

pere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la ley. En resumen, el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la ley...".

Para la jurisprudencia —entonces—, en razón de considerar como "requisito legal" la "circunstancia o condición necesaria para una cosa", debe necesariamente pedirse la autorización a aprobación de una actividad "de las que expresamente puede autorizar la ley", para que jurídicamente pueda considerarse que opera en la especie el silencio positivo. Lógicamente que —además— debe cumplirse los otros requisitos formales necesarios al efecto. Pero, es lo cierto, que aun cumpliéndose esto, no se opera el silencio si lo solicitado no está comprendido dentro de lo que la ley permite autorizar al órgano respectivo

### 5—Conclusiones

El silencio positivo tiende —fundamentalmente— a ser un remedio contra la inercia administrativa; en tal sentido, se estima que en los casos en que procede, se configura un verdadero acto administrativo en favor del particular, que la Administración no puede desconocer, sea extinguiendo el acto o, dictando otro denegatorio de la instancia, salvo en casos especiales y, con base en autorización expresa en tal sentido del ordenamiento, como caso de excepción que es.

La jurisprudencia administrativa y judicial existente ha ido delineando poco a poco la figura; tal vez con un poco más de precisión la última. Sin embargo queda aún camino por recorrer, de modo que a través de otras resoluciones y con base en hipótesis de facto concretas, se configuren sus verdaderos alcances a esta figura jurídica, creada en beneficio de los administrados.

## LA REVISION DE PRECIOS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Lic. Rosa Iris Cervantes Gamboa

Abogada costarricense

## SUMARIO

Introducción

Capítulo Primero: Resumen de la doctrina del equilibrio financiero

Sección A: La teoría del hecho del príncipe

Sección B: La teoría de la imprevisión

Sección C: La revisión de precios

Capítulo Segundo: Revisión de precios en la contratación administrativa costarricense

Sección A: Normativa aplicable

Sección B: Exposición práctica de la revisión de precios

Sección C: Jurisprudencia administrativa

Conclusiones

Bibliografía

## INTRODUCCION

Uno de los derechos del cocontratante de la Administración Pública, es el derecho al equilibrio financiero del contrato, el cual se traduce en una indemnización cuando la ejecución del contrato se ve afectada por ciertos acontecimientos, que la hacen más difícil y onerosa.

A este equilibrio financiero se puede llegar por dos vías:

1.—La teoría del hecho del príncipe.

2.—La teoría de la imprevisión.

En la primera parte de este pequeño trabajo, esbozaremos los aspectos teóricos, para luego, en la segunda parte, analizar cómo se aplican esas técnicas en nuestro medio.

Finalmente, en las conclusiones, daremos nuestra opinión al respecto.

## CAPITULO PRIMERO

### *Resumen de la doctrina del equilibrio financiero*

La doctrina del equilibrio financiero se manifiesta en la realidad a través de la revisión de precios.

Esta revisión de precios tiende a evitar que el contratante de la Administración soporte el daño producido a consecuencias de cambios producidos en la realidad económica.

Como dice Jesús González Pérez: "Cuando tales circunstancias impliquen la posibilidad de que el contratista realice su prestación, a no ser a coste muy superior al previsto al perfeccionarse el contrato, no es justo que el mismo soporte la diferencia de coste de beneficio de la Administración Pública; y en último término de la propia comunidad nacional"<sup>(1)</sup>.

Y, para el autor López Rodó, "lo importante es que el contrato se cumpla, que la obra o el servicio público se realice, y para ello es preciso poner al contratista en condiciones de poderlo realizar. De ahí la necesidad de que la Administración compense, a través del pago del equivalente económico, la perturbación producida en las cláusulas inmutables"<sup>(2)</sup>.

(1) y (2) Citados por Moreno Gil, Oscar. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1980.

Para que pueda obtenerse la revisión y ajustar el contrato a las nuevas circunstancias, a petición de la parte interesada, son necesarios 3 requisitos:

- 1.—que ésta no sea culpable del cambio y carezca de cualquier otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría la inmutabilidad del contrato;
- 2.—que la alteración de las circunstancias, entre el momento de la celebración y el cumplimiento, sea extraordinaria e imprevisible;
- 3.—que dicha alteración produzca una desproporción exorbitante, un desequilibrio enorme, entre las prestaciones de las partes.

De seguido, veremos los dos caminos para llegar a esta revisión de precios, procedimiento tan utilizado en la actualidad.

## SECCION A

### *La teoría del Hecho del Príncipe*

#### *Hecho del Príncipe*

"Medida tomada por la Administración Pública que tiene por consecuencia hacer más difícil y onerosa la ejecución de un contrato al contratista particular. Aquí, "príncipe" significa, por extensión, autoridad pública, habida cuenta de la transformación operada en los regímenes políticos por el moderno Estado de Derecho"<sup>(3)</sup>.

Aquél que concluyó con la Administración un contrato administrativo, tiene derecho a ser indemnizado íntegramente de las consecuencias pecuniarias que resulten para él, del hecho del príncipe; es decir, una medida tomada en nombre del órgano con el cual se contrató, que tuvo por efecto dejar sus obligaciones indirectamente más difíciles.

#### *Características del Hecho del Príncipe*

1.—El fundamento de la indemnización es diferente al de la decisión de modificación unilateral del contrato, aunque las dos decisiones —hecho del príncipe y modificación unilateral— emanan del mismo órgano.

(3) Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1985.

2.—Es una decisión, individual o reglamentaria tomada en nombre de un órgano administrativo que es parte del contrato; pero en el ejercicio de sus competencias generales.

3.—Puede ser una operación material del órgano administrativo que es parte del contrato y que aunque no tenga relación directa con éste, tiene por efecto hacer más difícil la situación del cocontratante<sup>(4)</sup>.

La teoría del Hecho del Príncipe (*factum principis*) surge frente a los poderes exorbitantes de la Administración y nace para el contratista el derecho a ser indemnizado.

Se le identifica con la referencia particular a las medidas, propias de la Administración, que tomadas en un momento dado, producen una elevación general de costes (de la mano de obra o de los materiales) y colocan a los contratos en fase de ejecución en situación económica descompensada onerosamente hacia el empresario.

#### *Cláusula rebus sic stantibus*

Significa "mientras que no haya alteraciones".

Es un principio fundamental de origen civilista y que se ha aplicado a los contratos administrativos, para exceptuar la inalterabilidad de los mismos.

Esta cláusula se sobreentendía establecida en los contratos a los cuales podía afectar la alteración de circunstancias, según la cual "Contractus qui habent successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur". (Los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia del futuro, se entienden mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones).

La responsabilidad que desencadena para la Administración el hecho del príncipe es de naturaleza objetiva, pero se liquida en el seno del contrato que es el que delimita el daño sufrido.

El hecho del príncipe es considerado de interés público, pero en contrapartida, para evitar el perjuicio causado, obliga a indemnizar al contratista lesionado.

Para que sea operante esta cláusula es necesario que durante la vigencia del contrato se produzcan alteraciones extraordinarias y anómalas de los precios pactados.

Es una cláusula sobreentendida, defendida como puntual necesario del restablecimiento de las equivalencias económicas.

(4) En esta exposición se ha seguido a Torán, Mario. *El contrato administrativo en el Derecho Francés*, en Rev. de Ciencias Jurídicas N° 26, 1975.

Tiene su base o fundamento, más que en la teoría del enriquecimiento sin causa de la Administración; en el empobrecimiento de la otra parte y en el principio de equidad.

La cláusula *rebus sic stantibus* implica una revisión limitada en razón de la previsibilidad.

## SECCION B

### *La teoría de la imprevisión*

#### *La teoría de la imprevisión*

"Es éste un medio suministrado por la ciencia jurídica mediante el cual el contratista particular puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado a fin de superar la situación crítica por que atraviesa, producida por circunstancias extraordinarias o anormales e imprevistas —pero temporales o transitorias— con posterioridad a la celebración del contrato con la Administración, que alteran la ecuación económico-financiera de éste, desequilibrándola en su perjuicio. Se sobreentiende que tales circunstancias deben ser ajenas a la voluntad de quien las invoca y que la superación de ellas tiene por objetivo cumplir o seguir cumpliendo el contrato (MARIENHOFF)<sup>(5)</sup>.

#### *El riesgo imprevisible*

En principio, en los contratos es riesgo imprevisible todo aquel que no se puede prever.

Trata de paliar los riesgos económicos no precalculados en el contrato, riesgos que son la única razón de existir de esta doctrina.

Siguiendo a Moreno Gil, conviene distinguir en:<sup>(6)</sup>

1.—*Riesgos funcionales*: que son los integrantes de la fuerza mayor y del caso fortuito.

Estamos en presencia del caso fortuito cuando se trata de riesgos internos a la actividad de la empresa y provenientes de fallos propios de ésta.

Por el contrato, se da la fuerza mayor cuando se ocasiona externamente, y para que sea considerada como tal debe reunir los siguientes tres requisitos: imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad.

(5) Fernández Vázquez, Emilio, Op. cit., pág. 384.

(6) Moreno Gil Oscar: Op. cit.

2.—*Riesgos de inestabilidad monetaria*: han sido el objeto de la doctrina del riesgo imprevisible, con especial referencia a los contratos de prestación continuada.

La teoría del riesgo imprevisible considera que procede indemnizar al contratista, cuando éste experimente trastornos económicos graves, razonablemente imprevisibles.

En Derecho Administrativo surgió, por medio de la revisión de precios, el recurso técnico procedente para lograr restaurar el equilibrio financiero del contrato, en cuanto a las prestaciones, en el contrato de obras.

La teoría de la imprevisión se mantiene y combina, eventualmente, con la cláusula de revisión de precios.

## SECCION C

### *La doctrina de la revisión de precios*

Esta doctrina tiene su origen en la teoría del riesgo imprevisible, de la cual es una culminación, pero se sitúa en el extremo opuesto: el de la previsión; ya que justamente lo que hace es prever, de manera que, naciendo, pasó automáticamente a un terreno, no sólo distinto, sino opuesto al concepto de lo imprevisible, dando lugar, al agotamiento, en su campo de acción, a la doctrina que le dio luz.

Esta curiosidad, es lo que el autor español Moreno Gil llama "la paradoja de la revisión de precios"<sup>(7)</sup>.

La doctrina del riesgo imprevisible trata de disminuir los riesgos económicos no precalculados en el contrato; mientras que la de la revisión de precios, trata de prever el riesgo.

En el contrato de obras y servicios, la revisión de precios es una brecha al principio del riesgo y ventura del contratista. Veremos por qué.

#### *Principio de riesgo y ventura*

Para García de Enterría, el principio de riesgo y ventura es un principio básico de la contratación administrativa en virtud del cual "la onerosidad mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida, queda exclusivamente a su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual"<sup>(8)</sup>.

(7) Moreno Gil, Oscar. Op. cit., pág. 48.

(8) García de Enterría y Carande, Eduardo. *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*. En Revista de Administración Pública N° 2, 1950, págs. 83 a 108.

"Los riesgos no los sufre solo el contratista; los sufre o puede sufrir, en su caso, la Administración, pues viene a incidir en el contrato con el mismo riesgo y ventura por lo que hace a su propia prestación: la onerosidad en el cumplimiento de ésta (diferencia del valor monetario en el momento del pacto y el pago, disminución en el mercado del valor de las obras)".

Lo que ocurre es que estamos acostumbrados al aumento incesante de los precios, pero y si fuera al revés, no sería la Administración la perjudicada, que ha contratado para una obra o servicio por un precio que luego ha bajado? Esto es verdad en teoría, pero en la práctica, debido a la inflación galopante y fatal —verdadera plaga de las sociedades modernas—, el riesgo quien lo corre es el contratista.

Se ha querido hacer al riesgo y ventura algo exorbitante, un privilegio inaudito de la Administración, y no hay tal cosa, pues lo encontramos en la vida empresarial privada constantemente"<sup>(9)</sup>.

Por lo anterior, es que la revisión de precios es un quiebre al principio del riesgo y ventura del contratista.

Podríamos decir que en nuestro ordenamiento jurídico sobre contratación administrativa, este principio de riesgo y ventura está contemplado en el artículo 87 del Reglamento de la Contratación Administrativa, el cual exige un precio cierto, firme y definitivo; y el de la revisión de precios en el artículo 49, complementado por el 239, ambos del mismo Reglamento.

La revisión de precios es un mecanismo justo siempre y cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

- 1.—que lo solicite el contratista;
- 2.—que no haya demora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, pues si la hubiera no sería lógico pedir aumento de precio cuando de haber hecho la prestación en su momento no le hubiera afectado; y
- 3.—que el precio de los materiales o de los jornales haya aumentado por precepto dictado por el poder público y con carácter totalmente obligatorio.<sup>(10)</sup>

La legislación revisora implica para la Administración el reconocimiento de un derecho irrenunciable.

El empleo de la cláusula de revisión o de variación de precios se generalizó después de la decisión del Consejo de Estado Francés, en

1916, de adoptar la teoría de la imprevisión (Arret del "Gaz de Bordeaux"): "a los contratistas se les reconoció el derecho a recibir del Estado y de las colectividades públicas, en ausencia de cláusula contractual específica, una indemnización cuando sobrevinieren circunstancias, imprevisibles en el momento de la perfección del contrato, que alterarían la economía". (Traducción personal, en lo conducente, de la Sentencia N° 34 de "Les grans arrets de la jurisprudence administrative", de Long, Weil et Braibant. 8ª ed., 1984, págs. 129 a 136).

El término revisión se refiere a la inadecuación del precio.

La revisión de precios se da en un contrato perfecto y que desde su nacimiento tenía vocación de permanencia hasta su ejecución en todas sus cláusulas. Es decir, quienes contrataron no previeron que habría de experimentar variaciones, y por ello, no hicieron estipulaciones específicas de variación, pero en el plazo de ejecución de la prestación por el contratista surgieron alteraciones que, con base en la doctrina del riesgo imprevisible, hacen considerar a las partes la necesidad de revisar el contrato, esto es de enmendarle porque no se adecúa a la nueva e imprevisible situación. Si la situación se hubiera previsto no haría falta revisar lo que se previó.

La revisión llevará a la modificación o la extinción de la relación contractual, es por eso que la revisión de precios es una innovación objetiva del contrato.

Como ya sabemos, los requisitos que hacen posible las modificaciones son dos:

- 1.—que haya realmente algún cambio;
- 2.—que no impliquen la extinción de la obligación.

Y ambos requisitos se dan en la revisión de precios.

La cláusula de revisión de precios tiene una función estabilizadora. Cuando la cláusula de revisión opera, el contrato continúa en las mismas condiciones que antes. El contrato ni siquiera ha variado respecto de los precios, que siguen siendo idénticos.

Lo que ha aumentado, aunque eventualmente podría disminuir (cambio) es el valor de la parte de prestación cumplida, lo que se manifiesta en el addendum respectivo que se debe hacer al contrato original.

En definitiva, las adiciones producidas por revisión son meros ajustes de precios, que pueden realizarse de una sola vez, al final, o en sucesivas ocasiones, según el contrato va siendo cumplido por el contratista.

En cada contrato puede haber unos ajustes parciales, que siempre serán previos, y un ajuste final o definitivo.

(9) y (10) Balbín Pechuan, Vicente. *Los contratos municipales*. Ed. Civitas S. A.; 1ª edición, 1976.

## Umbral de la revisión

Umbral por su etimología significa expectativa.

Debe tenerse identificado con la zona enmarcada con toda clase de límites cuyo desbordamiento condiciona el nacimiento del derecho revisor.

La variación económica constituye el mínimo elemento del presupuesto de hecho para que se dé la revisión de precios.

## CAPITULO SEGUNDO

### *La revisión de precios en la contratación administrativa costarricense*

#### SECCION A

##### *Norma aplicable*

En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos las siguientes disposiciones sobre revisión de precios:

1.—*Ley de la Administración Financiera de la República*, N° 1279 de 2 de mayo de 1951.

Esta Ley (LAF), en su artículo 113 establece:

*Artículo 113.*—La Administración asumirá, a gestión del contratante, un porcentaje del daño emergente, que éste 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 deberá autorizar el pago conforme a los principios anteriores y al reglamento respectivo.

2.—*Reglamento de la Contratación Administrativa*. D.E. N° 7576-H de 26 de octubre de 1977.

Este Reglamento (RCA), viene a desarrollar los artículos 92 a 114 de la LAF. Por ser tan amplio, debería convertirse en una Ley de Contratación Administrativa, que tanta falta hace en nuestro país.

a) *Artículo 87.*—Los precios que contenga la oferta deben ser firmes y definitivos e invariables, sin sujeción a condición alguna no autorizada por el cartel. Sin embargo, resulta admisible el establecimiento de descuentos, respecto a los precios unitarios cotizados, en razón del número progresivo de unidades o de renglones que se llegaren a adjudicar, dentro de los límites del pliego; así como fórmulas precisas de revisión de precios, conforme a lo dispuesto por el artículo 49.

b) *Artículo 49.*—Podrá el cartel autorizar ofertas con cláusula de reajuste, con sujeción a una fórmula matemática determinada, a base de factores económicos, a fin de reconocer diferencias de precios que excedan el 5% de lo cotizado, respecto a contratos de servicio, de suministros y de arrendamiento no referido a edificios.

c) *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, aquélla asumirá el 100% del daño emergente y hasta el 50% de utilidad prevista.

Igual conducta se seguirá respecto al impacto de 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. Mas de existir incumplimientos legales, negligencia u otras irregularidades que ilegitimen al contratista para tal beneficio, la Administración denegará el reconocimiento de los reajustes que se pretendan".

3.—*Leyes 5501 y 5518?* Ambas del 7 de mayo de 1974, reglamentadas por el D.E. N° 4428-MEIC de 14 de diciembre de 1974.

Estas leyes tienen por objeto liberar al contratista de la influencia de los aumentos en el costo de los materiales, equipo y mano de obra; y proteger al Estado y a sus Instituciones de un alza desproporcionada en el costo de las obras.

De ellas y de su Reglamento, tenemos conceptos como los siguientes:

a) *Empresa constructora nacional*: es aquella que reúna conjuntamente los siguientes requisitos:

a—no menos del 70% del capital de la empresa constructora debe pertenecer a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores si las tuviere; y

b—un período no menor de dos años de haberse establecido como empresa constructora o inscrito en el Registro Público.

El contrato debe ser registrado en la Cámara Costarricense de la Construcción o en la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, según sea el caso, debiendo pagar el contratista interesado a la Cámara respectiva un derecho de inscripción equivalente al uno por mil del valor del contrato; suma que se destinará a medias para que las propias Cámaras elaboren los índices de precios y a financiar al MEIC para que este Ministerio haga lo propio. Pero ya sabemos que por indolencia administrativa, el Ministerio encargado de esa labor, espera a que la Cámara prepare sus índices y con fundamento en ese índice confeccionado por los interesados, es que la Administración reconoce los ajustes de precios.

b) *Reajuste de precios*: es la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos predominantes siempre y cuando se registre un aumento superior al 3% en un renglón de pago.

c) *Renglón de pagos*: unidad de trabajo específicamente descrita, para la cual se fija un precio en el contrato.

ch) *Índice de Precios*: es un número o índice específico que indica la variación periódica del precio de los elementos que determinan el costo de la obra. Para cada tipo de obra habrá índices especiales.

d) *Pago*: es la compensación económica del valor correspondiente a cada medida, avalúo o etapa definida de la obra ejecutada.

Además, el artículo 4 de la Ley 5501 contempla la posibilidad de que aquellas empresas que no reúnan los requisitos establecidos para ser reputada empresa constructora nacional, podrán acogerse a las disposiciones de la presente ley, cuando de previo a la presentación de las ofertas respectivas en la licitación de que se trate el Estado y sus instituciones hayan determinado la no existencia en el país de empresas constructoras nacionales con capacidad suficiente para ejecutar dichas obras. Lo anterior, previa consulta al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, la Cámara Costarricense de la Construcción y la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes.

4.—*Circular de la Contraloría General de la República*, del 3 de noviembre de 1982, publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre de 1982.

Esta Circular desarrolla la doctrina del artículo 49 del Reglamento de la Contratación Administrativa sobre revisión de precios.

## SECCION B

### *Exposición práctica de la revisión de precios*

#### *Reajuste de precios*

El Reglamento de la Contratación Administrativa contempla dos caminos por los cuales se puede incrementar el precio de un contrato celebrado con la Administración Pública. Estos son los dispuestos por los artículos 49 y 239 ya citados literalmente supra.

#### *Reajuste del artículo 49 RCA*

Permite introducir una cláusula de reajuste, con sujeción a una fórmula matemática, para reconocer la diferencia en el precio que exceda del 5% del monto cotizado (este sería el umbral de la revisión en nuestro medio).

El Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República emitió una Circular sobre la aplicación de este artículo, el 3 de noviembre de 1982, publicada en La Gaceta Nc 232 del 2 de diciembre de ese año, la cual incluye una fórmula matemática tipo de variación de precios, a manera de ejemplo, sin perjuicio de que para cada caso, se elabore una fórmula diferente, a satisfacción de la Administración.

La cláusula debe ser autorizada por el cartel, o bien incluida en la oferta, aunque el cartel sea omiso en este sentido, y si la Administración la acepta y si ninguno de los demás oferentes la impugna por vía de recurso, puede adoptarse. Incluso, también puede adoptarse estando en ejecución el contrato, por convenio de las partes, con vigencia hacia el futuro.

Esta cláusula puede invocarse cuántas veces sea necesario durante la vigencia del contrato, según las situaciones de encarecimiento de costos que presenten, siempre y cuando ese encarecimiento exceda la primera vez del 5% del monto original del contrato, o del 5% del último reajuste concedido.

Se permite una revisión que cubra el 100% de las diferencias de precios, con efecto retroactivo a la fecha en que el contratista presente su reclamo debidamente justificado.

Si la cláusula de reajuste está contemplada en el cartel, debe establecerse el tiempo que empleará la Administración para el estudio y aprobación de la gestión debidamente formulada; y si no lo dijere, se estimará como razonable el plazo de un mes.

El oferente debe incluir en su oferta una fórmula matemática mediante la cual se puede efectuar la revisión del precio fácilmente, con el desglose de los elementos que componen el precio.

Los componentes del precio varían según el tipo de contrato celebrado: de servicio, de suministro o de arrendamiento.

La fórmula matemática debe setar fundamentada en los índices de precios, aunque no necesariamente deben ser los índices oficiales, sea del Ministerio de Industria y Comercio, sino que también se pueden usar los de la Cámara de la Construcción y de la Cámara de Constructores de Puentes y Carreteras, o de otro ente; incluso los elaborados por el propio contratista; cuando cuenten con un estudio serio que los respalde, y el aval de un contador público debidamente incorporado a su Colegio; porque si se hubiere querido que solo se usaran los índices oficiales, la misma Circular hubiera hecho esa advertencia, pero dejó la posibilidad de emplear otros, siempre que sean los vinculados con el objeto del contrato.

Una vez que la Administración acepte el reclamo sometido a su consideración, deberá suscribir un addendum al contrato original, y enviarlo para refrendo al Departamento Legal de la Contraloría, sin intervención alguna del Departamento de Licitaciones, a partir de dicha Circular.

#### *Supuesto del artículo 239 del RCA*

Contiene conceptos diferentes al de la "revisión de precios", pues se aplica únicamente para satisfacer un lucro cesante o un daño emergente, provocados por medidas tomadas por la propia Administración, en uso de su potestad de imperio; pudiéndose reconocer hasta un 100% del daño causado y un 500% de la utilidad prevista, según reforma introducida por el D.E. N° 13019-H del 2 de octubre de 1981, publicado en La Gaceta N° 202 de ese mismo mes y año. (Antes por daño emergente se reconocía el 80% únicamente).

Conviene recordar los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que son diferentes.

Por *daño emergente* se entiende la pérdida de la cosa, o deterioro que sufra la cosa en sí misma considerada. A este concepto

es al que hace mención el artículo 113 de LAF expresamente; pero de la redacción del mismo artículo, se desprende que también se incluyen los principios de la revisión de precios y del hecho del príncipe.

En cambio, *lucro cesante* es la pérdida de la utilidad que produce la cosa. Por este concepto, se reconoce hasta el 50%, pero a partir de que se haya consumido ya el 50% de la utilidad prevista por el contratista.

También es responsabilidad de la Administración el verificar que el reclamo esté precedido por un estudio económico serio, realizado por economistas o contadores públicos, que demuestre las pérdidas sufridas por el contratista; y si lo acepta, debe suscribirse un addendum al contrato original, y enviarlo para el trámite de refrendo al Departamento Legal de la Contraloría General.

Este artículo se puede aplicar en un contrato pendiente de iniciación o en vías de ejecución, pero que no esté interrumpido ni suspendido.

## SECCION C

### *Jurisprudencia administrativa*

Los diferentes pronunciamientos aquí aportados, son dados por la Contraloría General de la República, tanto del Departamento de Licitaciones como del Departamento Legal. Fueron tomados del copiador personal de la autora del presente trabajo.

#### *1.—Revisión de precios*

Resolución N° 80-84 de 14 horas del 12 de junio de 1984, del Depto. de Licitaciones de la Contraloría General. Recurso de apelación de Leogar S. A. contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 1-83 de la Universidad Nacional, adjudicada a Macal S. A.

En lo que nos interesa, esta resolución dijo:

"...III.—Para el análisis de este argumento, el Reglamento de la Contratación Administrativa, contempla como una facultad de la Administración, la introducción de una cláusula de reajuste de precios, según la doctrina del artículo 49 del mismo, desarrollada por nuestra Circular del 3 de noviembre, publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre, ambas fechas de 1982, y con sujeción a la fórmula matemática ahí dada, cuando se trate de nua revisión de precios. Y en el caso en estudio, por el contrario, la UNA negó toda posibilidad de revisión de precios (hecho probado 11-a), y exigió que fueran firmes, definitivos, y no sujetos a revisión, aún durante la ejecución del

contrato. Además, la cláusula de reajuste debe ser autorizada por el cartel, o bien incluida en la oferta cuando no esté autorizada si la Administración la acepta y si ninguno de los demás participantes la impugna por vía de recursos; y aquí, el cartel expresamente la prohibió, aunque la UNA contraviniendo sus propias decisiones, la aceptara al contestar la audiencia final, alegando que es un derecho del contratista la posibilidad de revisión de precios. Y esta, precisamente fue la finalidad perseguida por Perfiles Ranurados S. A., al decir que sus precios "aunque firmes y definitivos, los hemos concretado en base al costo actual de las materias primas, por lo que solicitamos que cualquier aumento en los costos motivados por causas ajenas a nuestra voluntad, nos sea estudiado el acuerdo estipulado en la reforma del artículo 239 RECA, del 22 de octubre de 1981. Por lo tanto, en caso de aumento en las materias primas antes o durante la realización del contrato, nuestra oferta sería objeto de revisión y como es natural sufrirá el aumento proporcional que nuestros costos demanden". (Hecho probado 7-a). Y decimos que la observación de Perfiles Ranurados está encaminada a la revisión de precios contemplada por el artículo 49 del RCA por el sentido de su nota y por el Principio General de Derecho "Iura Novit Curia" (El Juez conoce el Derecho), a pesar de haber dado una vigencia de noventa días hábiles, como lo estipuló el cartel, y estimamos conveniente aclarar que el artículo 239 del mismo Reglamento contiene conceptos absolutamente diferentes del de "revisión de precios" pues es aplicable únicamente para satisfacer un lucro cesante o un daño emergente, provocados por medidas tomadas por la propia Administración, que es lo que en doctrina se conoce como "Hecho del Príncipe" (Teoría del "Fait du Prince"), pudiéndose reconocer hasta un 100% del daño causado, según reforma introducida por el D.E. N° 13019-H del 2 de octubre de 1981, publicado en La Gaceta N° 202 de ese mismo mes y año. En consecuencia, lleva razón la recurrente en su alegato sobre este extremo, pues la adjudicataria se apartó evidentemente de las bases interpuestas por la Administración en el cartel lo que obliga necesariamente a dictar la anulación del acto de adjudicación recaído en su favor, no obstante este grave vicio que la invalidaba...".

## 2.—Teoría de la imprevisión

Oficio N° 909 de 27 de enero de 1981 del Departamento de Licitaciones.

"...se ha discutido y se sigue discutiendo en doctrina sobre la vigencia de la teoría de la imprevisión respecto a contratos que implican una sola prestación, a diferencia de aquellos sobre prestaciones sucesivas o diferidas, en que sin discusión se acepta su aplicación, según los supuestos que al identifican. Este Despacho estima, en cuanto a tal extremo, que si la equidad es la que debe orientar todo tipo de

soluciones relacionadas con los problemas sobrevinientes en la ejecución del contrato administrativo, no existe razón alguna para excluir de la aplicación de una u otra teoría determinado tipo de contratación, si en la misma ocurren los supuestos necesarios para configurarlas".

## 3.—Reajuste de precios para empresas constructoras extranjeras

Oficio N° 81-CO-83 del 22 de febrero de 1983. Con este oficio el señor Contralor abrió las puertas del sistema de revisión de precios, al decir:

"...Si hasta lo aquí dicho agregamos dos aspectos esenciales, la garantía constitucional que pone en pie de igualdad a los extranjeros y a los costarricenses y a las previsiones de la Ley General de la Administración Pública (artículos 11, 12 y 13 en relación con el resto de las disposiciones del título primero) que exigen que a los casos concretos que existen se les aplique para su solución el ordenamiento administrativo —escrito o no escrito—, no cabe duda de que en las condiciones en que la propia administración formuló el concurso donde tenía una exigencia como es el compromiso con el Banco que financió parcialmente el proyecto, de dar igual trato a todos los concursantes, independientemente de su nacionalidad, no podía válidamente desoconocer la aplicación del sistema de "reajuste de precios" porque, aunque originalmente dichas normas no hubieren sido de aplicación genérica (5501 y 5518), la legislación posterior incorporó solución a esas situaciones, al emitir el Reglamento de la Contratación Administrativa, que la propia Ley de la Administración Financiera le reconoce rango de ley, la solución al referido problema al dictar el artículo 49, es indudable que por esa vía se puede actualmente introducir en el contrato público todo el sistema de ajustes de precios o procedimiento de reajuste que contienen aquellas leyes y su reglamento, sin que con ello se incurra en infracción del ordenamiento y sin que se violente el principio de legalidad que rige la conducta de la administración y que a la luz de los artículos 14, 13 y 12 de la Ley General de la Administración Pública no dudamos se ha cumplido en este caso.

Por lo expresado, no hemos encontrado base para denegar el tefrendo al contrato que esa Cámara cuestiona".

## 4.—Precios oficiales y fórmula matemática para reajuste de precios

Oficio N° 9926 DLIC-1883-84) de octubre de 1984 del Departamento de Licitaciones.

"Por consiguiente, la implementación de la fórmula matemática que permite el artículo 49 del RCA resulta innecesaria en tales ca-

tos, salvo que el límite máximo a reajustar coincida con el máximo del precio oficial.

Finalmente hemos de advertir que si no se pactó sobre la base de una fórmula matemática, sino solamente con la aplicación de un descuento respecto de los precios oficiales, en la medida en que se produzcan variaciones de dichos precios oficiales, éstas pueden reconocerse pero manteniendo el porcentaje de descuento previsto en el contrato inicial".

#### 5.—*Rajuste de precios. Precio modal y promedio*

Oficio N° 11557 (DLIC-2137-84) de 19 de noviembre de 1984, del Departamento de Licitaciones.

"...vista la especial naturaleza del objeto de esa licitación y habiendo previsto el cartel la cláusula de reajuste, este Despacho no tiene objeción para autorizar el procedimiento sometido a nuestro conocimiento por considerar que el mismo tiene cabida dentro de esa cláusula. No obstante, si debemos advertir, que el mecanismo de "precio modal" que se pretende utilizar, debe ser sustituido por el de "precio promedio" concepto, en nuestro criterio, más equitativo, además de que éste deberá ceder cuando exista fijación oficial de precios, la cual es de acatamiento obligatorio. En lo que al transporte se refiere se deberá proceder con estricto ajuste a los términos del cartel y de la oferta adjudicada, de tal forma que si se previó la revisión de su costo con base en una fórmula matemática, tal revisión no será posible si no es con observancia de lo dispuesto en nuestra circular publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre de 1982".

#### 6.—*Reajuste de precios. Renglón de imprevistos. Costo a cargo del contratista*

Oficio N° 13293 (DLIC-2214-85) del 18 de diciembre de 1985, del Departamento de Licitaciones:

"...el aumento en el gasto de materiales empleados por la mencionada compañía, no puede conceptuarse como un imprevisto, sino como un riesgo que debe asumir el contratista, derivado de una mala planificación de la obra a ejecutar. Por otra parte, advertimos que, si bien la labor efectuada por la empresa adjudicataria de este concurso, en la especie puede conceptuarse como un contrato de obra pública, definido por la doctrina administrativa como aquel mediante el cual "el cocontratante construye, demuele, conserva o prepara una obra pública mediante un precio que debe pagar el Estado (el subrayado no es del original. Véase DROMI, Instituciones de Derecho Administrativo, Vol. IIIQB, p. 507 y ss), no puede decirse que el mismo sea un contrato

de "construcción" de obra, por lo que al ser específicas para este último tipo de contrato las disposiciones de las leyes 5501 y 5518, concluye este Despacho que los reajustes pagados a la citada compañía amparados a estas leyes, son irregulares, por lo que corresponde a esa Institución gestionar el reintegro de los mismos".

#### 7.—*Reajuste de precios*

Oficio N° 11577 (DLIC-1842-86) de 23 de octubre de 1986 del Departamento de Licitaciones.

"...en aquellos contratos de objeto continuo, sucesivo o periódico y en general, todos aquellos cuya ejecución no se agote en un solo tracto, para lograr mantener su ecuación financiera, nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto dos excepciones a la regla de comentario, que son las contempladas por los artículos 49 (reajuste de precios) y 239 (daño emergente) del supra citado cuerpo reglamentario, por cuya virtud pretende resolverse, en términos de justicia, el desequilibrio provocado por los fenómenos surgidos por motivos de la Administración o de índole económica, que tienen incidencia directa en la economía del contrato. Cada uno de estos institutos requiere, para su admisibilidad, la concurrencia de una serie de requisitos y condiciones que deben quedar fehacientemente demostrados de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

Ahora bien, en punto al reajuste de precios propiamente tal, el artículo 49m dicho, cuya vigencia data desde el 26 de diciembre de 1977, establece la posibilidad de que en el pliego de condiciones se autorice a los oferentes para que incluyan en sus plicas, cláusulas de reajuste...

Finalmente, si el Tribunal Supremo de Elecciones considera que el contenido de la circular de referencia es inaplicable para el presente asunto, criterio que este Despacho no comparte en razón de que, como ha quedado expuesto, estimamos que los efectos de la misma se extienden aún a aquellos contratos que surgieron a la vida jurídica antes de su publicación, pues lo que nos interesa es mantener el equilibrio financiero de la relación y así asegurarse la satisfactoria ejecución del contrato, visto el interés público que está de por medio, u no existiendo ningún otro medio autorizado por nuestro ordenamiento jurídico para incrementar el precio de este tipo de contratos que nos permita acceder, en este caso, a la solicitud planteada, mantenemos nuestro anterior criterio. Todo sin perjuicio, de que si se dan los supuestos u requisitos previstos en el artículo 239 del Reglamento supra citado, Clima Ideal pueda gestionar el reconocimiento del daño emergente que se le haya causado, hasta el momento en que, si así lo acepta ese Tribunal, se incluya la fórmula matemática y se haga efectiva su aplicación".

## 8.—Daño emergente

Oficio N° 1391-L-82 del 26 de mayo de 1982, del Departamento Legal.

"...lo que la norma que se cuestiona autoriza es el reconocimiento del daño emergente que afecte el equilibrio financiero o económico del contrato, así como parte del lucro cesante; en manera alguna esa norma o cualesquiera otra del reglamento de contratación o de la ley, autorizan la revisión de precios; por el contrario, el artículo 87 del referido reglamento, en su filosofía, informa que los precios son irrevocables en el plazo de ejecución del contrato, con las salvedades que en dicha norma se establecen, en relación con el artículo 49 del mismo reglamento. Precisamente para mantener la ecuación financiera del contrato y partiendo de un aspecto de justicia, de equidad, el artículo 113 de la ley y 239 del reglamento, recogen teorías desarrolladas en otros países, que fueron formuladas para resolver con justicia, —ya que en las contrataciones públicas universalmente se ha reconocido que los precios son invariables y definitivos—, problemas que en tales teorías definieron como sucesos que afectan la economía del contrato, en virtud de "hechos del príncipe" o de la "teoría de la imprevisión". Ahora bien, planteado el asunto así, y conscientes de que la situación anormal que vive el país indudablemente ha puesto a los cocontratantes de la administración pública en estado casi ruinoso, ya que tal situación ha afectado seriamente la ecuación financiera de todos los contratos celebrados por dicha administración, el legislador, muy sabiamente estableció en nuestro ordenamiento aquellas teorías en el artículo 113 de la ley, más al hablar de un porcentaje no señaló quantum del mismo, que es hasta dónde puede la administración activa llegar. En otras palabras, según la naturaleza del contrato la administración podrá negociar con el cocontratante en relación con el reconocimiento del daño emergente que afecte el contrato, incluso, en la negociación puede llegar a excluir el pago del lucro cesante".

## 9.—Daño emergente

Oficio N° 1346-L-82 (4959) del 24 de mayo de 1982, del Departamento Legal.

"Lo que la legislación autoriza es el cobro del daño emergente, el cual se determina tomando del precio cotizado los diversos elementos que lo integran, entre los cuales debe incluirse la utilidad. Si esos elementos han variado en el curso de la ejecución del contrato, hay que probar la variante ocurrida de forma que el daño será la diferencia que haya entre el costo, del elemento original y su variante. Determinado el daño emergente se entra a considerar, caso de

que la administración lo acepte; el reconocimiento del lucro cesante del que solo se está autorizando a compensar la mitad!".

Ver en igual sentido Oficio N° 1210-L-82 del 13 de mayo de 1982.

## CONCLUSIONES

De la teoría y de la práctica administrativas expuestas, podemos desprender las siguientes conclusiones:

1.—El precio justo es el precio real en dinero que los bienes y servicios van teniendo periódicamente en un mercado de libre competencia. A través del sistema de revisión de precios se pretende llegar a la consecución de éste.

2.—Aceptado este sistema —el de revisión del precio— vemos que no es tal el principio de intangibilidad del precio, establecido en el artículo 87 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

3.—Las teorías para revisar el precio son la del hecho del príncipe y la de la imprevisión.

4.—El hecho del príncipe surge por las medidas dictadas por la Administración Pública en ejercicio de su potestad de imperio, y de él se desprende un derecho indemnizatorio para el contratista.

5.—La teoría de la imprevisión se fundamenta en la cláusula rebus sic stantibus (mientras no sufra alteración lo pactado), y también da lugar a una indemnización para el cocontratante de la Administración.

6.—La revisión de precios es un mecanismo que surgió para mantener el equilibrio financiero del contrato.

## BIBLIOGRAFIA

Balbín Pechuan, Vicente. *Los contratos municipales*. Ed. Civitas, Madrid, 1ª edición, 1976.

Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.

García de Enterría y Carande, Eduardo. *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*. En *Revista de Administración Pública*, N° 2, Madrid, 1950, págs. 38 a 108.

Moreno Gil, Oscar. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Ed. Civitas S. A., Madrid, 1ª edición, 1908.

—oOo—

Leyes

Ley de la Administración Financiera de la República.

Reglamento de la Contratación Administrativa.

Leyes 5501 y 5518, del 7 de mayo de 1974.

D.E. N° 4428-MEIC, del 14 de diciembre de 1974.

Pronunciamientos de la Contraloría General de la República.

Circular de la Contraloría General de la República, de 3 de noviembre de 1982.

DE DERECHO

LA CONSTITUCION POLITICA DE 1871:  
UN REGIMEN PRESIDENCIALISTA

*Dr. Orlando Salazar Mora*

Profesor de la Universidad de Costa Rica