocen a la figura en cuestión:

1. Se trata de un acto de la propia Administración contratante;
2. La indemnización alcanzará solamente un porcentaje del daño emergente que el contratista sufra (sin perjuicio de lo que posteriormente estableció el R.C.A.)
3. La medida debe haber afectado “severamente” el equilibrio del contrato;

4. La medida perjudicial puede ser general o de orden económico;
5. El acto de la Administración debe incidir “directamente” en la economía del contrato;
6. La Administración indemnizará sólo a gestión de parte;
7. El pago por este concepto deberá ser autorizado por la Contraloría General de la República.

Con la entrada en vigencia del Reglamento supra citado, D.E. 7576-H de 23 de setiembre de 1977, se intentó depurar el sistema, y se establecieron los porcentajes de indemnización a que el contratista tendría derecho por aplicación de esta teoría. La redacción actual del numeral 239 del Reglamento de cita, dispone:

“Artículo 239.—Cuando el contrato pendiente de iniciarse o en curso de ejecución, mas no interrumpido ni suspendido, se vea severamente afectado por medidas de la propia Administración contratante, generales o de orden económico que inciden directamente en la economía del mismo, aquella asumirá el 100% del daño emergente y hasta el 50% de la utilidad prevista.

Igual conducta se seguirá respecto al impacto en la economía del contrato de fenómenos económicos u otros, imprevisibles que trastornen seriamente los presupuestos financieros del negocio bajo las condiciones dichas. A tales efectos las cotizaciones originalmente presentadas deberán contener el desglose de los rubros correspondientes, incluyendo la utilidad estimada. Los convenios respectivos requieren aprobación de la Contraloría General y estarán precedidos de estudios económicos sólidos, realizados por economistas o contadores públicos incorporados al respectivo Colegio en donde se evidencien las pérdidas sufridas. Mas de existir incumplimientos legales, negligencia u otras irregularidades que legitimen al contratista para tal beneficio, la Administración denegará el reconocimiento de los reajustes que se pretendan.”

Especial mención merece, al respecto, la innovación últimamente incorporada al artículo en cuestión (así reformado por DE 1319-H, del 2 de octubre de 1981), y que se refiere, concretamente, a la utilidad prevista. Mientras que la Ley faculta a la Administración a reconocer un

porcentaje por el daño emergente, el Reglamento opta, no sólo por reconocer la totalidad del daño emergente que el acto lesivo ocasione, sino también faculta el reconocimiento de hasta un 50% de la utilidad prevista.

La forma de operación de estos porcentajes, ha sido aclarada por el Órgano Contralor:

"...en consecuencia, si un servicio de suministro, por ejemplo, se ha pactado en ₡120.000.00 a cargo de la Administración, de los cuales ₡100.000.00 corresponden a costos y ₡20.000.00 a utilidad, y el impacto de tenermos como los expresados produce un encarecimiento de los costos, elevándolos a ₡150.000.00, el contratista podría pretender un reconocimiento de esos ₡50.000.00 adicionales, más ₡10.000.00 en concepto del 50% de la utilidad prevista, para obtener una suma total de ₡160.000.00.

Ahora bien, si el aumento en los costos subió a ₡110.000.00, el contratista no tendrá derecho a recibir suma alguna en concepto de reajustes, puesto que con los ₡10.000.00 de utilidad garantizada, el monto total del contrato no excedería de lo originalmente establecido, sea de los ₡120.000.00.⁷

Así las cosas, es el interés de la Administración costarricense, el indemnizar al contratista los perjuicios que el acto lesivo le ocasione, así como un porcentaje mínimo de la utilidad originalmente prevista. La medida es **indemnizatoria, no revisoria** de los precios que, por principio, seguirán firmes y definitivos e invariables (artículo 87 R.C.A.).

A nuestro entender, según esta interpretación del Órgano Contralor, el contratista estará en obligación de cargar, como mínimo, con los perjuicios que pueda cubrir con el 50% de su utilidad prevista, porque es ese porcentaje lo que se le quiere garantizar, indemnizando, por cuenta de la Administración, lo

que exceda de la suma cubierta por ese porcentaje de utilidad; esto es, la indemnización por el daño emergente podrá ser parcial o total, lo que no será total, es el reconocimiento por lucro cesante.

Es igualmente necesario advertir, como en reiteradas oportunidades lo ha hecho la Contraloría General, que por virtud del artículo 239 sub-exámene, no se pueden establecer gestiones para "reajuste de precios", ya que las fórmulas, requisitos, efectos y procedimientos para ese tipo de procedimiento, son muy diferentes según se expondrá infra⁸.

Por lo demás, debemos señalar, como condiciones importantes para la aplicación de la teoría que tratamos, el que no existan incumplimientos legales o negligencia por parte del contratista; evento ante el cual la Administración podrá denegar la solicitud, así como si el contrato ha sido ejecutado en su totalidad a la hora de la solicitud, o bien si la ejecución del mismo se encuentra suspendida.

La norma en cuestión no contempla el plazo en que se debe presentar la solicitud de indemnización, razón por la cual se puede ejercitar ese derecho cada vez que se den las condiciones previstas en él, sin perjuicio de que el contratista pueda optar por realizar una sola o varias gestiones, siempre dentro de las condiciones de ejecución supra citadas.

En este orden, el interesado deberá gestionar directamente ante la Administración contratante, presentándole un informe completo y detallado sobre el porcentaje y monto exacto del incremento en el costo que han sufrido los rubros que componen el precio de la oferta, debidamente certificada por un

7 Pronunciamiento N° 8225 del 16 de agosto de 1982, Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República.

8 "...lo que la norma que se cuestiona autoriza, es el reconocimiento del daño emergente que afecte el equilibrio económico del contrato, así como parte del lucro cesante; en manera alguna esa norma o cualquier otra del Reglamento de Contratación o de la Ley, autoriza la revisión de precios; por el contrario, el artículo 87 del referido Reglamento, en su filosofía, Informa que los precios son irrevisables en el plazo de ejecución del contrato, con las salvedades que en dicha norma se establecen...". Pronunciamiento N° 4932 del 26 de mayo de 1982, Departamento Legal de la Contraloría General de la República.

Contador Público Autorizado o por un Economista, quien deberá emitir su criterio sobre los resultados arrojados por su investigación, de tal modo que la Administración, después de estudiar esos antecedentes, se pronunciará por el reconocimiento o no del reclamo en cuestión.

Por último, estimamos de interés mencionar, como fundamentales y sin perjuicio de Administración pueda efectuar, los siguientes requisitos para el trámite de la solicitud para el reconocimiento de las indemnizaciones por concepto de "hecho del príncipe"; así como el procedimiento ulterior a seguir por la Administración:

- a) La gestión de indemnización debe partir de la persona física o jurídica, que figure como titular del contrato. En este último caso, a través de su representante legal debidamente acreditado;
- b) La gestión debe tener fundamento en medidas de orden general dictadas por la Administración contratante, generales o de orden económico, que incidan adversamente en la ecuación económica del convenio, según los supuestos que le dieron origen;
- c) Debe consignarse, no sólo una petitoria concreta acorde a las pretensiones del gestionante, sino una relación de hechos debidamente demostrados, que evidencien la legitimidad de lo pedido.
- d) La gestión debe tener asidero en un contrato firme y eficaz, háyase o no comenzado a ejecutar, pero que, si se hubiere comenzado, no haya sido suspendida su ejecución.
- e) El acto lesivo no debe haber sido previsto al momento de contratar ni debe corresponder a riesgos normalmente previsibles según la naturaleza del contrato.
- f) El acto, hecho o resolución de la autoridad pública, debe haber ocasionado un desajuste realmente importante en la ecuación financiera del contrato. Debe tenerse presente, a título informativo, la doctrina del artículo 49 del R.C.A.
- g) El acto lesivo no debe ser tal naturaleza que imposibilite del todo la continuación del contrato (pues de ser así, lo que procedería es más bien la rescisión sin responsabilidad para el contratista, art. 238 R.C.A.).
- h) La indemnización solicitada deberá concretarse, como máximo, al 100% del daño emergente y 50% de la utilidad prevista.
- i) No deben incluirse las pérdidas que experimente el contratista con carácter normal, propias del riesgo de toda empresa económica.
- j) Antes de aceptar total o parcialmente el reclamo, la Administración deberá verificar, a través de un estudio serio y detallado, si se cumplen todos los supuestos jurídicos correspondientes, así como que los cálculos matemáticos están bien sustentados en razón de todos los factores económicos que se afecten.
- k) Si la pretensión del contratista es aceptada, se deberá suscribir un convenio en este sentido, remitiéndose para su refrendo a la Contraloría General de la República.
- l) Caso de no llegar a un acuerdo, o que después de éste el Órgano Contralor introduzca modificaciones que no satisfagan los intereses del contratista, éste podrá optar por abandonar lo convenido o resuelto, y demandar directamente a la Administración ante la sede Contencioso Administrativa.

III.2.c. El Reajuste de Precios.

Si bien es principio de la Contratación Administrativa, el que los precios consignados en toda oferta son firmes y definitivos (artículo 87 R.C.A.), estos precios pueden no corresponder, a la larga, a los que realmente llegue a pagar la Administración; bien sea por el acaecimiento de incidencias durante la ejecución del contrato, que obedezcan al área

administrativa o económica anormal —ambos ya expuestos—, o bien, por la existencia en el convenio de cláusulas de "reajuste" a cuyo estudio ahora nos referiremos.

En virtud de estas cláusulas, se reconocerán al contratista las diferencias en los costos de los distintos renglones de pago, que para la prestación se hayan previsto, siempre bajo determinadas condiciones y sin necesidad de entrar a calificar si el aumento se debió a hecho de la Administración, acontecimientos imprevisibles, o alguna otra circunstancia anormal, ello así tal como expusimos al inicio de este estudio, en virtud de los superiores intereses que a través de la contratación administrativa, se persigue satisfacer⁹.

Es por razones del orden citado, que el ordenamiento jurídico administrativo ha debido flexibilizar su normativa a efecto de obtener, no sólo la prestación requerida en cada caso, sino que esa prestación sea rendida de la mejor manera posible y por el mejor contratista que sea posible, de donde que, al asegurar un justo y equitativo trato para sus contratistas, ella misma se asegura una buena satisfacción de la prestación requerida:

"Antaño el precio cierto tenía, en cuanto invariable, la condición de determinado, y las obligaciones pecuniarias pertenecían al grupo de las obligaciones líquidas. Hoy el precio cierto en su concepto clásico ha sido superado, y esto así en cuanto que actualmente se tiende a no determinar apriorísticamente el montaje dinerario: la obligación nace ilíquida, pero liquidable, y el precio es indeterminado pero determinable con arreglo a los criterios objetivos previstos en la cláusula revisoria. También ahora el precio sigue siendo cierto, si bien fuera del concepto clásico;

es decir, el término precio cierto es, también él, objeto de modulaciones".¹⁰

Así las cosas, la Administración prefiere readecuar los precios cada vez que así se requiere y no exigir al contratista el cumplimiento aún con pérdidas.

III.2.d. La cláusula de Revisión.

Las cláusulas de revisión o automáticas, son aquellas que determinan a la vez las condiciones de revisión y las reglas precisas a seguir para el cálculo de los nuevos costos mediante la aplicación de fórmulas algebraicas cuyos componentes son los diferentes elementos del precio y están fijadas en el contrato en todos sus detalles, tal y como lo dispone, en nuestro ordenamiento, el artículo 49 del R.C.A.¹¹

Este artículo, a nuestro juicio, está concebido sólo en beneficio del contratista, puesto que expone, como finalidad, reconocer al mismo diferencias de precio que excedan el precio cotizado. La cláusula deberá ser expresa, ya sea que su procedencia se admita desde el cartel de condiciones, o bien estando ya en curso de ejecución el contrato y así expresamente se adicione su texto, caso en el cual dicha incorporación será, únicamente con eficacia hacia futuro. En todo caso, es lo cierto que la revisión de precios que incorpora el R.C.A., no se presume ni surge "EX LEGE", SINO SÓLO "EX CONTRACTU"; ESTO ES, NO CABE REVISIÓN SI NO APARECE INCLUIDA LA CORRESPONDIENTE CLÁUSULA EN CADA PLIEGO DE CONDICIONES O, EN SU DEFECTO, EN EL CONTENIDO DEL CONTRATO. AL RESPECTO, HA MANIFESTADO LA CONTRALORÍA GENERAL:

9 Villar Palasí agrega que "la revisión de precios constituye así, para el contratista una garantía frente a la inestabilidad económica propia de la época, la cual, en contratos de gran volumen y larga duración, puede afectar grandemente al principio de equivalencia de las prestaciones." Villar Palasí, José Luis. *Apuntes de Derecho Administrativo*, Edit. Universidad a Distancia, T. II, 1974, pág. 118.

10 Moreno Guil, Oscar. Op. Cit., pag. 50.

11 Artículo 49. Podrá el cartel autorizar ofertas con cláusulas de reajuste, con sujeción a una fórmula matemática determinada, a base de factores económicos, a fin de reconocer diferencias de precio que excedan el 5% de lo cotizado, respecto a contratos continuados de servicio, de suministros y de arrendamiento no referido a edificios".

"LA CLÁUSULA DE REAJUSTE DEBE SER AUTORIZADA POR EL CARTEL, O BIEN INCLUIDA EN LA OFERTA AÚN CUANDO NO ESTÉ AUTORIZADA, SI LA ADMINISTRACIÓN LA ACEPTA Y SI NINGUNO DE LOS DEMÁS PARTICIPANTES LA IMPUGNA POR VÍA DE RECURSO; TAMBIÉN PUEDE ADAPTARSE ESTANDO EN CURSO DE EJECUCIÓN EL CONTRATO, POR CONVENIO DE PARTES CON VIGENCIA HACIA EL FUTURO"¹².

En este orden, el artículo 49 del R.C.C., dispone que el pliego de condiciones "podrá" autorizar que en las ofertas se incluya cláusula de reajustes, caso en el cual la cláusula es válida; a contrario, si el cartel no autorizó que las ofertas incluyeran la cláusula, es porque la Administración no lo consideró conveniente y todos los oferentes concursarán en igualdad de condiciones, sin cláusula de reajuste. El criterio de la Contraloría General, que involucra un sentido más amplio, pareciera tener una finalidad sana, cual es la de que, si por descuido o negligencia, el cartel no incluyó la cláusula para una contratación propensa a constantes incrementos de costos, no se vaya a quedar la Administración sin contratistas, o bien, ya en curso de ejecución el contrato, no vaya el contratista a tener que abandonarlo por la excesiva onerosidad sobrevenida en sus costos¹³.

El numeral 49 R.C.A., contempla la posibilidad de incluir cláusula de reajuste de precios, en un "NUMERUS CLAUSUS" de contratos; esto es, sólo en los casos de contratos de suministros continuados, de servicios y arrendamientos no referidos a edificios o

locales. Pareciera ser la intención, dejar al margen de este sistema los contratos de construcción de obra pública, posiblemente por la existencia para ese caso particular, de una normativa especial adaptada a las particularidades de esa especie de contrato y sin perjuicio de que en un futuro no muy lejano, se lleguen a unificar ambos sistemas de reajuste de precios.

La misma Contraloría General ha venido estableciendo las pautas bajo las cuales dicho numeral debe ser aplicado:

1. La posibilidad de reclamar la aplicación de la cláusula de reajuste es ilimitada; esto es, podrá aducirse tantas veces durante la vigencia del contrato, como situaciones de encarecimiento de costos se presenten; siempre y cuando el encarecimiento exceda el 5% del monto original.
2. Por medio de la cláusula de reajuste, el contratista tendrá derecho a que la Administración le reconozca el 100% de las diferencias en los costos, con vigencia a posteriori desde el momento en que el contratista someta su reclamo administrativo debidamente justificado.
3. El cartel deberá, en principio, establecer el período de tiempo que se tomará la Administración para estudiar y aprobar la gestión de reajuste; no obstante, si ese requisito se omitiere, se estimará como razonable el plazo de un mes.

12 Circular de la Contraloría General de la República, de 3 de noviembre de 1992, publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre de 1992.

13 Sobre el particular, ha aclarado la Contraloría General: "El artículo 49 del Reglamento de repetida cita, constituye una excepción al régimen de la invariabilidad, inmutabilidad y firmeza del precio que es consustancial a la contratación administrativa. Ello es con el fin de que a pesar de que suceda variaciones considerables en la economía del contrato, es posible mantener una ecuación financiera, asegurando así la continuidad del servicio o suministro y evitando que sea el cocontratante quien cargue sobre sus espaldas con todo el peso del desequilibrio que podría incluso conducirlo hasta la quiebra. Consciente de este problema, la Contraloría General ha interpretado que la cláusula de reajuste debe ser autorizada si la Administración la acepta y sin ninguno de los demás participantes la impugna por vía de recurso, también puede adoptarse, estando en curso de ejecución el contrato por convenio de partes, con vigencia hacia el futuro..." Resolución de la C.G.R., N° 83-85 de 10:00 horas del 2 de julio de 1985.

4. Para poder aplicar la cláusula, es requisito imprescindible incluir en la oferta una fórmula matemática, mediante la cual se pueda fácilmente efectuar la revisión.
5. Aún cuando la oferta contenga una fórmula, es necesario que igualmente contemple un desglose de los elementos que componen el precio, tan exhaustivo como posible, de tal manera que permita a la Administración revisar rápida y correctamente las solicitudes planteadas.

III.2.e. Leyes de Reajuste para Contratos de Obra.

Las Leyes Nº 5501 y 5518 de 1974, vinieron a regular el régimen de reajustes de precio, en los contratos de construcción de obras públicas, que celebre la Administración con empresas nacionales (o extranjeras en casos de excepción)¹⁴. Por virtud de la primera, cuando por variaciones en los costos de los materiales, mano de obra, beneficios sociales, equipos a incorporar y servicios, se produjere un aumento o disminución en el valor de una obra, a ejecutar por una empresa constructora, se reajustarán los precios aumentándolos o disminuyéndolos, según corresponda.

No obstante, estas leyes —reglamentadas mediante DE 4428-MEIC de 14 de diciembre de 1974—, no sólo protegen a las empresas constructoras, sino que igualmente cubren, aunque con una normativa especial, aquellas compras que lleve a cabo el Estado, sin intervención de empresas constructoras, cuando se trate de contratos de servicios y suministros de origen local de la industria de la construcción.

Por lo demás, es preciso advertir que estas leyes no definen el momento procesal a partir del cual pueden operar los reajustes si bien, evidentemente, quien pretenda sus beneficios

deberá ostentar la condición de contratista de la Administración. No obstante, debe advertirse que, en el lapso que transcurre desde el momento en que el oferente somete su propuesta, hasta que la misma resulte adjudicada (pasando por el término que se reserve la Administración para tomar su decisión, más los recursos impugnatorios que pudieren existir), puede haber acaecido variaciones significativas en los costos de los distintos renglones de pago que constituyen el precio. Lo procedente, en consecuencia, no es que se “reajuste” el precio cotizado, sino más bien para todos los efectos (tales como adelanto, etc.), que se “actualice” dicho precio, con base en los índices de precios respectivos.

Además, conforme a los términos del Reglamento a las Leyes de Reajuste, el contrato de construcción se define como el “acuerdo de voluntades libremente consentido y firme, entre el Estado y una empresa constructora, en virtud del cual ésta se encarga de la ejecución total o parcial de una obra, mediante el pago cierto y obligado de una suma de dinero”, no obstante lo cual, tanto las Leyes 5501 y 5518, como el R.C.A., sólo hacen referencia al “contrato de obra” como presupuesto para la aplicación de la normativa de cita.

Tanto las Leyes de Reajuste como su Reglamento, giran en torno al principio expuesto en el numeral 107 del R.C.A., por cuya virtud, para poder acogerse a los beneficios de las leyes de reajuste para contratos de obra, la oferta debe contener un desglose del presupuesto, que contemple al menos los rubros ahí indicados, cada uno con el detalle posible y con los precios ajustados al valor real al momento de la propuesta. Sin embargo, la Contraloría General ha debido modular los efectos del citado requerimiento, estableciendo al efecto:

14 La Contraloría General de la República se ha manifestado a favor de la aplicación del régimen de reajustes de precio en contratos de obra, en beneficio de empresas extranjeras aún cuando no se den las condiciones de excepción previstas en dicha normativa, pero si existan normas especiales —de origen contractual o legal—, que así lo impongan. Ver al respecto Pronunciamiento Nº 1677 de 22 de febrero de 1983.