

**REAJUSTE DE PRECIOS EN CONTRATOS DE OBRA
PÚBLICA PACTADOS EN MONEDA EXTRANJERA
FRENTE AL RÉGIMEN DE BANDAS CAMBIARIAS**

Enrique López Jiménez^(*)
Abogado costarricense

(Recibido 29/03/16 • Aceptado 21/11/16)

^(*) Correo Electrónico: Elopez@Ajesa.com
Teléfono (Costa Rica): (506) 8841-1056

Resumen: El tipo de cambio actúa como mecanismo de reajuste de precios en los contratos de obra. Sin embargo, el Banco Central de Costa Rica modificó el sistema de fijación de tipo de cambio. El tipo de cambio del colón respecto del dólar no produce, necesariamente, un aumento gradual del dólar. Por ello el mecanismo tradicional de reajuste de precios no siempre garantiza el equilibrio económico del contrato de obra civil.

Palabras Clave: tipo de cambio; equilibrio económico; reajuste de precios; Banco Central de Costa Rica; manejo de riesgo.

Abstract: The exchange rate works as a price readjustment mechanism in civil works contracts. But, the Central Bank of Costa Rica modified the system to fix the exchange rate. The exchange rate of the colón to the dollar does not produce necessarily a progressive rise of the dollar. Thus, the traditional mechanism for price readjustment does not always ensure an economic balance in civil works contracts.

Keywords: Exchange rate, economic balance, price readjustment, Central Bank of Costa Rica, risk management.

Índice

Introducción

- I. Reajuste de precios en moneda extranjera
 1. Cotización y pago en moneda extranjera
 2. Metodología de reajuste en moneda extranjera
 - a. Primer supuesto (mecanismo ordinario)
 - b. Segundo supuesto (mecanismo excepcional)
 3. Aclaraciones sobre el procedimiento administrativo a seguir
- II. Reajuste de precios y bandas cambiarias
 1. Caso 1
 2. Caso 2
 3. Caso 3
 4. Caso 4
 5. Caso 5
 6. Caso 6
- III. Distribución de derechos y obligaciones
 1. ¿Qué se ha hecho?
 2. ¿Qué se busca?

Conclusiones

1. Reconocer el riesgo cambiario
2. Reconocer el reajuste de precios

Bibliografía

Introducción¹

La moneda de curso legal en Costa Rica es el colón. El colón no es una moneda de uso común en ningún otro país del mundo. Por lo que la economía de Costa Rica es dependiente del dólar² para sus relaciones internacionales. Es por esta razón que la Ley Orgánica del Banco Central³ prevé que esta institución, entre otros objetivos, “*tendrá como principales objetivos, mantener la estabilidad interna y externa de la moneda nacional y asegurar su conversión a otras monedas*” (Art. 2º).

Como se puede apreciar, la política cambiaria es el objetivo primario del Banco Central de Costa Rica (BCCR). En relación con su estructura interna, corresponde a la Junta Directiva la determinación de la política cambiaria conforme al artículo 28 inc. a) de la LOBC.

Entre los distintos mecanismos de tipo de cambio que podemos encontrar tenemos los siguientes:

“el de tipo de cambio fijo asociado a un banco central se compromete a mantener el precio de la divisa en un valor constante; el de minidevaluaciones o tipo de cambio reptante (crawling peg) en que el valor del tipo de cambio se ajusta o cambia poco pero de manera continua; el de banda cambiaria que corresponde con aquel en que el tipo de cambio puede variar pero dentro de cierto rango establecido por la autoridad monetaria y finalmente; el flotante o flexible donde el banco central no se compromete con algún valor y permite que sea el mercado el que determine libremente el precio con ninguna (flotación libre) o poca intervención estatal (flotación administrada)”.⁴

¹ En algunos puntos se utilizarán las abreviaturas TC venta y TC compra que significan, respectivamente, tipo de cambio de venta y tipo de cambio de compra.

² En todo momento, cuando se haga referencia al dólar o al símbolo \$ me refiero al dólar estadounidense, moneda de curso legal de Estados Unidos de América.

³ **Ley Orgánica del Banco Central**, N.º. 7558 del 3 de noviembre de 1995 publicada en el alcance N.º. 55 del Diario Oficial La Gaceta N.º. 225 del 27 de noviembre de 1995. En adelante: **LOBC**.

⁴ ESTADO DE LA NACIÓN. (2007). “*El régimen de banda cambiaria: hacia la flexibilidad cambiaria y el control de la inflación*” (Décimo tercer informe del Estado de la Nación, Informe Final). San José, Costa Rica: MORA ARIAS, Mariela y PRADO ZÚÑIGA, Eduardo. p. 4.

Al margen de las bondades o debilidades de cada mecanismo⁵ se expondrá los mecanismos seguidos en Costa Rica en los últimos 30 años.

Costa Rica hasta el año 1980 siguió un modelo de tipo de cambio fijo y posteriormente *“En los años de la crisis económica coexistió un sistema de tipos de cambio múltiples y un mercado informal de moneda extranjera que, en algunos períodos, mantuvo un margen considerable en relación con el tipo de cambio oficial”*.⁶

A partir del año 1984 la política cambiaria implementada para superar la crisis económica instauró un mecanismo de tipo de cambio de incrementos periódicos y por montos pequeños que marcó el inicio del esquema cambiario de minidevaluaciones. El sistema de minidevaluaciones limitó en gran medida la incertidumbre dado que todos los días el tipo de cambio aumentaba un poco.

En un inicio, como se apuntó, los aumentos ocurrieron periódicamente. Posteriormente, los aumentos operaron, en algunos casos, diariamente. Por ejemplo, del 1º de enero de 1984 al 28 de mayo de 1984 el tipo de cambio de compra se mantuvo a 43,15 colones por dólar; en tanto el tipo de cambio de venta se mantuvo en 43,65 colones por dólar. En ese período de 4 meses el tipo de cambio se mantuvo estable siendo hasta el 29 de junio de 1984 al 28 de junio de 1984 que se produce un aumento del tipo de cambio de compra a 43,50 colones por dólar y el tipo de cambio de venta a 44,00 colones por dólar.⁷ El año 1984 cerró al 31 de diciembre de 1984 con un tipo de cambio de compra y de venta de 47,50 colones por dólar. En ese sentido, el tipo de cambio aumentó en 9,16% el de compra y 8,11% el de venta en el año 1984 entre el 1º de enero y el 31 de diciembre.

Ya en el año 1985 se dieron 21 aumentos en el tipo de cambio y solo en el mes de agosto de dicho año se dieron 4 aumentos. Del año 1984 al

⁵ Al respecto puede verse: Ídem. In tutto y FALLAS VENEGAS, Helio. (2010). *“¿Fracasó la política de las “metas de inflación” y las bandas cambiarias? Un Ensayo de la aplicación de las bandas Cambiarias en Costa Rica?”*. Revista Economía y Sociedad. N°. 37 y N° 38. pp. 55-71.

⁶ ESTADO DE LA NACIÓN. (2007). pp. 4-5.

⁷ Puede consultarse la página web del BCCR que almacena registros desde el 1º de enero de 1983. Tomado de: BCCR: “http://www.bccr.fi.cr/indicadores_economicos_/Tipos_cambio.html”.

17 de octubre de 2006, en que se deroga el mecanismo de tipo de cambio de “minidevaluaciones”, hay un incremento anual de alrededor del 10% en el tipo de cambio. El tipo de cambio pasó de 44,49 colones (TC compra) y 44,79 colones (TC venta), por dólar, en el año 1984 a 508,74 y 510,70 colones por dólar, respectivamente, al 17 de octubre de 2006.

No se necesita ser un experto en análisis estadístico para apreciar la tendencia al alza que ha mostrado el tipo de cambio respecto del dólar durante el período de vigencia del mecanismo de minidevaluaciones. En los últimos años de vigencia de este modelo el incremento se mostraba día a día. Durante los primeros siete años el tipo de cambio se mantuvo debajo de los 100 colones por dólar (1984-1990). Posteriormente, durante cinco años se mantuvo debajo de los 200 colones (1991-1995), debajo de 300 colones por 4 años (1996-1999), debajo de 400 por casi 3 años (2000-2003) y finalmente 3 años por debajo de 500 colones por dólar o inclusive en muchas ocasiones superándolo.

A partir de los años 90 diferentes países inician un proceso de modificación de la política cambiaria hacia un mecanismo de tipo de cambio de bandas cambiarias. Como ejemplo pueden citarse Israel, Colombia, México, Chile y Ecuador.⁸ Costa Rica adoptó un sistema de tipo de cambio por bandas cambiarias por acuerdo de la Junta Directiva del BCCR en la Sesión 5300-2006 del 13 de octubre del 2006 el cual entró a regir a partir del 17 de octubre de 2006.

Grosso modo el sistema de bandas cambiarias consiste en lo siguiente:

“El esquema de banda cambiaria corresponde a un régimen de política cambiaria, en que el Banco Central se compromete a mantener el tipo de cambio entre ciertos límites preestablecidos, dentro de los cuales se permite que la cotización de la moneda extranjera en el mercado mayorista fluctúe libremente. Así el Banco establece un límite superior (techo) y uno inferior (piso); cuando el precio del dólar alcanza alguno de esos valores, interviene ya sea vendiendo dólares si el tipo de cambio alcanza el techo, o comprándolos si alcanza el piso de la banda”⁹.

⁸ Véase: BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. (1996). “Sistemas de bandas cambiarias”. (Oficio DIE-EC-05-96) San José, Costa Rica: MÉNDEZ QUESADA, Eduardo y OROZCO COTO, Norman. pp. 15-20.

⁹ ESTADO DE LA NACIÓN. (2007). p. 12.

Respecto del período de aplicación del mecanismo de bandas cambiarias comprendido del 18 de octubre de 2006 a la fecha de estudio que es el 8 de marzo de 2014. Las variaciones del tipo de cambio, compra y venta, han sido irregulares pero con una tendencia a la baja. Por ejemplo, en el período 2008 el tipo de cambio de venta sufre una variación de 10,68% anual, lo cual es normal dentro del comportamiento registrado años atrás. Sin embargo, en el año 2010 el tipo de cambio de venta sufre una variación anual de -10,37% lo cual es un comportamiento nunca antes presentado desde 1984.

En el período comprendido entre 18 de octubre de 2006 al 8 de marzo de 2014 pueden encontrarse períodos de variación negativa (2007, 2010, 2012 y 2013 para el TC venta y 2007 y 2010-2013 para el TC compra) y otros períodos en donde la variación promedio anual no llega ni al 2%. Por ejemplo, para el tipo de cambio de venta para el año 2011 la variación promedio anual es de 0,05% y el tipo de cambio de compra de -0,49%.

Asimismo, es importante visualizar la información de ambos períodos para comprender el comportamiento del tipo de cambio y como puede verse afectado uno de los puntos centrales del presente estudio, el cual es, la previsibilidad del tipo de cambio en el corto plazo y como esto afecta a los contratos pactados en moneda extranjera. Si tomamos datos a 10 años (2004-2014) podemos llegar a la conclusión equivocada de un crecimiento progresivo. Cuando la realidad demuestra que para la coyuntura 2006-2013 la tendencia fue un período de ajuste de decrecimiento del tipo de cambio.

Como apunta el BCCR, una de las ventajas del sistema de bandas cambiarias es lo que denomina el “ancla de expectativas cambiarias de mediano plazo”.

“Ello en razón de que el régimen tendería a reducir la volatilidad y el desalineamiento por dos vías: i) el compromiso, aunque sea informal, de las autoridades de mantener el tipo de cambio en la zona, lo cual provee a los participantes del mercado de información útil sobre la probable conducta de las políticas macroeconómicas, en especial la monetaria, y por ende se tiende a reducir la incertidumbre, y ii) la publicación de las zonas, que proveería al mercado de información sobre el tipo de cambio de equilibrio estimado por las autoridades, lo

que reduciría el riesgo de usar el “modelo incorrecto” para traducir los cambios futuros de política a las expectativas cambiarias”.¹⁰

En otras palabras, y a mi modesto entender, esto implica la posibilidad de prever una determinada tendencia del tipo de cambio y anclarlo a una expectativa en el mediano plazo. Sin embargo, es imposible predecir como afectaría esta modificación del mecanismo de tipo de cambio en el corto plazo a un mercado específico.

El objeto de este trabajo es precisar los efectos que la modificación en el mecanismo de tipo de cambio produjo en los reajustes de precios de los contratos de obra pública de construcción y mantenimiento pactados en moneda extranjera (específicamente dólares) en el período comprendido entre el año 2006 a la actualidad (marzo, 2014). Y como consecuencia de lo anterior, si afecta, y en qué medida, el derecho del contratista al mantenimientos del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo y el derecho a la intangibilidad patrimonial del contrato.

I. REAJUSTE DE PRECIOS EN MONEDA EXTRANJERA

El reajuste de precios en contratos pactados en moneda extranjera se encuentra regulado en el Capítulo VI, “Contratos pactados total o parcialmente en moneda extranjera”, del *Reglamento para el reajuste de precios en los contratos de obra pública de construcción y mantenimiento*¹¹ (en adelante **RRP**). El derecho al reajuste de precios deriva del artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa¹² (en adelante **LCA**) que dice:

“Artículo 18.- Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, en los contratos de obra, servicios y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los

¹⁰ BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. (1996). p. 9.

¹¹ Decreto Ejecutivo N°. 33114-MEIC del 16 de marzo de 2006 publicado en La Gaceta N°. 94 del 17 de mayo de 2006.

¹² Ley N°. 7494 de 2 de mayo de 1995 publicada en el Alcance N°. 20 a La Gaceta N°. 110 de 8 de junio de 1995.

índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios de la oferta y los índices correspondientes al mes de la apertura de las ofertas. Para aplicar el reajuste, el contratista deberá presentar, en su oferta, un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que componen su precio, incluyendo un desglose de los precios unitarios. La presentación de facturas, por avance de obra cada mes, será obligatoria [...]

Asimismo, en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes, así como la referencia al Reglamento, en cuanto al mecanismo de aplicación”. (Se agrega el subrayado al texto original)

En términos generales la definición de los parámetros de reajuste de precios deben ser especificados en el cartel de la licitación. Sin embargo, en muchas ocasiones es expresa la remisión a las metodologías y fórmulas establecidas en el RRP. Es importante entender que los reajustes se realizan sobre cálculos mensuales y se encuentran estrictamente vinculados a la presentación de facturas por avance de obra, avances, valga la aclaración, que son también mensuales y obligatorios.

1. Cotización y pago en moneda extranjera

La oferta puede presentarse ante la Administración total o parcialmente en moneda extranjera lo cual se encuentra expresamente recogido en el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa¹³ (en adelante RLCA) y el artículo 21 del RRP. Y el pago podrá realizarse en la moneda pactada en la contratación o en colones costarricenses utilizando el tipo de cambio de referencia para la venta, calculado por el BCCR, conforme al citado artículo 25 del RLCA.

Como se adelantaba líneas atrás, el pago de la contratación se hace sobre la base de avances de obra. El artículo 6º prevé entonces la presentación de dos facturas. Una por concepto de avance y otra por concepto de reajuste. Es importante aclarar que la factura por reajuste no

¹³ Decreto Ejecutivo N°. 33411-H del 27 de setiembre de 2006 publicado en La Gaceta N°. 210 del 2 de noviembre de 2006.

se presenta en el mismo momento que la factura por avance. Esto porque el reajuste debe reconocerse previamente conforme se verá más adelante. En ese mismo sentido, puede verse el artículo 24 del RRP.

2. Metodología de reajuste en moneda extranjera

Como punto de partida deben tomarse en consideración los principios de aplicación de reajuste de precios sentados en el artículo 4º inciso 7 del RRP:

Artículo 4.- Principios generales. Los reajustes de precios se determinarán según los siguientes principios generales: [...] 7. Las bases de referencia para que se efectúe el reajuste serán: / En primer lugar, las variaciones en los precios de los costos directos e indirectos son los que activan el instrumento de reajuste del precio del contrato. / En segundo lugar, el valor de los índices de precios iniciales¹⁴ correspondientes al tipo de obra en la fecha de presentación de las ofertas.¹⁵ / En tercer lugar, el reajuste se calculará sobre estimaciones mensuales de avance de la contratación, con base en los programas de trabajo vigentes. Si las actividades sufren atrasos imputables al contratista, en relación con lo dispuesto en el programa de trabajo vigente¹⁶, el precio de dichas

¹⁴ **“41. Valor del Índice de Precios Inicial:** Valor de los índices oficiales de precios elaborados por el INEC establecidos en este Reglamento, que corresponden a la fecha de presentación de las ofertas de los participantes en la licitación”. (Art. 3º RRP)

¹⁵ **“20. Fecha de presentación de ofertas:** Mes límite de recepción de las ofertas indicado en el cartel”. (Art. 3º RRP)

¹⁶ “33. Programa de Trabajo: Secuencia e interrelación de las actividades de una obra por realizar dentro de un lapso determinado. Este lapso se obtiene a partir de una estimación de la duración probable de cada una de las actividades (ruta crítica), de la secuencia en que deberán realizarse, así como de las fechas de inicio y término de los trabajos, tomando en consideración los recursos necesarios para desarrollar las actividades (mano de obra o personal, maquinaria y otros insumos). El programa de trabajo permite llevar un control sobre lo que efectivamente se haya ejecutado en relación con lo planeado, es decir, observar el avance o retraso del trabajo. Este programa es presentado junto con la oferta del contratista.

34. Programa de Trabajo Inicial: Programa de trabajo propuesto por el contratista y aprobado por la Administración Contratante al momento de presentar la oferta. **35. Programa de Trabajo Vigente:** Programa de trabajo inicial de una obra, modificado, según los mecanismos legales vigentes, por las ampliaciones o disminuciones que procedan en tiempo y plazo en cada actividad, aprobadas por la Administración Contratante. Procede también en casos de fuerza mayor, o en demoras ocasionadas por la misma Administración Contratante”. (Art. 3º RRP)

actividades se reajustarán con base en los índices de precios¹⁷ que originalmente les correspondían de acuerdo con dicho programa (ruta crítica), según lo establecido en el presente reglamento. Por el contrario, si las actividades se adelantan en relación con lo dispuesto en el programa de trabajo vigente, el precio de dichas actividades se reajustarán con base en los índices de precios del mes en que efectivamente se realizaron”.

Conforme a la redacción del párrafo tercero del inciso 7º del artículo 4º del RRP el índice final se fijará en el mes de realización de la actividad conforme al programa de trabajo, si las actividades se adelantan se aplicará el índice del mes de realización efectiva de la actividad y si las actividades se atrasan por razones imputables al contratista se aplicará el índice final del mes en que se preveía la realización de la actividad.

Por último, el índice final aplicable por atrasos imputables a la Administración contratante será el del mes en que se tenía prevista la realización de la actividad conforme al programa de trabajo vigente modificado conforme al artículo 7º del RRP.

La metodología para el contrato pactado total o parcialmente en moneda extranjera¹⁸ viene definida en el artículo 23 del RRP.

a. Primer supuesto (mecanismo ordinario)

El primer supuesto contemplado en el artículo 23 del RRP es el establecido en el párrafo primero según el cual: *“En la generalidad de los casos en que el precio de un contrato de obra pública se haya convenido parcial o totalmente en moneda extranjera, el equilibrio económico del contrato para la parte de moneda extranjera se mantiene por medio de la variación del tipo de cambio¹⁹ vigente a la fecha efectiva de pago”.* (Art. 23, párr. 1º RRP)

¹⁷ **“23. Índice de precios:** Indicador que mide la evolución que tienen los precios de un grupo de bienes y servicios entre dos períodos determinados”. (Art. 3º RRP)

¹⁸ **“28. Moneda Extranjera:** Moneda Oficial de un país diferente a la de Costa Rica en que el contratista solicita se le cancele el contrato según su oferta”. (Art. 3º RRP)

¹⁹ **“40. Tipo de cambio:** Se entenderá como tal el precio promedio de una moneda extranjera en términos de colones costarricenses, resultado de la suma del tipo de cambio de venta y del tipo de cambio de compra, vigentes a la fecha de efectivo pago que establece el BCCR, y la división del resultado entre dos. Para efectos de contratos expresados en alguna moneda extranjera diferente al dólar de los EUA, se utilizarán los tipos de cambio unilaterales establecidos oficialmente por el BCCR”. (Art. 3º RRP)

Denominé al presente supuesto como mecanismo ordinario dado que los restantes mecanismos son de excepción. Como veremos más adelante, la Contraloría General de la República (en adelante CGR) denomina este mecanismo como “automático”.²⁰

Analicemos las consecuencias prácticas de este mecanismo. Si se nos presenta un aumento de precios en el valor de un bien o servicio conforme a la oferta se nos presentan cuatro posibles escenarios.

- I. Que el aumento de precio se compense²¹ con el aumento del tipo de cambio. Por ende el tipo de cambio compensa el reajuste a reclamar recibiendo el contratista el valor real del precio del bien.
- II. Que el aumento de precio sea menor al aumento del tipo de cambio. Por ende el tipo de cambio compensa parcialmente el reajuste a reclamar y aún así el contratista se ve beneficiado por el aumento del tipo de cambio. ¿Debe entonces rebajársele al contratista ese porcentaje adicional o forma parte de su (buena) ventura²² empresarial?

²⁰ Oficios 00062 del 5 de enero de 2005 (DI-AA-0011), 00975 del 4 de febrero de 2003 (DI-AA-246) y 00022 del 2 de enero de 2002 (DI-AA-010), de la CGR.

²¹ La palabra compensación se utiliza en términos jurídicos conforme a los artículos 806 y 807 del Código Civil: **“Artículo 806.- Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho, siempre que ambas deudas sean líquidas y exigibles, y de cantidades de dinero o de cosas fungibles de la misma especie y calidad. Artículo 807.- Si las deudas no fueren de igual suma, la compensación se efectuará en la parte correspondiente. [...]”** La compensación opera de pleno derecho y extingue ambas obligaciones conforme a los artículos 633 y 809 del Código Civil. Es cuestionable si la Administración posee una obligación a su favor.

²² Los términos riesgo y ventura están utilizados en lenguaje jurídico y conciernen a: *“riesgo como contingencia o proximidad de un daño ajeno a la esfera de actuación de las partes de un contrato, y la ventura como expresión de que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien”*. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español (14 de mayo de 2001 y 22 de noviembre de 2001) tomada de: VVAA (2009). Diccionario de contratación pública. Primera ed. Editorial Iustel. España. p. 614. Para mayor desarrollo del principio de riesgo y ventura en Costa Rica véase: JIMÉNEZ MEZA, Manrique (2001). Derecho público. Primera ed. Editorial Jurídica Continental. Costa Rica. pp. 162 y ss. LÓPEZ JIMÉNEZ, Enrique. (2013). La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica”. Revista de Ciencias Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas. N°. 132. pp. 139-172.

- III. Que el aumento de precio sea mayor al aumento del tipo de cambio y se presente una disminución del tipo de cambio respecto del tipo de cambio del día de presentación de las ofertas. Por ende el tipo de cambio no compensa parcialmente el reajuste a reclamar y el contratista recibe un pago por reajuste del 100%. ¿Debe entonces aumentársele al contratista ese porcentaje adicional que perdió por el mecanismo del tipo de cambio o forma parte de su riesgo empresarial?
- IV. Que el aumento de precio sea mayor al aumento del tipo de cambio.

Los casos II. y III. los retomaremos en el próximo apartado para analizarlos más detenidamente dado que el RRP no ofrece una solución al respecto la cual considero debe integrarse entonces a partir del bloque de constitucionalidad en apego al bloque de legalidad. Para el caso IV. la solución se encuentra en los párrafos 2 a 5 del artículo 23 del RRP que de seguido revisaremos.

b. Segundo supuesto (Mecanismo excepcional)

El párrafo segundo del artículo 23 del RRP recoge los criterios de excepción para el reajuste de precios en contratos pactados total o parcialmente en moneda extranjera. Dicho artículo indica que:

*“Como **excepción**, procederá el reajuste de precios cuando se produzca variación en los precios de un insumo o servicio necesario para el cumplimiento del contrato²³, que no haya sido cubierto mediante el mecanismo de la variación del tipo de cambio”.*

Las premisas para la aplicación de este mecanismo de excepción son las siguientes:

1. Variación de precios de insumos o servicios necesarios para el cumplimiento del contrato. Los demás componentes del precio deberán permanecer constantes conforme al párrafo 5º del artículo 23 del RRP.

²³ **“27. Insumos y Servicios Específicos:** *Cualquier insumo o servicio parte del costo directo de la obra que por sus características especiales y por su relevancia en el costo se decide reajustar utilizando el método analítico (por diferencia entre el precio del insumo o servicio en el momento de la oferta y el precio final de cada compra de este insumo). La ponderación de estos costos dentro de la estructura del precio del contrato será establecida por la Administración Contratante en el cartel”.* (Art. 3º RRP)

2. Que no haya operado una compensación total mediante el mecanismo ordinario del tipo de cambio.

De cumplirse dichas premisas, se aplicarán entonces los párrafos 3º y 4º del artículo 23 operando de la siguiente manera:

Primer supuesto: si existen índices de precios para el insumo o servicio específico se reajustará con dicho índice de precios.

Segundo supuesto: *“En el caso de que no existiera ningún índice de precios que refleje la variación de los precios, se utilizará para el reajuste de precios el método analítico²⁴, tomando en consideración la diferencia en el precio del insumo entre el día de oferta y el día de compra”²⁵.*

²⁴ “38. Reajuste de Precios mediante procedimiento analítico: Uno de los procedimientos para el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato que se aplicará cuando el desequilibrio económico lo pueda ocasionar el aumento del costo de insumos o servicios específicos, o para los contratos establecidos en moneda extranjera”. (Art. 3º RRP)

²⁵ “VIII.- MÉTODOS DE CÁLCULO.- [...] El Método Sintético, que está basado en el comportamiento de los índices de precios, sean éstos publicados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio o por las Cámaras de Construcción en las diferentes ramas. El Método Analítico, que se fundamenta en las variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes. El Método Analítico Modificado, que se basa en los aumentos de la mano de obra, los pagos internacionales, en los materiales incorporados y combustibles requeridos en la ejecución de la obra. Y por último, el llamado Método Sintético Alterno, como procedimiento particular para los contratos de construcción de edificios y obras similares. Como el reajuste es la actualización del precio, en los términos ya definidos, el empleo de uno u otro método debe ser indiferente. Todos deben llevar a concretizar el valor real del precio contractual y lo que tienen en común todos estos métodos, es que el cálculo se hace con la aplicación de una fórmula matemática que se define de previo en los carteles de las licitaciones, en los contratos respectivos o en las modificaciones a los contratos, y dentro de la fórmula, se deben incluir los elementos que la componen y los valores que se atribuyen [...]”. Voto 7261-94 de las 8:30 hrs. del 9 de diciembre de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SCCSJ). “[...] el método sintético alterno se encuentra derogado [...]”. Oficio 4203 del 22 de marzo de 2006 (DCA-0697), de la CGR.

Es indispensable estar claros en que en ambos casos debe considerarse la compensación parcial recibida en la aplicación del mecanismo de la variación del tipo de cambio.

3. Aclaraciones sobre el procedimiento administrativo a seguir

La solicitud de reajuste de precios del contrato pactado total o parcialmente en moneda extranjera debe realizarse a instancia de parte. Y requiere de la presentación de: “*los estudios económicos-financieros, el presupuesto detallado de la obra, y toda la prueba documental que considere necesaria para demostrar el desequilibrio financiero del contrato y que represente de manera adecuada la oferta original*”. (Art. 23, párr. 6º RRP)

En principio la Administración dispondrá de 30 días naturales adicionales para conocer de la solicitud y en caso de reconocerla, pagarla (Art. 23, párr. 7º RRP). Dicho plazo es adicional a los 10 días hábiles otorgados en el artículo 17 del RRP y la resolución tendrá los recursos ordinarios de la *Ley General de la Administración Pública*.

El derecho a reajuste rige desde la presentación de la oferta (Art. 4 inc. 3 RRP), se calculará sobre el total de la facturación de cada mes con base en el programa de trabajo vigente (Art. 4 inc. 4 RRP) y termina con el finiquito contractual (Art. 4 inc. 5 RRP).

Si bien el derecho a reajuste nace con la presentación de la oferta, solo podrá ser solicitado cuando inicie la ejecución contractual. Las gestiones por concepto de reajuste de precios prescriben en 5 años y la presentación de la solicitud interrumpe la prescripción conforme al artículo 31 del RLCA.

II. REAJUSTE DE PRECIOS Y BANDAS CAMBIARIAS

Tenemos aún dos temas importantes por resolver que son: (1) ¿Qué sucede cuando la variación del tipo de cambio excede el monto a reajustar? y (2) ¿Qué sucede cuando la variación del tipo de cambio no aumenta (crece) sino que es menor a la proyectada en la oferta (decrece)?

Aclarada, en el punto primero, la coyuntura costarricense respecto del tipo de cambio a partir del 18 de octubre del año 2006, es importante

dimensionar la variación de tipo de cambio mes a mes puesto que los cálculos y cobros por concepto de reajuste se realizan sobre una base mensual. Considerando exclusivamente el tipo de cambio de venta en el período comprendido entre el 18 de octubre de 2006 y el 8 de marzo de 2014, que presenta una línea de tendencia decreciente, o sea, que el tipo de cambio ha tendido a disminuir mes a mes.

Con ocasión de dicha coyuntura a continuación expondré seis casos que pueden presentarse a nivel teórico teniendo siempre en mente que el punto de partida es la existencia de una oferta y contrato en moneda extranjera (en este caso dólares).²⁶

1. Caso 1

Supuestos	Consideraciones	Resultado
1. $\text{€}1 = \$1$ 2. $\%R = 0$	$P.Of = P.Real$	En este caso nos encontramos ante una correspondencia absoluta entre el precio de oferta y precio real pagado al contratista.

2. Caso 2

Supuestos	Consideraciones	Resultado
1. $\text{€}2 = \$1$ 2. $\%R = 0$	$P.Of < P.Real$	En colones el precio real es mayor al precio de oferta por lo que se genera un EXCEDENTE. ¿Se trata de un riesgo de la Administración y una buena ventura del contratista? ¿Debe disminuir la Administración igualándolo al precio ofertado?

²⁶ Se utilizarán las siguientes abreviaturas: **%R**: Porcentaje a reajustar. **P.Of**: Precio de oferta. **P.Real**: Precio real reconocido al contratista. **%MCTC**: Porcentaje de variación del mecanismo de tipo de cambio. ***%R**: Diferencia por compensación del mecanismo de tipo de cambio respecto del porcentaje a reajustar en donde el porcentaje a reajustar es mayor al porcentaje de variación del mecanismo de tipo de cambio por lo que hay una porción del porcentaje de reajuste a favor del contratista. ***%MCTC**: Diferencia por compensación del mecanismo de tipo de cambio respecto del porcentaje a reajustar en donde el porcentaje del mecanismo de variación del tipo de cambio es mayor al porcentaje de reajuste por lo que no hay porcentaje de reajuste a favor del contratista. **\$**: símbolo de dólar, moneda de curso legal de Estados Unidos de América. **€**: símbolo de colón, moneda de curso legal de la República de Costa Rica.

3. Caso 3

Supuestos	Consideraciones	Resultado
1. $\text{C1} = \$2$ 2. $\%R = 0$	$\text{POf} > \text{PReal}$	En colones el precio real es menor al precio de oferta por lo que se genera un FALTANTE. ¿Se trata de un riesgo del contratista y una buena ventura de la Administración? ¿Debe aumentar la Administración igualándolo al precio ofertado? Sin embargo, se trata, en la actualidad, de un caso hipotético de muy difícil acaecimiento.

4. Caso 4

Supuestos	Consideraciones	Resultado
1. $\text{C1} = \$1$ 2. $\%R > 0$ 3. $\%MCTC = 0$	$\text{POf} < \text{PReal}$ $\text{POf} + (\%R - \%MCTC) = \text{PReal}$ Si $\%MCTC = 0$ Entonces: $\text{POf} + \%R = \text{PReal}$	En este caso nos encontramos ante una correspondencia absoluta entre el precio de oferta y precio real pagado al contratista por aplicación directa del reajuste. Este es un caso idéntico al del simple reajuste en colones.

5. Caso 5

Supuestos	Consideraciones	Resultado
1. $\text{C2} = \$1$ 2. $\%R > 0$ 3. $\%MCTC = 0$	$\text{POf} < \text{PReal}$ Si $\%MCTC > 0$ Entonces tenemos tres subcasos:	Si se busca que: $\text{POf} = \text{PReal}$
	a. $\%MCTC = \%R$ $\%R - \%MCTC = 0$ $\text{POf} + (\%R - \%MCTC) = \text{PReal}$ Entonces: $\text{POf} = \text{PReal}$	Opera una compensación total entre el porcentaje a reajustar y el porcentaje de variación del tipo de cambio. Supuesto del párrafo 1° del artículo 23 del RRP.

Continúa...

Supuestos	Consideraciones	Resultado
	<p>b.</p> $\%MCTC < \%R$ $P.Of + (\%R - \%MCTC) = P.Real$ $si \%R - \%MCTC = * \%R$ $P.Of + * \%R = P.Real$ <p>Entonces: $P.Of = P.Real$</p>	<p>Opera una compensación parcial entre el porcentaje a reajustar y el porcentaje de variación del tipo de cambio. Finalmente se aplica el residuo del porcentaje de reajuste para reajustar la porción no compensada</p> <p>Supuestos de los párrafos 2º, 3º y 4º del artículo 23 del RRP.</p>
	<p>c.</p> $\%MCTC > \%R$ $P.Of + (\%R - \%MCTC) = P.Real$ $si \%R - \%MCTC = * \%MCTC$ $P.Of + * \%MCTC > P.Real$ <p>Entonces: $P.Of > P.Real$</p>	<p>El porcentaje de variación por reajuste se ve compensado totalmente por el porcentaje de variación del tipo de cambio. Sin embargo, el porcentaje de variación del tipo de cambio excede el porcentaje de variación por reajuste por lo que hay un EXCEDENTE que produce un mayor precio de oferta frente al precio real.</p>

6. Caso 6

Supuestos	Consideraciones	Resultado
<p>1. $\text{€}1 = \\$2$</p> <p>2. $\%R > 0$</p> <p>3. $\%MCTC = 0$</p>	$P.Of < P.Real$ $P.Of + (\%R - \%MCTC) = P.Real$ $si \%MCTC < 0 \text{ y } \%R > 0$ $\%R - \%MCTC = * \%R$ <p>Entonces:</p> $P.Of + * \%R < P.Real$	<p>En este caso el precio de oferta sumado a la diferencia entre el mecanismo de variación del tipo de cambio y el mecanismo de reajuste es menor al precio real porque el reajuste viene a compensar la disminución del tipo de cambio. Esto hace que el tipo de cambio compense total o parcialmente la disminución del tipo de cambio. En otras palabras el FALTANTE se está compensando con el reajuste.</p>

III. DISTRIBUCIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

1. ¿Qué se ha hecho?

Si nos advocamos a una revisión jurisprudencial del caso nos encontraremos con fallos de la CGR similares al que transcribimos a continuación:

“[...] En cualquier caso, debe reiterarse lo señalado en nuestro oficio No. 10641 que indica “no proceden los reclamos o mecanismos fundamentados exclusivamente en la aplicación de un nuevo régimen cambiario, ya que este es un riesgo comercial [del] contratista cuando decide ofertar en una moneda distinta al colón costarricense”, razón por la cual las solicitudes de conversión de moneda que presenten los contratistas deberán contener la cuantificación de los mayores costos que enfrentan producto de alteraciones imprevisibles o no atribuibles al riesgo del contratista”.²⁷ [El subrayado se agregó al texto original].

Sin embargo, no comparto el presente criterio dado que no se ajusta al bloque de constitucionalidad y por el contrario podría llegar a implicar que la Administración puede hacer un “buen negocio” a costa del contratista.

Es por esto que este criterio es eminentemente dependiente de una realidad coyuntural que vivía nuestro país ante la depreciación diaria del colón frente al dólar. Pero sería cuestionable su sustento en momentos de transición, como el vivido por nuestro país cuando se modificó el sistema de cambio de “*crawling peg*” (minidevaluaciones) por el de “bandas de fluctuación”, el que se encuentra en función de las leyes de oferta y demanda de divisas y sus fluctuaciones. Por ello, el oficio **07563-2009** del 16 de julio de 2009 (DJ-0258-2009) tuvo que entrar a conocer el tema:

“Sobre el tema, el oficio N° 10641 (DCA-3087) del 12 de septiembre de 2007, efectivamente reconoce que en las contrataciones de servicios pactadas en dólares y pagaderas en colones, antes de la implementación del sistema cambiario de bandas, el tipo de cambio generaba aumentos escalonados del precio al recibir el contratista más colones por los mismos dólares ofertados y por ende, en cada momento de pago se restablecía implícitamente el equilibrio económico-financiero del

²⁷ Oficio **07563** del 16 de julio de 2009 (DJ-0258-2009), de la CGR.

contrato; razón por la cual no se justificaba la incorporación de un mecanismo adicional basado en fórmulas matemáticas e índices de precios. [...] No obstante, con la entrada en vigencia —el 17 de octubre de 2006— de un régimen cambiario basado en un sistema de bandas, y sus consecuencias, a saber: que el tipo de cambio puede variar en un margen mayor y bajar efectivamente, en tanto en que antes solo aumentaba siempre bajo la presencia activa del Banco Central [...] se logró determinar que con el sistema de bandas, el tipo de cambio del colón con respecto al dólar de los Estados Unidos de América no necesariamente tendrá una tendencia incremental. [...] Por ello, a partir de su entrada en vigencia se concluyó que el tipo de cambio no siempre funcionará como un mecanismo implícito de ajuste del precio”.

Es evidente que, si el sistema de tipo de cambio ha variado, el criterio históricamente sostenido por la CGR ya no garantiza el equilibrio económico financiero en los contratos pactados en dólares. Tal situación inevitablemente plantea la revisión del artículo 23 del RRP como respuesta general y como mecanismo de reajuste de precios en los contratos pactados en dólares. Esto es lo que parece plantear la CGR en el oficio de cita, pues ofrece “salidas” alternativas para la problemática en cuestión.

“En esa línea, se estableció que en las contrataciones de servicios pactadas en dólares, pagaderas en moneda local, cuyos costos estuvieran expresados en colones, procede el reclamo administrativo cuando se produzcan variaciones en los costos que integran el precio ofertado, originadas por alteraciones imprevisibles o no atribuibles al riesgo del contratista, salvo que esos mayores costos estén cubiertos por el tipo de cambio al momento de pago. Cabe señalar, que en el reclamo administrativo debe demostrarse el evento que origina los mayores costos, su impacto y cuantificación. [...] Pero también, adicionalmente a lo anterior, este órgano contralor ha reconocido que como alternativa al reclamo administrativo, las partes pueden optar por otras medidas como la conversión del precio pactado a colones —por medio de una adenda— e introducir una fórmula matemática basada en índices locales. Esto no implica que se pueda dar una modificación en los costos ya ofertados, sino, que la modificación es respecto a la moneda en que serán pagados pero respetándose siempre la estructura del precio ofertado. [...] Lo anterior significa que, la conversión de la moneda supone un acuerdo de las partes para modificar el contrato sobre este punto, sobre la base de la misma estructura de costos que el contratista había establecido ya desde su oferta inicial, es decir que si bien el valor

del precio cambia porque se expresará en colones, el porcentaje de cada rubro que compone el precio debe mantenerse inalterado. [...] Eso sí, debe tenerse claro que la posibilidad de convertir a colones el precio pactado en dólares se sustenta en la ocurrencia de un hecho que cambia el cuadro fáctico de la contratación en lo que se refiere al reconocimiento de costos imprevisibles y no imputables al contratista, por lo que dicha modificación contractual tendría vigencia a futuro. En ese mismo sentido, por tratarse de una modificación a un elemento esencial del contrato sería necesaria su formalización mediante adenda, así como la aprobación de la instancia correspondiente. [...] Ahora bien, aun cuando se ha dicho que, la conversión de la moneda pactada y el mecanismo de revisión del precio que se pacte tienen una vigencia hacia el futuro, en realidad la entrada en vigencia de la conversión a colones queda sujeta al momento o fecha en que las partes acuerden su realización, siempre y cuando previamente se haya demostrado fehacientemente que existen variaciones de costos no cubiertas por el tipo de cambio. [...] Interesa destacar de igual forma que, para fijar esta fecha normalmente se toma en cuenta el momento de cotización de la oferta; si ésta fue presentada antes o después de la entrada en vigencia del sistema de bandas —a saber el 17 de octubre de 2006— y la fecha del inicio de la ejecución del contrato, con especial atención al hecho de si se inició con posterioridad a la fecha de vigencia del sistema de bandas o no. Con estos elementos, las partes deben acordar el momento base para admitir la conversión de la moneda del contrato²⁸. [...] Estos elementos son importantes a efecto de establecer si, el entonces oferente tenía o no el conocimiento al momento en que presentó la oferta sobre la posibilidad de que el régimen cambiario sería sustituido, para establecer si éste era un riesgo no previsible. [...] Una vez definida la fecha de conversión de la moneda del contrato, ello supone que, el tipo de cambio que se utilizará para esa conversión es el que estaba vigente al momento que acuerden las partes, ejercicio que debe ser suficientemente razonado y fundamentado. Sobre esa base se realiza la conversión de la moneda a la que se le aplicará el mecanismo de revisión del precio según la fórmula matemática basada en índices locales que se defina. [...] Pero

²⁸ Al respecto, véanse los oficios **1968** del 6 de marzo de **2008** (DCA-00688), **9368** del 9 de setiembre de **2008** (DCA-2763) y 10146 del 30 de setiembre de **2008** (DCA-3050) de la CGR.

también, interesa señalar que una vez pactada y aprobada la adenda referida a la conversión de la moneda del contrato, dado que ésta opera una vez que se haya cumplido con el requisito del refrendo o aprobación interna según corresponda, es posible para el contratista presentar un reclamo administrativo para que se le reconozcan las diferencias entre el precio fijado en²⁹ colones y el precio establecido en dólares en su cotización, para el período anterior a la vigencia de la adenda y hasta el día en se reconoce la conversión de la moneda del contrato. Igualmente para ello, deberá demostrar que se produjeron variaciones en los costos que integran el precio ofertado, originadas por alteraciones imprevisibles o no atribuibles al riesgo del contratista, así como deberá demostrar el evento que origina los mayores costos, su impacto y cuantificación”.

2. ¿Qué se busca?

Sin embargo, hemos avanzado en el tema sin fijarnos un norte. ¿Qué perseguimos con la aplicación del principio de equilibrio económico y financiero? La respuesta aparece en el voto de la SCCSJ 6432-98³⁰ que en términos generales nos plantea el reajuste de precios como la reacción del ordenamiento jurídico dentro de la teoría del equivalente económico para garantizar el principio de intangibilidad patrimonial en los contratos administrativos.

Dicho principio presupone la existencia de riesgos y circunstancias no previstas, imprevisibles, que pueden incidir en la ejecución contractual, no solo sobre el beneficio del contratista sino también sobre el capital invertido.

El equilibrio económico del contrato, a través del reajuste de precios busca que el contratista pueda “*lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias*”³¹ El voto **6432-98**, haciendo énfasis en la línea jurisprudencia que la SCCSJ ha sostenido, que:

²⁹ Para el caso de los contratos de obra véase el oficio 04019 del 30 de abril de 2009 (DCA-1148) de la CGR.

³⁰ Voto 6432-98 de las 10:30 hrs. del 4 de setiembre de 1998 de la SCCSJ.

³¹ Voto 6432-98.

“[...] -para mantener el equilibrio económico del contrato, existe un derecho a los reajustes de precios, que nace desde el momento mismo en que el contratista entrega su oferta a la Administración; -los reajustes deben originarse en situaciones imprevistas para las partes o que, aunque previsibles, por ser el producto del comportamiento normal del mercado local, afectan el nivel de las prestaciones de las partes; -los riesgos derivados del punto inmediato anterior deben ser asumidos por la Administración y desprendido de este fundamento del que es consecuencia, resulta que el contratista no debe asumir riesgos irracionales; -reconocer los reajustes de precios no es potestativo del Estado, sino su obligación, puesto que está involucrando el interés público inmerso en la ejecución del contrato; -las sumas que se reciben por concepto de reajustes de precios no constituyen, en estricto sentido jurídico, una indemnización, sino la restitución del valor real de la obligación, o sea, el pago integral del precio del contrato;-el derecho de los contratistas a cobrar los reajustes de precios es irrenunciable anticipadamente y prescribe junto con el derecho a percibir el pago. [...]”³²

Como mecanismo para mantener la intangibilidad patrimonial del contrato, inmerso en los artículos 45 y 182 de la Constitución Política, el reajuste de precios posee rango constitucional. Por ello, *“el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tema y desarrollo de un principio constitucional, no permite ni el extremo perjuicio injustificado a cargo del contratista, ni el enriquecimiento ilícito para ninguna de las partes”*.³³

Al amparo del voto 6432-98 no puede sostenerse que la falta de metodología o la existencia de una metodología previa constriña a la Administración. En ausencia de metodología (en la ley o reglamento) puede aplicarse de forma directa el reajuste. Y ante la existencia de una metodología, si esta no garantiza el mantenimiento del equilibrio económico y financiero, la Administración tiene la obligación de modificar el sistema y el administrado está autorizado a impugnarlo; rechazando expresa y tajantemente la intervención de la CGR.³⁴

³² Ídem.

³³ Ídem.

³⁴ *“ [...] la definición política de la planeación de la contratación de obra pública, la determinación de los recursos financieros para hacerlo, la definición del contenido normativo de los contratos, su ejecución y como parte de ello, el mantenimiento de la ecuación financiera de los contratos, es tarea de la Administración activa, y no de los órganos de control, que no están diseñados para compartir la responsabilidad de lo que se hace o se deja de hacer, limitándose su esfera de acción a la verificación de las reglas constitucionales y legales del uso de los fondos públicos. Asimismo,*

En conclusión, las metodologías o mecanismos de reajuste de precios poseen dos parámetros básicos en su construcción y aplicación siempre que se pretenda garantizar los principios constitucionales de equilibrio económico e intangibilidad patrimonial.

En primer lugar, que se respeten en los mecanismos y procedimientos los parámetros estrictos de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad para que el mecanismo sea equitativo y ponderado.³⁵

Y en segundo lugar, que en caso de “*coexistir, simultáneamente, distintos métodos o sistemas de cálculo de reajuste de precios en tanto garanticen el mismo resultado, el mantenimiento del valor real del precio del contrato*”.³⁶

CONCLUSIONES

Sentados los presupuestos prácticos y teóricos es importante replantear los problemas que nos presentan el exceso y/o el faltante generado en la aplicación del tipo de cambio cuando este es mayor o menor, respectivamente, respecto del tipo de cambio fijado en la oferta.

- a. El primer problema, expuesto en el caso 5.a, que analizamos en el apartado III, radica en: ¿Qué hacer con el excedente generado cuando el tipo de cambio de pago es mayor que el tipo de cambio ofertado?

si por un lado se afirma que los reajustes están regulados por el principio de reserva de ley [...] no resulta constitucionalmente posible que sea la propia Contraloría la que defina qué, cómo y cuándo se paga por concepto de reajustes, y que le corresponda a esta Institución elaborar fórmulas y emitir criterios generales de administración activa. Pareciera, desde la óptica de la institución jurídica bajo examen, que lo que entra en juego es la oposición de los derechos del contratista a percibir el pago íntegro y el del Estado de ser eficiente en la construcción de sus proyectos [...]. [El subrayado se agregó al texto original].

³⁵ “Tratándose de un derecho de “superior rango”, su desarrollo debe reservarse a la ley formal, en atención del principio de reserva de ley, con las limitaciones que ello impone a la potestad reglamentaria. Por lo tanto, vía reglamento solo se podrían [...] establecer los mecanismos o procedimientos mediante los cuales se hagan los respectivos cálculos, en cuyo contenido estén comprendidos los parámetros estrictos de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, para que se pueda obtener un mecanismo equitativo y ponderado que mantenga el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, caso contrario, se estaría ante una violación constitucional”. Voto 6432-98.

- b. El segundo problema, expuesto en el caso 6, que analizamos en el apartado III, radica en: ¿Debe completarse el precio ante el faltante provocado cuando el tipo de cambio de pago es menor que el tipo de cambio ofertado?

En principio ambos problemas son inversamente proporcionales uno con otro. Considero que puede interpretarse que el excedente actúa en beneficio del contratista y el faltante actúa en beneficio de la Administración. No considero ajustado al principio de equilibrio económico del contrato obligar a una de las partes a un comportamiento dado cuando su co-contratista en la relación bilateral y sinalagmática no tiene una obligación recíproca. Inversamente, sería contrario a la proporcionalidad y equilibrio económico del contrato eximir a una de las partes de la obligación pero manteniendo a la otra parte obligada a la prestación.

Esto nos da dos posibles soluciones, la primera es reconocer el derecho del contratista a que se le complemente el faltante del tipo de cambio con el derecho correlativo de la Administración a restar el excedente cuando este se genere. La segunda es negar el derecho del contratista a reclamar el faltante vía reajuste de precios y por ende la

En el primer caso, conforme a los artículos 18 de la LCA y 4.2 del RRP, admitiríamos que el tipo de cambio está afectando el reconocimiento real del aumento de los costos directos o indirectos del precio por lo que el precio debe aumentarse o disminuirse en esa proporción para garantizar que el precio real es equivalente al precio ofertado.

En el segundo caso, conforme a la jurisprudencia tradicional de la CGR citada líneas atrás, estaríamos incorporando el faltante del tipo de cambio al riesgo empresarial y por ende álea normal y ordinaria del contratista que forma parte del álea empresarial (comercial interna).

Sin embargo, analicemos las implicaciones legales de una u otra solución teniendo siempre en cuenta que nos estamos refiriendo a una coyuntura del régimen de tipo de cambio.

³⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ. *La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica*. p. 147.

1. Reconocer el riesgo cambiario

En el presente supuesto nos ubicamos ante la posible aplicación del principio de riesgo y ventura. Sin embargo, ya la doctrina costarricense se ha referido a la falta de regulación del principio de ventura.³⁷

A pesar de lo anterior, de una interpretación constitucional, integral y evolutiva de la relación contractual el principio de ventura se sobreentiende como correlato del principio de riesgo. Para el caso del contrato de obra, así parece extraerse del artículo 150 del RLCA que nos dice que: *“En el contrato de obra la ejecución se realizará por cuenta y riesgo del contratista, sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio económico del contrato, en los términos que lo regula la respectiva normativa. La Administración no asumirá ante el contratista más responsabilidades que las previstas y derivadas de la respectiva contratación”*. [El subrayado se agregó al texto original].

Siguiendo la doctrina tradicional de distribución del riesgo³⁸, este se puede clasificar según su origen (álea administrativa, álea empresarial o álea económica), su imputación (imputación de las partes o no imputable a las partes) o por la previsibilidad del riesgo (normal o anormal)³⁹.

En ese sentido, el riesgo cambiario (para utilizar la denominación de la CGR) no puede imputársele a ninguna de las partes. No es la acción voluntaria, deliberada o negligente de ninguna de las partes la que produce el riesgo. Por lo tanto, debe calificarse como externo.

Y externo tanto en su imputación como en su origen. Contrario a lo que alude la CGR no puede colocarse el riesgo cambiario dentro del riesgo comercial-interno o empresarial. Afirmar que el riesgo es introducido porque el contratista cotiza en dólares es como afirmar que el riesgo es introducido por la Administración porque recibe cotizaciones en dólares. Y en el mismo sentido, respecto de la afirmación que el

³⁷ “siendo que su inclusión daría un mejor ángulo de precisión conceptual, aún cuando no por su falta de regulación positiva deje de estar como principio objetivo de la relación contractual” JIMÉNEZ MEZA, Manrique (1999). *Justicia constitucional y administrativa. Segunda ed. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica. pp. 162-163.*

³⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ. *La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica. pp. 152-156.*

³⁹ p. 175.

riesgo cambiario forma parte del giro empresarial porque el empresario suscribe normalmente contratos en moneda extranjera y construye obras públicas. Es caer en un error de causalidad. Lo que se afirma en estos casos es que si el contratista no cotiza en moneda extranjera no hay riesgo. Que de nuevo es como afirmar que si la Administración no contratara obras en moneda extranjera tampoco hay riesgo.⁴⁰

Es importante partir de la premisa, para aclarar este punto, que las obras se construyen para la Administración y la razón por la que se cotiza en moneda extranjera es porque los bienes o servicios sólo se adquieren en el extranjero (directamente o por un intermediario o distribuidor)⁴¹. Costa Rica no es un país particularmente proclive a la manufactura de bienes industriales o materiales de construcción. Esto obliga a adquirirlos de otros países que venden en una moneda de intercambio internacional. En nuestra coyuntura, el dólar.

¿Es entonces atribuible el riesgo al álea comercial o al álea administrativa? A mi juicio la respuesta debe ser no. El riesgo forma parte del álea económica o comercial-externa. A lo sumo, considero, podría buscarse la aplicación del principio de *factum principis* considerando que la modificación del régimen cambiario es responsabilidad de otra Administración Pública (Banco Central) y de una responsabilidad única del Estado.⁴²

⁴⁰ Y podríamos seguir en la misma línea. Por ejemplo: Se puede afirmar que la empresa contratista realiza una actividad empresarial de la que espera una ganancia y que por ende corre con su “mala suerte”. ¿No se arriesga también la Administración al gestionar contratos con tan particular sujeto? Caemos entonces en el error de afirmarle a la Administración que construya sus propias obras y no hay riesgos.

⁴¹ Nótese que podría achacárseme que propongo una suerte de aplicación del principio de subsidiaridad, lo cual no hago, en el tanto, si el bien puede adquirirse en plaza o en el extranjero es un riesgo del contratista haberlo adquirido en el extranjero y que si solo puede adquirirse en el extranjero no. Es una falsa solución porque no considera las verdaderas razones por las que se cotizan y adquieren los bienes en el extranjero tales como: mejores precios (tercerización), calidad y garantías del fabricante.

⁴² Sin embargo, para aceptar esta hipótesis deben aceptarse primeramente dos premisas particularmente controversiales en la doctrina. En primer lugar, que es el Estado, como una sola persona, la que incurre en responsabilidad, en cuyo caso se habla de una responsabilidad especial. En segundo lugar, reconocer el derecho del contratista de reclamar a una

Y en cuanto a la normalidad o anormalidad del riesgo, es menester considerar que *“en todo contrato, el cocontratante en un contrato “administrativo” debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea “normal” de toda negociación, no así el álea “anormal”, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas”*.⁴³

Aquí cabe preguntarse: ¿Podía esperar el contratista una modificación agresiva del tipo de cambio? ¿Puede considerarse como previsible que el Estado modificará la política cambiaria? Y lo que es más importante: ¿Es previsible la magnitud de los efectos negativos de dicha modificación?

Esto nos lleva a la aclaración que la normalidad del riesgo puede provenir de su causa (hecho productor o motivo) o de sus efectos. Puede preverse una determinada conducta pero prever la magnitud de los efectos negativos es prácticamente imposible. Es obligar al contratista a ser un adivino o clarividente y por ende, me atrevo a decir, prever lo imposible.⁴⁴

Por las razones expuestas, considero que el riesgo cambiario excede la capacidad de previsión normal del contratista. Tanto por la variación de la política como en el impacto que produjo la política en el mercado cambiario costarricense y como los distintos intervinientes se comportaron. Especialmente, como vimos anteriormente, porque la metodología empleada, bandas cambiarias, se caracteriza por una previsibilidad a mediano plazo y no a corto plazo.

determinada Administración Pública la responsabilidad de todo el Estado (si aceptamos previamente la responsabilidad general del Estado, claro está). Esto puede ser particularmente controversial si agregamos que no todos los ordenamientos reconocen un sistema objetivo, sino subjetivo, de responsabilidad administrativa.

⁴³ MARIENHOFF, Miguel (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-A. Abeledo-Perrot. Argentina. p. 470.

⁴⁴ *“Álea “extraordinaria” o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir áleas anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depresiones monetarias, las crisis económicas, etc.”*. MARIENHOFF. (1970) T. 3-A. p. 524.

Así, aún cuando se reconozca el riesgo cambiario, este riesgo es no imputable a las partes, comercial-externo por su naturaleza económico y anormal en sus causas y magnitud de sus efectos. Por lo tanto, atribuirle al contratista el riesgo cambiario, pura y llanamente, es obligarlo a lo imposible. ¡Prever todos, todos los riesgos!

2. Reconocer el reajuste de precios

Entonces, no parece posible considerar el riesgo cambiario como un riesgo exclusivo del contratista sin tomar en cuenta las particularidades coyunturales expuestas. Por ello, nos decantamos por reconocer una necesaria distribución del riesgo cambiario entre los contratantes. Esto obliga a una contraprestación de parte de la Administración para compensar al contratista por los mayores costos sufridos. Contraprestación que debe realizarse a través de un reajuste de precios. En caso contrario, de existir un exceso, autoriza a la Administración a retener el excedente de la facturación pendiente o a exigir al contratista su reintegro.

Respecto del derecho de la Administración a esta retención o gestión de reintegro puede interpretarse de la redacción del inciso 36 del artículo 3° del RRP cuando indica que el “**Reajuste de Precios:** *Suma que se reajusta al precio de la obra pública aumentando o disminuyendo con respecto al precio inicial, mediante una fórmula matemática y utilizando índices de precios oficiales o cualquier otro mecanismo autorizado en este Reglamento*”. [El subrayado es agregado al texto original].

Sin perjuicio de lo anterior, considero que la Administración Pública en muy pocas ocasiones utiliza este recurso y por el contrario persiste la idea generalizada que el reajuste de precios solo actúa en beneficio del contratista y no de la Administración.

El reajuste debe considerar entonces la estructura de precios fijada en la oferta. Y al tenor del artículo 5° (párr. segundo, in fine) del RRP: “*En otros casos calificados, debidamente demostrados y que no representen un beneficio indebido a ninguna de las partes contratantes, la modificación de la estructura podría efectuarse siempre y cuando sea formalizada mediante addendum refrendado en sede contralora o*

*según corresponda, en la instancia u órgano pertinente encargado de la aprobación del contrato”.*⁴⁵

La justificación para esta solución la encontramos en el principio mismo de equilibrio económico y financiero del contrato administrativo como manifestación del derecho y principio constitucional a la justa distribución de las cargas públicas.

En el marco de la ejecución contractual, la obra necesariamente debe construirse, al punto que el contratista no puede alegar este incremento del costo de precios como una excepción real de incumplimiento contractual. Por el contrario, salvo que nos encontremos ante el supuesto de la teoría de la imprevisión, el contratista deberá asumir este mayor costo de forma momentánea para continuar la ejecución contractual so pena de incurrir en un atraso cuyas consecuencias pueden conllevar una penalización contractual o una sanción.

Entonces, partiendo del supuesto de una ejecución diligente por parte del contratista, una vez finalizado el mes calendario presentará el informe de avance de obra, la facturación y la solicitud de reajuste de precios amparado en el supuesto extraordinario del artículo 23 del RRP.

Es mi parecer que si obligamos al contratista a asumir este costo lo estamos obligando a una injusta distribución de cargas públicas porque la obra construida lo será con una carga mayor por parte de ese contratista que también ha contribuido en la financiación de esa obra a través del régimen contributivo ordinario (tributario). Y en la misma línea, la Administración podrá echar mano de una obra por la cuál no pago su valor real y por ende se enriqueció de ese contratista sin causa justa.

Sin embargo, al amparo del propio artículo 18 de la LCA el equilibrio económico del contrato es un derecho del contratista y el reajuste de precios parece ser un mecanismo adecuado para compensar este tipo de desequilibrio causado por las variaciones del tipo de cambio. Si sería discutible si el artículo 23 contempla la variación de los precios cuando es producida por el propio mecanismo de reajuste, o sea, el “mecanismo de la variación del tipo de cambio”.

⁴⁵ Un problema de principio será obtener el refrendo contralor puesto que como vimos estamos contradiciendo la opinión de la propia CGR.

Pero es un problema “aparente”. El párrafo segundo del artículo 23 del RRP no hace distinción en cuanto al motivo de hecho que origina la variación de precios. Por el contrario el artículo 23 párrafo segundo tiene una redacción abierta y no restrictiva: “*Como excepción, procederá el reajuste de precios cuando se produzca variación en los precios de un insumo o servicio necesario para el cumplimiento del contrato, que no haya sido cubierto mediante el mecanismo de la variación del tipo de cambio*”. [El subrayado se agregó al texto original].

Lo que si podría producir un problema es argumentar que el tipo de cambio, como mecanismo de reajuste (o procedimiento en sentido amplio), puede no llegar a garantizar el pago integral y real del precio del contrato. Como afirmé en otra ocasión, con cita del voto **6432-98** de la Sala Constitucional:

*“De existir un sistema legal que desarrolle este derecho, este debe “[...] garantizar que se llegue, por medio de su aplicación, a resultados justos, equitativos, o sea, al pago integral del precio del contrato; y para el caso que el resultado no fuera ese, el contratista tendría el derecho de impugnar el sistema para intentar llegar al equilibrio de la ecuación financiera por otros medios lícitos disponibles, lo que significa que la Administración puede ofrecer medios alternativos de reajustes de precios en los pliegos de peticiones o carteles, para remediar las injusticias notorias de los reglamentos, sin que con ello se viole el principio de legalidad, porque el cartel es, como la doctrina costarricense lo ha definido acertadamente, el reglamento particular del contrato que interesa”. Pero el presente voto va más allá y afirma que la Administración tiene también la obligación de modificar un sistema que no brinde una adecuada tutela del derecho al equilibrio económico del contrato, porque de lo contrario se incurriría en una violación de este principio constitucional”.*⁴⁶

En conclusión, debe reajustarse el precio del contrato para ajustarlo a la realidad extracontractual considerando las peculiaridades coyunturales y garantizando en todo momento el equilibrio económico y financiero del contrato como correlato de los principios de intangibilidad

⁴⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ. Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos. pp. 137-138.

patrimonial y justa distribución de las cargas públicas. Y en ese mismo sentido, el reajuste de precios puede y debe operar en perjuicio o en beneficio de cualquiera de las partes contratantes. Como consecuencia justa y necesaria del carácter sinalagmático, oneroso y conmutativo del contrato de obra.⁴⁷

⁴⁷ Queda abierta, como dijimos, la discusión de si por el contrario deberíamos recurrir al supuesto de *factum principis* que tradicionalmente la doctrina ha reconducido al supuesto de responsabilidad especial del Estado al amparo del artículo 194 de la LGAP.

BIBLIOGRAFIA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Primera ed. Instituto de Estudios Administrativos*. España.
- BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. (1996). “*Sistemas de bandas cambiarias*”. (Oficio DIE-EC-05-96) San José, Costa Rica: MÉNDEZ QUESADA, Eduardo y OROZCO COTO, Norman.
- ESTADO DE LA NACIÓN. (2007). “*El régimen de banda cambiaria: hacia la flexibilidad cambiaria y el control de la inflación*” (Décimo tercer informe del Estado de la Nación, Informe Final). San José, Costa Rica: MORA ARIAS, Mariela y PRADO ZÚÑIGA, Eduardo.
- FALLAS VENEGAS, Helio. (2010). “*¿Fracasó la política de las “metas de inflación” y las bandas cambiarias? Un Ensayo de la aplicación de las bandas Cambiarias en Costa Rica?*”. *Revista Economía y Sociedad*. N° 37 y N° 38.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo. 1ed. argentina de la 12ed. española con Notas de Agustín Gordillo*. Editorial La Ley. Argentina. Tomo I.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2008). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV (Contrato administrativo) y Tomo VI (Derecho administrativo económico). Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. Navarra, España.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique (1990). *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Primera ed. Editorial Astrea. Argentina
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique (2001). *Derecho público*. Primera ed. Editorial Jurídica Continental. COSTA RICA
- (1999). *Justicia constitucional y administrativa*. Segunda ed. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica.

ENRIQUE LÓPEZ JIMÉNEZ: Reajuste de precios en contratos de obra pública pactados en moneda extranjera frente al régimen de bandas cambiarias

LÓPEZ JIMÉNEZ, Enrique (2013). *La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica*". Revista de Ciencias Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas. N^o. 132.

(2010). *Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho*. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

MARIENHOFF, Miguel (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-B. Cuarta ed. Abeledo-Perrot. Argentina.

(1970). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-A. Abeledo-Perrot. Argentina.

VEDEL, Georges (1980). *Derecho administrativo*. Trad. Sexta ed. Aguilar Ediciones. España.

VVAA (2009). *Diccionario de contratación pública*. Primera ed. Editorial Iustel. España.