

**LA ACTUALIDAD DEL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO
ECONÓMICO Y FINANCIERO EN “CONTRATOS
MODERNOS”: 20 AÑOS DE LA EMISIÓN DEL VOTO
6432-98 DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Enrique López Jiménez (*)
Abogado costarricense

(Recibido 19/02/19 • Aceptado 21/11/19)

(*) Dirección de correo:
Costa Rica, San José, Santa Ana, Centro empresarial Forum 1, Edificio 1C1,
oficina de Dentons Muñoz
Dirección de correo electrónico: enrique.lopez@dentons.com
Teléfonos de contacto: Oficina: (506) 2503-9942;
móvil: (506) 8841-1056

Resumen: En el año 2018 se cumplen 20 años de la emisión del voto 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Dicho fallo reconoce el derecho al equilibrio económico y financiero en los contratos administrativos. Tras 20 años de emisión la realidad de las Administraciones Públicas ha cambiado. El contrato de obra pública ya no es la norma y por el contrario encontramos diferentes tipologías contractuales catalogadas como “modernas” (PPA, BOT, EPC, Llave en mano) En recientes resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo se ha examinado el derecho al equilibrio económico y financiero en estos contratos. Pero, ¿es posible hablar todavía del derecho al equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica?

Palabras clave: contratos administrativos , administración pública, equilibrio financiero y económico

Abstract: In 2018, 20 years have passed since the issue of Ruling 6432-98 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Costa Rica. This ruling recognizes the right to economic equilibrium in government contracting. After 20 years, the reality of Public Administrations has changed. The public work contract is no longer the norm and, on the contrary, we find different contractual types classified as “modern” (PPA, BOT, EPC, Turnkey). Recent rulings of the Contentious Administrative Court have examined the right to economic and financial equilibrium in these contracts. But, is it still possible to talk about the right to economic and financial equilibrium of government contracts in Costa Rica?

Keywords: Public contract, Public administration, Financial and economic equilibrium.

INDICE:

Introducción

- A) Antecedentes
- B) Lecciones aprendidas
- C) Jurisprudencia anterior
- D) Efecto en los contratos modernos
- E) Contratos modernos: Resoluciones del Tribunal Contencioso
¿Qué ha sucedido con los PPA-BOT en su aplicación práctica?
- F) Reclamos recurrentes

A modo de conclusión: ¿tiene algún sentido continuar hablando de equilibrio económico en contratos modernos?

Biografía General

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos 10 años me he dedicado insistentemente al estudio del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos. Dedicué mi tesis de grado¹, varios artículos² y un libro³.

Para ello, la bibliografía del Maestro Gaspar Ariño Ortiz ha sido una referencia poco menos que obligatoria.⁴ Al punto que me cuestioné si no estaba pecando de desconocedor al “maravillarme con fascinación” de los estudios de don Gaspar.⁵

¹ “*Mantenimiento del Equilibrio Económico y Financiero de los contratos administrativos*”, Tesis de grado bajo la dirección del DR. JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ (2010). Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (Signatura: TFG 4825). Biblioteca Luís Demetrio Tinoco de la Universidad de Costa Rica (Signatura: TFG 31469).

² “*La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica*”. Revista de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. N°. 127, enero-abril, 2012 y N°. 132, setiembre-diciembre, 2013. “*Reajuste de precios en contratos de obra pública pactados en moneda extranjera frente al régimen de bandas cambiarias*”. Revista de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. N°. 142, enero-abril, 2017.

³ “*La teoría del equilibrio económico y financiero en Costa Rica*”. Editorial Académica Española, Berlin, Alemania. 2017.

⁴ A modo de referencia pueden verse: Ariño Ortiz, Gaspar (2007). “*El enigma del contrato administrativo*”. Revista de Administración Pública (172). Enero-abril. Ariño Ortiz, Gaspar y Villar Ezcurra, José Luis (2002). “*Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obras*”. Revista de Obras Públicas (año 149, n.º 3425). Octubre. (2000). “*Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio*”. Revista de Obras Públicas (año 147, n.º 3400). Julio-agosto. Ariño Ortiz, Gaspar (2008). *Principios de derecho público económico*. Primera reimp. (primera ed.). *Publicaciones Universidad Externado de Colombia*. (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Primera ed. Institutos de Estudios Administrativos. España. Ariño Ortiz, Gaspar y Cassagne, Juan Carlos (2005). *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Primera ed. Editorial Lexis Nexis. Argentina.

⁵ Me “tranquilizó” encontrar una reciente referencia bibliográfica del también maestro Tomás-Ramón Fernández que hace alusión a la labor de don Gaspar. Fernández, Tomás-Ramón. “Los riesgos imprevistos en el contrato de obras”. *Revista de Administración Pública*. núm. 201, Madrid, septiembre-diciembre (2016), págs. 203-217. Cuando indica que: “*La referencia a la técnica francesa de las sujéctions imprévues es, ciertamente, llamativa, porque en nuestra literatura jurídica no hay alusiones a ella si se exceptúan las que Gaspar ARIÑO hizo en su tesis doctoral hace ya casi medio siglo*”.

Aunado a ello debo mencionar mi práctica de los últimos 10 años en donde me he dedicado activamente a la asesoría privada de contratos de compra de energía (PPA) en el marco de los tipos BOT⁶, ⁷ en sus diferentes etapas. Mi práctica ha versado especialmente en lo referente a la fase constructiva y a la fase de operación comercial en donde los riesgos son siempre asumidos por el contratista (riesgos normales)⁸. Lo cual me ha permitido adquirir una visión práctica del tema.

Refiriéndose a: G. ARIÑO ORTIZ (1968), *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid: IEA (págs. 181 y ss.).

⁶ Valga la aclaración, aunque sea insuficiente en extensión y profundidad, que los contratos BOT son un modelo anglosajón de uso cotidiano. Puede ser visto desde diferentes puntos de vista, por ejemplo, en España algunos autores lo catalogan como un contrato de concesión (diría aquí que la palabra concesión está siendo utilizada aquí en sentido amplio), así: “*La concesión es, básicamente, un sistema para la gestión privada de las infraestructuras pero no, necesariamente, para su financiamiento a cargo de recursos privados. Lo que tiene de peculiar esta figura es que “externaliza” una actividad que, de otro modo, sería atendida de forma directa por los servicios de las Administraciones públicas y eso es lo que reflejan las fórmulas anglosajonas conocidas por las siglas BOT (“Build, Operate and Transfer”), DBOT (“Desing, Build, Operate and Transfer”) y otras similares. Lo realmente importante de todas estas fórmulas es la fase de operación (“operate”) que se encomienda al concesionario de una infraestructura y que nosotros traducimos como explotación. Se trata, como finalidad primordial, de poner en práctica el “outsourcing”, por el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica. El hecho de que la explotación se remunere con cargo a recursos públicos o privados es algo indiferente para esta fórmula, que admite todo tipo de remuneración*”. Ariño Ortiz y Villar Ezcurra. “Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obras”. *ROP* (año 149, n.º 3425). p. 190. En el mismo sentido: Villar Ezcurra, José Luis (2002). “*El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas*”. *Revista de Obras Públicas* (año 149, n.º 3425). Octubre. p. 73, nota 2. *VVAA* (2009). *Diccionario de contratación pública*. Primera ed. Editorial Iustel. España. p. 169.

⁷ Sin embargo, sin perjuicio de lo indicado en la nota anterior, los contratos de los modelos BOT pueden ser (¡Y lo son!) analizados como formas de colaboración público privadas (Public Private Partnerships o PPP) dado que no se trata de los “típicos” contratos del sector público sino de formas “modernas” de financiamiento de proyectos en donde el socio público y el socio privado emprenden una “aventura” empresarial para intentar conjuntamente prestar un servicio público de la manera más eficiente.

⁸ Por asumidos entiéndase que se suscriben contratos administrativos (“adhesivos” por definición) en donde directa o indirectamente se indica que el riesgo constructivo y de operación comercial corresponde al contratista.

Sin embargo, me pregunto si después de tantos años vale la pena continuar escribiendo sobre este tema. Si pasados veinte años de la emisión del voto 6432-98 y ante el advenimiento de nuevas formas de contratación utilizadas por las administraciones públicas. **¿Podemos decir que el voto 6432-98 mantiene su vigencia?**

A) Antecedentes

El voto 6432-98 de la Sala Constitucional es conocido como el voto del “equilibrio económico”. No es el único, pero definitivamente es el más reconocido e importante. Emitido en un momento en donde la Sala Constitucional causaba gran algarabía en temas de contratación administrativa⁹.

Es un fallo importante, una labor pretoriana como he indicado en otras ocasiones¹⁰ y que como toda obra humana está sujeta a su perfectibilidad (una forma elegante de indicar que tiene errores).

No es un secreto, que de dicho fallo pueden extraerse páginas completas de la tesis doctoral de don Gaspar Ariño.¹¹ Y su principal error, que es el “apoyo bibliográfico parcial”, es simultáneamente su principal virtud, que es el haber escogido la mejor doctrina posible para sostener el edificio conceptual que erigió.

En el año 1998 los contratos públicos “tradicionales”, coloquialmente hablando, sólo consideran los contratos de obra, suministros y servicios. Y el voto 6432-98 parece enfocarse en el de obra principalmente al punto que no se refiere al contrato de concesión o a contratos distintos.

Pero en la actualidad dicho voto se “aplica” a contratos “modernos” o dicho de otro modo “contratos no tradicionales”. Concretamente hablamos de los PPA (Contratos de Compra de Energía o Power Purchase

⁹ Es el mismo año en que se emitió el voto 998-98 de las 10:30 hrs del 4 de setiembre de 1998.

¹⁰ López Jiménez. “*La teoría del equilibrio económico y financiero en Costa Rica*”. p. 599.

¹¹ Ariño Ortiz, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Primera ed. Institutos de Estudios Administrativos. España.

Agreements por sus siglas en inglés) del Capítulo II de la Ley 7200 o “Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela”. Dichos contratos reúnen tres “tipos contractuales” de interés.¹² (1) venta de energía propiamente, (2) en un esquema BOT (Build, Operate and Transfer por sus siglas en inglés) o BOO (Build, Operate and Own por sus siglas en inglés) y cuya fase constructiva se podría definir como un (3) EPC (Engineering, Procurement and Construction) o IPC (Ingeniería, Procura y Construcción).

De todos estos contratos ninguno podría calificarse como un “contrato tradicional” aún y cuando son utilizados para la construcción de obras públicas de infraestructura desde hace muchos años.

B) Lecciones aprendidas

1. Algunos aspectos “esenciales” del Voto 6432-98 pueden sintetizar de la siguiente manera:
2. El derecho al mantenimiento económico y financiero de los contratos administrativos es un principio constitucional de la contratación administrativa.¹³

¹² La Ley 7200 está compuesta de dos Capítulos y un total de treinta y un artículos. El Capítulo II, compuesto por cinco artículos. En dicho título II se autoriza al Instituto Costarricense de Electricidad a comprar energía eléctrica proveniente de centrales eléctrica de propiedad privada en bloque de no más de 50 mega vatios. Centrales adquiridas por medio de licitaciones públicas, los contratos no podrán tener una vigencia superior a 20 años y la adjudicataria deberá constituir una sociedad de propósito especial en la cual al menos el 35% del capital social deberá ser propiedad de costarricenses.

¹³ Esta afirmación ha traído consigo importantes implicaciones procesales en recientes resoluciones de la Sala Constitucional, así: “II.- Al respecto, si bien esta Sala en su sentencia número 998-98 y otras, ha sostenido que en materia de contratación administrativa existe un principio denominado “equilibrio financiero del contrato”, el mismo lejos de ser un derecho fundamental es un componente de la relación contractual administrativa existente entre la Administración licitante y el contratista, a fin de que ambos puedan, a partir de la posible mutabilidad del contrato administrativo, que es otro principio rector de este tipo de negocios jurídicos, reclamar en la vía correspondiente las indemnizaciones o modificaciones correspondientes a fin de que no se cause daño o perjuicio a alguna de las partes en juego, sea por un lado los intereses de la colectividad representados por la empresa pública, y

3. Se reconoce el principio de colaboración.
 4. Se reconoce su origen en los principios de justicia conmutativa e igualdad de intereses.
 5. Se reconoce el “valor subjetivo” del contrato y la “objetivización” que se produce por el mecanismo sinalagmático.
1. El beneficio del contratista —utilidad—, previsto en el contrato, no solo se calcula sobre la prestación, sino también sobre el capital que se debe invertir. Por este motivo, de introducirse una “razón sobrevenida o imprevisible”, si ese beneficio proyectado se menoscaba, debe restablecerse, para que el contratista *“pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias”*. (Voto 6432-98)
 2. No se pueden asumir “riesgos irracionales” por el contratista, el reajuste no es una indemnización, no se puede renunciar anticipadamente y no es potestativo del Estado.
 3. No depende de un acuerdo de partes, un sistema que no lo garantice debe modificarse de oficio, su desarrollo se reserva a la ley y es una tarea de la Administración activa.

C) Jurisprudencia posterior

Las resoluciones posteriores de la Sala Constitucional y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han “revisitado” el tema, cada quien en el ejercicio de sus propias competencias.

La Sala Constitucional a través de sus resoluciones ha procedido al dimensionamiento del fallo inicial reconociendo la tutela constitucional del principio de intangibilidad patrimonial. Sin embargo, la mayoría de los

*por otro, los intereses del contratista. En tales supuestos y al no ser un derecho fundamental sobre el que se está planteando este recurso, sino sobre el respeto a un principio rector de la contratación administrativa, la discusión no puede plantearse en esta vía, pues no corresponde a la Sala declarar la existencia del derecho a partir de la discusión sobre el respeto o no a tal principio rector.” Voto **017045-2005** de las 14:58 hrs. del 14 de diciembre de 2005. (El subrayado se agregó al texto original). En el mismo sentido, ver los Votos **11566-05** de las 9:01 hrs. del 29 de agosto de 2005 y **2007-001904** de las 17:57 hrs. del 13 de febrero de 2007.*

ENRIQUE LÓPEZ JIMÉNEZ: La actualidad del principio de equilibrio económico y financiero en “contratos modernos:
20 años de la emisión del voto 6432-98 de la Sala Constitucional

casos conocidos son rechazados por razones de legalidad o por tratarse de temas que son competencia de Aresep y por ende susceptibles de ser revisados en la jurisdicción ordinaria.

La Sala Primera, por su parte, en el ejercicio de sus competencias y en revisión de los actos tarifarios emitidos por la Aresep ha reconocido:

1. Derecho del concesionario al equilibrio de la ecuación financiera de la concesión.
2. Que la tarifa debe ser tal que permita “operador una ganancia y al usuario pagar lo debido por un servicio de calidad”.
3. El concesionario cuenta con un “*derecho general y abstracto al equilibrio económico*”, y no con un “*derecho subjetivo al aumento tarifario*”.
4. “*cuando la situación financiera de la empresa, pese a la variación de algún componente económico, se mantiene equilibrada con los términos originales, no procede la alzada del precio*”¹⁴.

D) Efecto en los contratos modernos

El voto 6432-98 sensibilizó notablemente a los diferentes operadores jurídicos al punto que todas las normativas actuales, contratos y resoluciones reconocen la existencia de este principio-derecho constitucional. Pero que conste que esto no quiere decir que materialmente exista un respeto a este principio o efectivo reconocimiento. Contamos con el “andamiaje” jurídico y posteriormente veremos si es correctamente utilizado en la construcción de una resolución judicial.

En cuanto a las regulaciones actuales se puede encontrar que:

1. El Reglamento¹⁵ de APPs (Asociaciones Público Privadas)¹⁵ dispone un artículo para reconocimiento del equilibrio económico. (Art. 8) Y

¹⁴ Resolución 577-F-2007 de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Y siguiendo la misma línea jurisprudencial: resoluciones **000380-F-S1-2009** de las 9:00 hrs. del 20 de abril de 2009, **000655-F-S1-2012** de las 9:30 hrs. del 31 de mayo de 2012 y **001687-F-S1-2012** de las 9:45 hrs. del 13 de diciembre de 2012 también de la Sala Primera.

¹⁵ Reglamento para los contratos de colaboración público privada. Decreto Ejecutivo N°. 39965-H-MP publicado en el alcance 319 del Diario Oficial La Gaceta del 22 de diciembre de 2016. “**Artículo 8—Equilibrio económico.** *El*

que la Contraloría General de la República (CGR) denominó como “*requisitos esenciales del negocio*”.¹⁶

2. El “Convenio Marco”, incluido en la reciente reforma Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se ve cubierto por el “reajuste o revisión” del artículo 31.
3. En contratos TKC (Turn Key Contracts o Contratos Llave en Mano) y EPC se presenta un reconocimiento genérico al “equilibrio económico”¹⁷ y un reconocimiento concreto de commodities

contratista colaborador tendrá derecho al equilibrio económico, sin que ese derecho releve al contratista de los riesgos que le corresponden, según la distribución que se diseñe en el cartel, que sea aceptada por el contratista colaborador en su oferta y que se especifique en el contrato. / El cartel y el contrato dispondrán las causas de activación de los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico para lo que se podrán considerar mecanismos tales como el pago directo de la Administración, el aumento del plazo contractual dentro de los límites reglamentariamente dispuestos y el incremento de tarifas o de la participación que en ellas tenga el contratista colaborador; o una combinación de las anteriores, según el esquema de contraprestaciones del contrato respectivo”.

¹⁶ Oficio 08934 (DCA-1746) del 8 de julio de 2016.

¹⁷ “(...) *En el momento en que la Administración decide realizar un proyecto de obra determinado, resulta posible para ella de acuerdo con las características propias que el objeto contractual demande, definir el esquema de remuneración bajo el cual este se regirá. De ahí que en la dinámica de mercado se reconocen en la actualidad además del modelo tradicional de pago de bienes y servicios con reajustes, otros esquemas en los cuales el contratista debe proyectar desde su oferta la integridad de los costos definitivos de cada uno de los componentes de la obra, previendo incluso sus posibles variaciones, en vista que estos últimos no le serán reconocidos, toda vez que el precio que se cancele por estos servicios debe en teoría cubrir estos aspectos propios del comportamiento del mercado. Esta modalidad de contratos, aceptados incluso en el mercado internacional, suelen tener diversas denominaciones reconociéndose entre estos el conocido como “llave en mano” o bien el “IPC” (ingeniería, procura y construye), siendo el rasgo particular en estos contratos que el contratista encargado debe entregar la obra encomendada lista para su uso por quien la encargó, quedando incorporado en el precio pactado tanto el costo del principal como las eventuales variaciones en el precio de cada uno de los rubros comprendidos en el precio. Es por ello, que en estos casos el oferente no solo debe conocer ampliamente el mercado propio en el que se desenvuelve el objeto contractual sino que además, definir con suma pericia los términos económicos de su oferta, dado que*

(especialmente acero y concreto) vía jurisprudencia de la CGR de pendiente de lo que indique el cartel de la contratación en concreto¹⁸.

4. De los PPA (Power Purchase Agreement por sus siglas en inglés. CCE o Contratos de Compra de Energía en español) analizados,¹⁹ todos realizan un reconocimiento expreso y genérico al derecho al equilibrio económico del contrato.

*cualquier deficiencia en su cálculo correrá por su cuenta y riesgo (...). “(...) Ahora bien, pese a lo anterior este Despacho no debe dejar lado el deber que correspondería a la Administración, de reconocer al contratista el equilibrio económico del contrato, cuando justificadamente se llegare a demostrar que causas imprevistas en el comportamiento de los precios en el mercado, ha elevado ciertos componentes o insumos de la obra, de manera exorbitante a la proyección que razonablemente haya podido realizar el contratista desde su oferta. En estos casos, si bien es cierto que por la modalidad contractual elegida, no debe en teoría reequilibrarse económicamente el contrato, también es cierto que ante la presencia de variaciones en el precio originadas en causas justificadas e imprevisibles que superen el nivel de riesgo y escalamiento fijado por el contratista, este no debería sufrirlas por su cuenta, pues para estos casos bien podría la Administración mediante un estudio detallado del caso particular y bajo reclamo del eventual contratista, reconocer esas variaciones exorbitantes a la proyección inicial, siempre que haya logrado demostrarse que estas no han ocurrido por impericia o error del contratista en su definición, habida cuenta que en casos como este, si podríamos estar en presencia de una afectación al principio de intangibilidad patrimonial, razón por la cual debe tener presente la Administración los casos extremos que podrían presentarse durante la ejecución contractual para su eventual valoración.(...)”. Resolución **RDCA-110-2010** del 4 de noviembre de 2010 de la CGR. Véase también la resolución **R-DCA-229-2011** de las 11:00 horas del 12 de mayo de 2011 de la CGR.*

¹⁸ *“Al respecto, ya se indicó que los contratos IPC por su naturaleza no resultan reajustables, sin embargo la Administración se encuentra facultada para incorporar, si así lo estima oportuno y para una mejor garantía del equilibrio económico, la posibilidad de revisar algunos componentes del precio, según puedan considerarse “críticos” dentro del proyecto, por lo que este Despacho no encuentra limitativo del principio de intangibilidad patrimonial el mantener el reajuste, conforme a las reglas cartelarias, solamente a los componentes del acero que se detallan en el cartel y que el resto de componentes se continúe bajo la modalidad IPC, aspecto que representa también un garantía en los términos establecidos”. Resolución **R-DCA-299-2011** del 17 de junio de 2011 de la CGR.*

¹⁹ Se revisaron todos los PPA del Capítulo I de la Ley 7200 y al menos 6 PPA del Capítulo II de la Ley 7200.

E) Contratos modernos: resoluciones del Tribunal Contencioso

¿Qué ha sucedido con los PPA-BOT en su aplicación práctica?

Al respecto, resultan preocupantes dos resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo, la **67-2017-VIII** de las 9:30 horas del 13 de julio de 2017 y **19-2017-V** de las 15:00 horas del 1 de marzo de 2017.²⁰

Es importante aclarar que la resolución **67-2017-VIII** de las 9:30 horas del 13 de julio de 2017 utiliza como base para su fallo la resolución **19-2017-V** de las 15:00 horas del 1 de marzo de 2017. Dicho en términos legales, la resolución **19-2017-V** es un precedente de la resolución **67-2017-VIII**. Sin embargo, a pesar de ser una reproducción de la otra, no constituyen “jurisprudencia” en los términos del artículo 185.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo dado que únicamente las resoluciones del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Primer de la Corte Suprema de Justicia son de acatamiento obligatorio²¹.

a. Los contratos BOT

Ambas resoluciones parten de la misma conceptualización de los contratos “BOT” tal y como se explicará a continuación.

1. **Extracto:** *“En este orden de ideas, las modalidades contractuales son herramientas disponibles que escoge la administración para el éxito de los proyectos; en función de su propensión o aversión al riesgo”.* (El subrayado es agregado al texto original)

²⁰ Con posterioridad a la emisión de estas dos resoluciones y previo a la presentación de esta conferencia, se emitió un laudo arbitral contrario a los intereses del Instituto Costarricense de Electricidad y favorable a una generadora privada por atrasos en la construcción de una planta hidroeléctrica construida al amparo del Capítulo II de la Ley 7200. Dada la naturaleza privada del Laudo no se hará referencia a su contenido en este artículo.

²¹ **“ARTÍCULO 185.- 1)** *Los efectos de la jurisprudencia contenida al menos en dos fallos de casación, ya sean del Tribunal o de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que haya reconocido una situación jurídica, podrán extenderse y adaptarse a otras personas, mediante los mecanismos y procedimientos regulados por el presente capítulo, siempre que, en lo pretendido exista igualdad de objeto y causa con lo ya fallado.(...)”*

Comentario: Al respecto, llama la atención como ambas resoluciones parten del concepto errado que la elección de un tipo contractual o de otro depende de que tanta “propensión o aversión al riesgo” tenga la Administración. En contratos de esta naturaleza lo que se debe buscar es que el riesgo respectivo sea asumido, desde un inicio, por la parte que se encuentra en una mejor posición de mitigarlo y hacerle frente. La decisión en la elección del modelo contractual no puede sopesarse sobre la base de la propensión o aversión al riesgo dado que por definición toda entidad, pública o privada, tendrá una aversión intrínseca al riesgo.

Lo contrario sería aceptar que la Administración puede acordar contratos sin riesgo lo cual es abiertamente contrario al principio de equilibrio económico. Esto puede llevar a plantearnos que hay contratos que desde un inicio están vedados a la Administración. Lo anterior partiendo también del supuesto que los contratos a los que nos estamos refiriendo son en su mayoría innominados, atípicos y adhesivos por definición.

En un contrato privado esto tampoco sería admisible²² no puede ser admisible entonces que debido a una formalidad, al nombre dado a una relación contractual, se puede evadir el control legal y constitucional de la conducta administrativa. Parece que el Tribunal considera que elegir un modelo contractual, dotado de contenido por la práctica internacional y la costumbre, se encuentra por encima de la regulación interna (normas escritas) y los principios constitucionales y del derecho público.

Lo anterior porque el modelo BOT-PPA-EPC no se encuentra regulado en Costa Rica, ni en el ámbito privado, ni en el público. Por lo que, tratándose de una especie del contrato de obra, le es aplicable la normativa de este modelo. No puede el acuerdo de partes, respecto del modelo aplicable, encontrarse por encima del derecho escrito (fuente escrita del ordenamiento jurídico).

²² Como ha indicado la Sala Constitucional: “[...] *los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. Esto último resulta de necesaria aplicación y, por ende, de rango constitucional, incluso en las relaciones de desigualdad que se dan, por ejemplo, en los contratos y otras relaciones de derecho público [...]*”. Voto 3495-92

2. **Extracto:** *“Un ejemplo es la modalidad llave en mano (o “IPC” (ingeniería, procura y construye) “el contratista encargado debe entregar la obra encomendada lista para su uso por quien la encargó, debiendo asumir todo o parte de los riesgos derivados de un mal cálculo o de los errores ocasionados en el proceso constructivo. Dichas situaciones de riesgo oscilarán desde los factores económicos externos que puedan incidir en el costo de los bienes y servicios necesarios, hasta factores externos imprevisibles e inevitables. Será contractualmente que se fijarán los límites y alcances de la responsabilidad ante el acaecimiento de uno u otro supuesto”.* (El subrayado es agregado al texto original)

Comentario: De primera entrada resulta evidente que se confunden dos conceptos distintos y es la responsabilidad y el riesgo. Contractualmente una parte es responsable en tanto exista una obligación expresa en el contrato o sea consecuencia de la equidad, el uso o la ley, esto último conforme al artículo 1023.1 del Código Civil. Un error en el proceso constructivo no es equivalente a un riesgo dado que el error es producido por una parte y por ende esta está obligada a soportar su reparación. En esta situación nos encontramos más bien en el campo de la garantía constructiva y/o la garantía por vicios ocultos. En otras palabras, se trata de un tema de responsabilidad y no de riesgo.

Y en ese sentido, ante la imposibilidad de reclamar la alteración de la ecuación financiera del contrato cuando tiene su origen en el incumplimiento del contratista “[...] *no siendo por tanto de aplicar cuando la alteración de la onerosidad contractual sea imputable a una conducta culposa de la contraparte, contraviniendo de alguna manera el tenor de lo pactado*”. Este criterio es “*acertado, ya que a lo que se refiere el principio de riesgo y ventura es a la teoría de los riesgos, y a lo que se refiere la Sentencia es a la teoría del incumplimiento contractual*”.²³

²³ MESTRE DELGADO, Juan Francisco (1985). “*La posición singular de la Administración en la contratación administrativa y las garantías del contratista, según la jurisprudencia contencioso-administrativa reciente*”. Civitas. Revista española de Derecho Administrativo (Madrid), núm. 47/1985, Estudios, marzo. Con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de septiembre de 1977 (R. 3552).

Respecto de la fijación de los límites y alcances de la responsabilidad ante el acaecimiento de un supuesto u otro, esta es una solución artificial. Si un determinado evento se encuentra recogido contractualmente entonces salimos de la teoría de riesgos para hablar de un tema de cumplimiento. Sin embargo, es precisamente la imprevisibilidad de los riesgos lo que nos lleva a sostener todo este tipo de discusiones. Actualmente estos contratos modernos rehúyen esta obligación fijando una obligación genérica de “todo riesgo es del contratista”.

Por lo tanto, esto debe analizarse considerando las dos categorías indicadas por el Tribunal:

- a. Factores económicos donde se habla de incidencias en los costos de bienes y servicios. Esta propuesta de solución tiene un problema práctico. En este tipo de contratos (compra de energía) lo que se pacta es una tarifa, contrario a lo que ocurre en un contrato de obra tradicional en donde se realiza un desglose de precios unitarios de los elementos constructivos. Esto dificulta la aplicación de un reajuste de precios dado que los reajustes de precios, por reglamento, se realizan mes a mes considerando el avance de obras y el impacto que una variación de precios tiene en un insumo específico con forme a los índices de precios especial para ese insumo. En la práctica, por lo general, el cartel no ha llegado a este nivel de detalle.

A modo de ejemplo, en un reciente contrato BOT se presentó la dificultad de reajuste el precio del commodity “concreto portland” que es una mezcla especial de concreto. Con la dificultad de determinar las cantidades de cemento concretamente aplicadas, encontrar un índice para este tipo de concreto dado que los índices oficiales para las fechas en concreto solo consideraban cemento y finalmente los montos de la reclamación.

- b. Factores económicos imprevisibles. Sobre la imprevisibilidad nos referiremos más adelante.
3. **Extracto:** *“De conformidad con lo anterior, es evidente que en este tipo de contratos, en contraste con un proyecto de construcción en que las tareas se ejecutan por separado, el contratista se hace enteramente responsable de la obra y por consiguiente ralentiza su posibilidad de realizar algún tipo de reclamo”.* (El subrayado es agregado al texto original)

Comentario: A primera vista resulta preocupante considerar que un modelo contractual, por sí mismo, “ralentiza” la posibilidad de realizar algún reclamo. Ahora bien, esta palabra (ralentizar) no parece tener ningún sentido en el contexto en que se ubica. Considerando que lo que quisiera decirse es que limita el derecho, mantenemos la preocupación del comentario del punto 1 anterior. La voluntad de las partes no puede limitar el derecho de una de ellas a reclamar el derecho del equilibrio económico y financiero del contrato dado que como vimos del Voto 6432-98 se trata de un principio constitucional que no puede ser renunciado previamente. Si por el contrario la palabra “ralentiza” implica que los reclamos por desequilibrio económico serán tramitados con mayor lentitud, sería **alarmante**.

4. **Extracto:** *“el generador privado puede explotar la obra durante determinado plazo, por una parte, y en la tarifa de compra de electricidad están implícitos los costos de construcción y explotación de la central por el particular”*. (El subrayado es agregado al texto original)

Comentario: Es importante aclarar una serie de aspectos que recurrentemente se pasan por alto en este tipo de contratos. La licitación pública promovida por el ICE lo que busca es la adquisición de “bloques de energía” generados por fuentes alternativas. A partir de ahí el oferente propone un proyecto a desarrollar que incluye todos los elementos de una planta que reúna los requisitos mínimos de funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional.

El objeto de la contratación lo constituye el financiamiento, diseño, construcción, operación, mantenimiento y transferencia sin costo alguno al ICE de una Central Eléctrica, por lo general hidroeléctrica en cascada a filo de agua, con capacidad de producción de 50 megas y que incluye las obras de interconexión como líneas de alta tensión, media tensión y subestación eléctrica.

Por otro lado, es de suma importancia considerar que este tipo de modelos contractuales se utilizan para que sea el contratista el que obtenga el financiamiento dado que el ente público carece de los fondos para construir la obra por los medios tradicionales como lo es el contrato

de obra común. La base del financiamiento, comúnmente, es un *Project Finance*²⁴ con diferentes esquemas de garantías reales y personales.

Asimismo, estos contratos cuentan con un plazo máximo de ejecución de 20 años. Dentro de los primeros 3 años debe darse el financiamiento, diseño y construcción de la planta. Posteriormente el Instituto Costarricense de Electricidad dará el visto bueno a las obras, “recibirá” las obras de interconexión (subestación y línea de alta tensión) y otorgará el inicio de la operación comercial.

Una vez iniciada la operación comercial es cuando el contratista podrá producir y vender energía al ICE, lo cual constituye el objeto del contrato. Es llegado este punto que el contratista recibe la contraprestación al Contrato de Compra de Energía.

Es transcurrido el primer mes de ejecución que el contratista recibirá el primer pago de parte del ICE después de 3 años y 1 mes de ejecución contractual (3 de construcción y 1 mes de generación). Sin contar los años invertidos en costos de estudios de pre-inversión, estudios de factibilidad, planos, ingenierías básicas, permisos, entre otros. En una inversión que puede rondar los \$120-\$200 millones (promedio de los contratos revisados).

Asimismo, durante la explotación comercial el contratista asume las obligaciones de operación y mantenimiento lo cual incluye el mantenimiento preventivo y el mantenimiento correctivo.

²⁴ “Se pretende que, con los flujos que se generarán durante la etapa de explotación, se garantice la construcción de la obra. En otras palabras, la construcción de la obra se “autofinancia” con el “cash flow” de la etapa de explotación. Por eso, esta figura tiende a asociarse con la concesión, por ser “un instrumento idóneo para operaciones que exijan una elevada inversión inicial, períodos de maduración largos y para proyectos cuyos ingresos futuros pueden estimarse”. López Jiménez. “La teoría del equilibrio económico y financiero en Costa Rica”. p. 419. En este tipo de contratos es particularmente sencillo estimar los ingresos futuros dado que el plazo del contrato no puede superar los 20 años, la sociedad que opera y mantiene las facilidades tiene como objeto único la ejecución del contrato y los contratos normalmente cuentan con un promedio mensual y anual de generación.

En algunos casos la tarifa fijada es un tope y un mínimo de facturación al contratista que le garantice recuperar, al menos, los costos y gastos de inversión, los costos operativos y una utilidad.

Por ello, respecto de la afirmación realizada en el extracto transcrito al indicar que en la tarifa *“están implícitos los costos de construcción y explotación de la central”* sin considerar todas las posibles situaciones y complicaciones que pueden presentarse hasta que el contratista reciba la mal llamada “tarifa” es sumamente peligroso si no se singulariza a cada caso concreto.

b. Imprevisibilidad en las resoluciones del Tribunal Contencioso

Aparejado a los antecedentes indicados en el punto anterior, el Tribunal sigue seis premisas para el reconocimiento del equilibrio económico en los contratos BOT-PPA.

En ese sentido, (1) se “compra energía”, (2) no una planta o la construcción de ella, (3) el precio del “bloque de energía” es fijado en la fase de formalización y previo a la firma del contrato en los términos expuestos anteriormente. (4) En la fijación de la tarifa se deben considerar costos inherentes, intrínsecos y extrínsecos, mediatos e inmediatos del proyecto a asumir, y entre ellos, la existencia de riesgos propios del tipo de obra a realizar. Sin embargo, (5) en estos contratos no hay desglose de precios al no ser un contrato a costos unitarios. (Punto sobre el cuál después volveré). Y, en conclusión, en caso de demostrarse la existencia de un imprevisto que modifique las condiciones iniciales pactadas se otorgará un ajuste de tarifas. (6) El reconocimiento debe reflejarse en una adecuación de la tarifa a pagar, en los BOTs los riesgos no pueden reconocerse por mecanismos tradicionales (pago directo, por ejemplo).

Para efectos del Tribunal, y considero que, con tino, el detonante de cualquier reclamación y otorgamiento es el acaecimiento de un imprevisto que modifica de hecho las condiciones de contratación haciéndolas más onerosas. Y en ese sentido, indica el Tribunal que:

“Para este Tribunal es indudable que las partes contratistas con la Administración tienen un derecho al equilibrio de su ecuación financiera y por consiguiente a que se reajusten los precios, cuando circunstancias exógenas la afecten, mas no debe desatenderse la

ENRIQUE LÓPEZ JIMÉNEZ: La actualidad del principio de equilibrio económico y financiero en “contratos modernos: 20 años de la emisión del voto 6432-98 de la Sala Constitucional

naturaleza contractual misma subyacente en cada relación y ante todo, el que el reclamante debe demostrar todos los elementos de convicción necesarios para que reconocimiento sea sobre los hechos y el derecho y no se preste a un enriquecimiento sin causa a su favor. La certeza de lo reclamado y no la duda, sería el fundamento para su otorgamiento, siempre del orden de la carga de la prueba que al respecto posee el contratista”. (Extracto de las resoluciones analizadas del Tribunal Contencioso)

Pero para llegar a ese reconocimiento debemos primero aclarar lo que el Tribunal entiende como “imprevisto”. Y en ese sentido, el Tribunal habla de imprevistos en dos sentidos.

En primer lugar, como uno de los rubros de las partidas de “costos indirectos” del proyecto. Y, en segundo lugar, como un evento o circunstancia imprevisibles que afecta la relación contractual y la ejecución del contrato.

Considera el Tribunal que el presupuesto del proyecto debe incluir un “rubro de imprevistos” Debe preverse, en esta partida, lo imprevisible considerando todas las causas externas e imprevisibles y que no pueden ser estimados previamente, pero deben ser contemplados dentro del a tarifa. De no presentarse el imprevisto se produce un ahorro y de hacerlo será una previsión.

Deben distinguirse los “imprevistos normales” de los “imprevistos que exceden toda posibilidad de previsión”. Un evento podría ser no previsible para las partes, que existiera antes de la firma del contrato o que sus efectos negativos sean impredecibles.

- a) No es posible de cubrir con las partidas destinadas a imprevistos
- b) Era imposible de resistir y prever de una manera razonable, lógica y técnica. En otras palabras, debe ser un evento que rompa lo esperable en la contratación a realizar por su extraordinariedad absoluta.
- c) Impacta de manera abierta y evidente en la ecuación financiera total del oferente.

El caso ordinario de “imprevisto” debe cubrirlo la partida de “imprevistos” y por qué no se utilizó ese rubro tiene que demostrarse para efectos de reconocimiento de parte del Tribunal.

i. Imprevistos como partida del presupuesto

Como punto de partida y para efectos de claridad, es importante definir algunos conceptos de la mano de las resoluciones de la CGR y del Manual Técnico para el Desarrollo de Proyectos de Obra Pública emitido la CGR.

“(…)

el presupuesto detallado de la obra es un cálculo de su costo, a partir de los componentes del precio de cada una de las unidades de obra que conforman el proceso de construcción (por ejemplo, movimiento de tierras, instalaciones provisionales, trazado, cimientos, etc.). El precio de cada unidad de obra está compuesto por:

- *los **costos directos**: son los gastos efectuados exclusivamente para realizar esa unidad de obra, por lo que sólo existen si la unidad de obra se ejecuta. Por ejemplo: materiales y equipos a incorporar en la obra, mano de obra, maquinaria, equipo de construcción y herramienta;*
- *los **costos indirectos**: son los gastos generales en que incurre el contratista, tanto en sus oficinas como en el sitio de la obra, no atribuibles a una tarea en particular; pero necesarios para efectuar los trabajos en general. Dentro de éstos tenemos: salarios y prestaciones legales del personal directivo, técnico y administrativo de la empresa; depreciación, mantenimiento, alquileres y seguros de edificios, bodegas, predios, etc.; alquiler u operación y depreciación de vehículos o equipos de apoyo (de laboratorio, de topografía, de oficina); fletes y acarreo; gastos de oficina; garantías y financiamiento; trabajos previos y auxiliares como la construcción y mantenimiento de caminos de acceso, instalación y desmantelamiento de equipos y limpieza final de la obra.*
- *la utilidad: es la ganancia o lucro que percibe el contratista por la ejecución de una obra. Para efectos del cálculo del presupuesto de la Administración, debe suponerse un porcentaje realista, por ejemplo, el promedio de los porcentajes de la utilidad que aplican los contratistas en la actividad de la construcción.*

- *los imprevistos: es un monto que el contratista considera para cubrir cualquier error en la estimación del presupuesto o cualquier eventualidad que recaiga bajo su responsabilidad y pueda afectar aspectos del proceso constructivo, tales como atrasos en el suministro de materiales, mano de obra y equipos, accidentes, extravíos y robos, escasez de materiales, mano de obra o equipos, etc.*

La importancia de efectuar un presupuesto detallado es, entre otros, que permite conocer con detalle y precisión la cantidad y características de los materiales, mano de obra, maquinaria y herramientas por utilizar, así como su precio de mercado, de manera que, en forma bastante aproximada a la realidad, se pueden separar los fondos necesarios para llevar a cabo la obra”. (El destacado no es del original)

Como puede notarse, el presupuesto de una obra es fundamental para determinar su costo y posee un alto grado de importancia para el éxito de un proyecto de construcción. En función del detalle con que sea elaborado, deberá brindar una aproximación lo más cercana posible a la realidad económica de cada obra en particular y es, un procedimiento aplicable a cualquier tipo de obra, sea ésta una edificación o una obra de infraestructura, sin detrimento de su magnitud, ubicación y complejidad. Su elaboración supone la determinación de todos los costos directos posibles indicados, así como los costos indirectos, imprevistos y una utilidad razonable para el contratista.

Adicionalmente, la estructura porcentual refiere a la representación porcentual de los elementos que componen el precio de cada unidad de obra o renglón de pago. Esta estructura generalmente se expresa en los cuatro elementos antes indicados –costos directos, costos indirectos, imprevistos y utilidad–, asimismo puede ser presentada para cada precio unitario de cada renglón de pago para el caso de las obras de ingeniería civil de infraestructura -como en el caso que nos ocupa- o una sola estructura porcentual general para el caso de las edificaciones.

Las definiciones anteriores resultan de especial interés para determinar el alcance de lo dispuesto por el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, específicamente en lo que se

*refiere a que “El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen”, siendo ésta una disposición de carácter obligatorio para los contratos de obra pública”.*²⁵

Ahora bien, sin agotar el tema, es menester acotar que todas las valoraciones realizadas por el Tribunal hasta este momento hacen alusión a contratos con un precio a suma global fija (BOT, PPA, EPC, TKC, etc.). Pero, por el contrario, al realizar consideraciones sobre los imprevistos, se pretende convertir la tarifa en un precio desglosado. En el precio de un contrato a costos unitarios como el contrato de obra.

Esto es una contradicción inherente con el modelo contractual propuesto puesto que para obtener el reconocimiento de un reclamo por desequilibrio económico debe **desnaturalizarse** la figura contractual inicial y descomponer el precio. Una labor, que, según el Tribunal, deberá realizarse con cada evento como si de una obra a costos unitarios se tratara. Posteriormente volveremos a este punto.

ii. Imprevistos como evento

El Tribunal, al analizar el término “imprevisto”, parece incurrir en un error conceptual al confundir el evento con el riesgo. El Tribunal en diferentes momentos de las sentencias de mérito utilizan la imprevisibilidad como un calificativo del evento incurriendo así en un gravísimo sin sentido del término “previsible”.²⁶

Contrario a lo que indica el Tribunal, no tiene sentido analizar si la imprevisibilidad era previsible o imprevisible. Esto nos hace caer en un sinsentido lingüístico dado que no hay “imprevisibilidad imprevisible” por definición misma del término.

²⁵ Oficio **DCA-0353** del 29 de enero de 2009 de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

²⁶ Ya en otro momento me referí a la relación que existe entre la previsibilidad-imprevisibilidad y la relación que existe entre la normalidad-anormalidad o carácter ordinario-extraordinario del riesgo. (2013). *“La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica”*. Revista de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. N°. 132, setiembre-diciembre, 2013. pp. 152-156.

La única solución lógica y racional es la seguida por el Consejo de Estado Colombiano y es que si el evento era previsible entonces no puede hablarse de la “teoría de la imprevisión”.

*“En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna”.*²⁷ (El subrayado es agregado al texto original.)

c. Reconocimiento del desequilibrio económico

Una vez identificado el evento y decidido si es imprevisible o no se deben considerar dos variables propias de la naturaleza contractual. Y en ese sentido el Tribunal considera que (1) no basta con demostrar mayores erogaciones y que (2) deben considerarse para el cálculo de la afectación posibles ahorros o ingresos adicionales.

“Por consiguiente no es procedente que se acoja una solicitud de reajuste si como en el caso, la parte peticionante parte [de] variaciones parciales en un supuesto en donde el resto de factores

²⁷ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 14577 del 29 de mayo de 2003. Rad. 1996-4028. Indica la sentencia que: “La teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: -La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. -Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. -Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. (...) En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; “supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever(...)”.

que pueden incidir en el alegado equilibrio estarían ceteris paribus [¿?], lo cual no responde ni a la realidad, ni a lo que se ha tenido por demostrado en autos. Consecuentemente, al no existir una demostración de un desequilibrio financiero integral en el contratista, no procedería su reconocimiento”. (Extracto de las resoluciones analizadas del Tribunal Contencioso)

¿A quién corresponde probar ahorros e ingresos adicionales? Indica el Tribunal que por ser un contrato BOT corresponde al contratista al no estar desglosado el precio en la tarifa dado que se requiere de la colaboración del contratista

Estas consideraciones del Tribunal presentan una serie de dificultades prácticas que deben señalarse. En primer lugar, los “ahorros o ingresos adicionales” que señala el Tribunal no podrían calcularse adecuadamente si no se consideran los 17 años de operación comercial de la planta. Así como que sí es posible particularizar la etapa de construcción respecto de la etapa de operación y mantenimiento.

En segundo lugar, si llegaran a realizarse cálculos proyectados del efecto de un evento en la ecuación económica y financiera sin que aún se haya ejecutado el contrato. Podría presentarse la situación según la cual llegado al término del contrato puedan reevaluarse los efectos negativos del evento ante lo cual cabe preguntarse. ¿Debe esperarse 17 años de operación comercial para presentar el reclamo? ¿Es posible realizar dos análisis del evento, una al inicio y otra al final?

En tercer lugar, lo resuelto por el Tribunal es contrario a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, dado que si la Administración ha identificado una situación que desequilibre la ecuación económica y financiera no debe ser el administrado el único responsable de realizar el análisis del hecho. Esto nos supone un formalismo que contraviene el principio de intangibilidad patrimonial y un enriquecimiento sin causa de la Administración.

Por último, y como se expuso en el apartado anterior, desglosar el precio del contrato implica una desnaturalización de la figura contractual. Lo cual parece en algunos supuestos justificado y en otros no, pero siempre en perjuicio del contratista.

d. Otros casos: ¿Riesgo “judicial”?

A pesar que ambas resoluciones del Tribunal siguen las mismas consideraciones y análisis, la resolución **67-2017-VIII** resolvió una demanda por desequilibrio económico en donde se reclamaban costos por mayor permanencia en obras asociadas a la paralización del periodo constructivo por dos razones (1) manifestaciones de los residentes de pueblos vecinos que resultaron en la paralización de algunos trabajos y (2) resoluciones de suspensión de obras dictadas por diferentes instancias judiciales y administrativas como resultado de gestiones presentadas por estos vecinos y grupos ambientalistas.

En resumen, y a pesar de existir otros reclamos resueltos en la resolución, durante la excavación del túnel los vecinos alegaron que se drenaron los mantos acuíferos produciendo una afectación ambiental y presentaron acciones ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ante el Juzgado Penal de Turrialba y Setena, que provocaron una suspensión de los trabajos del túnel. Las acciones fueron finalmente rechazadas y se demostró que no hubo ningún tipo de daño ambiental y el ICE tuvo por demostrada una paralización de los trabajos por 114 días y decidió no cobrar multas por atrasos en el inicio de la operación comercial. Pero el ICE decidió no reconocer ningún extra coste.

La demanda presentada con el reclamo por extra costes es rechazada por el Tribunal razonando que es previsible una afectación social y paralizaciones judiciales a proyectos de esta naturaleza. Por lo que el contratista debió prever este riesgo. Por modalidad contractual asumió todos los riesgos y aceptar lo contrario es “desnaturalizar” la figura contractual.

Según el Tribunal, es lo que se licitó y el privado decidió ofertar por lo que “*debió prever sus costos y eventuales efectos colaterales exógenos a la relación contractual propiamente, para poder cumplir con el objeto contractual*”.

Si es parte de la etapa constructiva no hay reconocimiento alguno. Las novedosas modalidades contractuales “modifican el esquema tradicional de contratación” por lo que el contratista no puede comprobar gastos adicionales incurridos de manera unilateral si no se demuestra un análisis integral de toda la ejecución contractual en fase de construcción y de operación.

Ahora bien, conforme al Tribunal la razón para no imponer una multa al contratista es para evitar un doble perjuicio.

Respecto de estas conclusiones a las que arriba el Tribunal, tengo tres comentarios generales que no agotan la discusión, por el contrario, la inician:

- i. El Tribunal indica que podría producirse una “desnaturalización” del modelo contractual propuesto. Pero paradójicamente es el propio Tribunal el que la promueve al pretender descomponer el precio global fijo para convertir el contrato en uno de costos unitarios para el reconocimiento de imprevistos.
- ii. El Tribunal parece permitir que las Administraciones Pública por la vía del “modelo o esquema contractual” puedan modificar todo el régimen tradicional de distribución de riesgos y equilibrio económico y financiero.
- iii. El Tribunal genera una significativa inseguridad jurídica al afirmar que las paralizaciones por resoluciones judiciales ante acciones improcedentes son un riesgo previsible. Así como al calificar estas resoluciones y levantamientos sociales como eventos exógenos a la relación contractual pero finalmente asumidos por el contratista. Personalmente considero que esto podría generar un claro clima de inestabilidad entre los inversores por el desconocimiento del Tribunal respecto de la realidad del negocio de generación privada de energía.

F. Reclamos recurrentes

En este apartado expondré algunos de los reclamos recurrentes que plantean las empresas privadas contratista en estos contratos “modernos”. Por lo que claramente será una exposición subjetiva y cargada al lado de los operadores privados.

Concretamente se indica que no vale la pena reclamar por la vía del equilibrio económico en Costa Rica dado que la probabilidad de obtener un resultado favorable es muy baja.

Asimismo, se considera que las Administraciones por lo general son poco colaborativas, excesivamente burocratizadas y atrasan

innecesariamente la contestación de las gestiones presentadas. Y en muchas Administraciones se ha identificado que los encargados no conocen de la materia al punto que se ha llegado a proponer que en lugar de un reclamo por desequilibrio económico mejor se plantee uno por reajuste o revisión de precios (lo cual es lo mismo).

En conclusión, las empresas privadas consideran que no hay una verdadera colaboración con el “socio privado” y hay una completa falta de seguridad jurídica que afecta el clima de inversión del país. En algunas ocasiones se prefiere sopesar la posibilidad de la ejecución de la garantía y resolución contractual a tener que poner más fondos en un contrato público. Fondos que no serán recuperados de ninguna otra manera.-

A modo de conclusión. ¿Tiene algún sentido continuar hablando del equilibrio económico en “contratos modernos”?

La conclusión es que sí se puede hablar del equilibrio económico en contratos “modernos”, pero invocando la existencia de la teoría del enriquecimiento sin causa lo cual deberá ser objeto de un estudio pormenorizado que excede los alcances de esta investigación. De lo contrario, el voto 6432-98 es una resolución anacrónica y desfasada.

I. Bibliografía general

- Ariño Ortiz, Gaspar (2008). *Principios de derecho público económico*. Primera reimp. (primera ed.). Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- (2007). “*El enigma del contrato administrativo*”. Revista de Administración Pública (172). Enero-abril.
- (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Primera ed. Institutos de Estudios Administrativos. España.
- Ariño Ortiz, Gaspar y Cassagne, Juan Carlos (2005). *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Primera ed. Editorial Lexis Nexis. Argentina.
- Ariño Ortiz, Gaspar y Villar Ezcurra, José Luis (2002). “*Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obras*”. Revista de Obras Públicas (año 149, n.º 3425). Octubre.
- (2000). “*Las infraestructuras en España: un reto para el nuevo milenio*”. Revista de Obras Públicas (año 147, n.º 3400). Julio-agosto.
- Fernández, Tomás-Ramón (2016). “*Los riesgos imprevistos en el contrato de obras*”. Revista de Administración Pública. núm. 201, Madrid, septiembre-diciembre (2016), págs. 203-217.
- López Jiménez, Enrique (2017). “*La teoría del equilibrio económico y financiero en Costa Rica*”. Editorial Académica Española. Berlin, Alemania. 2017.
- (2017). “*Reajuste de precios en contratos de obra pública pactados en moneda extranjera frente al régimen de bandas cambiarias*”. Revista de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. N.º. 142, enero-abril.
- (2013). “*La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica*”. Revista de Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. N.º. 132, setiembre-diciembre.

ENRIQUE LÓPEZ JIMÉNEZ: La actualidad del principio de equilibrio económico y financiero en “contratos modernos: 20 años de la emisión del voto 6432-98 de la Sala Constitucional

(2010). “*Mantenimiento del Equilibrio Económico y Financiero de los contratos administrativos*”, Tesis de grado bajo la dirección del DR. JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (Signatura: TFG 4825). Biblioteca Luís Demetrio Tinoco de la Universidad de Costa Rica (Signatura: TFG 31469).