

Teoría del Equilibrio Económico-Financiero del Contrato Theory of Finance-Economic Equilibrium of the Agreement

Por Lic. Justo Quirós Sánchez*
justoquiros@yahoo.es

Resumen

Los resultados de la investigación que se presentan en este artículo tratan sobre la teoría del *equilibrio* económico-financiero del contrato, a favor de ambas partes contratantes (Estado y contratista), también mal llamada reajuste de precios o regulación de tarifas, según el tipo de contrato, lo que no es otra cosa sino el efecto.

Este trabajo tiene por objetivo contribuir a la uniformidad terminológica y sistematización de dicha teoría, concluyendo que esta se basa en tres causales: ^{a)}teoría de la imprevisión, ^{b)}derecho de modificación y ^{c)}teoría hecho del príncipe. Esta última da lugar a un resarcimiento integral, lo que es tema de discusión para dirimir por el legislador, la jurisprudencia y los operadores jurídicos.

Asimismo, revela que en la práctica no es dogmática, sino dinámica, porque no siempre es suficiente una *ecuación* matemática de aplicación automática, sino que puede comprender uno o más factores relativos al precio, plazo, subvenciones o cualquier otro régimen económico como el valor actual neto o tasa interna de retorno, con la consecuente addenda ad referéndum para efectos ad solemnitatem y ad probationem, es decir, con la condición de ser aprobada por la autoridad competente para cumplir con las formalidades de ley y probar su validez, sin detrimento de una eventual sentencia judicial o laudo arbitral que vendría a prevalecer con carácter de cosa juzgada material; así como la justa y razonable tasación de precios horarios básicos máximos regulados para el pago por arrendamiento de maquinaria y equipo.

Palabras clave: CONTRATACION ADMINISTRATIVA; IMPREVISION, MODIFICACIÓN; HECHO DEL PRINCIPE; CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

La selección, importancia y justificación del estudio radica en que la teoría general del equilibrio económico financiero del contrato aplicada a través de una ecuación matemática, constituye una legendaria herramienta que permite a las partes contratantes (Estado y contratista) asegurar, de forma justa y razonable, que los costos y la utilidad convenida van a mantener su equilibrio, pese a las oscilaciones ajenas a la voluntad del contratista, que puedan sobrevenir, como ocurre con la paulatina pérdida del valor adquisitivo de la moneda, en una economía inflacionaria o con el abrupto incremento de insumos importados como los derivados del petróleo, gas natural o el hierro, entre otros.

El primer objetivo que se propone alcanzar con el trabajo investigativo presentado en este artículo, es contribuir a la uniformidad terminológica y sistematización de la teoría del equilibrio económico-financiero del contrato.

El segundo objetivo es explicar cómo la aplicación práctica de dicha teoría no es dogmática, rígida o machotera, sino dinámica, ya que las soluciones no siempre se pueden encontrar en los resultados que arroje una específica fórmula matemática, de aplicación automática, sin detrimento de completar las formalidades previstas, si esta no se ajusta a la realidad, como tampoco se puede pretender que el valor asignado a los diferentes elementos (mano de obra, equipos y materiales o insumos por unidad de obra, bien o servicio) de cada variable que conforma la ecuación aritmética (costos directos, indirectos, administración, imprevistos, utilidad y capital financiero, cuando corresponda) resulten inmutables frente a situaciones como las ilustradas con la inflación y escalada en los precios internacionales de insumos minerales y energéticos.

La metodología utilizada en la investigación comprende: ^{1º}La recopilación, clasificación y análisis exhaustivo de la información disponible, relativa al equilibrio económico-financiero del contrato. ^{2º}Una breve reseña de la legislación y jurisprudencia costarricense. ^{3º}La documentación de ejemplos prácticos del derecho comparado que ayudan a ilustrar, comprender y distinguir las diferentes causales. ^{4º}La presentación de un resumen del análisis sobre las tres causales de la teoría del equilibrio (^ateoría de la imprevisión, ^bderecho de modificación y ^cteoría hecho del príncipe), poniendo especial énfasis en el equilibrio basado en esta última.

En cuanto a la estructura del estudio, este inicia con un resumen a fin de motivar y orientar al lector, seguido de la introducción como se puede ver señalando su importancia, objetivos, metodología, diseño y algunos de los antecedentes más relevantes.

El desarrollo se centra en la sistematización y explicación de las tres citadas causales que conforman la teoría del equilibrio económico-financiero del contrato, incluyendo el análisis de algunas dificultades prácticas, particularmente cuando la cláusula de equilibrio (ecuación matemática) prevista en el cartel o propuesta en la oferta no es adecuada para su aseguramiento. Lamentablemente, en buena medida por falta de un desarrollo más profundo y escrupuloso de la doctrina, jurisprudencia y legislación en torno a dicha teoría del equilibrio,

en el primer lustro del siglo XXI, Costa Rica no pudo esclarecer, consensuar y dirimir con la celeridad, confianza y seguridad necesarias, algunas dificultades en relación con complejos conflictos contractuales por desequilibrios aducidos por los contratistas y concesionarios del Estado. En otras publicaciones se espera poder complementar la presentación de todo el estudio.

Antecedentes

En el año 30 antes de Cristo surgió el “contrato” en el derecho romano y con él, la teoría de su equilibrio económico-financiero tuvo un origen incipiente, a partir de la cláusula “contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rubus sic stantibus intelliguntur” «todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales». Es decir, que las obligaciones subsisten mientras no cambien las circunstancias en que se contrataron, tornando excesivamente onerosas las obligaciones en detrimento de una de las partes o de otra forma, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo asumido en el contrato, debiendo restituirse lo que corresponda.

El Estado invierte los tributos y créditos en la satisfacción de necesidades de interés público, a fin de reducir costos para alentar la competitividad, aprovechar las ventajas comparativas y aumentar la capacidad o productividad de las funciones, proyectos, obras, bienes o servicios en general (públicos y privados), seleccionando los funcionarios o contratistas idóneos u óptimos, de los que requiere su colaboración; los cuales por causa de su ánimo de lucro respecto de los bienes y servicios prestados, aceptan u ofertan la retribución básica mínima que justa y razonablemente esperan obtener durante determinado tiempo o vida útil, según el caso.

Así, ante variaciones trascendentes que se susciten en el objeto, precio o plazo de los contratos, por causa ajena al álea normal de riesgo o responsabilidad de las partes, resulta imperioso reconocer el derecho intrínseco al equilibrio económico y financiero del contrato, acorde con la variación en los costos y utilidad mínima esperada guardando las proporciones. El hecho que el interés público predomine sobre el interés particular, no significa que el funcionario o contratista deba ser inmolado, por causa de un infortunio suscitado intempestivamente o como producto de errores o desactualización de los estudios que

sirvieron de base al proyecto y la contratación, completamente ajenos a la voluntad y riesgo asumidos, capaces de infartar la relación contractual, tornando imposible o excesivamente gravosas o ruinosas las prestaciones a cargo de la contraparte agraviada.

El 11 de marzo de 1910, el Consejo de Estado francés, en el caso del *Ministre des Travaux Publics* contra la *Compagnie Générale Française des Tramways*, sostuvo que en todo contrato se hallaba implícita como un cálculo, la “*équivalence honnête*” «equivalencia honesta», entre lo que se otorga y exige al contratista (concesionario), de acuerdo con una recopilación de Sayagués Laso.

Conforme a los antecedente expuestos, el desarrollo de la referida teoría del equilibrio se sustenta en una elaboración jurisprudencial, por su naturaleza circunscrita a situaciones específicas que impiden una sistematización integral; cualidad que sí desarrolla la doctrina, dándole un significado correcto, preciso y uniforme a los términos, facilitando su comprensión en el derecho comparado.

Dicha teoría ha sido admitida, abierta e irrestrictamente por connotados juristas, como un derecho implícito a favor de las partes contratantes respecto del derecho público, no renunciable por anticipado, descartándolo como privilegio o ventaja, dentro de los que se puede mencionar en 1959 Sayagués Laso, en 1961 Vedel, en 1970 Laubadère y Marienhoff, en 1977 Escola, en 1990 Mora Mora y Pizza entre otros magistrados de la Corte Suprema de Justicia costarricense que aprobaron el Voto de la Sala Constitucional “VSC” 785-1990, siendo ese el criterio que, en 2006, sigue el autor de este estudio.

Empero, la Contraloría General de la República de Costa Rica (CGR), en ejercicio no de su función de fiscalización de la Hacienda Pública, sino de superior jerárquico impropio en materia de contratación administrativa, para resolver objeciones al cartel y apelaciones al acto de adjudicación, así como distintas aprobaciones mediante refrendo, al amparo de la Constitución, su Ley Orgánica 7428-1994 y del artículo 110.2 del Reglamento General de la Contratación Administrativa 25038-H (RGCA), ha estimado que el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa, 7494-1994 (LCA), respecto del equilibrio de los contratos de obras, suministros y servicios públicos, no comprende el equilibrio “financiero”, sino que únicamente alude al “económico”, referente a los costos netos o directos, como: mano de

obra, equipos y materiales o insumos, debiendo existir un índice mensual individual por variación de precios, elaborado con base en un muestreo de precios promedios de mercado utilizando el método sintético para edificios y analítico para obras horizontales, con exclusión de los costos brutos o indirectos, con lo que desconocería el derecho al equilibrio por variación en los costos de: administración central “overhead” y de proyecto “gerencia, instalaciones y oficinas”, imprevistos del contratista, utilidad y capital financiero, aún cuando sean porcentuales, como si no estuvieran presentes en el proyecto o empresa contratada en consideración a su carácter intuitu personae tras tomar en cuenta su capacidad financiera, técnica, organizativa, operativa, tecnológica y experiencia.

En Costa Rica, con vista de los artículos 21.2, 41.4 y 71.3 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, N° 7762-1998, (LGCOPSP), con claridad meridiana se infiere que corresponde a la Junta Directiva de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) y no a la CGR, conocer como órgano jerárquico impropio, las objeciones e impugnaciones (apelaciones) y por consiguiente las aprobaciones, de todo lo concerniente al equilibrio económico-financiero de los contratos por concesión de obra pública, en cualquiera de sus modalidades: ¹)llave en mano como único interlocutor responsable del desarrollo de casi todo el proyecto, ²)build, operate and transfer «construya, opere y transfiera», BOT por sus siglas en inglés, ³)gestión interesada, ⁴)engineering, procurement and construction «diseño, construcción y suministro», ⁵)concesión industrial, ⁶)concesión delegada o ⁷)concierto.

Desarrollo

La doctrina reconoce unánimemente tres causales ajenas a las partes contratantes que pueden dar lugar a la acción reivindicatoria por equilibrio económico-financiero del contrato (^a)teoría de la imprevisión, ^b)derecho de modificación y ^c)teoría hecho del príncipe), distintas a la acción reivindicatoria por incumplimiento de la Administración contratante «vía reclamo administrativo, sentencia judicial o laudo arbitral alterno», a causa de riesgo de sobreplazo y o sobrecosto atribuidos a su álea de control, entre otros.

Teorías que sustentan el equilibrio económico financiero del contrato

A) Teoría de la imprevisión, conocida como riesgo imprevisible, lesión sobreviniente o azar económico

Los sobrecostos por imprevisión no deben confundirse con el porcentaje o monto de imprevistos del contratista, integrados en los costos indirectos del presupuesto base ofertado, para cubrir desperdicios, mermas, riesgos del trabajo que exceden la cobertura del seguro, hurtos o robos de herramientas y materiales del constructor o prestatario del servicio.

La teoría de la imprevisión se origina en la cláusula *rebus sic stantibus* atribuida a Neracio según el Digesto de Justiniano. Dicha teoría se fundamenta en los principios de buena fe, justicia distributiva, equidad, no enriquecimiento sin causa justa y responsabilidad extracontractual del Estado basada en el principio de *alterum non laedere* «no dañar a otro», ya que de sobrevenir la ruina del contratista, el bien o servicio se vería afectado y el Estado tendría que emprender nuevamente sobre la base de las condiciones económicas imperantes, distintas a las que existían al convenir el contrato anterior, asumiendo de cualquier forma el sobrecosto y sin tener que pagar un sobreprecio cuando esos han caído, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que aduce los hechos constitutivos de su derecho, ya que no basta con mencionarlo, sino que debe ser probado.

En la historia abundan ejemplos sobre esta teoría de la imprevisión, tal como ocurrió el 24 de noviembre de 1914 en Italia, decretándose que, por dificultades imprevistas respecto de la mano de obra, materia prima y transporte, a raíz del estado de guerra que provocó el bombardeo de varias minas de carbón, los proveedores del Estado no podían aducir la anulación de contrato o venta, sino en caso de absoluta imposibilidad de cumplimiento, acordando otorgar prórrogas en los plazos o indemnizaciones cuando dicho conflicto los hiciera más onerosos.

Efectos

El ente o empresa pública (Administración contratante o concedente), acreditada la imprevisión debe ir en auxilio de su contratista o concesionario, otorgándole determinada, limitada y ocasional compensación, ayuda o apoyo económico, mesurado, de carácter no reembolsable, a título de indemnización por las pérdidas y perjuicios sufridos, descartando posibles utilidades o ganancias y restringida a lo estrictamente necesario o imprescindible

para continuar con la ejecución del contrato. En sentido similar se manifiesta: Roberto Dromi, José Enrique Rojas Franco y la Organización de Entidades Fiscalizadoras.

Tal indemnización puede consistir en algunas modificaciones sopesadas en el plazo o programa de trabajo, objeto o precio, ya sea a través de tarifas, subvenciones ex novo «no previstas», exenciones tributarias, garantías de ingreso mínimo o en cualquier otro régimen económico financiero del contrato, sea: VAN, TIR o deuda subordinada mediante crédito de respaldo “standby”, tipo: performance bond «ejecución garantizada», completion bond «complemento garantizado» o stand by letter «carta de crédito auxiliar», sin detrimento de referirse a una o más variables, a efectos que el contrato vuelva a su estado original o anterior, restablecido en su sano equilibrio, descartando el amparo de aquellos riesgos ajenos a esta teoría de la imprevisión.

También excluye los incumplimientos atribuidos al contratista, tales como la suspensión o paralización injustificada, salvo casos excepcionales basados en la non adimpleti contractus «excepción de contrato no cumplido» respecto de la ejecución de obras, ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento, a raíz de un incumplimiento de la contraparte. La Administración responderá ante el contratista indemnizando los daños y perjuicios ocasionados injustificadamente, dentro de su álea normal de riesgo, eventualmente a través de una ampliación del plazo para la conclusión de los trabajos. Cabe recalcar que ningún incumplimiento deliberado del contratista o concesionario da lugar al equilibrio económico financiero del contrato, salvo causal de imprevisión, de lo contrario deberá responder indemnizando daños y perjuicios, sin detrimento del régimen sancionatorio y de extinción del contrato, aunque si es la Administración concedente la que incumple, bien podría indemnizar a aquel mediante una ampliación del plazo.

Según la naturaleza de las medidas temporales de solución que se aconseje seleccionar, su efectividad va a depender tanto de la disponibilidad de recursos o presupuestos públicos, como de completar las formalidades correspondientes, incluyendo una eventual ^{a)}addenda, con refrendo contralor tendiente a verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico, cartel y justificaciones acreditadas, para legitimar el pago de las indemnizaciones autorizadas por la Administración «artículo 184, 1 de la Constitución Política vigente de

1949», ^{b)}sentencia judicial o ^{c)}laudo arbitral, en la medida que se altere algún elemento esencial del contrato (voluntad, objeto, precio o plazo) o que se deba dirimir alguna disputa. En otra oportunidad o medio se espera presentar los resultados de la investigación en relación con la *teoría de la imprevisión*, incluida la teoría de asunción de riesgo, el caso fortuito y la fuerza mayor, así como su distinción con el incumplimiento contractual, igualmente ilustrado con multas contractuales, sentencias y laudos.

B) Derecho de modificación, también denominada *ius variandi* o mutabilidad

En la Edad Media, «año 400 a 1450 después de Cristo», el derecho canónico instituía “lo que el *mutuus consensus* ha establecido, sólo el *mutuus dissensus* puede modificarlo”, pues a nadie le está permitido modificar unilateralmente lo pactado, también conocido como el principio de inmutabilidad de los contratos, que tuvo su antecedente en la cláusula *pacta sunt servanda*, «cumplimiento inexcusable de lo pactado», del derecho romano; no obstante, en la locación de obra regulada por el derecho romano, el conductor que ejecuta los trabajos quedaba subordinado a las variaciones sobre la merces, «cosa», que a última hora dispusiera el locator, «propietario».

Actualmente, en la mayoría de cuerpos normativos del derecho privado predomina dicho principio, así por ejemplo, el Código Civil de Costa Rica de 1888, en sus artículos 1022, 1023 y 1025, en lo conducente disponen: que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Empero, el ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho, sólo en caso de ausencia y no de insuficiencia, se aplicará el derecho privado y sus principios.

La rigidez de los citados principios civilistas se aplica con cierta relatividad en el derecho administrativo, donde se admite el “*ius variandi*” o derecho a modificar, dentro de ciertos límites razonables justificados por causa del interés público a satisfacer, ya que el contrato administrativo no constituye un fin en sí mismo, pese a las inexcusables deficiencias de planificación del operador administrativo, al extremo de predominar el principio de mutabilidad contractual, reconocido como derecho irrenunciable y cláusula tácita, aun cuando expresamente no se haya estipulado, pese a que su naturaleza jurídica tiene matices de potestad del poder público, intrínseca a su competencia; quedando claro que ello no faculta ninguna rescisión o revocación unilateral arbitraria de los contratos.

En la historia los ejemplos del derecho de modificación abundan, así en 1910, el Consejo de Estado francés, en el caso de la “Compagnie Générale Française des Tramways”, reconoció que en los contratos de concesión de servicios públicos, la Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar el interés público e imponer a un concesionario un servicio diferente del previsto en el contrato, lo cual no excede sus poderes. Verbigracia (v.gr.) la sustitución de la tecnología que utiliza como insumo el carbón o el queroseno por la electricidad.

La modificación oficial autorizada no solo puede versar sobre la flexibilización del contrato a través de alguna cesión, subrogación o novación, sino también respecto a variaciones en el objeto, inversión o plazo, en relación con los programas de inversión, obras y trabajo, en caso de suspensiones dispuestas o provocadas por la Administración contratante en aras de adecuar planos, especificaciones técnicas o la cantidad, capacidad, cobertura o calidad de las obras, bienes o servicios, como podría ser la inclusión de nuevas fuentes de abastecimiento de agua, electricidad u otras fuentes de energía, como el gas natural o el hidrógeno, unidades de transporte público, líneas telefónicas, puentes, bahías e intersección a desnivel, oleoductos y canales de riego o abastecimiento, entre otras.

En Costa Rica, el monto de las obras, suministros o servicios adicionales por ley no puede sobrepasar el 25% de la inversión convenida originalmente tratándose de una concesión de obra pública o del 50% del precio adjudicado, en los restantes contratos de obras, suministros o servicios, siempre que tal derecho se ejerza por causa imprevisible al tiempo de iniciar el procedimiento de la contratación (con la elaboración del cartel). En caso de disminución respecto de lo convenido, se reconocerá al contratista los gastos en que se haya debido incurrir para atender la ejecución total de la obligación. V.gr., el 13 de agosto del 2004 y el 31 de enero del 2005, el respectivo tribunal arbitral condenó al Consejo Técnico de Aviación Civil (CTAC) al pago de US\$2 millones (MS) y \$1,8 MS, a favor del concesionario gestor interesado del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, Alterra Partners, a efectos de garantizar el equilibrio económico-financiero del contrato por derecho de modificación, a causa de agregar una subestación eléctrica y reducir el programa de inversión en algunas obras, respectivamente.

En la práctica, las obras públicas viales registran alrededor de un veinte por ciento (20%) de incremento en sus costos por concepto de derecho de modificación, siendo mayor ese porcentaje en los contratos de servicios, vía outsourcing en seguridad, servicios técnicos, arrendamiento de equipos y otros.

El derecho de modificación no solo podría comprender una modificación parcial del objeto conforme a la regla general de tope establecida por ley, sino también la eventual sustitución del mismo, independientemente del costo involucrado, cuando así lo justifique la necesidad de interés público a satisfacer, ya que la ley no constituye un fin en sí misma frente a situaciones excepcionales, urgentes y apremiantes de interés público, sin detrimento de la autorización de la CGR, jurisprudencia constitucional “vinculante” o lo resuelto por los tribunales.

El derecho de modificación no aplica en detrimento del precio base convenido por unidad de obra, bien o servicio, porque el precio contractual se rige por el principio de intangibilidad, según el cual las partes, válidamente, no lo pueden variar unilateralmente; aunque en la práctica los pagos, obviamente, guardan relación con las cantidades efectivamente ejecutadas, suministradas o servicios realmente prestados, con la inversión efectivamente realizada en una concesión o con las horas, distancia, volumen o rendimiento en arrendamiento de maquinaria y equipo, en forma retroactiva *a partir* del precio base ofertado por unidad de obra, bien o servicio, de las tarifas básicas cotizadas por el programa de inversión propuesto en una concesión, entre otros elementos como el plazo y flujo de caja, o desde la fecha de actualización del precio horario base máximo regulado y publicado, respectivamente.

Efectos

El derecho de modificación previa audiencia al contratista, conlleva la aprobación unilateral por parte de la Administración contratante, de un resarcimiento integral en proporción a la variante, sin detrimento de completar las correspondientes formalidades y de la efectiva disponibilidad de recursos o presupuestos. En caso de concesiones puede considerar uno o más de las siguientes factores: tarifas, ampliación del plazo, subvenciones u otras contraprestaciones estipuladas «VAN, TIR o deuda subordinada “standby”, conforme lo faculta la LGCOPSP, 7762, artículos 15.a), 17.b) y 48.1 y tomando en cuenta que tal derecho

no legitima el enriquecimiento sin causa en un contrato conmutativo (de prestaciones equivalentes) y oneroso, ni la desviación o abuso de poder.

A falta de acuerdo parcial o total respecto del resarcimiento integral, guardando la debida proporción o razonabilidad de sus límites e, incluso, cuando la CGR definitivamente impruebe el acuerdo alcanzado, la parte disconforme podrá acudir a los tribunales de justicia o de arbitraje alterno, con el objetivo de homologar el acuerdo alcanzado y/o dirimir el conflicto sobre los extremos disputados, a través de una sentencia judicial o laudo arbitral alterno.

C) Teoría hecho del príncipe, denominada *factum principis* o azar administrativo

La palabra “principis”, actualmente en el sistema republicano, es sinónimo de supremo poder (legislativo, ejecutivo y judicial). En la Edad Media se contextualizaba dentro del sistema monárquico de gobierno regido por un príncipe, que predominó durante esa época. El vocablo “facto” equivale a hecho y está referido a una manifestación de voluntad general de la autoridad en ejercicio de los poderes públicos.

La teoría o cláusula hecho del príncipe, sobreviene inmanente en todo contrato de derecho público celebrado por el Estado, a través de cualquiera de sus Poderes, instituciones centralizadas, autónomas o territoriales, empresas de economía pública o mixta de capital mayoritariamente público u órganos públicos con personería jurídica instrumental.

La teoría hecho del príncipe al igual que la teoría de la imprevisión y el derecho de modificación son de orden público, en consecuencia son irrenunciables, so pena de grave vicio de nulidad absoluta de este extremo, no obstante por su carácter patrimonial, su ejercicio y eventuales derechos litigiosos que se puedan derivar no pueden ser válidamente renunciados por anticipado.

Son ejemplos de causales enmarcadas dentro del hecho del príncipe:

¹⁾La variación en los precios de mercado ocurridos en los insumos, servicios y salarios, conocido como inflación o deflación provocada por emisión monetaria inorgánica producto de las pérdidas acumuladas por el Banco Central desde la crisis de 1980, las variaciones mensuales en el índice de precios al consumidor (IPC) elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), con base en una canasta de consumo compuesta por 264 bienes

y servicios ponderados de acuerdo con su importancia y por el ingreso de capitales extranjeros atraídos por generosas tasas de interés, a raíz de la necesidad de financiar el creciente déficit fiscal, e incluso por efecto de la ley de oferta y demanda. V. gr., en el 2002, Costa Rica registró una inflación acumulada del 9,68%, en el 2003 fue del 9,87%, en el 2004 del 13,1%, llegando en el 2005 a un 14,1%. Asimismo, en el 2003 con la crisis del hierro y, a partir de 1998, por la escalada en los precios internacionales del petróleo y sus derivados, este ha pasado de unos US\$28 el barril a poco más de \$60 en el año 2006 «de forma que entre el 2003 y 2004 el precio final de los combustibles se incrementó entre un 33 y 48%», especulándose que podría oscilar mucho más si la Organización de Países Exportadores de Petróleo no decide incrementar su oferta petrolera diaria acorde con la demanda mundial de crudo, aunque también es de esperar que vuelva a su nivel como el agua que se rebasa.

²⁾Las variaciones en el tipo de cambio monetario por pérdida del valor adquisitivo de la moneda doméstica con respecto a otras. La variación promedio anual del tipo de cambio con respecto al dólar estadounidense, para el año 2000 fue de 0,54%, en el 2001 0,60%, en 2002 0,86% y en el 2003 0,84%. A partir de la crisis de 1980, el Banco Central ha seguido un sistema de mini devaluaciones con un promedio diario actual de ¢0,17, aunque podría ser sustituido por un sistema de bandas cambiarias.

³⁾Las barreras arancelarias o cuotas de importación. ⁴⁾La negativa injustificada para acoger una acción reivindicatoria debidamente acreditada por hecho del príncipe. ⁵⁾La apertura de otra obra o servicio no tomada en cuenta al tiempo de aprobar el cartel de la primitiva concesión, capaz de reducir el flujo de caja «ingresos» por disminución de la demanda de usuarios, entre otras.

En Costa Rica, las obras públicas viales, además del incremento en sus costos por concepto del derecho de modificación antes mencionado, por factores atribuibles al *factum principis*, en promedio terminan costando un cincuenta por ciento (50%) más del precio base estipulado en el contrato.

El hecho del príncipe ampara el derecho que tienen las partes contratantes a un equilibrio económico-financiero del contrato: ^{a)}sano para asegurar la necesaria continuidad del servicio, ^{b)}razonable, utilizando alguna ecuación matemática e índices coherentes y

consistentes, además de ^ojusto conforme a los gastos e ingresos reales a precios actuales de mercado, de ser necesario traídos a valor presente, reivindicado periódicamente, a instancia de parte o de oficio, en forma *automática* sin necesidad de complicadas revisiones, consensos o addenda y sin detrimento de completar las respectivas formalidades.

Es potestativo de la Administración contratante o concedente precisar el contenido de las causales (teorías), los parámetros a utilizar (índices), definir el método (ecuación) y los procedimientos (requisitos y trámites) en concierto con los oferentes y debe ser obligatorio su establecimiento en el cartel; en su defecto, nada impide aceptar la cláusula de equilibrio contenida en la oferta, siempre que la Administración contratante la acepte y que ninguno de los demás concursantes la desvirtúe con su impugnación, sin detrimento que pueda ser revisada y redefinida por consenso e, incluso, unilateralmente, sin desmedro de su posterior impugnación en caso de disconformidad, durante la vigencia del contrato.

El error material o formal no crea derecho, sino que da lugar a la subsanación.

La ausencia de método no implica inseguridad jurídica, arbitrariedad o discriminación *tertium comparationis* «trascendente», no conlleva una facultad discrecional *ex post*, no impide el refrendo contralor del contrato, ni limita la potestad fiscalizadora por parte del órgano fiscalizador del contrato, CGR o Auditoría interna, a efectos de refutar o anular elementos subrepticios capaces de provocar algún desequilibrio, enriquecimiento o inmolar a cualquiera de los obligados (Administración contratante, concesionario o usuarios).

La estructura económica (costos) y financiera (rentabilidad) del proyecto, en la práctica puede presentar inusitadas reacciones a externalidades sensibles u oscilaciones que no encajan dentro del álea normal de riesgo del contratista, cuya observación constituye materia objetivo de los estudios de evaluación *ex-post*, a efectos de confrontar la simulación de escenarios en que se estructuró el proyecto con los resultados reales como consecuencia de llevarlo a la práctica, cuya variante puede dar lugar a la correspondiente revisión o redefinición en aras de amparar el equilibrio económico-financiero del contrato, por causa de eventuales desaciertos en los estudios de la fase de preinversión (prefactibilidad y factibilidad), necesidad de alguna adaptación o incompatibilidad de los diseños o soluciones pactadas, omisión o incoherencia entre el diseño y el presupuesto base, o discordancia o desproporcionalidad en la estructura tarifaria concebida.

La redefinición del equilibrio también se puede expresar en el plazo de la concesión, las tarifas, subvenciones o cualquier otro régimen económico según lo antes expuesto, cuando el interés público así lo aconseje para asegurar la continuidad y calidad de los suministros, usos, obras o servicio público, protegiendo adecuadamente el interés representado por los diferentes protagonistas: Administración, ambientalistas, consultores, desarrollador, gestor interesado, generador, transmisor, comercializador, bancos, asegurador, constructores, partner «socios», operador, usuarios, Administración tributaria, órgano regulador, de control y fiscalización del contrato, tribunales y árbitros.

En términos generales sobre esas líneas de pensamiento, en 1942 se manifestó Bielsa, en 1942-1943 Brandao Cavalcanti, en 1968 Fiorini, citados en 1977 por Escola; asimismo, 1970 Marienhoff y en 1990 Mora Mora y Pizza, entre otros magistrados costarricenses que aprobaron el VSC.785-1990.

Sintetizando, el error esencial capaz de incidir en el resultado cuantitativo ajeno al álea de riesgo del contratista o concesionario, lo mismo que si la metodología prevista no se ajusta a la realidad o resulta insuficiente o carente, no impide su revisión, propuesta, concertación, redefinición y addenda con eficacia conforme a derecho, aunque esa materia compete a la ARESEP.

En la década de 1980, la cláusula de equilibrio económico financiero establecida en el cartel de uno de los contratos del proyecto Aeropuerto Internacional Daniel Oduber Quirós, en Liberia, localizado 250 kilómetros al nor-oeste de San José, fue sustituida por una nueva cláusula de equilibrio mediante addenda, porque en la práctica resultaba deficitaria para el contratista, según confirmó Rojas Jenkins en su estudio sobre metodología para el cálculo de reajustes.

En caso de falta de acuerdo parcial o total respecto del resarcimiento integral por causa de la teoría hecho del príncipe, e incluso cuando la CGR o la ARESEP como en mejor derecho compete, definitivamente impruebe el acuerdo alcanzado, la parte disconforme podrá acudir a los tribunales de justicia o de arbitraje alternativo, sin cuestionar o impugnar la validez y eficacia de lo resuelto en instancia administrativa por el órgano jerárquico impropio, sino demandando justicia con el objetivo de homologar y o dirimir el conflicto planteado sobre el

equilibrio económico financiero del contrato, a través de una sentencia judicial o laudo arbitral que vendría a prevalecer con carácter de cosa juzgada material.

El cartel debe exigir que la oferta económica desglose el precio base, ¹⁾ por renglón de pago o costos unitarios para cada actividad, unidad de obra, bien o servicio y sobre todo, ²⁾ según sus costos: ^{a)} directos (mano de obra, equipos y materiales) e ^{b)} indirectos (administración central, administración de proyecto, imprevistos del contratista por desperdicios, mermas y otros, utilidad y capital financiero cuando corresponda), por porcentaje, a efectos de facilitar el equilibrio económico financiero del contrato.

El precio base ofertado es de carácter intangible (invariable), porque está comprendido dentro del álea normal de riesgo comercial asumido por el contratista, de forma que si por incurrir en errores al calcular sus costos resulta ruinoso el precio ofertado o si al apartarse de los estudios oficiales de factibilidad resulta deficiente su proyección sobre demanda y flujo de caja pesimista (ingresos), obteniendo pérdidas en condiciones normales de ejecución u operación, deberá asumir ese riesgo comercial, salvo que haya sido inducido a error, con vista de la información suministrada en el cartel y sus anexos tales como estudios de demanda optimista y diseños, presupuesto base oficial estimado o por desactualización de la regulación de precios horarios básicos máximos a pagar por arrendamiento de maquinaria y equipo con los cuales la Administración normalmente sustenta la definición del precio de esas contrataciones.

Cuando se aduzca desequilibrio, los riesgos deben ser objeto de un análisis meticuloso, individual e integral, dentro de los que cabe mencionar:

a) El riesgo de sobrecosto (monto de *inversión* muy superior al estimado) atribuible a un programa de inversión ofertado innegablemente económico o conservador, con un flujo de caja (ingreso) conforme a lo previsto, obviamente frustra las proyecciones reflejadas en el VAN y la TIR contenidos en la oferta y amenaza con esfumar las utilidades o hasta sucumbir en la quiebra; pero ¿quién debe asumir ese riesgo?

Si la causa del mismo es atribuible, exclusivamente, al concesionario por actuar con negligencia en sus propios cálculos, excesivo optimismo en la reducción de costos de producción y operación, o deliberadamente muestra en su oferta un VAN más alto

(rentabilidad prominente con tarifas módicas), éste debe asumir el infortunio de su propia desidia, ambición o proceder temerario.

Si por el contrario, tras el *álea jacta est* «la suerte está echada», sobreviene un riesgo no susceptible de prever con los elementos de juicio existentes al celebrar el contrato (aprobación del cartel y presentación de la oferta), es decir, ajeno al *álea* de control de riesgo del contratista, el equilibrio económico-financiero del contrato se impone y no debe evadirse. Asimismo, si el concesionario demuestra haber sido inducido a error por la Administración concedente, cuando utilizó los estudios oficiales de factibilidad sobre inversión como base para sus cálculos de oferta y luego al ejecutar u operar el proyecto, la inversión resulta ser superior al escenario proyectado.

b) El riesgo de déficit o demanda disminuida (monto de *ingresos* muy inferiores a los estimados) atribuible a una cotización u oferta muy optimista, con una inversión (egreso) conforme a lo previsto, igualmente frustra las proyecciones reflejadas en el VAN y la TIR contenidos en la oferta y amenaza con esfumar las utilidades o hasta sucumbir en la quiebra; pero ¿quién debe asumir este otro riesgo?

Si el concesionario, apartándose injustificadamente de las estimaciones oficiales sobre los flujos de caja del proyecto, fundamenta sus proyecciones y cotizaciones en ambiciosos volúmenes de demanda o en una tarifa baja que a la postre resulta insostenible, en aras de ganar puntos a favor de la adjudicación, posteriormente tendrá que asumir la responsabilidad de esa conducta temeraria. Por el contrario, si el concesionario utilizó como base para sus cálculos de oferta, los estudios oficiales de factibilidad cuyos flujos de demanda o de caja pesimista luego resultaron por debajo de lo pronosticado, ello dará lugar al equilibrio.

También, conviene reflexionar que cuando los negocios del Estado no se realizan sobre la superficie o cristal de la mesa, con total apertura, salvo la confidencialidad que estrictamente es necesaria en aras del interés público, surge la duda sobre la captura y seducción de funcionarios públicos por grupos de interés económico que desean asegurar el contrato, suponiendo que luego el Estado tendrá que asegurar el equilibrio económico-financiero del mismo, a través de otros funcionarios públicos, intachables, que deben dirimir los yerros del pasado, así como los que normalmente se suscitan, con lo que se restaura la

confianza en la democracia y se protege la salud, ambiente, seguridad e interés económico del usuario en la prestación del servicio público.

Efectos

El hecho del príncipe, distinto a la indemnización medida por imprevisión o al resarcimiento en proporción a la modificación, da lugar al justo y razonable resarcimiento integral de todos los *damnum emergens* y *lucrum cessans* «daños y perjuicios», considerando que esta teoría cubre y ampara potenciales ganancias, lo que es justo considerando que la causa que lo motiva es imputable al mismo Estado contratante, en sentido lato. Es decir, esta causal del *factum principis* ampara el resarcimiento pleno sobre todos los costos directos e indirectos, incluidos los gastos de administración, imprevistos y utilidad, además de los perjuicios respecto del capital financiero dispuesto o invertido en el proyecto, porque el dinero pierde valor con el transcurso del tiempo y por el costo de oportunidad que deja de retribuir al no invertirlo en otro negocio alternativo. En sentido similar ver la voluntad legis en los antecedentes de la Ley de Concesiones, el derecho francés según expone Mario Toran, el derecho español según Francisco Sosa y el derecho argentino según Roberto Dromi y Marienhoff citado por Escola.

En el caso de arrendamiento de maquinaria y equipo, se considera que el contratista es seleccionado en atención a su carácter *intuitu personae* (por su capacidad técnica y financiera) y si en la definición del precio predomina la regulación de precios horarios básicos máximos a pagar y no el precio de mercado según la oferta y demanda. De acuerdo con esta teoría, cualquiera de las partes si a bien lo tiene puede reivindicar a su favor el sano, razonable y justo equilibrio, salvo que el precio cotizado esté por debajo del precio regulado o de la correspondiente actualización o tasación.

Conclusiones

La teoría del equilibrio económico (costos) financiero (ingresos) del contrato se basa en tres causales: ^{a)}teoría de la imprevisión, ^{b)}derecho de modificación y ^{c)}teoría hecho del príncipe. Cada una agrupa determinadas causas según su naturaleza y tienen efectos patrimoniales distintos. La primera da lugar a una indemnización temporal y medida. La segunda al resarcimiento proporcional al cambio. La tercera al resarcimiento integral, incluyendo la utilidad mínima esperada y perjuicios con arreglo a derecho.

La aplicación práctica de la teoría del equilibrio usualmente se hace a través de alguna ecuación matemática, sin detrimento de poder comprender uno a varios factores relativos al precio, plazo, subvenciones o en cualquier otro régimen económico del contrato.

El arrendamiento de maquinaria y equipo basado en la regulación de precios horarios básicos máximos a pagar, conlleva el aseguramiento del equilibrio económico-financiero del contrato, igualmente a favor de cualquiera de las partes.

Recomendaciones

Considerando este trabajo como una investigación incipiente y pionera de compilación y análisis doctrinario se recomienda tomarlo en cuenta como una base de discusión para abrir el tema tratado a una amplia deliberación en busca de un cambio positivo de actitud, del consenso y la definición en torno a los cambios formales y estructurales propuestos, tomando en cuenta que, en buena medida por falta de un desarrollo más profundo y escrupuloso de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en torno a dicha teoría del equilibrio, el país no ha podido consensuar y/o resolver con la celeridad, confianza y seguridad necesarias, algunas dificultades en relación con los desequilibrios aducidos por los contratistas y concesionarios del Estado, quedando mucho por hacer al respecto.

Además, se recomienda prestar mayor atención a la evaluación de riesgos adyacentes al proyecto y exógenos a este, como el riesgo país, e imponerse una mayor disciplina contractual, a efectos de honrar sin dilación las obligaciones asumidas, tomando, oportunamente, las medidas necesarias para asegurar el normal desarrollo de cada proyecto y prestación del servicio público.

Hacia el futuro, conviene señalar que el estudio de este tema del equilibrio es tan importante como el dominio público, la expropiación, la adecuada evaluación, la necesidad de potenciar el liderazgo y la regulación de proyectos contratados, entre otros, a fin de dotar al país de la infraestructura de proyectos y servicios públicos con un tamaño óptimo, acorde con la demanda nacional y extranjera presente, teniendo en cuenta las oscilaciones futuras, conforme a estándares de excelencia dentro del mínimo aceptable, considerando el entorno ambiental y socio-económico cultural. Por otra parte, aquellas obras y servicios públicos

productivos, autofinanciables y con capacidad de reportar beneficios al Estado, de interés municipal, nacional e internacional se deben enmarcar fuera del déficit del sector público consolidado, postura que ha sido acogida por la Unión Europea.

Finalmente, junto a la afirmación que señala la proliferación de los sistemas de control creados por el Legislativo como la gran hazaña del Gobierno, como si los representantes del pueblo no actuaran de buena fe, hay que agregar que cuando la confidencialidad desde la ciernes del proyecto es excesiva no se puede esperar que los usuarios oportunamente acojan el proyecto como propio, ni que el respectivo órgano ambiental, regulador, fiscalizador, jurídico y constitucional emita a tiempo el respectivo dictamen a tomar en cuenta, como tampoco sería conveniente para el interés público, el empoderamiento de autonomías pseudo-soberanas, contrario al principio constitucional de unificación de poderes públicos que conforman el Estado.

Tómese en cuenta que este estudio expresa los hallazgos del autor, sin comprometer las posiciones oficiales del Estado.

Literatura consultada y citada

1. Dromi, (Roberto). Derecho Administrativo. B. Aires, edit. Ciudad Argentina, 5ª ed, 1992.
2. Escola, (Héctor Jorge). Tratado Integral de los Contratos Administrativos. B. Aires, Vol. I y II, Parte General y Especial, edit. Depalma, 1977 y 1979.
3. Ley de Contratación Administrativa, N° 7494.
4. Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, N° 7762.
5. Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores “OLACEFS”. Naturaleza y Significado de la Licitación. Quito, Ecuador, marzo 1994.
6. Poder Judicial, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, Voto 785-1990.
7. Poder Legislativo, Archivo 11344, Ley 7329, T. V, F. 1298, Acta 27 CPAJ, 6/7/1992 y Archivo 12528, Ley 7762, T. IV, F. 927.
8. Rojas Franco, (José Enrique). La Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica. I tomo. San José, edit. Imprenta Nacional, 1995.

9. Rojas Jenkins, (Marco Antonio). Metodología para el Cálculo de Reajustes en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. San José, tesis de lic. en ingeniería civil, UCR, 1994.
10. Sosa Wagner, (Francisco). La Gestión de los Servicios Públicos Locales. Madrid, edit Civitas, 4ª ed, 1999.
11. Toran, (Mario). El Contrato Administrativo en el Derecho Francés. San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 26, edit. UCR Facultad de Derecho y Colegio de Abogados, 1ª ed. mayo – agosto 1975.-

*** Licenciado en Derecho, funcionario de la Asesoría Legal del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de Costa Rica.**