



EL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras Claves: Contratación Administrativa, Equilibrio Económico, Fijación del Precio, Contractus Lex, Intangibilidad Patrimonial, Prescripción.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 12/06/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	3
Mantenimiento del Equilibrio Económico del Contrato Administrativo	3
DOCTRINA	4
Equilibrio Económico del Contrato y Reajuste de Precios	4
Prescripción del Proceso de Reajuste de Precios	4
Reajuste de Precios y Silencio Negativo	5
Reconocimiento de Intereses	6
JURISPRUDENCIA	6
1. Concepto, Finalidad y Efectos del Reajuste de Precios en la Contratación Administrativa	6
2. El Mantenimiento Económico del Contrato como un Derecho del Contratista	8
3. Procedencia del Mantenimiento del Equilibrio Económico, Financiero del Contrato Administrativo	10

4. El Reajuste del Precio en el Contrato de Concesión de Obra Pública.....	20
5. El Reajuste del Precio en Contratos Administrativos Sobre Servicios de Salud.....	23
6. Vigencia y Prescripción del Derecho a Solicitar Reajuste de Precios en los Contratos de Concesión de Obra Pública	28
7. Aplicación del Principio de Intangibilidad Patrimonial	38
8. La Prescripción en el Reajuste de Precios.....	42
9. El Proceso de Reajuste de Precios Y Pago de Intereses por Atraso de la Administración Pública	48
10. La Variabilidad de Costos y el Equilibrio Económico del Contrato en la Contratación Administrativa	54
11. El Principio de Contractus Lex y el Equilibrio Económico del Contrato Administrativo.....	58

RESUMEN

El presente informe de investigación expone información sobre el tema del Reajuste de Precios en la Contratación Administrativa, para lo cual se revisan las citas normativas, doctrinales y jurisprudenciales aplicables en cuanto al ejercicio de tal derecho.

La normativa por medio de la Ley de Contratación Administrativa establece la posibilidad de ejercer tal derecho y sus casos de procedencia, ya que durante de la ejecución de la contratación administrativa pueden surgir condiciones que hagan variar los precios de la contratación, ya sea aumentándolos o disminuyéndolos.

La doctrina por su parte realiza un análisis del contenido del derecho de reajuste de precios en la contratación administrativa, su régimen de prescripción, y su visión como un derecho del contratista, sin dejar de lado la posible aplicación del Silencio Negativo y el cobro de intereses.

Mientras que la jurisprudencia de las Salas Primera y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Administrativos en sus diversas secciones realizan una adecuación de la normativa descrita a los casos particulares, lo cual le permite analizar temas de interés dentro de este régimen como la prescripción, el cobro de intereses, la aplicación del principio de intangibilidad patrimonial, el principio de contractus lex y la posibilidad de aplicar el reajuste de precios en el caso especial de los servicios de salud.

NORMATIVA

Mantenimiento del Equilibrio Económico del Contrato Administrativo

[Ley de la Contratación Administrativa]ⁱ

ARTICULO 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 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.

(Así reformado el párrafo anterior de acuerdo con la anulación parcial ordenada por resolución de la Sala Constitucional N° 6432-98 del 04 de setiembre de 1998.)

En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.

Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios.

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.

(Así reformado este último párrafo por el artículo 1º, inciso d), de la ley N° 7612 de 22 de julio de 1996)

DOCTRINA

Equilibrio Económico del Contrato y Reajuste de Precios

[Jinesta Lobo, E]ⁱⁱ

El ajuste o revisión de precios es un mecanismo fundamental para mantener el equilibrio económico o ecuación financiera del contrato administrativo frente a fenómenos económicos imprevisibles o sobrevinientes tales como la inflación, la deflación o la simple variación en el mercado de los costos de los bienes y servicios¹, que deriva, a su vez, del derecho básico del contratista de “percibir la remuneración o pago convenido”². De esta manera, se le evita al contratista un empobrecimiento ilícito o sin causa que lesiona su patrimonio –con un enriquecimiento ilícito correlativo de la administración contratante-, de modo que tiene firme asidero en el principio constitucional de la intangibilidad relativa del patrimonio establecido en el artículo 45 de la Constitución Política (Voto de la Sala Constitucional No. 998-98). De otra parte, esta figura jurídica asegura, en beneficio del interés público, el cumplimiento efectivo o la ejecución íntegra del contrato (Voto de la Sala Constitucional No. 6432-98). Se trata, esencialmente, de una indexación o actualización de las obligaciones dinerarias a cargo de la administración contratante en favor del contratista como parte de la ejecución del contrato.

Prescripción del Proceso de Reajuste de Precios

[Jinesta Lobo, E]ⁱⁱⁱ

De acuerdo con el RLCA (artículo 31, párrafo 3°) el derecho de reclamar el reajuste prescribe en el plazo de 5 años, contado a partir de la existencia de la posibilidad de ejercer las acciones pertinentes y se interrumpe con la presentación de la gestión. Esta norma reglamentaria aunque limita un derecho, resulta generosa y tiene pleno sustento en el principio de la auto-integración del Derecho Administrativo (artículo 9° LGAP), dado que, la única norma en la LCA que establece un plazo de prescripción –quinquenal- lo es el artículo 35 –referido a la prescripción de la responsabilidad del contratista por incumplimiento de sus obligaciones-, la que, por el principio apuntado y por razones de simetría e igualdad, debe ser, también, aplicada al supuesto objeto de estudio.

Cualquier otra interpretación que acuda a las normas del Derecho privado –antes que a las del Derecho Administrativo-, infringe el principio de la auto-integración del

¹ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No. 114 de las 14:30 hrs. de 28 de Marzo de 1990, afirmó que el requisito sine qua non del derecho al reajuste en la prestación es “El impacto en la economía del contrato, de fenómenos económicos o de otros imprevisibles que trastornen seriamente su ecuación financiera”.

² Sala Primera de Casación No. 376 de 14:55 hrs. de 8 de octubre de 2007.

artículo 9° LGAP, de ahí que no compartimos la solución dada por la Sala Constitucional en el Voto No. 7261-94 de las 8:30 hrs. de 9 de diciembre de 1994 (reiterado en el Voto No. 6432-98 de las 10:30 hrs. de 4 de septiembre de 1998) al acudir a la prescripción decenal del artículo 868 del Código Civil para colmar la laguna normativa existente para ese momento, voto que se emite antes de la promulgación de la LCA de 2 de mayo de 1995. Estimamos que las situaciones que pudieran haber surgido entre la promulgación de la LGAP (1978) y la LCA (1995), deben resolverse con aplicación del plazo establecido en el artículo 198 de la LGAP, al tratarse de una norma general del Derecho Administrativo que establece un plazo claro y preciso de prescripción³ -3 años antes de la reforma por Ley No. 7611 de 12 de julio de 1996 y 4años después de ésta.

Reajuste de Precios y Silencio Negativo

[Jinesta Lobo, E]^{iv}

La CGR ha sostenido que tratándose de la gestión formulada por el contratista para reajustar los precios, no rige el silencio positivo del artículo 16 LCA; para sustentar el argumento estima que el acto favorable presunto resulta aplicable cuando la gestión es necesaria para la ejecución del contrato y evitar la inoportuna ejecución del contrato⁴. Esta tesis no resulta del todo afortunada y correcta, por cuanto, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato sí tiene relación directa con la ejecución del contrato, puesto que, el contratista se podría encontrar materialmente imposibilitado para darle plena ejecución, de modo que parece que la hipótesis encaja en el supuesto de hecho del artículo 16 LCA al referirse a “cualquier gestión que le formule el contratista, cuando sea necesaria para ejecutar la contratación”, de manera que la CGR distingue donde la ley no lo hace, lo que contraría una regla hermenéutica de importancia.

Empero, la CGR para compensar su tesis de la inaplicabilidad del silencio positivo al reajuste de precios, estima que el reajuste debe ser reconocido desde la fecha de presentación del reclamo debidamente justificado, es decir, los efectos del memorial se retrotraen al momento en que el contratista reclamó fundadamente el equilibrio económico del contrato⁵.

³ Confróntese nuestra postura con Sala Primera de Casación Sentencia No. 346 de las 11:05 hrs. de 18 de junio de 2003, en la que avaló el criterio de un Tribunal arbitral al aplicar a un contrato administrativo el 868 del Código Civil, por cuanto, para el momento no se había promulgado al LCA, asimismo descartó la aplicación de la LGAP al considerar que “Este cuerpo normativo regula aspectos distintos a los analizados en el sub-arbitrio, al referirse a supuestos de responsabilidad extracontractual (...)”. Independientemente que la LGAP se refiera a la responsabilidad extracontractual, el artículo 9° de ese cuerpo normativo y el principio de la auto-integración del Derecho Administrativo mandan, imperativamente, a acudir, primero, a cualquier norma escrita o no escrita de esa rama jurídica antes de aplicar el Derecho privado y sus principios.

⁴ CGR oficios Nos. 1509 de 8 de febrero de 1996, 463-DGCA-51-99 de 18 de enero de 1999 y 2384 - DGCA 242-99- de 8 de marzo de 1999.

⁵ Ibidem.

Reconocimiento de Intereses

[Jinesta Lobo, E]^v

Desde el momento en que la administración contratante incurre en atrasos en el pago de sus obligaciones, debe reconocerle al contratista los intereses moratorios respectivos (artículo 19 LCA), para tal efecto debe dictarse una resolución administrativa que así lo reconozca. Los intereses se liquidarán según la tasa de captación pasiva a 6 meses indicada en el RLCA, entre la fecha en que debió efectuarse el pago y la de emisión del documento de reconocimiento de los intereses.

Es menester recordar que mediante el Voto de la Sala Constitucional No. 6432-98 de las 10:30 hrs. de 4 de septiembre de 1998, se declaró inconstitucional la frase del artículo 19 LCA que restringía el derecho a exigir el pago de los intereses moratorios, únicamente, cuando la mora excediera de 90 días naturales, por lesionar el principio de la intangibilidad relativa del patrimonio (artículo 45 constitucional) y el principio y derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 33 constitucional) del contratista al cercenarle, injustificada e irrazonablemente, parte de los frutos civiles que le correspondían por la mora imputable a la propia administración pública.

JURISPRUDENCIA

1. Concepto, Finalidad y Efectos del Reajuste de Precios en la Contratación Administrativa

[Sala Primera]^{vi}

Voto de mayoría

“VII. Para el correcto estudio del agravio expuesto por la casacionista, es menester, de previo a cualquier análisis sobre el fondo de lo reprochado, efectuar algunas referencias importantes. En primer lugar, se debe señalar, en relación con la ecuación financiera y el equilibrio económico del contrato administrativo, que la Sala Constitucional, mediante resolución n.º 998-1998 de las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998, le dio rango constitucional a una serie de principios inherentes a la contratación administrativa, entre los que se encuentra el de Intangibilidad patrimonial, respecto al cual indicó: “...de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los

precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato)”. Establecido lo anterior, se concibe el reajuste de precios como un mecanismo de ajuste, que buscan mantener la relación de equivalencia entre las partes de un contrato administrativo, con lo cual se garantiza la igualdad y la equidad. Su finalidad, es asegurar que los pagos se hagan de acuerdo con el valor real que les correspondía originalmente y de esta manera, otorgar al contratista el valor cuya expresión actual represente, con integral fidelidad, la misma sustancia económica a la que estaba obligado el contratante cuando eligió la oferta. Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual (teoría del precepto 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). En adición a lo referido, de conformidad con el canon 18 de la Ley citada, los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios ofertados 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 unitario. Asimismo, en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes. Tomando como base lo expuesto, esta Cámara estima, que el fallo impugnado no incurrió en los vicios esgrimidas. El reajuste de precios efectivamente constituye un derecho del contratista, tal y como lo hace ver la casacionista en su recurso, no se trata de ninguna indemnización, sino más bien de una obligación por parte de la administración, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público. Sin embargo, concuerda esta Sala con lo dicho por el Tribunal, al establecer que este mecanismo de reajuste no opera oficiosamente. Si bien, la posibilidad de que un contratista solicite un reajuste del precio que cotizó a la Administración, es un derecho que le otorga la Ley de Contratación Administrativa en el mandato 18, a quien corresponde su ejercicio, mediante el requerimiento respectivo, es al propio contratista, porque se trata de un mero derecho dispositivo, el cual queda a la libre disposición de su propietario. Al respecto manifestaron los juzgadores: *“...la empresa contratista tampoco logró acreditar que haya solicitado durante la ejecución del contrato algún reajuste de precios. No consta ninguna prueba, documental ni testimonial, que así lo acredite, y en este tanto no podría imputar el incumplimiento contractual al supuesto desequilibrio económico que le habría podido ocasionar el rechazo de un reajuste que nunca solicitó. Mucho menos sería admisible la teoría que intenta sustentar en este proceso la empresa, en el sentido que la administración tiene la obligación de solicitar los reajustes, pues con toda claridad el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que regula lo relativo al reajuste de precios, dispone que las partes están obligadas a fundamentar*

su gestión y aportar las pruebas que sustenten su dicho. (...) Lo que establece el numeral 18 de la Ley de la materia, es la obligación de la administración de prever y permitir, en toda contratación administrativa, la posibilidad de reajustar los precios como un mecanismo para mantener el equilibrio económico del contrato, por mandarlo así no solo la Ley sino el principio de intangibilidad patrimonial de carácter constitucional...”(Transcripción del archivo de audio y video del dictado de la sentencia) En razón de lo sostenido, queda claro entonces, que en virtud del principio de equilibrio de la ecuación financiera de los contratos administrativos, el reajuste de precios en materia contractual, constituye un derecho del contratista y una obligación para la administración, pues reconocer dichos reajustes no es una potestad del Estado, por encontrarse involucrado el interés público inmerso en la ejecución de los contratos. Empero, este derecho se debe otorgar en el momento que el contratista lo solicite expresamente, lo cual como quedó acreditado en el considerando II no se llevó a cabo en la especie. En igual orden de ideas, no comparte este Órgano Decisor el vicio que apunta la recurrente, en cuanto a que el Tribunal viola los artículos 9, 12 y 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administración, al señalar que la administración solo se encontraba obligada a contar con el presupuesto para cubrir el objeto del contrato, no así, para hacer frente a un reajuste de precios. Se debe destacar, que dado que los reajustes en mención se originan en situaciones imprevistas, lo que exige el ordenamiento jurídico, en los canones aludidos, es que al iniciar el procedimiento de contratación administrativa, se cuente con los recursos presupuestarios suficientes para enfrentar la erogación respectiva. En casos excepcionales y para atender una necesidad muy calificada, a juicio de la Administración y previa autorización de la Contraloría General de la República, podrán iniciarse los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual se requiere la seguridad de que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria. En estas situaciones, la Administración advertirá, expresamente en el cartel, que la validez de la contratación queda sujeta a la existencia del contenido presupuestario. Como puede observarse, lo exigido a la administración, es contar con contenido presupuestario a efecto de ejecutar el objeto contractual, requerimiento que se cumplió en la especie. En razón de los motivos dados, se puede afirmar, que el Tribunal no incurrió en las violaciones esgrimidas, por lo que la censura no es de recibo.”

2. El Mantenimiento Económico del Contrato como un Derecho del Contratista

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V]^{vii}
Voto de mayoría:

“V. SOBRE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL CONTRATISTA CON OCASIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA. Con ocasión de las relaciones derivadas de contratos administrativos, la Administración cuenta con una

serie de prerrogativas y obligaciones, y el contratista a su vez, tiene derechos y obligaciones. Así, la Administración se encuentra revestida de la potestad de resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista, o bien, de rescindirlo por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, artículos 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 204 y 206 del Decreto Ejecutivo N° 33411-H, puede modificar unilateralmente el contrato, tiene derecho a recibir los objetos adjudicados actualizados (ARTÍCULO 12 de la Ley), está llamada a velar por la observancia de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, debe velar por el cumplimiento o ejecución efectiva del contrato (artículo 13 de la Ley), tiene la obligación de cumplir con todos los compromisos adquiridos en el contrato (entre ellos pagar el precio) y colaborar con el contratista para la correcta ejecución del objeto del contrato (artículo 15 de la Ley). Por su parte, el contratista tiene derecho a la ejecución íntegra del contrato (artículo 17 de la Ley), al mantenimiento del equilibrio económico del contrato (artículo 18 de la Ley), al reconocimiento de intereses, y está obligado a verificar la correcta aplicación de los procedimientos (artículo 21 de la Ley) y a cumplir con las condiciones y elementos particulares contenidos en el cartel, la oferta y el contrato, con la finalidad de conseguir su correcta ejecución (artículo 20 de la Ley). Dada la controversia bajo examen, es oportuno precisar que únicamente podemos hablar de cumplimiento cuando se ejecuta a cabalidad una prestación en los términos originalmente pactados o bien de acuerdo con las nuevas especificaciones suministradas por la Administración en el curso de la ejecución contractual, en aquellos casos en los cuales, para la satisfacción plena del interés público, se modifique el objeto contractual o alguno de los elementos que forman parte de este. En suma, el deber fundamental del contratista consiste en la entrega efectiva del objeto de la contratación, por medio de la prestación de un servicio, la entrega de un bien, la ejecución de una obra, con observancia de los requisitos determinados en el cartel, la plica y el contrato, en cuanto a la cantidad, calidad o especificaciones técnicas, y oportunidad. *"La administración pública tiene el derecho de exigir a su contratante el debido y regular cumplimiento de todas las obligaciones impuestas a éste por el contrato y por los documentos complementarios que lo integren. Lo que está pactado y tal como está pactado debe ser cumplido por el contratante, y todas las potestades de que está investida la administración pública en el contrato administrativo están dirigidas a posibilitar y obtener ese cumplimiento. Si la administración contrata, es justamente para que lo que fue convenido se ejecute, porque el interés público que se busca satisfacer por medio del contrato celebrado así lo reclama. Pero como los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino también a todo lo que sea una consecuencia que pueda considerarse que hubiese sido virtualmente comprendido en ellos...el cocontratante quedará también obligado al cumplimiento de esas consecuencias, necesarias para que exista el "regular" y el "debido" cumplimiento del contrato, que será interpretado, a estos fines, con arreglo al principio de buena fe que debe imperar en todos los contratantes y conforme a las*

reglas que son aplicables a esa interpretación. Pero la administración pública no sólo tiene el derecho de exigir que las prestaciones estipuladas se cumplan, sino que además corresponde que el cocontratante actúe siempre con la necesaria diligencia, poniendo en la ejecución de las prestaciones el cuidado que es propio a quien se desempeña con el carácter de un colaborador de la administración en la realización de un fin de interés general. Las reglas del arte, las costumbres y los usos de cada actividad deben ser respetados, y así el cocontratante no sólo debe cumplir, sino que debe cumplir bien."

(Héctor Jorge Escola. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1977, págs 422 y 423). En este punto es preciso advertir que la contratación administrativa forma parte de la actividad administrativa, la cual, en principio tiene como finalidad la satisfacción de un interés público, lo que explica las prerrogativas con las que cuenta la Administración para garantizarse el cumplimiento del contrato. En caso de incumplimiento, la Administración, según se dijo anteriormente, cuenta con la prerrogativa de ponerle fin al contrato, mediante el procedimiento de resolución, así como de aplicar las sanciones establecidas en el ordenamiento. A tenor de la normativa aplicable, el derecho de la Administración en orden a resolver de forma unilateral el contrato, regulado en el artículo 11 de la Ley y 204 del Decreto antes referenciado, surge con ocasión de un quebranto en las obligaciones contractuales imputable al contratista, y cuya puesta en práctica debe seguir los principios elementales del debido proceso. Además, existen otros tipos de sanciones, que la Administración, en ejercicio de su potestad de imperio, puede imponer al contratista en caso de incumplimiento, tales como las multas o la inhabilitación. Este último tipo encuentra su fundamento normativo en el artículo 100 de la Ley, e implica la imposibilidad del sancionado de contratar con la Administración licitante durante un período de tiempo (entre dos y diez años).

3. Procedencia del Mantenimiento del Equilibrio Económico, Financiero del Contrato Administrativo

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]^{viii}
Voto de mayoría

“III. Del recurso: El apelante en resumen justifica su recurso de la siguiente manera: 1) Alega error en la interpretación de la cláusula décimo octava del Contrato de Arrendamiento Nortel/ICE/E. S.A, cuando afirma el a quo en el Considerando Séptimo de su sentencia, que dicha cláusula otorga una exención de índole fiscal al cocontratante cesionario y que por ello se viola la Ley del Impuesto sobre la Renta, y esto ocurre por leerse la cláusula en forma sesgada e incompleta. Dice que partiendo de que habría impuestos que debían cubrirse, se convino que el ICE le pagaría una cantidad adicional al impuesto respectivo, de modo que el importe que recibiera el co-

contratante fuera el pactado y no menos. Señala que el correcto entendimiento de ésta cláusula sea el de regular la distribución acordada entre las partes contratantes de a quien de ellas correspondía cubrir el impacto fiscal de la contratación, que en el caso concreto resultaron ser las retenciones de ley a cuenta del impuesto sobre la renta. 2) Que se incurre en error de apreciación cuando el a quo afirma que la cláusula de cita es incompatible con los cánones de la contratación administrativa. Dice, al quedar sentado que la cláusula en controversia no establece una exención fiscal a favor del arrendante ni tampoco que se le exime del pago del impuesto sobre la renta, no hay norma en la contratación administrativa que permita una distribución en cuanto a cuál de las partes debe cubrir el efecto fiscal que se produzca en la actividad respectiva, pues lo que se tiende a tutelar son los principios de equilibrio de intereses y la intangibilidad patrimonial. El primero, porque fue definido en el precio pactado y para que ese equilibrio se mantuviera, el ICE estaba en la obligación de asumir cualquier impacto tributario, y el segundo, en cuanto se incorpora válidamente un componente para que el precio de la contratación corresponda al precio actual del equipo por arrendar, resultando legalmente el traslado a la entidad contratante todos los factores que incidan en la determinación del precio, caso contrario, la institución estaría induciendo un desequilibrio injusto en las prestaciones económicas del contrato. 3) Que se incurre en error de apreciación cuando el a quo afirma que era de obligado proceder por parte del arrendante o de su cesionario, tramitar el reintegro de las retenciones como un reajuste o revisión de precios, dado que no se trata de situaciones por variaciones futuras, sino de que se pague el precio pactado, que en todo momento fue cierto en su número y cuantía. Resulta mal aplicada la cláusula en controversia al entenderse como una cláusula de revisión de precios. Pide revocar la sentencia apelada y en su lugar declarar con lugar en todos sus extremos la demanda.

IV. SUJECION AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- La actividad estatal se encuentra sujeta al Bloque de Legalidad, incluyendo la actividad contractual. La idea de ordenamiento es la de un todo de normas sistematizado a través de vínculos formales o materiales, de modo que el bloque de legalidad está formado, en sentido amplio, tanto por el escrito como por el no escrito. Esto es, el ejercicio de la función administrativa está bajo el control del principio fundamental de la legalidad, constituyéndose en una limitación al poder administrativo y por supuesto, a la práctica de la arbitrariedad. Encontramos en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de Administración Pública, que la Administración se encuentra sometida al ordenamiento jurídico y que sus funcionarios solamente pueden desplegar, como manifestación de la voluntad de la administración, aquellos actos que expresamente les están autorizados. El numeral 11 de la Constitución Política, en su párrafo primero, reza: “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. (...)” y por su parte, en artículo 11 de la LGAP, dispone que “la Administración Pública actuará

sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes; entonces, *“todo acto o comportamiento de la Administración que incida sobre los derechos del particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico”* (Ortíz Ortíz). Agrega el jurista además: *“también constituye una garantía de la eficiencia administrativa, pues crea un orden de conducta indispensable para que la acción pública realice los fines que persigue, que permite asegurar un mínimo de oportunidad y conveniencia a su gestión”*. La sujeción de la actuación administrativa al Ordenamiento Jurídico significa que la norma se erige en el fundamento previo y necesario de su actividad, y en su fenómeno reflejo, la seguridad jurídica del administrado. De consiguiente, cualquier actuación de la Administración discordante con el bloque de legalidad, constituye una infracción del Ordenamiento Jurídico. Desde esta perspectiva, toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso. En concreto sobre la actividad contractual de la Administración Pública, la misma está sometida al Ordenamiento Jurídico Administrativo. Así lo dispone el numeral 3 de la Ley de Contratación Administrativa: *“La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo (...) En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa (...)”* El marco jurídico general para las relaciones contractuales de la administración, se encuentra entonces contemplado en la ley No. 7494 *“Ley de Contratación Administrativa”*, cuyo artículo 15 expresamente señala, en lo que resulta de interés al referirse a las obligaciones de la administración contratante: *“La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado”*. Así mismo, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley establece a su vez la siguiente obligación de cumplimiento para los contratistas: *“Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”*. Ambas obligaciones, recíprocas por demás, surgen a partir del principio de buena fe imperante en toda relación negocial, mediante el cual ambas partes tienen como punto referencial para su desarrollo, el deber de cumplimiento de sus obligaciones contractuales así como el de la mutua colaboración, ocurriendo el fenómeno sinalagmático. De violentarse, surge la responsabilidad. En lo tocante con el principio citado, este ha sido rescatado por la Sala Constitucional en el voto N° 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, al considerarlo como un postulado fundamental de la contratación administrativa que tiene arraigo en el artículo 39 de la Constitución Política: *“en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se*

considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde **prevalezca el interés público sobre cualquier otro**". (negrita intencional) Se destaca que el principio elemental de buena fe, obliga a las partes contratantes a someterse a las reglas del cartel, de la cotización, de la oferta, aún en contrataciones directas como la presente, como derivación de las obligaciones establecidas en el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa, cuando señala como una "responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa (...)". Se desprende de lo señalado, además, el tema de la reciprocidad de las prestaciones y de la equivalencia económica del contrato, situaciones que igualmente la Sala Constitucional en el voto 6432-98, definió bajo el entendido de que la equivalencia de las prestaciones que debe cumplir cada parte involucrada en el contrato es conmutativa, esto es: "(...) del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes)".(mismo voto indicado) Es así como el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización al ordenamiento propio que rige la materia y la contratación en específico. El acto de voluntad, libre y soberano del contratista, queda filtrado y sometido a los alcances definidos por el ordenamiento jurídico administrativo, y fundamentalmente por la reglamentación de la contratación, sea desde su origen, en el cartel o pliego de condiciones, base de la misma, a la oferta adjudicada y al contrato administrativo directamente. El artículo 10 de la Ley de la Contratación Administrativa, lo señala de la siguiente manera: "En cualquier procedimiento de contratación administrativa, el oferente queda plenamente sometido al ordenamiento jurídico costarricense, en especial a los postulados de esta Ley, su Reglamento Ejecutivo, el reglamento institucional correspondiente, el cartel del respectivo procedimiento y, en general, a cualquier otra regulación administrativa relacionada con el procedimiento de contratación de que se trate". En parangón con la contratación directa, el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone con respecto a dicha naturaleza: " El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar...."

En este orden de ideas, como se ha dicho, el cartel se equipara al reglamento de la contratación al definir las condiciones en que ella se concretará, como así las negociaciones de la contratación. Con respecto a la naturaleza de la oferta en esta materia, a partir de la cotización de la sociedad contratada (Propuesta COR-980011-01A), el artículo 61 del mencionado Reglamento, establece: " *La oferta es la manifestación de voluntad del participante, dirigida a la Administración, a fin de celebrar un contrato con ella, conforme a las estipulaciones cartelarias*". De conformidad con la anterior disposición, la oferta debe cumplir de forma estricta su contenido, **vincula al oferente, pues en caso de resultar adjudicatario, deberá someterse no sólo a las condiciones cartelarias al efecto establecidas, sino también a los términos por él ofertados en dicho documento y a la Administración, en tanto que su aceptación significará admitir la delimitación de los términos y condiciones de la contratación según lo propuesto por el contratista.** Por lo anterior, la contratación no puede ser analizada en sus componentes de manera aislada, ni abstraída del ordenamiento jurídico, menos del interés público. Ahora, entrándose del elemento esencial pago, que aparte de no poderse modificar unilateralmente, la Ley de Contratación Administrativa, no contempla regulación alguna atinente a la modalidad de este; por el contrario, el artículo 45 del Reglamento a dicha Ley, se refiere a los "términos de pago" como uno de los aspectos que deben considerarse en el cartel del concurso o la propuesta contenida en la cotización, que en lo concreto se especificó y se definió el precio final en la suma de \$7.783.273.8 dólares, tomándose como modalidad de pago, a 20 tractos o cuotas de \$389.163.69 dólares cada una de acuerdo a las fases desarrolladas, según se aprecia del contrato y del oficio que transcribe el acuerdo emitido por el Consejo Directivo, en el artículo 8 del acta de la Sesión 5683 del 26 de julio de 2005, significativo entonces del precio neto a percibir como parte de la ganancia total. Una de las principales obligaciones que asume la Administración al momento de pactar una contratación directa como la presente, es la de cumplir con todos los compromisos adquiridos válidamente y a prestar su colaboración al contratista para que ejecute en forma idónea el objeto pactado (artículo 15 LCA). Dentro de estas obligaciones destaca el pago del precio por el bien o servicio recibido en los términos pactados, el cual visto desde la perspectiva del contratista, se constituye en un derecho para aquél, aún cuando expresamente no se califique de esta forma. La cláusula de discordia, en lo pertinente y conducente, dispone:

"Décima Octava: Los montos de las cuotas serán libres de impuestos. En caso de que el ICE deba retener cualquier impuesto sobre dichos montos, le pagará a la Arrendadora la cantidad adicional que sea necesaria para que reciba el importe neto establecido en la Cláusula siguiente."

De esta manera, y en especial atención, en tratándose del impuesto sobre la renta, sobre el cual el ICE ha estado practicando la retención del 2% sobre el monto de cada cuota parcial pactada del canon global del arrendamiento, ello de conformidad con la

Ley 7092, artículo 23.g, obedece a la sujeción al principio de legalidad tributaria, de la cual el ICE no puede ni debe ignorar. Así, en el artículo 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios se dispone con claridad: “En cuestiones tributarias **solo la ley** puede: a) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la relación tributaria; establecer las tarifas de los tributos y sus bases de cálculo; e indicar el sujeto pasivo; b) Otorgar exenciones, reducciones o beneficios; (...)” Precepto que encuentra plena armonía con el canon 124 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone: “Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares.” Síguese que por vía contractual, aún por contratación directa, las partes no tenían la soberanía de pactar sobre aspectos tributarios como el que interesa y se apunta, en tanto el interés público se sobrepone a las voluntades de las partes. Por tal motivo, se ha destacado la imposibilidad de crear exenciones por vía distinta a la de la ley expresa, menos por vía contractual como la concreta en este asunto. Este postulado implica, por ende, no solo la unidad del sistema tributario en general, sino a la vez, la seguridad y certeza jurídica en materia impositiva, en tanto el contribuyente, o bien, los contratantes en este caso, pueden y pudieron advertir y conocer con la debida antelación y con la precisión suficiente, el alcance y contenido de las obligaciones fiscales, lo que les resultaba relevante para conocer el régimen de sujeción, hecho imponible, base de cálculo, tarifa, entre otros elementos del gravamen sobre los extremos de cada cuota, o bien del precio final convenido por el arrendamiento operativo concertado. Ergo, la conclusión de que el canon lo era libre de impuestos, era tan solo una fórmula falaciosa vacía de contenido legal, al ser indisponible por las partes y fuera de pacto, dejando la condición de reconocer cualquier cantidad retenida insubsistente. Es en ese ejercicio de esta potestad tributaria de que goza el Estado, que se tiene plena competencia para fijar los tributos en su jurisdicción, lo cual, obviamente comprende los criterios de sujeción para su imposición, esto es, los elementos que determinan qué renta o sujeto está sometido al poder tributario del Estado, de manera que el ICE estaba preceptivamente obligado a la práctica de la retención, una vez determinada la cuota fija, cierta y neta, como renta obtenida, independientemente de lo pactado, bajo advertencia legal de considerársele responsable solidario del pago de dicho tributo. Esa solidaridad pasiva deriva de los numerales 24 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y 44 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que a la letra establecen: "Efectuada la retención o percepción del tributo, el agente es el único responsable ante el Fisco por el importe retenido o percibido; y si no realiza la retención o percepción, responde solidariamente, salvo que pruebe ante la Administración Tributaria que el contribuyente ha pagado el tributo. Si el agente, en cumplimiento de esta solidaridad, satisface el tributo, puede repetir del contribuyente el monto pagado el Fisco. El agente es responsable ante el contribuyente por las retenciones efectuadas sin normas legales o reglamentarias que las autoricen; y en tal

caso el contribuyente puede repetir del agente las sumas retenidas indebidamente." (Artículo 24 Código de Normas y Procedimientos Tributarios). "Los agentes de retención que no retengan el impuesto se harán responsables solidarios de su pago y, además, no se les aceptará deducir como gastos del ejercicio las sumas pagadas por los conceptos que originaron las retenciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de las demás disposiciones que al respecto contempla el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. " (Artículo 44 Ley de Impuesto Sobre la Renta). Precisamente sobre este tema, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante Voto 4949-1994 de las trece horas con cincuenta minutos del seis de Setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, manifestó: "Lo que la doctrina ha denominado como "sujeto del tributo" -es decir, el contribuyente- es el sujeto pasivo de la obligación tributaria, esto es, la persona individual o colectiva que debe cumplir la prestación fijada por la ley, pero en ciertos casos particulares la ley fiscal atribuye la condición de sujeto obligado a hacer efectiva la prestación, a personas distintas del contribuyente y que, por esa circunstancia, se suman a éste o actúan paralelamente a él o también, pueden sustituirlo íntegramente. En consecuencia, podemos afirmar que sujeto pasivo de la obligación tributaria -artículo 15 del Código Tributario- es la persona individual o colectiva a cuyo cargo pone la ley el cumplimiento de la prestación y que puede ser el deudor -contribuyente- o un tercero -responsable- que ésta designe". Así las cosas, si quien estando obligado a retener en la fuente el porcentaje del tributo correspondiente, no lo hace, queda por mandato de ley, solidariamente obligado al pago de la misma. Conclusión inmediata de este aparte, es que la convención tributaria pactada, ha de desentenderse jurídicamente del contenido propio del clausulado total, más cuando la situación de que si era o no posible la retención del impuesto no es el objeto propio del debate en manos, sin embargo zanja parte importante del diferendo para la debida interpretación en cuanto a la vincularidad para el ICE de reponer lo retenido a título de sobreprecio, que a fin de cuentas, se comporta como ajuste o parte del monto neto de la cuota pactada del precio convenido, elevando así el costo del contrato, entendiéndose que el precio fue convenido y fijado certeramente. Caso contrario, indefectiblemente provocará el acaecimiento de un nuevo hecho generador tributario en cuanto a esa porción en demasía, haciéndose la misma retención del dos por ciento sobre esa diferencia devuelta, que sin más análisis, convierte al ICE, y en sentido general, al Estado como el responsable final del susodicho tributo, imputándosele como contribuyente directo, de manera que no puede tenerse al ICE como incumplidor de la Cláusula Décimo Octava del "Contrato de Arrendamiento Nortel / ICE/ E. S.A." en cuanto retiene la suma pertinente al tributo de marras, prohijándose en este sentido lo dictaminado por el a quo y denegándose así los agravios en cuanto a la existencia de error en la interpretación y apreciación en cuanto el a quo afirma que la cláusula de cita es incompatible con los cánones de la contratación administrativa por tratarse de una exención de índole fiscal implícita.

V. Existe deber de reposición financiera para alcanzar el valor neto del precio, una vez hecha la retención tributaria?; o bien, lo pagado constituía el valor neto del precio pactado? Se trastoca la ecuación financiera? Por ecuación económico-financiera del contrato administrativo entendemos como la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Cláusula de Reajuste de Precios, Derecho Administrativo, Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, página 904.) Con la finalidad de preservar esta ecuación se establecen mecanismos de ajuste que buscan mantener la relación de equivalencia entre las partes de un contrato administrativo, con lo cual se garantiza la igualdad y la equidad, denominados habitualmente como “reajustes de precios”, o por la doctrina como “cláusulas de reajuste de precios”. Dichas cláusulas se manifiestan a través de fórmulas que vienen a garantizar el ajuste: “Estas cláusulas de reajuste de precios tienen como función, como razón de ser única, esencial y específica, asegurar que los pagos se hagan de acuerdo con el valor real que les correspondía originalmente, para de esta manera otorgar al prestador de la actividad el valor cuya expresión actual represente, con integral fidelidad, la misma sustancia económica a la que estaba obligado el promotor del certamen licitatorio en la oportunidad que eligió la oferta.” (op. cit., pág. 912). Siguiendo ese orden de ideas en relación con la ecuación financiera y el equilibrio económico del contrato administrativo, la Sala Constitucional mediante el voto 998-98, le dio rango constitucional a una serie de principios inherentes a la contratación administrativa, entre los que destaca el de Intangibilidad patrimonial: “... de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al co-contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato)”. Se trata de un derecho del contratista y no una indemnización que le da la Administración; por el contrario, consiste en una obligación de ésta. Este derecho de reajustar precios rige a partir del momento en que se presenta la oferta, por tanto, el reajuste de precios se constituye en el mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación y del equilibrio financiero del contrato. En tal sentido, la Sala Constitucional, en voto voto 7261-94 indicó: “...La más calificada doctrina sobre contratación administrativa, es conteste en afirmar que el reconocimiento de las variaciones de precios no es una potestad del Estado sino una

obligación, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público (...); reiterándose en el voto 785-90 que: “Lo anterior significa que nace ese derecho desde el momento en que se presenta la oferta, y que es desde ese momento en que se deben calcular los reajustes...” y: “como tesis de principio se afirma que deben reconocerse los reajuste de precios aún si no existiera un convenio previo entre las partes o una norma jurídica expresa que así lo disponga, puesto que se trata, en lo medular, de la aplicación de un principio constitucional en forma directa, derecho cuya existencia no depende de una norma expresa que lo establezca, sino de la naturaleza misma de la relación contractual en el campo administrativo. Es decir, esta institución se aplica de pleno derecho y en forma directa, a reserva, eso sí, de que exista acuerdo entre las partes en cuanto al monto y que éste resulte razonable a los fines que persiguen, es decir, que se reconozcan, como se ha dicho, los aumentos en los costos que conforman e integran los precios de contrato, según las prácticas usuales en la ejecución de los contratos administrativos. Ello es así, porque desde el punto de vista de la Administración, la institución no está concebida como medio para otorgar beneficios económicos al contratista, sino como vía idónea para asegurar de manera que se garantice su total ejecución, como respuesta oportuna que se opone a los acontecimientos imprevisibles que lo afectan en su seguridad y economía.”(voto 6432-98). Ergo, no tiene trascendencia jurídica ni correspondencia con lo petitionado, lo resuelto en instancia, cuando el a quo remite a la actora a la vía del reajuste la controversia sobre el incumplimiento denunciado, dado que la situación de marras, no se circunscribió a situaciones venideras, futuras, sobrevenidas e inciertas que afectarían o incidieran negativamente el costo financiero del contrato, por lo que en tal medida, y aunque no se trastoca el dispositivo del por tanto, no se sostiene o se argumenta el rechazo de lo pedido. El resguardo del equilibrio económico-financiero, aplica cuando se está en el presupuesto que cubre el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa, cuya letra indica: “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 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, pero no se admitirán para su trámite y se tendrán por caducas las facturas por reajustes, después de tres meses de presentada la factura de obra, servicio o

suministro correspondiente. En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.” Por esto, por tratarse de un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, que se pague lo que previamente se convino, es decir, el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado. Es entonces con lo dicho, que como apunta el agravio, el meollo a resolver no se resuelve a partir de un reajuste de precios, dado que ninguno de los infortunios económicos citados ha sido traído a los autos como fuente de reposición de esa intangibilidad patrimonial, todo lo contrario, el reconocer o no la reposición de las sumas retenidas no es objeto propio del reajuste visto, por considerarse que no viene a título de indemnización, sino como parte del precio integral pactado. De esta manera, la afirmación del a quo cuando señala: *“Ahora bien, a pesar de lo indicado por la parte actora en el escrito que corre a folios 181 a 184 de los autos, donde expone que la cláusula se refiere a una distribución acordada entre las partes sobre el tema de a quien correspondía cubrir el valor incremental que las retenciones producirían en los montos pactados, no consta en el expediente administrativo o de la prueba documental aportada que se haya producido tal hecho, o que al menos se haya discutido el asunto al momento de la adjudicación de la contratación directa en la Junta Directiva del demandado, ni que exista una causa o justificación expresa, clara y acordada por las partes para establecer una cláusula como la discutida, por ello considera la suscrita que esa estipulación contractual no tiene un fundamento técnico ni jurídico que permita sostener su validez y consecuente aplicación, al menos en su primer postulado.”*, se aposta incólume. La imposición soberana del Estado del tributo retenido, de manera ex lege, no es un infortunio, es un deber material impuesto sobre la renta adquirida por la arrendante (dado que surge esa obligación cuando se pague o se acredite rentas afectas al impuesto aún cuando se trate de pagos a cuenta o adelanto de esa operación de arrendamiento) y como tal impide restituir por esa razón el equilibrio financiero del contrato al no constituirse en un presupuesto sustantivo para aplicar el mecanismo necesario de revisión de precios. Así las cosas, no corre acreditación alguna para tener por infringidos o conculcados los principios de legalidad, buena fe y reciprocidad de prestaciones que apareje la imputación subjetiva de la existencia de responsabilidad contractual en cabeza del Instituto Costarricense de Electricidad, en lo que ha sido objeto de litigio, denegándose la apelación en todos sus extremos.”

4. El Reajuste del Precio en el Contrato de Concesión de Obra Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^x

Voto de mayoría

XIV. Sobre el deber de realización del ESIA y la carga del riesgo ambiental. En otro orden de cosas, se cuestiona que el contrato haya impuesto al concesionario la realización del estudio de impacto ambiental. Desde el inicio del concurso, en la segunda parte del cartel, referente al formato de contrato de concesión, la cláusula 5.3.3 del cartel, referida a la licencia ambiental (ver folio 3238 vuelto del principal), se estipuló que con fundamento en la resolución que concedió la VAP, el concesionario estaba obligado a obtener de SETENA la resolución que otorgue la viabilidad ambiental definitiva para la nueva terminal de contenedores. De igual modo, en la condición cartelaria 6.3.5 (visible a folio 3241 vuelto), señala "*6.3.5 Riesgos ambientales. Todos los riesgos ambientales relacionados con la construcción, operación, obras de mitigación ambiental y mantenimiento de la TCM son del Concesionario, según lo regulado en la cláusula 6.3.1. Por tanto, debe incluir en su oferta los costos asociados para el cumplimiento de estos riesgos, los cambios regulatorios en esta materia que, luego de la fecha de la apertura de las ofertas, afecten el equilibrio económico y financiero del Contrato, serán compensados por la Administración concedente*". Por su parte, en el contrato respectivo, en la cláusula 5.3.3 el concesionario asume la obligación de obtener la viabilidad ambiental definitiva para la TCM. De igual modo, en la cláusula 6.3.56 del contrato se señala: "*Todos los riesgos ambientales relacionados con la construcción, operación, obras de mitigación ambiental y mantenimiento de la TCM son del Concesionario, según lo regulado en la cláusula 6.3.1. Por tanto, debe incluir en este contrato de concesión los costos asociados para el cumplimiento de estos riesgos. Los cambios regulatorios en esta materia que no estén contemplados y aprobados en el Estudio de Impacto Ambiental, y sobrepase la reserva de imprevistos del 1% ofertado podrá el Concesionario solicitar que se restablezca el equilibrio económico como lo establece la cláusula 6.4.3 de este capítulo.*"

(Folio 7664 del expediente administrativo CNC -tomo XIV-) Si bien el numeral 21 de la Ley No. 7762 señala que "*Corresponderá a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar la licitación de la concesión...*", lo cierto del caso es que nada imposibilita que la carga de realización de tales estudios de incidencia ambiental sean desarrollados por el concesionario. Ciertamente los numerales 59 y 66 de la Ley No. 6227/78 dicen de la irrenunciabilidad e intransferibilidad de las potestades públicas de imperio, empero, en este caso, no se trata de una renuncia del ejercicio de esas potestades. Se trata de una condición contractual en virtud de la que, se deja a cargo del contratista la formulación de las gestiones para obtener la VAL (viabilidad ambiental), dado que como se ha dicho, parte del contrato es la realización de un diseño para la TCM. Luego,

por derivación lógica, no observa este Tribunal como esa condición cartelaria en primera instancia y luego contractual, puede llegar a vulnerar la legislación ambiental o producir nulidad por un supuesto vicio de incompetencia. En este tipo de contratos públicos, nada obsta para que se traslade al concesionario la realización de ese tipo de estudios. Debe reiterarse en este punto, el presente contrato no tiene por objeto la construcción de una obra pública ya diseñada, sino, el diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento de estructuras portuarias, tema que debe tenerse en cuenta al momento de ponderar este tipo de agravios. En definitiva, incluso dentro de la línea argumentativa de los accionantes, lo determinante es que este Tribunal resguarde y tutele el deber de todo proyecto, público o privado, de someterse al ordenamiento jurídico ambiental. La cláusula aludida no renuncia al cumplimiento de esta variable, siendo que en definitiva, el compromiso es para realizar el estudio respectivo y someterlo a conocimiento del MINAET y obtener la VLA. Para ello, incluso, se establece una cláusula de transmisión de riesgos ambientales en cabeza del concesionario, que establece que el riesgo ambiental relacionado por la construcción, operación, obras de mitigación y mantenimiento de las obras, sea asumidos por la adjudicataria, para lo cual, debe aportar un detalle de costos asociados al cumplimiento de dichos riesgos. Como se observa, nada niega que deba obtenerse la viabilidad ambiental, de suerte que no se estima que la disposición criticada genere lesión alguna al régimen de competencias públicas o exigencias ambientales. Tales normas de traslación de riesgo, en cuanto estipula una reserva de imprevistos del 1%, no generan, como advierte la accionante CANABA, una distorsión económica en el contrato. Se trata de una condición de previsión de contenido económico para hacer frente a eventuales medidas de mitigación o acciones que puedan llegar a ser necesarias para afrontar las consecuencias de reducción o evasión de las incidencias ambientales, bajo un ámbito de protección preventiva. Desde ese plano, no se acredita de parte de los accionantes como se produce esa supuesta alteración financiera del contrato a partir de la inclusión de un compromiso de reserva del 1% para riesgos ambientales, figura que en todo, se insiste, se estima armónica con un principio pro natura en la medida en que constituye una reserva que en el dado caso de tener que realizar acciones de mitigación al medio, puedan ser afrontadas con esos recursos financieros. Por otro lado, el alegato sobre el eventual desequilibrio financiero resulta genérico e impreciso pues no se concreta de que manera puede generarse ese efecto, siendo una mera especulación no sustentada en bases técnicas. Con todo, cabe señalar, a tono con los fallos 998-98 y 6432-96, ambos de la Sala Constitucional, el equilibrio financiero del contrato es un derecho del contratista, cuyo sustento se afinca además, en la letra del numeral 18 de la Ley No. 7494, así como en el numeral 17 de la Ley No. 7762, siendo un tema que debe ponderarse en cada caso concreto, con independencia de cuestiones como la expuesta. Será en cada situación concreta que corresponda analizar si existe una distorsión financiera que desequilibre el contrato, supuesto en el que habría que determinar las causas de esa distorsión, pues no en

todos los casos se amerita un ajuste, dado que en determinados supuestos, impera la teoría del álea contractualista que debe asumir el concesionario, tema que por el momento no se abordará. Así, tal alegación carece de sustento técnico y jurídico. Finalmente en cuanto a este aspecto, la misma Sala Constitucional ha puesto en evidencia, no existe irregularidad alguna en el otorgamiento de una VAP y en la transmisión del deber de obtener la VLA con cargo al adjudicatario. En esta línea, en el fallo No. 2007-017409 de las 16 horas 50 minutos del 28 de noviembre del 2007, citando el voto 2002-011046 de las 09 horas 53 minutos del 22 de noviembre del 2002, ese alto Tribunal Constitucional indicó en lo relevante: *"El supuesto analizado en la sentencia parcialmente transcrita, ha sido reiterado en las sentencias número 2003-15227 de las trece horas trece minutos del diecinueve de diciembre del dos mil tres y en la sentencia número 2004-01510 de las once horas cuarenta minutos del trece de febrero del dos mil cuatro y en ambas, la Sala ha mantenido el criterio de que no se aprecia ninguna lesión ni amenaza ilegítima al artículo 50 constitucional con el hecho de que no se realice el estudio de impacto ambiental antes de que se inicie el proceso de licitación pública y de que se establezca en el cartel de licitación la obligación a cargo del adjudicatario y no del oferente, de asumir el estudio de impacto ambiental, tal y como ocurre en el asunto en concreto, estimando la Sala que, en todo caso, siempre se efectuaría el análisis de viabilidad ambiental en concordancia con los criterios y exigencias realizadas para cada caso concreto por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental que es el órgano estatal competente en la materia."* Debe culminarse este examen reiterando, lo siguiente; no se niega en modo alguno el deber e importancia de contar con el EIA definitivo en este tipo de obras de gran envergadura. Sin embargo, dado el tipo de contrato en el cual, parte del concurso público es precisamente el diseño de la obra, esa exigencia deviene en prematura, pues es con el diseño preliminar que se pueden realizar las ponderaciones ambientales, las que, con carácter obligatorio y vinculante, pasarán a modificar o ajustar el proyecto de diseño. De ahí que el otorgamiento de la VAP no sea contraria a derecho, sino el medio adecuado para la continuidad del proyecto, lo que no impide el análisis posterior que proponen los actores, fase dentro de la cual, de manera pública y abierta, deberán ponderarse la serie de riesgos y preocupaciones que motivan sus reproches. Debe recordarse que la VAP no permite la construcción de obra alguna ni actos concretos más allá de los trámites administrativos ante entes financieros o administraciones públicas partícipes del trámite para obtener las autorizaciones o aprobaciones de mérito para la continuidad del procedimiento. Ergo, no se trata de una lesión de las normas ambientales, sino, precisamente de su cumplimiento, en un marco previsor y tutelar del ambiente, que ni por asomo desconoce su relevancia, pues todas las acciones adoptadas se direccionan a que en definitiva, de previo a iniciar acciones, debe obtener la citada VLA. En consecuencia, debe disponerse el rechazo de este cargo.

5. El Reajuste del Precio en Contratos Administrativos Sobre Servicios de Salud

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]^x

Voto de mayoría

“IV. SOBRE LA CONTRATACION DE SERVICIOS DE SALUD”

La Caja Costarricense de Seguro Social, con el fin de responder con éxito a los nuevos retos y amenazas y ser eficiente en la prestación del servicio de salud, la Caja ha incursionado en nuevas modalidades de prestación de servicio de salud, dentro del ámbito de la atención primaria denominada también " atención integral de salud" por medio de EBASIS y ATAC), y la organización de la atención primaria dirigida a grupos etáreos específicos. Esto le ha permitido, atender un segmento de la demanda de servicios, dentro de altos estándares de rendimiento y productividad, algunas de ellas con la participación de agentes del sector privado y a partir de un entorno menos burocrático. La contratación de proveedores externos para la provisión de servicios de atención integral en salud, (medicina de empresa, cooperativas, asociaciones entre otras) debe estar antecedida de un conjunto de procesos, que definan los servicios que se brindarán a la población bajo esta modalidad; tanto de promoción, previsión, curación y rehabilitación, sin obviar que la determinación de la cobertura vertical y horizontal de los servicios se debe valorar a la luz de las determinadas zonas geográficas y sus diferentes patologías, así como de una adecuada supervisión y evaluación de los servicios brindados, lo cual se logra a través de los compromisos de gestión. La compra de servicios de salud, es entonces una decisión compleja, que se debe fundamentar ante todo en una estrategia integral de compra, que lleva a la institución a la delimitación del objeto, y a cuestionarse que bienes o servicios es posible y conveniente comprar en razón de los costos, la necesidad que tiene de hacerlo, lo que necesariamente la debe llevar a la realización de diagnósticos de las condiciones de salud de la población, morbilidad, perfil epidemiológico, y grupos etáreos. Además requiere determinar la capacidad institucional para responder a esas necesidades, y en caso de no ser suficientes, las características y los criterios de calidad de los servicios a comprar . Si para la institución esta contratación le permite reducir los costos fijos y totales, innovar tecnológicamente con una inversión menor, brindar una mejor cobertura, y acceso al servicio de salud, así como una prestación eficiente y a la vez le permite una mayor flexibilidad administrativa, la decisión de compra será buena. En el caso que nos ocupa, la Administración tomó la decisión de comprar servicios de salud, influenciada por una serie de condiciones que se dieron en el contexto histórico de los años ochenta, pero sobre todo porque este tipo de mecanismo, le permitía prestar el servicio de forma eficiente, sin tener que crear nuevas plazas y extender la cobertura. Aunada a una nueva visión del concepto de

salud, en donde la prevención de la enfermedad, es tan importante como su curación y la atención involucra no solo al individuo, sino a su familia, ambiente de trabajo y comunidad. Otro aspecto medular en este tipo de contratación es la determinación previa del monto a pagar y del mecanismo de pago a los proveedores del servicio. En el caso que no ocupa la C.C.S.S., optó por una modalidad de " **pago directo a los proveedores por el comprador** ", que asegura que el paciente que no cuente con recursos para pagar la consulta, siempre va a ser atendido. Bajo la forma de pago por presupuesto o asignación de un monto global para el otorgamiento de los servicios, ello significa que el comprador no aporta más fondos una vez que se han agotado y que solo en casos extraordinarios se realizan ajustes al alza generalmente por inflación, y en casos muy particulares por el crecimiento poblacional . Las diferentes forma de pago deben ser evaluadas a partir del cumplimiento de criterios , el pago per cápita, -como en el caso que nos ocupa- consiste entonces , en un pago fijo periódico que hace el contratista a la contratada por beneficiario cubierto, circunscrito en este caso a la atención primaria. El pago es independiente entonces de que el asegurado acuda o no al servicio o de la cantidad de consultas que consuma, aunque si resulta importante para el proveedor del servicio, atraer y retener a los afiliados del servicio. Ésta modalidad contiene incentivos para aumentar la eficiencia técnica y de asignación, ya que al proveedor le conviene dar prioridad a la atención más eficaz en función de los costos y porque el riesgo de que el gasto sea mayor – dentro de los parámetros normales- se le transfiere al proveedor del servicio, a diferencia por ejemplo en un pago por reembolso por atención brindada. En el contrato GMD-001-2001 suscrito el 27 de abril de 2001 , y cuya vigencia era de dos años prorrogable por dos períodos adicionales hasta un máximo de seis años, la forma de cancelación se fijó en la cláusula 10, que establecía el pago de un precio total anual de \$ 3.318.042.00, y un precio per-cápita de \$39.00, correspondiente a una población para las Áreas de Salud de Escazú, La Carpio, León XIII y Garabito de 85.078 habitantes. Además se indicó que el pago se mantendrá invariable durante la vigencia del contrato, no permitiéndose ningún ajuste por estar definido en dólares. Sin embargo la cláusula 11 contemplo la modificación del contrato, previo referendo de la C.C.S.S. y la Contraloría General de la República, basado en el crecimiento o decrecimiento poblacional según estudio aceptado por las partes. El contrato fue objeto de un addendum, que se firmó el 11 de marzo de 2003, pues se consideró de acuerdo con el Censo Nacional , la población original de 85.078 habitantes tomada como parámetro en la cláusula 10 del contrato, había aumentado en los 12.372 habitantes, lo cual incidía en la provisión de personas por atender por EBAIS , que inicialmente tenían que atender 5.671 habitantes y que en algunos casos como en Escazú había alcanzado los 8.392 personas y a 3.980 personas en La Carpio León XIII y Garabito. Ante la situación planteada la C.C.S.S., consideró que el reajuste poblacional resultaba congruente y conveniente a los intereses públicos. Por lo anterior se acordó implementar dos nuevos EBAIS y en aplicación de la tarifa per-cápita de \$39.00 aumentar el costo anual en U.S \$482.508 y

el pago mensual en U.S \$ 40.209. En ese mismo addendum se acordó modificar la cláusula 11 del contrato, incorporándosele un párrafo segundo que disponía que "**Cualquier reconocimiento por esta causa que a futuro acuerden las partes, afectará proporcionalmente las capacidad instalada y recursos provistos (espacio físicos, administrativos, humanos- técnicos profesionales) exigibles al contratista, necesarias para atender la demanda espontánea que pudiera generarse; en la proporción que resulte procedente de acuerdo con la oferta originalmente adjudicada.**" (el subrayado y la negrita no constan en el original). Posteriormente el contrato fue objeto de un nuevo addendum el 1 de junio de 2005, y se acordó la modificación de la cláusula 11 del contrato permitiéndole a la contratista realizar ajustes poblacionales, para cada período según los datos emitidos por el INEC.

V. SOBRE EL REAJUSTE ECONOMICO DEL CONTRATO

Dentro del marco del contrato, para brindar prestaciones médicas de atención primaria a la C.C.S.S., ASEMECO en esta sede solicita el ajuste económico del contrato, para el período específico 2004 y 2005, pues alega que el incremento poblacional, le ha producido una desventaja patrimonial que rompe el equilibrio económico del contrato, pues ha tenido que atender más población con el mismo monto fijado para un segmento menor. La institución demandada ha denegado de forma reiterada tal petición pues alega que la misma se fundamenta en un incremento de la consulta y no de la capacidad instalada, requisito que resulta insoslayable para acceder a lo peticionado en atención al addendum al contrato suscrito entre las partes contratantes. El aspecto medular de este proceso, se centra entonces en determinar si procede el reajuste o no, situación que solo es posible definir a través de la valoración de la prueba que las partes han hecho llegar al proceso, aunque de previo resulte necesario aclarar algunos conceptos. En los contratos administrativos se procura mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o, cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, en atención a que se procura el respeto por las condiciones pactadas y la intangibilidad de la remuneración, resultando esencial que el valor económico convenido como retribución por la ejecución del objeto, sea equivalente al que recibirá como contraprestación. El equilibrio del contrato puede alterarse por factores exógenos a las partes, como parte de un riesgo imprevisible, - situaciones de mercado, monetarias, financieras etc.- que afecten su ejecución, o por actos o hechos de la administración contratante que causan un perjuicio real, cierto y directo al contratante que no ha podido prever- hecho del príncipe-, en los dos casos enunciados procede la revisión y la adopción de medidas, tendientes a restablecer el desequilibrio y la ecuación económica financiera del contrato. Se ha sostenido que "... al celebrarse el contrato por llegar a un acuerdo recíproco de voluntades se le debe garantizar el contratista la obtención del beneficio proyectado en su propuesta; cuando este beneficio se altere por causas que son

imputables a la administración, o por causas no imputables a ella, pero sobrevinientes es imprevisibles, el cocontratante tendrá el derecho y la Administración del deber de restablecer el beneficio (utilidad) en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo y esto es lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato. La propuesta que el contratista dirige a la Administración en un proceso licitatorio, como cualquier otra que se hace en materia contractual, lleva implícita el ^ álea normal ^, lo que significa que si el interesado se equivoca en su propia proyección y concepción del negocio y dentro de las condiciones normales de ejecución, sufre pérdidas, la Administración no está obligada a resarcir suma alguna; entonces hablamos de mala administración del contratista o de causas imputables solo a él. En cambio cuando opera el ^ álea normal ^, producto de factores sobrevinientes que distorsionan el equilibrio de la relación contractual y que determinan aumentos en los costos o en los precios, la Administración estará obligada a restituir el nivel económico previsto y querido por ambas partes...” (Sentencia N° 6432-98 de las 10:30 hrs 4 de setiembre de 1998 Sala Constitucional). La Ley de Contratación Administrativa de forma expresa prevé el mantenimiento equilibrio económico del contrato, en su artículo 18 para los contratos de obra, servicios y suministros, y establece que “... la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos cuando varien los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro ...En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio financiero del contrato...” El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el artículo 31, impone a las partes que pretendan el reajuste o revisión del precio, la acreditación de la variación de los respectivos costos. La determinación de la aplicación de las normas citadas al caso concreto, solo será posible si se analiza con detenimiento la convención suscrita ente las partes, para la Prestación de Servicios de Salud, GMD-001-2001, propiamente en lo que se refiere a la modalidad de pago, ya que se establece como parámetro la retribución per-cápita a partir de una población fija de 85.078, con un costo por habitante de \$39.00 y para un pago fijo anual de U.S \$ 3.318.042.00, sin embargo la población tiene una tendencia normal al crecimiento, tal y como se demuestra con las proyecciones del I.N.E.C., de ahí que si el contrato se pactó por dos años prorrogable por dos períodos consecutivo más hasta un máximo de seis años, la población en condiciones normales de crecimiento, inevitablemente superaría el porcentaje inicialmente establecido, lo que incidiría en el total anual aún y cuando se mantuviera el mismo costo por habitante. La respuesta a este cuestionamiento, la da el mismo contrato, mediante la remisión a la cláusula 11 del contrato, que prevé la posibilidad de modificar las relaciones contractuales, basado en el crecimiento o decrecimiento poblacional, imponiendo como requisito el refrendo de la institución y de la Contraloría General de la República. Con fundamento en la cláusula citada, se

procedió a realizar el primer addendum, del cual fue suscrito el 11 de marzo de 2003 y cumplió con el requisito del refrendo institucional y del ente contralor, este documento no solo permitió el reajuste del contrato por el incremento poblacional, sino que además modificó la cláusula 11 del contrato, al condicionar ese aumento, a la demostración del incremento de la capacidad instalada. Es por ello que cuando la parte actora solicita para el período 2004 y 2005 el reajuste del contrato, por el incremento poblacional, la demandada le impuso la demostración del incremento de la capacidad instalada y ante su omisión le denegó su petición. Asemeco presentó nuevas propuestas para lograr tal reconocimiento en ese período, sin embargo la Dirección de Compras de Salud, emitió el criterio técnico indicando que las mismas no eran viables. Esta cámara considera que tal y como fue pactado en el addendum al contrato, para que procediera el reajuste del precio para el período 2004-2005, la parte actora tenía que demostrar la concurrencia de los dos factores mencionados, incremento de la población y de la capacidad instalada, entendiéndose que tal y como establece el addendum a la cláusula 11, la capacidad instalada es más que infraestructura o espacios físicos, sino que comprende el personal administrativo, técnico y profesional, necesario para brindar el servicio de forma eficiente. Capacidad instalada, es el término que se usa para hacer referencia al volumen de producción de bienes o servicios, que le es posible generar a una unidad productiva en una cierta rama de actividad, de acuerdo con la infraestructura disponible en un determinado período de tiempo y depende del conjunto de bienes de capital que esa unidad posee. De tal forma que si se atiende más población, la infraestructura y el personal debe ser suficiente, para que el servicio se brinde de forma adecuada. Mediante el estudio realizado por la empresa Price Waterhouse Coopers y no desvirtuado por la parte accionada, se tuvo por demostrado el incremento en las consultas, de tal forma que para el año 2003, tuvo 163.302, para el año 2004, 178.553 y para el año 2005, 178.381, prueba que si bien podría evidenciar un incremento en los costos de los servicios, no resulta suficiente para acceder al reajuste solicitado, que solo procede como se ha dicho de forma reiterada si se incrementa la capacidad y la población. El perito Lic. Carlos Fonseca Alvarado, en su informe concluyó, que lo que se había producido era un incremento real en las consultas y que esto a su vez, generó un incremento en los costos operativos, por su parte la testigo Ana Guzmán Hidalgo, indicó en el juicio, que la solicitud que hacía ASEMECO se basaba en la consulta pero que ello no era de recibo, porque no estaba pactado. Se concluye entonces que la actora no logró probar que efectivamente se hubiera producido un incremento poblacional o de la capacidad instalada, para poder acceder al reajuste económico. La anterior afirmación tiene fundamento en la prueba aportada por la propia parte actora, consistente en la proyección del censo del año 2000, para el Distrito Primero de Escazú del Cantón Segundo de Escazú, el Distrito Séptimo de la Uruca y el Distrito Cuarto de Leon XIII del Cantón de Tibás, que establece una proyección para el año 2004 de 64.138 habitantes, y para el 2005 de 66.006 habitantes. Sin embargo de la constancia emitida por el INEC

el 11 de julio de 2008, respecto de la población que efectivamente presentaron los lugares antes indicados, evidenció que para el año 2004 la población fue de 62.309 habitantes y para el año 2005 de 64.697 habitantes, índice que nunca sobrepasó la población estimada en el contrato de 85.078 habitante, o población meta a atender cuando se suscribió el contrato. Con la prueba aportada no se puede entonces concluir, que el aumento de los habitantes para esos períodos, sea tal y como afirma la actora de 6.612 habitantes y que sobre este nuevo segmento de la población, hubiera tenido que aumentar la capacidad instalada y los costos, lo anterior viene a ser confirmado por la testigo Azyllade Picado Vidaurre, cuando afirma que " en el reconocimiento de la tarifa, el factor esencial para modificarla, es el aumento poblacional". Con fundamento en lo anterior se llega a a conclusión de que la pretensión de la actora, de pago de ingresos dejados de percibir por el incremento de la población para el período 2004 y 2005 debe ser rechazada. Igual suerte corre la pretensión de los gastos adicionales en que incurrió la actora para atender ese acrecentamiento de los habitantes de los sitios donde presta los servicios, pues no existe prueba que demuestre, cuales fueron esos gastos, a que rubros obedecen, ni que su porcentaje sea efectivamente el pedido por la actora. La omisión probatoria en ese sentido, no permite al tribunal valorar su existencia y mucho menos su cuantum. Finalmente se rechaza el pago de los intereses legales, al no existir un principal sobre el cual se puedan calcular."

6. Vigencia y Prescripción del Derecho a Solicitar Reajuste de Precios en los Contratos de Concesión de Obra Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xi}
Voto de mayoría

“III. Sobre el derecho al equilibrio económico. Sobre el primer aspecto, es menester realizar una breve referencia al tema del reajuste de precios como derechos que se erige en el contrato administrativo. El ordenamiento jurídico de la contratación administrativa confiere al adjudicatario o contratista un derecho al equilibrio económico del contrato. Se trata de un derecho que deriva de la máxima constitucional de la intangibilidad patrimonial (ordinales 33, 45 y 50 de la Carta Magna) y que tiene por norte mantener la equidad en la distribución de las cargas contractuales, específicamente en el tema del área económica y financiera del contrato, procurando que el operador mantenga el nivel de rentabilidad que inicialmente fue pactado o al menos, persistan las condiciones económicas normales. Este equilibrio permite otorgar al contratista la utilidad justa por la prestación de un servicio, el desarrollo de una obra o en general, el cumplimiento del objeto que le ha sido contratado. Este nivel de sanidad financiera y equidad económica es determinante para la ejecución debida de la actividad pactada, tanto si la ejecución es

instantánea, como si es sucesiva. En el primer caso, las condiciones económicas originariamente pactadas deben ser equitativas al momento de la ejecución contractual, considerando las variaciones que se haya podido producir desde la fecha de la propuesta y la orden de inicio o ejecución, siempre que se tratare de aspectos que no puedan considerarse parte de los riesgos que ha de asumir el contratista, bajo la teoría del riesgo contractual. Por su parte, en los de ejecución sucesiva, el mantenimiento del equilibrio financiero posibilita afrontar los costos asociados y mantener la rentabilidad pactada. El desequilibrio en la estructura de precios de un contrato público supone un detrimento en la esfera patrimonial del contratista con el correlativo beneficio sin causa legítima de la Administración concedente o licitante, al estar frente a actividades cuya remuneración se encuentra por debajo del equilibrio financiero debido. Por el contrario, el reajuste de precios a un nivel cuantitativo superior al justo, llevaría a un enriquecimiento injustificado en la esfera del contratista y en mengua del interés público, al cancelarse un precio superior al que permite la utilidad acordada. De ahí que un justo equilibrio permite el desarrollo de la actividad para beneficio del destinatario y el cumplimiento armónico de los deberes asumidos en la contratación. A fin de cuentas, el ajuste de precios, cuando corresponda, es una manifestación del deber de cumplir con lo pactado (canon 15 de la Ley de Contratación Administrativa), ergo, se trata de un deber de la Administración, que no de una facultad, sea, en tanto se presenten las condiciones que justifiquen el reajuste, la Administración está obligada a disponer el aumento para mantener las condiciones convenidas originalmente y así satisfacer un derecho que la misma legislación otorga al contratista. Como derivado de ello, trata de un derecho que se debe entender como parte del derecho de obtener la retribución pactada. Ese derecho se encuentra regulado en el precepto 18 de la citada Ley de Contratación Administrativa que en lo relevante señala:

"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 índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (...)*" En el contexto actual, se ve desarrollado además en el numeral 31 del Reglamento de dicha ley. Como se observa, el legislador partió del derecho primario del reajuste de precios como forma de mantener un equilibrio financiero en el contrato. Para tales efectos, bien pueden establecerse en el cartel respectivo o en el mismo contrato, formas de adecuación económica distintas, sea actualización económica del contrato, mediante mecanismos convenidos entre las partes, siempre guardando sujeción a las reglas ya

fijadas. Empero, ese equilibrio económico ha de ser garantizado ante la concurrencia de diversas causas que produzcan una alteración en el orden del contrato. Por ello, la Administración contratante debe asegurar esta armonía cuando el efecto de inestabilidad se origine como derivación de modificaciones que haya dispuesto en el régimen del contrato o decisiones que le incidan de manera directa o indirecta, como sería el caso de las modificaciones unilaterales, lo que constituye el denominado *ius variandi*. Pero además, debe resguardarse frente a actos de otras Administraciones que incidan en la ejecución contractual (teoría del hecho del príncipe) o bien, cuando surjan causas imprevisibles que tornen insostenible desde el plano financiero el contrato (teoría de la imprevisibilidad). Desde luego que no estarían sujetas a ser consideradas como fuentes del reajuste de precios aquellas situaciones que sean inherentes al riesgo o ventura propias de la actividad contratada, las que en términos normales deben ser toleradas por el contratista al formar parte del álea consustancial a toda actividad de susceptible explotación económica. En esa dimensión, las variaciones originadas en circunstancias previsibles al momento de plantear la propuesta económica, en principio, no están cubiertas dentro de la necesidad de reajuste. Sobre el contenido de la teoría del reajuste de precios, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de emitir fallos relevantes que hacen un exhaustivo desarrollo sobre el tema. Entre muchos, en el voto 6432-1998 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998 indicó: *"El reajuste del precio del contrato se identifica con el principio de la revisión del mismo, para atemperarlo a la realidad económica del momento, lo que se hace por tres medios distintos que reconocen tanto la doctrina del Derecho Público como la que informa nuestro sistema jurídico: la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión y la teoría del enriquecimiento injusto. Los tres medios tienen como fin introducir en la relación contractual una nota de equidad, que pueda conservar la armonía de los intereses contrapuestos de las partes contratantes, a la vez que mantiene la equivalencia de las prestaciones comprometidas y la igualdad ante los riesgos. La más calificada doctrina sobre contratación administrativa, es conteste en afirmar que el reconocimiento de las variaciones de precios no es una potestad del Estado sino una obligación, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público, como lo es todo lo atinente al reconocimiento de las consecuencias derivadas de la teoría de la imprevisión.(...) En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconozca el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado."*

IV. Como se ha señalado, el tema de reajuste de precios se ha desarrollado en el numeral 31 del Decreto Ejecutivo No. 33411-H, norma que en su tenor literal señala:

"Artículo 31. Reajustes o revisiones del precio. *Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual. / Las partes estarán obligadas a fundamentar su gestión y a aportar las pruebas en que sustenten su dicho, tomando en cuenta las regulaciones específicas de la materia. / Las gestiones por este concepto prescriben en cinco años, a partir de que existe la posibilidad de interponer acciones cobratorias en relación con la variación de costos que se demande. Dicha prescripción se interrumpe con la presentación de la gestión."*

Varios aspectos relevantes pueden colegirse de ese tratamiento normativo. **Vigencia y prescripción del derecho.** Por un lado, el tema de la vigencia del derecho a requerir el reajuste de precios. Sobre este aspecto, la norma es clara que el derecho nace con la presentación de la oferta. Empero, es un derecho que solo puede ejercitarse con el inicio de la ejecución contractual, lo que resulta lógico si se considera que la distorsión entre los costos de realización de la obra o prestación del servicio solo puede darse si se lleva a cabo la ejecución. En esa línea, en el curso de la ejecución contractual y hasta culminado el contrato, pervive el derecho del contratista de petitionar el reajuste de precios. En esa misma temática, la normativa dispone un plazo prescriptivo de cinco años para el ejercicio de ese derecho. Este plazo se computa desde el momento en que objetivamente el contratista se encuentre en posibilidad de interponer las acciones de reajuste por la variación de los costos. Desde luego que este aspecto es por demás casuístico, pues en cada contrato y frente a cada circunstancia fáctica ha de establecerse si el contratista estaba en posibilidad previamente de conocer las distorsiones financieras. En este aparte cabe destacar, la culminación del contrato por tesis de principio hace fenecer el derecho de reajuste de precios, empero, cuando las causas de desequilibrio financiero sean previas a esa culminación, es claro que opera el plazo de los cinco años aludido, siendo viable en esos escenarios, el reconocimiento del derecho de reajuste de precios, aún cuando el contrato ya hubiere fenecido por su ejecución total. Lo opuesto implicaría la negación del derecho de reajuste por la terminación del contrato, en desmedro de ese derecho en cuestión, aún cuando las causas de distorsión fueren previas. No obstante, cuando entre las partes se suscribe un finiquito en virtud del cual las partes se dan por satisfechas en el contrato y por liquidada la situación financiera, ese pacto supone la conformidad de las partes en cuanto a la ejecución del contrato, lo que incluye el aspecto económico. Con todo, ese finiquito no imposibilita reclamos ulteriores por vicios ocultos o aspectos desconocidos, reclamos contractuales que se encontrarían sujetos al ámbito de aplicación del numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa. Cabe destacar, el establecimiento vía reglamentaria de un plazo de prescripción negativa de cinco años no supone en modo alguno un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ni

infracción a la máxima de interdicción de la arbitrariedad de ese poder público, en tanto, el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa establece que el derecho de reclamar daños y perjuicios en los contratos administrativos precluye en el citado plazo quinquenal. Si bien esa norma no refiere de manera directa a la situación del derecho de peticionar el reajuste de precios, la necesaria integración del ordenamiento jurídico público (artículo 9 LGAP) exige llenar esa aparente laguna con las normas existentes, acudiendo en primera instancia a las fuentes escritas y no escritas del ordenamiento jurídico público. Desde esa óptica de análisis, no es viable acudir a la regla civilista de prescripción ordinaria, sea, canon 868 del Código Civil, cuando en las fuentes escritas del derecho público existe normativa que regula la figura de la prescripción extintiva. Por demás, no es atinente el uso del plazo cuatrienal que regula la Ley No. 6227/78 en su mandato 198 siendo que esa norma regula una responsabilidad extracontractual, cuando el tema que acá se debate es propio de un asunto contractual. De ese modo, la regla más próxima es precisamente el canon 35 de la Ley de Contratación Administrativa. Incluso, puede entenderse que la negación del derecho de reajuste de precios por distorsión financiera se traduce en un daño y/o perjuicio económico en el marco de la situación jurídica del contratista, por lo que la aplicación de esa regla de prescripción de cinco años se ajusta a los principios hermeneúticos que han de imperar en estas lides en orden a lo que señala el canon 10 de la Ley No. 6227 y el artículo 10 del Código Civil. De ese modo, el reglamento toma una regla legal, por lo que, no existe infracción jurídica en cuanto a ese aspecto. No merece explicación el tema del efecto interruptor que produce la presentación de la gestión, por la claridad de ese tratamiento. Resta señalar no obstante, el efecto aludido se mantiene por todo el curso del procedimiento administrativo que se establezca para determinar si procede o no el reajuste. **Deber de acreditación de variación financiera.** Por otro lado, la norma reglamentaria impone la exigencia de acreditación de la variación de costos que sirven de base a la petición de reajuste de precios. Se trata de una exigencia fundamental que ha de ser satisfecha por el reclamante, lo que le impone, solamente argumentar las variaciones de costos, sino además, acreditarlas con los elementos de convicción pertinentes, por lo que en tesis de principio, la carga de la prueba corre a cargo del petente, sin perjuicio del tratamiento en el caso concreto de la máxima de la carga dinámica de la prueba -que impone el deber probatorio en la parte que se encuentre en mayor posibilidad objetiva de acreditar-. Así, en la gestión el contratista debe acreditar la variación sustancial de costos. Cabe señalar, para ello deberá tomar en cuenta las regulaciones específicas de la materia, v.gr., las que imponga la misma Administración atendiendo a la tipología del objeto contractual, como podría ser el caso de los contratos de obra pública, en la que la estructura financiera merece tratamiento particular.

V. Sobre el reajuste de precios en los contratos de obra. Sobre el caso concreto de peticiones de reajuste de precios en los contratos de obra pública, el Decreto Ejecutivo

No. 33114-MEIC del 16 de marzo del 2006, publicado en La Gaceta No. 94 del 17 de mayo del 2006, denominado "Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento", establece reglas concretas para el tema de interés en esta causa. Sobre esas solicitudes, el numeral 4 señala en lo que viene relevante al caso: "*Artículo 4.-*

Principios generales. Los reajustes de precios se determinarán según los siguientes principios generales: 1. Corresponderá a la Administración Contratante analizar y resolver cada una de las solicitudes de reajuste de precios de cada contrato. 2. La Administración Contratante reajustará los precios del contrato, cuando varíen los costos directos o indirectos del contrato, con base en el programa de trabajo vigente (ruta crítica). 3. El derecho a que se reajusten los precios del contrato, surge a partir de la fecha de presentación de las ofertas. Los cálculos de los reajustes para todo contrato se hacen con base en los índices de precios de la fecha de presentación de las ofertas y los índices de precios correspondientes al mes de la facturación conforme al programa de trabajo vigente. 4. Los reajustes se calcularán sobre el total de la facturación correspondiente al último día hábil de cada mes calendario de avance de la contratación, con base en los programas de trabajo vigentes. Dicha previsión debe realizarse desde el cartel de la contratación. 5. El derecho a solicitar el reajuste de precios termina con el finiquito contractual. La finalización de la obligación o contrato se formalizará mediante el documento del finiquito contractual y de reajustes del contrato que deberán suscribir las partes. En caso de no formalizarse el respectivo finiquito, el derecho de reclamar el reajuste prescribe en 5 años, conforme al artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa. (...)" Como se observa, en lo medular sigue el tratamiento que sobre el tema, este Tribunal ha expuesto en los apartes previos. Sin embargo, el accionante reprocha la validez del aparte quinto de esa normativa, por los motivos arriba señalados. Este cuerpo colegiado respeta las alegaciones del demandante, empero, luego de un análisis de fondo del tema debatido, no las comparte y por el contrario, considera que la norma en cuestión, en lo que es objeto de debate, se ajusta a legalidad. En efecto, el inciso quinto dispone en lo sustancial que el derecho de peticionar el reajuste de precios fenece con la suscripción del finiquito contractual y ante la ausencia de éste, en el plazo de cinco años que fija tanto el canon 35 de la Ley No. 7494 como el 31 del Decreto Ejecutivo 33411-H Reglamento de la Contratación Administrativa. La debida comprensión de los alcances de esa norma exigen la referencia a lo que ha de entenderse por finiquito contractual en los contratos de obra pública. En esa línea, el numeral 3 aparte 21 del Decreto 33114-MEIC señala lo que de seguido se expone: "**Finiquito Contractual:** Documento mediante el cual las partes acuerdan finalizar las obligaciones derivadas del contrato establecido entre ellas. Dicha finalización procederá una vez completada la liquidación financiera del contrato respectivo. Con el finiquito se extinguen las obligaciones y la

posibilidad de formular reclamos por las partes, salvo lo indicado por vicios ocultos que el plazo de prescripción es de 10 años."

La norma en cuestión establece que el finiquito constituye la manifestación de las partes de culminar las obligaciones recíprocas que son propias de todo ligamen contractual, finiquito que solo es viable cuando se haya completado la liquidación financiera del contrato. Esta liquidación financiera supone por tesis de inicio, la satisfacción de las obligaciones de carácter económico derivadas del convenio, dentro de ellas, claro está, el pago del precio del contrato, como derecho primario del contratista. Es evidente que el pago del precio pactado se realiza previo aporte de facturas por parte del contratista y usualmente, con la existencia de informes de inspección de parte de la Administración que hagan ver el cumplimiento de los deberes del contratista. De ahí entonces que con la firma del finiquito, las partes se dan por satisfechas en la ejecución del contrato, excepción hecha de los vicios ocultos, por razones más que evidentes, siendo que al momento de culminar el contrato y dar por extintas las obligaciones, ese tipo de aspectos, por su propia naturaleza, son desconocidos por las partes. Ahora bien, al momento de darse el finiquito, se insiste, el contratista ha aportado las facturas y desglose para liquidar el contrato, por lo que si considera que en el curso de la ejecución se han dado desequilibrios en su balanza económica, su derecho puede ser ejercitado mediante el reclamo respectivo, lo que implica, no presentará la factura final sin la advertencia de que se han provocado alteraciones financieras. Ergo, con la firma del finiquito, sin hacer las respectivas reservas, se entienden por extintas las obligaciones contractuales, con las salvedades expuestas, por ende, la formulación de solicitudes de reajuste de precios una vez finiquitado el contrato, son improcedentes. Así en efecto lo dispone la norma cuestionada, en lo que no se desprende incorrección alguna. Ese tratamiento no presenta los vicios que alega el accionante. Ello en encuentra plena armonía en lo regulado por el artículo 61 de la Ley de Contratación Administrativa en cuanto regula el tema del recibo de la obra y los mandatos 151 y 152 del Decreto No. 33411-H.

VI. Por un lado, es claro que el derecho de reajuste de precios ostenta la categoría de derecho sustantivo del contratista. Ya se ha indicado en este fallo esa relevancia y es un tema en el que el Estado no ofrece objeción alguna. Sin embargo, ello no supone las vulneraciones acusadas. En primer término, efectivamente el numeral 19 de la Ley General de la Administración Pública señala que la regulación de los derechos fundamentales es materia de reserva de ley. Así lo ha dispuesto la Sala Constitucional, entre muchos, en el voto 6432-98, fallo en el que, señaló de manera diáfana que los reglamentos no pueden establecer ningún tipo de limitaciones en esta materia, por lo que lo único que pueden establecer son mecanismos o procedimientos para realizar los respectivos cálculos. El tratamiento sobre el tema es amplio en ese precedente, cuya transcripción deviene en innecesaria y se remite a la dicha sentencia. No obstante, el tema del reajuste de precios no encuentra regulación exclusiva en el

citado reglamento, sino que como se ha desarrollado en apartes previos de este fallo, tiene base legal en el canon 18 de la Ley de Contratación Administrativa. En ese precepto, se fija que el Reglamento de contratación administrativa desarrollará los criterios técnicos que permitan garantizar la determinación objetiva del reajuste o revisión de precios. Como se ha señalado, el canon 31 del Decreto No. 33411-H trata el tema en cuestión. Pero además, en el caso concreto de los contratos de obra pública, el desarrollo previsto por la ley es precisamente el canon 4 del Decreto No. 33114-MEIC. Esas normas, a diferencia de lo argüido por el actor, tienen base legal suficiente. En cuanto al finiquito, como se ha señalado ya, el numeral 61 de la Ley de Contratación Administrativa dispone la suscripción de un finiquito para la liquidación financiera del contrato y recepción de la obra, en cuanto señala: "... *El recibo de la obra se acreditará en un acta firmada por el responsable de la Administración y el contratista, en la cual se consignarán todas las circunstancias pertinentes. (...)* " Ya se ha señalado que ese finiquito extingue las obligaciones suscritas entre las partes, con la salvedad del tema de la garantía o bien de los vicios ocultos. De ese modo, la reglamentación cuestionada lo que hace establecer los mismos parámetros de aplicación que ya de antemano han sido fijados por una fuente legal, razón por la cual, no se trata de una regulación *extra legem*, sino de una que se emite dentro del ámbito de proyección de la ley, sea *secundum legem*, por lo que no se produce la vulneración que acusa el accionante en cuanto a la fuente de creación del finiquito como límite para el ejercicio del reclamo de ajuste de distorsiones de costos. Esta postura encuentra sustento además en la jurisprudencia misma de la Sala Constitucional. A modo de referencia, el precitado voto 6432-98, citando el fallo 7261-1994, sobre el tema de prescripción del derecho de reajuste de precios, ese alto Tribunal Constitucional señaló en lo relevante a este caso: "... *En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado. Ahora bien, si como lo afirman la Contraloría General de la República, el propio Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la jurisprudencia de esta Sala, los reajustes son parte integral del precio e irrenunciables por anticipado, a falta de una norma legal expresa, que evidentemente para el caso concreto no existe, nos lleva a la conclusión que el derecho de reclamar y obtener el pago integral del precio de un contrato, incluyendo los reajustes, prescribe, por razones de seguridad jurídica, en los términos que se señalan en el artículo 868 del Código Civil, es decir, en diez años, **salvo que las partes hubieran puesto punto final a los derechos y obligaciones derivados del contrato, mediante la firma de liquidación y finiquito del mismo.** (...)*" -el resaltado es propio- La anterior cita no prejuzga en cuanto al plazo prescriptivo aplicable pues en reforma ulterior, se incorporó el numeral 35 de la Ley No. 7494 que fija un lapso diverso como adelante se verá. La posibilidad

de establecer reclamos por reajuste de precios luego de haber firmado un finiquito contractual y haberse pagado el precio del contrato, mediante el aporte de facturas por parte del contratista para esos efectos, atentaría contra la certeza y seguridad jurídica que las mismas normas que regulan ese tópico imposibilitan. Por otro lado, tampoco se evidencia esa incorrección en cuanto al plazo de prescripción quinquenal que estatuye la norma cuestionada. Como se ha señalado, el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa establece dicho plazo para el fenecimiento del derecho de reclamar la indemnización por concepto de daños y perjuicios que puedan surgir dentro de las relaciones contractuales. Este plazo se extiende a diez años tratándose de vicios ocultos en obra pública. En este punto, se remite a lo ya explicitado en cuanto a la posibilidad de utilizar esa regulación en este tema en particular, por el principio de integración del ordenamiento público que se sustenta en el canon 9 de la Ley No. 6227/78. Se trata por ende de un plazo prescriptivo que encuentra sustento en el mismo marco de la Ley de Contratación Administrativa, por lo que la mención que se hace sobre ese límite temporal en el artículo 4 del Decreto No. 33114-MEIC, no resulta violatorio al régimen fundamental del accionante. Por demás, aún de reprochar esa norma, lo cierto del caso es que ese mismo plazo viene establecido por el mandato 31 del Decreto No. 33411-H, Reglamento de la Contratación Administrativa, norma que no ha sido cuestionada, de modo que las alegaciones formuladas, deben ser rechazadas. Si el actor considera que el tratamiento que hace la Ley No. 7494 sobre el tema en cuestión atenta contra sus derechos fundamentales, se trata de un debate que escapa a las competencias de esta jurisdicción, dado el objeto que le fija el numeral 49 de la Carta Magna y en razón del modelo concentrado de declaratoria de inconstitucionalidad de las normas legales que impone el precepto 10 ejusdem. De ese modo, en suma, debe disponerse el rechazo de la pretensión anulatoria y con ello, la improcedencia de la demanda en cuanto al Estado se refiere.

VII. Sobre la pretensión de pago de reajustes. En su pretensión inicial, el accionante solicita la cancelación de un monto de ₡1.559.209.15 (un millón quinientos cincuenta y nueve mil doscientos nueve colones con quince céntimos) por concepto de reajuste de precios en la contratación directa 01-2006 entablada con la Junta de Educación accionada, que alega, no ha sido contestada. En este proceso aporta copia de las solicitudes planteadas. Valorado por el fondo el alegato del accionante, se estima, no lleva razón. En efecto, del análisis previo se ha establecido que a tono con el inciso 5) del artículo 4 del Decreto No. 33114-MEIC y del numeral 61 de la Ley de Contratación Administrativa, una vez firmado el finiquito en los contratos de obra pública, sin que se haya establecido reserva alguna, fenece la posibilidad de requerir reajustes de precios. Se ha señalado que esas normas no incorporan invalidez alguna que deba ser declarada en esta causa. Ahora bien, del análisis fáctico realizado en este expediente, esta Cámara ha tenido por acreditado, en fecha 27 de abril del 2007, las partes contratantes suscribieron finiquito provisional del contrato. El finiquito final y

definitivo de la obra fue firmado por las partes contratantes en fecha 11 de mayo del 2007, según se puede observar a folios 223-225, 226-228 del expediente administrativo de la contratación. Con ese acto, se insiste, las partes dan por fenecido el contrato y por extintas las obligaciones mutuas que dimanaban de ese convenio. No obstante, luego de la suscripción del finiquito, la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón, informa a la empresa P.Z.S.A., de varias deficiencias en el funcionamiento de las obras construídas. (Folios 199-209 del administrativo de la contratación) En fecha 29 de octubre del 2007 el accionante solicitó a la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón formal reajuste de precios en el contrato ejecutado, gestión que fue reiterada en escritos de fechas 15 de noviembre y 18 de diciembre de ese mismo año. En primera instancia, cabe llamar la atención a la Junta de Educación accionada en cuanto a su deber de dar pronta respuesta a las gestiones que le sean formuladas dentro de las relaciones de contratación administrativa que entable, como derivación del deber de tramitación que subyace en esta materia, así como del principio de eficiencia administrativa. Si bien se ha tenido por probado, la Junta de Educación accionada no ha dado formal respuesta a esas peticiones, lo cierto del caso es que a nada llevaría ordenar la resolución de esos reclamos, siendo que en la presente causa, las demandadas han expuesto su criterio en cuanto a la improcedencia de esos reclamos conforme al numeral 4 inciso 5 del Decreto No. 33114-MEIC. La improcedencia de una gestión no es óbice para el descuido del ejercicio de deberes que vienen impuestos por el mismo ordenamiento jurídico y cuya infracción supone incumplimiento de deberes y desatención a la máxima de sometimiento de las administraciones al derecho -principio de legalidad-. Sin embargo, esa inercia en este caso no lleva a la estimación de las pretensiones, siendo que el efecto buscado por el actor es el reconocimiento del pago de lo que considera, es una distorsión de costos que afecta el equilibrio del contrato que entabló con esa Junta Educativa. Lo cierto del caso es que las partes suscribieron un finiquito que daba por culminada la relación contractual y en el cual, la única reserva consignada fue la pervivencia de la responsabilidad del contratista por seis meses más en cuanto a defectos de construcción. Tal convenio, según se ha detallado, lleva al fenecimiento de las obligaciones contractuales, razón por la cual, por las causas dichas, la pretensión bajo examen debe ser rechazada. Si bien el accionante aporta copia de sus gestiones y dentro de éstas, una serie de cálculos sobre lo que considera, constituye el desajuste de razonabilidad y equilibrio financiero, lo cierto del caso es que al haber signado el finiquito, resulta innecesario el análisis de esos elementos documentales, al encontrarse ya liquidada la relación financiera del contrato. Así las cosas, lo debido es disponer el rechazo de la demanda en cuanto a este extremo.”

7. Aplicación del Principio de Intangibilidad Patrimonial

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]^{xii}

Voto de mayoría

“VI. Conforme lo ha establecido la Sala Primera en la Sentencia No.584-2005 de las 10:40 horas del 11 de agosto del 2005, de conformidad con las regulaciones establecidas en los artículos 139 inciso 4), 140 inciso 8) y 191, de la Constitución Política, interpretados a contrario sensu, existe un derecho fundamental de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos que impone a los entes públicos la obligación de dar cumplimiento a los principios de eficiencia y eficacia en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos. La vulneración de esa garantía constitucional, conlleva la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados a la esfera patrimonial o extrapatrimonial de los administrados. Atendiendo a principios de eficiencia y seguridad jurídica, la Administración tiene el deber de resolver de manera oportuna las gestiones formuladas por los contratistas, necesarios para la ejecución del contrato. La actividad de los entes públicos debe estar sujeta a los principios del servicio público de continuidad, eficiencia y adaptación a todo cambio, conforme a los términos del artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública. En la especie, por las razones que se dirán, es claro el incumplimiento de éstos principios en la atención de la gestión realizada por el contratista a efecto del reconocimiento de obras adicionales que originó la suspensión en la ejecución del contrato y el reclamo de daños y perjuicios formulado en ésta sede por la sociedad accionante.

VII. Conforme a las disposiciones contenidas en el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa, se reconoce el derecho constitucional al reajuste de precios cuando el mismo se sustente en cuestiones previsibles o no y se altere la ecuación financiera del contrato. El fundamento constitucional para el reconocimiento de los reajustes de precio ha sido reconocido por la Sala Constitucional en el Voto 06432 del 4 de diciembre de 1998, como un derecho de los contratistas, en apego al principio de intangibilidad patrimonial, según el cual la Administración está obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, indemnizando al contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, reajustando las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado. En todo momento la administración debe mantener el equilibrio financiero de la contratación como principio de rango constitucional, a efecto de que no existan perjuicios para el contratista ni un enriquecimiento ilícito por parte del Estado. El reajuste de precios no constituye una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente, sino que es un mecanismo de restitución del valor real de la obligación o restitución del equilibrio

financiero del contrato. El principio de intangibilidad patrimonial ha sido definido como el acto *"(...) en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume (sic) el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato (...))".* **(Sala Constitucional No. 2002-3816 de las 14 horas 53 minutos del 24 de abril del 2002).** En la especie, conforme se dirá, existió una omisión administrativa en la resolución oportuna de la gestión de la contratista a efecto de que se reconociera como obra adicional la adquisición e hincado de los pilotes, que motivó la suspensión en la ejecución de la obra por parte de la Comisión Nacional de Emergencias. Dicha suspensión generó un claro desajuste en la ecuación financiera del contrato, que al amparo de lo establecido por el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa debe ser restablecido a la contratista.

VIII. Contrario a lo aducido por el representante estatal, no es de recibo la argumentación en el sentido de que no existe obligación del reconocimiento a la actora del reajuste de precios en tanto se contrató por obra determinada y no por elementos. En efecto, de conformidad con lo establecido por el contrato de construcción, promovida por la Comisión Nacional de Emergencias, constituyen antecedentes del contrato, entre otros, los términos de referencia del puente a construir por la sociedad actora, mismos que en el aparte de Especificaciones Técnicas para la Construcción señalan lo siguiente: *"Los trabajos adicionales, que por su índole sean necesarios ejecutar, para el mejoramiento de la obra y que no aparezcan en el programa original de trabajos a realizar por ser imprevisibles, serán autorizados al contratista, únicamente por medio de una orden de modificación debidamente aprobada, razonada y justificada por el Ingeniero Inspector para su presentación ante la CNE. Se considera un (sic) condición adversa y no previsible en el contrato, el caso de que al excavar hasta el nivel de función del bastión se encuentre un suelo con una capacidad soportante no adecuada (soporte mínimo de 15 KM /cm² o así lo establezca el estudio de suelos cuyo costo correrá por cuenta del oferente), y que implican trabajos adicionales, éstos serán cancelados por la Comisión Nacional de Emergencias mediante una Orden de Modificación."*

. Es claro que conforme a los términos de referencia incluidos en el cartel de la contratación tratada en autos, existía la posibilidad del reconocimiento por parte de la Comisión Nacional de Emergencias de trabajos adicionales para el mejoramiento de la

obra que no aparecieran en el programa original de trabajos a realizar por ser imprevisibles. Si bien conforme lo señala el juzgador de primera instancia, el costo por concepto de la adquisición e hincado de los pilotes no puede ser reconocido a la sociedad actora, pues debió incluirlo en su oferta y además expresamente renunció a dicho cobro, es lo cierto que dicha circunstancia no implica, conforme lo deriva el representante estatal, que no exista obligación de reconocer el reajuste de precios en favor de la accionante, por lo que la argumentación en este sentido no es de recibo.

IX. El representante estatal no fundamenta su argumentación, ni este Tribunal evidencia-, que exista una incorrecta valoración de la prueba ni el quebranto del principio de la sana crítica en la apreciación de la prueba por parte del juzgador de instancia. Por el contrario, ésta Cámara no advierte que exista algún tipo de incumplimiento contractual por parte de la actora o que la suspensión que sufriera el contrato fuera atribuible a su responsabilidad. De un análisis detallado de la prueba que consta en autos, es claro que el retraso en la ejecución del contrato es atribuible de manera exclusiva a la Comisión Nacional de Emergencias. En efecto, conforme consta en autos, la sociedad actora mediante oficio de fecha **27 de abril de 1998**, solicitó el reconocimiento de los costos adicionales para la adquisición e hincado de los pilotes, siendo que la Comisión Nacional de Emergencia mediante oficio de fecha **31 de agosto de 1998**, ordenó la suspensión de las obras a efecto de definir la procedencia de la petición formulada por el contratista contenida en la orden de modificación No.1 y no fue sino hasta el **27 de marzo del 2001**, en que la Unidad Ejecutora procedió a confeccionar la Orden de Servicio No.2 donde ordena el reinicio de las obras, a partir del **2 de abril del 2001**, habiendo transcurrido 36 meses desde que la accionante formuló la solicitud de reconocimiento de costos adicionales y 32 meses después de que se ordenara la suspensión de obras. Las consecuencias del retraso fueron advertidas incluso por la misma Contraloría de Servicios de la Comisión Nacional de Emergencias, que mediante el memorando Cue 108-2000 de fecha 29 de noviembre de 1999 (folios 61 y 62 del expediente administrativo), advierte de los efectos del retraso en las obras, por la suspensión ordenada y la necesidad de solucionar la problemática que permita concluir la obra y evitar el pago excesivo de reajuste por los atrasos que se generan al mantenerse suspendido el proyecto. En este mismo sentido, la sociedad actora mediante los oficios de fecha 20 de junio, 30 de junio y 2 de noviembre, todos del año 2000, instaba a la Administración a pronunciarse sobre la situación del contrato y de la orden de modificación No. 1 a efecto de que se girara la instrucción para el reinicio de las obras. En razón de lo dicho, carece de fundamento la argumentación del representante estatal en el sentido de que la empresa actora es incumpliente y de que el inicio de las obras debió suspenderse por culpa o negligencia de la actora.

X. Contrario a lo argumentado por el representante estatal, el hecho de que la suspensión del contrato se originara en una petición de la actora para el

reconocimiento de costos adicionales (adquisición e hincado de pilotes), no justifica desde ningún punto de vista que se demoraran cerca de 3 años en resolver de manera definitiva dicha gestión, máxime que el contrato por disposición de la Comisión Nacional de Emergencias se encontraba suspendido desde el 31 de agosto de 1998 y no es hasta el 2 de abril del 2001, que se ordena el reinicio de la obra. El hecho de que la sociedad actora formulara una petición de reconocimiento de un costo adicional - aún cuando no le correspondiera-, no constituye fundamento suficiente para considerar la inexistencia de una relación de causalidad que impediría el reconocimiento de los daños y perjuicios reclamados por la actora, pues le correspondía a la Comisión de Emergencias resolver de manera pronta la petición del contratista, máxime tratándose de una obra originada en una emergencia, que ameritaba una resolución pronta. El no hacerlo representa un incumplimiento de los principios del servicio público. Contrario a lo argumentado por el representante estatal, la orden de suspensión no se debió a una decisión unilateral de de la contratista, sino de la Comisión Nacional de Emergencias, siendo que de igual forma la orden de reinicio de las obras era responsabilidad exclusiva de la citada Comisión y no del contratista.

XI. Contrario a lo argumentado por el representante estatal, la imposibilidad de la sociedad actora para la ejecución de las obras se origina en una decisión unilateral de la Comisión Nacional de Emergencias en ordenar la suspensión de la ejecución de obras en tanto resolvía la procedencia de la petición formulada por la sociedad accionante del reconocimiento de obras adicionales (adquisición e hincado de pilotes), siendo que la contratista se encontraba en imposibilidad de ejecutar el contrato hasta tanto se diera la orden de reinicio de las obras. Dicha suspensión generó un desfase en el equilibrio de la ecuación financiera del contrato que debe ser restablecido en apego al principio constitucional de intangibilidad patrimonial. Carece de fundamento y constituye una argumentación ajena al asunto discutido en autos, la argumentación del representante estatal en el sentido de que la suspensión de la obra fue atribuible a la empresa actora siendo que la figura de los reajustes de precios no es aplicable, en teoría, a las suspensiones de contrato por falta de contenido presupuestario, toda vez que en la especie no se está discutiendo que la suspensión del contrato ordenada por la Comisión Nacional de Emergencias se originara en la falta de contenido presupuestario. En razón de lo dicho, no es de recibo la argumentación del representante del Estado en el sentido de que en el asunto tratado en autos, las obras se encontraban paralizadas por una actuación atribuible a la contratista y que por ende no se pueden reconocer ajustes en el precio del contrato.

XII. Contrario a lo argumentado por el representante estatal, la alteración y reajuste de precios no se da como consecuencia del incumplimiento inicial de la empresa demandante que provocó la extensión del plazo del contrato. En ningún momento el Estado ha demostrado la existencia de incumplimiento por parte de la contratista que

la faculte a aplicar en contra de la empresa la excepción de contrato no cumplido, ya que el incumplimiento contractual no es imputable a la actora. En efecto, no puede sostenerse válidamente, conforme lo señala el representante estatal, que el hecho de que la sociedad actora presentara una solicitud a efecto del reconocimiento de un costo adicional, -aún cuando no le podría corresponder- constituye el motivo para que no se le reconozca los reclamos relacionados con el reajuste de precios y gastos de supervisión y Administración, pues competía a la Comisión Nacional de Emergencias resolver de manera pronta la petición del contratista, máxime que la obra se encontraba suspendida. No se evidencia en autos una justificación valedera de la demora de casi 3 años para que se resolviera la petición formulada por el contratista. La omisión administrativa incumple los principios del servicio público, máxime que conforme lo señala el representante estatal, la contratación se originó en una emergencia, razón de más que obligaba a resolver la solicitud formulada por la contratista con la premura que el caso ameritaba, por lo que de existir un perjuicio al servicio público por la paralización de las obras, éste se origina en omisiones que no son atribuibles a la contratista. La demora injustificada constituye el fundamento para el reconocimiento del reajuste de precios y de los costos por administración y dirección originados a título de daños, así como los intereses sobre las sumas reconocidas en sentencia, a título de perjuicios. Lo anterior toda vez que el retraso injustificado en la ejecución del contrato, no obedeció a una suspensión unilateral de la obra por parte de la contratista y generó un claro desajuste en la ecuación financiera del contrato, que al amparo de lo establecido por el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa debe ser restablecido a través del reconocimiento de los extremos otorgados en sentencia.”

8. La Prescripción en el Reajuste de Precios

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xiii}
Voto de mayoría

“V- SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: El IFAM, interpuso como defensa previa la prescripción, alegando que el reajuste de precios forma parte integral del precio, de conformidad con lo indicado en la jurisprudencia constitucional. Por ello, alega que al estar debidamente terminadas y pagadas las Licitaciones Públicas 1-2000 y 1-2005, el IFAM no adeuda monto alguno, por lo que el reajuste de precios se encuentra prescrito, ya que al haberse pagado la totalidad de los precios de los contratos, fenece con ellos el derecho de la actora a solicitar el reajuste de precios. Ahora bien, en la audiencia preliminar el Juez Tramitador reservó la resolución de la citada excepción al Tribunal Decisor, por esto, este órgano jurisdiccional procede a analizar si la excepción de prescripción procede o no en este asunto. En ese sentido, este Tribunal realiza las siguientes consideraciones: **1) SOBRE LAS REGLAS DE**

PRESCRIPCIÓN DE LOS REAJUSTES DE PRECIOS: De previo a analizar la procedencia o no de la prescripción en este proceso, considera este Tribunal oportuno, realizar un breve análisis de las reglas que rigen la aplicación de la prescripción a los reajustes de precios dentro de una contratación administrativa. En ese sentido, las reglas que se pueden extraer de la legislación y jurisprudencia constitucional, serían las siguientes: **a)** El Derecho al reajuste de precios, surge de lo indicado en el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa que dispone lo siguiente:

"ARTICULO 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 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.

En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.

Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios.

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."

Precisamente, de la lectura de la citada norma, se pueden extraer los siguientes aspectos: **Primero:** En los contratos de obra, servicios y suministro, la Administración deberá reajustar los precios, aumentando o disminuyendo los mismos, cuando varíen los costos directos e indirectos, previamente pactados. Esto significa que el contratista tiene derecho al reajuste de los precios a efectos de mantener el equilibrio financiero de la contratación administrativa, y es evidente que el reajuste de precios es un

instrumento que debe utilizarse durante la fase de ejecución contractual; **Segundo:** El mecanismo para ajustar los precios previamente pactados, debe hacerse por medio de fórmulas matemáticas que permitan demostrar que han existido variaciones en los costos durante la ejecución del contrato. La práctica común es definir esa fórmula en el mismo contrato; **Tercero:** El contratista tiene derecho a solicitar los reajustes de precios a partir del inicio del contrato. Los reajustes de precios no son automáticos, esto significa que el contratista debe presentar toda la documentación necesaria ante la Administración contratante para demostrarle que según la fórmula pactada, se vienen presentando desequilibrios en las finanzas del contrato que le viene perjudicando. Por lo que las solicitudes deben ser presentadas por el contratista durante la ejecución del contrato, en los momentos en que éste considere y demuestre que se viene presentando un desequilibrio financiero contractual. Por ello, el artículo 18 citado, establece que los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios de la oferta, o previamente pactados, y los índices correspondientes. Esto significa, que siempre debe hacerse una comparación entre los precios pactados y los índices económicos del país, a efectos de determinar si en la realidad existe un desequilibrio financiero que afecte las finanzas del contratista; **Cuarto:** El contratista tiene un derecho al reconocimiento del reajuste de los precios de su contrato. Sin embargo, tiene la obligación de demostrar ese derecho ante la Administración contratante, presentando toda la información que la Administración le solicite, así como estar al día en sus obligaciones contractuales. En general, los requisitos que el contratista debe cumplir para hacer efectivo su derecho a un reajuste de precios, son: **1-** Presentación de toda la documentación necesaria para que la Administración pueda aplicar la fórmula pactada y determinar si en realidad existe un desequilibrio financiero; **2-** El momento para realizar su solicitud es durante la ejecución del contrato, en el instante en que estime que se viene presentando un desajuste en sus finanzas; **3-** Estar al día en sus obligaciones contractuales. En ese sentido, debe recordarse que el reajuste de precios es parte integral del mismo precio, por lo que no procedería un reajuste, e incluso el pago del precio, si el contratista no está al día con la prestación de los servicios contratados; **b)** Ahora bien, la Ley de Contratación Administrativa, no establece un plazo específico de prescripción para solicitar los reajustes de precios. Por lo que se debe recurrir a los reglamentos a esa ley. Precisamente, el Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo número 25038-H, estuvo vigente desde el año 1996 hasta la entrada en vigencia del actual Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo Nº 33411-H, que comenzó a regir a partir del 4 de enero del 2007. Precisamente, durante la vigencia del Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo número 25038-H, éste no estableció un plazo de prescripción para el reajuste de precios. Sin embargo, esa omisión vino a ser suplida por lo indicado en el voto número 6432-98 dictado por la Sala Constitucional a las diez

horas treinta minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, que dispuso en lo pertinente, lo siguiente:

"En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado. Ahora bien, si como lo afirman la Contraloría General de la República, el propio Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la jurisprudencia de esta Sala, los reajustes son parte integral del precio e irrenunciables por anticipado, a falta de una norma legal expresa, que evidentemente para el caso concreto no existe, nos lleva a la conclusión que el derecho de reclamar y obtener el pago integral del precio de un contrato, incluyendo los reajustes, prescribe, por razones de seguridad jurídica, en los términos que se señalan en el artículo 868 del Código Civil, es decir, en diez años, salvo que las partes hubieran puesto punto final a los derechos y obligaciones derivados del contrato, mediante la firma de liquidación y finiquito del mismo. Esta conclusión es consecuencia de la naturaleza especial de la irrenunciabilidad de los reajustes de precios y derivada, también, del derecho a percibir el precio íntegro del contrato, que surge del artículo 228 del Reglamento de la Contratación Administrativa. En otro sentido, el derecho de percibir los reajustes, prescribe junto con el derecho de percibir el precio, puesto que forman parte de éste, por lo que resulta una verdad de perogrullo, afirmar que los reajustes deberán sufrir el mismo destino que el precio. En consecuencia, y habiéndose comprobado en el expediente que el contrato está todavía en la etapa de ejecución, no procede la excepción de prescripción en los términos que ha sido opuesta en el recurso..."

Ahora bien, lo dicho en esta sentencia se vio precisado en el voto número 08551-1999 dictado por la Sala Constitucional a las diez horas con dieciocho minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, mediante la cual se adicionó y aclaró la sentencia 06432-98, y que en lo relevante indicó lo siguiente:

"Plazo de la prescripción del derecho.- (...) Si en ocasiones anteriores este Tribunal se refirió a este extremo, lo fue con el propósito de indicar que siendo el reajuste del precio parte integral de éste y no una indemnización autónoma, lo propio, lo razonable, es que el reajuste prescriba en el mismo término que prescribe el precio, y que a falta de una norma jurídica expresa que defina el término, el derecho prescribiría en diez años, de acuerdo con la regla general del artículo 868 del Código Civil. (...) Pero se debe advertir, dentro de la doctrina que se expuso en la sentencia 6432-98, que el derecho al reconocimiento de los reajustes de precios como principio constitucional básico del sistema de contratación administrativa y su consecuencia inmediata que es el pago respectivo, como ya ha quedado dicho, surge a la vida jurídica como consecuencia de la

presentación de una oferta en un proceso de licitación, oferta que al ser adjudicada conforma un contrato administrativo, y este derecho se reafirma cuando la Administración paga el precio contractual convenido; (...) Solo téngase en cuenta que lo que se debe, en última instancia, es una suma de dinero; que en los términos de los hechos de la sentencia, el derecho al pago de la diferencia, nació desde el momento mismo en que la Administración autorizó y giró el pago del precio contractual principal."

Precisamente, con base en lo dicho por la Sala Constitucional, este Tribunal puede extraer los siguientes aspectos relevantes: **Primero:** El reajuste de precio es parte integral del precio. Esto significa, que no es una indemnización autónoma, sino que el reajuste es el precio mismo; **Segundo:** Por lo que el derecho a solicitar un reajuste de precios surge a la vida jurídica, cada vez que la Administración le paga al contratista el precio convenido contractualmente (fijado en la oferta), lo que significa que el plazo de prescripción comienza a partir de que al contratista se le ha pagado el precio y éste tiene la posibilidad de ejercer acciones cobratorias al determinar de que existen variaciones de los costos sobre el precio pagado; **Tercero:** El plazo de prescripción fijado por la Sala Constitucional fue de diez años, aplicando reglas de prescripción civiles. Ahora, como se verá, ese plazo de prescripción se mantuvo durante la vigencia del Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo número 25038-H, hasta el 4 de enero del 2007, que al entrar en vigencia el nuevo reglamento, si definió un plazo de prescripción de cinco años; **Cuarto:** El derecho a percibir el reajuste del precio, prescribe junto con el derecho a percibir el precio. Esto es muy importante tenerlo claro. Precisamente, en criterio de este órgano jurisdiccional, el plazo de 10 años de prescripción se contabiliza durante el plazo de ejecución del contrato respectivo. Es decir, si el contrato se encuentra aún en ejecución, se pagó el precio y no se ha cumplido el plazo de diez años, el contratista tiene derecho de presentar una solicitud de reajuste de precios. Sin embargo, si se pagó el precio y el contrato termina por causas normales, como lo son el finiquito y la liquidación total del contrato, el contratista tendría prescrito su derecho a solicitar el reajuste de precios, no por el transcurso del plazo de diez años, sino por la terminación normal de la relación contractual. Justamente, lo indicado por este Tribunal, y que es un criterio conforme a la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, se encuentra también fundamentando en las reglas generales de la prescripción establecidas en nuestro Código Civil, que indica en su numeral 866, lo siguiente:

"ARTÍCULO 866. La acción para hacer efectivo un derecho, se extingue por la prescripción del mismo derecho."

Precisamente, el precio es el derecho, éste fue cancelado y el contrato terminó, por consiguiente el contratista tendría prescrita la acción de solicitar el reajuste de precios, de un precio que se extinguió por el pago y la terminación de la relación contractual; **c)**

Ahora, con la entrada en vigencia del actual Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 33411-H, que comenzó a regir a partir del 4 de enero del 2007, muchas de las reglas explicadas anteriormente sobre la prescripción en materia de reajustes de precios, se vinieron a incorporar en el artículo 31 de ese reglamento, al indicar:

"Artículo 31.—Reajustes o revisiones del precio. Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual.

Las partes estarán obligadas a fundamentar su gestión y a aportar las pruebas en que sustenten su dicho, tomando en cuenta las regulaciones específicas de la materia.

Las gestiones por este concepto prescriben en cinco años, a partir de que existe la posibilidad de interponer acciones cobratorias en relación con la variación de costos que se demande. Dicha prescripción se interrumpe con la presentación de la gestión."

Nótese, que esta norma viene a resumir de forma ordenada, lo que ya la jurisprudencia de la Sala Constitucional, había venido estableciendo y que este Tribunal explicó anteriormente. Con base en todos los aspectos expuestos, este órgano jurisdiccional resume las reglas que se deben cumplir para la aplicación de la prescripción en materia de reajustes de precios, de la siguiente forma: **1) Derecho a solicitar el reajuste de precios:** El contratista tiene derecho a solicitar el reajuste de precios desde la presentación de la oferta y durante la ejecución del contrato; **2) Requisitos que debe cumplir el contratista para solicitar el reajuste de precios:** Debe presentar su solicitud acompañada de toda la documentación e información que pruebe su gestión de ajuste de precios, de conformidad con la fórmula matemática pactada contractualmente. Asimismo, debe demostrar que se encuentra al día en la prestación de los servicios que debe prestar según el contrato suscrito con la Administración contratante; **3) Momento a partir del cual comienza a contabilizarse el plazo de prescripción:** El contratista debe presentar su solicitud cumpliendo los requisitos indicados, a partir de que pagado un precio, considere que existe variación en los costos que le deben ser reconocidos; **4) Causas de interrupción del plazo de prescripción:** Con la presentación del contratista de su gestión de ajuste de precios ante la Administración contratante, se interrumpe el plazo de prescripción. Asimismo, el plazo de prescripción comenzará a contabilizarse nuevamente a partir de que la Administración contratante, le prevenga documentación o le rechace el reajuste de precios. Asimismo, si el contratista no cumple los requisitos necesarios para que la Administración pueda determinar si procede o no el reajuste de precios solicitado, éstos se tendrán por abandonados y no podrán nuevamente alegarse una vez

terminado el respectivo contrato; **5) Plazo de prescripción de los reajustes de precios:** Existen tres plazos de prescripción para los reajustes de precios, que son los siguientes: **Primero:** El de 10 años que se debe aplicar desde 1998 (año del dictado de la sentencia 6432-98), hasta la entrada en vigencia del nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 33411-H, que comenzó a regir a partir del 4 de enero del 2007; **Segundo:** El de 5 años dispuesto en el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 33411-H, que comenzó a regir después del 4 de enero del 2007; **Tercero:** El momento en que termina el contrato administrativo por causas normales, como lo son el finiquito y la liquidación total. Esto significa, que el plazo de 10 o 5 años, son de aplicación durante la ejecución y vigencia del contrato administrativo. Sin embargo, esos plazos no son de aplicación, si el contrato termina por causas normales, ya que los precios ya fueron cancelados, y el derecho de acción para solicitar el reajuste sobre éstos prescribe al haberse extinguido los precios que se quieren reajustar;”

9. El Proceso de Reajuste de Precios Y Pago de Intereses por Atraso de la Administración Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xiv}
Voto de mayoría

“IV- SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO Y DETERMINACIÓN DEL MONTO A CANCELAR POR SOLICITUDES DE REAJUSTES DE PRECIOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: Es importante para efectos de abordar el tema principal de este proceso, realizar una breve explicación del procedimiento que se debe seguir en los casos de solicitudes de reajustes de precios dentro de la contratación administrativa. En ese sentido, las siguientes normas de la Ley de Contratación Administrativa su reglamento, así como el Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, nos dan las pautas que toda Administración Pública debe seguir para aprobarle a un contratista sus solicitudes de reajuste de precios. Por ello se citan textualmente las siguientes normas de las referidas leyes y reglamentos indicados:

Ley de contratación Administrativa:

ARTICULO 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 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.

En las restantes contrataciones, cuando se produzcan variaciones en los costos estrictamente relacionados con el objeto del contrato, podrán establecerse los mecanismos necesarios de revisión de precios, para mantener el equilibrio económico del contrato.

Para cumplir con lo estipulado en los párrafos anteriores, en el Reglamento de la presente Ley se establecerán los criterios técnicos por seguir para garantizar la determinación objetiva del reajuste o la revisión de los precios.

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.

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa:

Artículo 31. Reajustes o revisiones del precio. Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual.

Las partes estarán obligadas a fundamentar su gestión y a aportar las pruebas en que sustenten su dicho, tomando en cuenta las regulaciones específicas de la materia.

Las gestiones por este concepto prescriben en cinco años, a partir de que existe la posibilidad de interponer acciones cobratorias en relación con la variación de costos que se demande. Dicha prescripción se interrumpe con la presentación de la gestión.

Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento:

Artículo 17. Procedimiento para solicitar el reajuste. La solicitud de reajuste de precio deberá ser resuelta por la Administración dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del día en que se recibió dicha solicitud. En los casos descritos en los artículos

20 y 23 del presente Reglamento, la Administración Contratante podrá disponer de un período adicional de 30 días naturales para resolver, en todo caso se reconocerá el reajuste retroactivamente a la fecha de la solicitud.

La resolución de la solicitud de reajuste podrá ser recurrida por el gestionante conforme lo estipulado en el Título Octavo, Capítulo Primero de la Ley General de la Administración Pública.

De las tres normas citadas, este Tribunal extrae las siguientes consideraciones: **1.** El reajuste de los precios es un derecho que tiene todo contratista frente a la Administración Pública contratante que se presenta más claramente en los contratos de obra, servicios y suministros de la industria de la construcción; **2.** La Administración Pública contratante deberá ajustar los precios siguiendo un estudio técnico mediante el cual determine con base en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, así como otra serie de variables que demuestren si el contratista tiene derecho al ajuste y en qué monto. Es decir, la Administración debe hacer un análisis detallado de una serie de factores de índole económico para cuantificar el derecho a un reajuste de precios dentro de una contratación administrativa; **3.** El contratista debe presentar su solicitud de reajuste de precios aportando todas las variables económicas que le demuestren a la Administración contratante que el reajuste procede y por qué monto debería ser aprobado, así como debe aportar toda la documentación pertinente como por ejemplo estructura de precios, facturas y cualquier otra que fundamente y pruebe su gestión de reajuste del precio de la contratación; **4.** El derecho al reajuste de precios comienza a regir a partir de la presentación de la oferta y deberá ser presentada la gestión por parte del contratista una vez que de inicio la ejecución del contrato; **5.** La gestión de reajuste de precio debe presentarse dentro de los cinco años a partir de que existan posibilidades de interponer acciones cobratorias en relación con la variación de los costos. Esto significa, que sí la solicitud de reajuste de precios se presenta fuera de esos cinco años, estaría prescrita; **6.** Una vez que el contratista presenta su solicitud de reajuste de precios según los requisitos indicados anteriormente y dentro del plazo previsto, la Administración Pública contratante tendrá la obligación de resolver la gestión dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir de la presentación de la misma, así como en los casos de los artículos 20 y 23 del Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, podrá disponer de un período adicional de 30 días naturales. Ahora bien, independientemente que la Administración Pública contratante resuelva la gestión de ajuste de precios dentro de los plazos indicados o fuera de estos, el Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, es muy claro al indicar que se reconocerá el ajuste de precios retroactivamente a la fecha de la solicitud. Esto último significa para este Tribunal, que la fecha en la cual el contratista solicitó el reajuste de precios, será también la fecha en

la cual, una vez reconocido y determinado por la Administración Pública contratante el reajuste de precios, que la Administración deberá pagar ese reajuste de precios. Por ejemplo, si el contratista solicitó el reajuste de precios el 1º de enero del 2010, y la Administración le resuelve su gestión hasta el 1º de enero del 2011, el derecho al pago del reajuste empezará a correr a partir del 1º de enero del 2010, es decir, retroactivamente a la fecha de su solicitud, a partir de la cual surge a la vida jurídica una obligación de pago por parte de la Administración contratante a favor del contratista. Justamente, considera este Tribunal que esta última disposición contenida en el Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, es muy justa, ya que si un contratista solicita un reajuste de precios, que precisamente pretende mantener el equilibrio económico del contrato, y la Administración en el trámite administrativo de su gestión dura varios meses, incluso años, por errores internos, presupuestarios o de cualquier otra índole no atribuibles al contratista, sería injusto para éste último que se le reconozca su obligación hasta la fecha en que la Administración Pública emita una resolución administrativa reconociendo el derecho y el monto del reajuste de precios. Una interpretación contraria a lo dicho anteriormente, significaría una violación al derecho de todo contratista de que se le reconozca un ajuste de precios de forma rápida y oportuna, evitando con dilataciones administrativas injustificadas mermar un derecho constitucional, como lo es el reajuste de los precios dentro de una contratación administrativa.

V- SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE INTERESES POR ATRASOS EN QUE INCURRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PAGO DE LOS MONTOS CORRESPONDIENTES POR REAJUSTES DE PRECIOS SOLICITADOS POR EL CONTRATISTA: De conformidad con lo indicado en el considerando anterior, queda claro para este Tribunal que la obligación de pagar un reajuste de precios, surge a la vida jurídica a partir de la solicitud realizada por el contratista a la Administración contratante para que se le reconozca el mismo. Es decir, la obligación del pago del reajuste de precios se hará en la fecha en la cual el contratista realizó su solicitud de reajuste y no en la fecha en que la Administración contratante reconozca el derecho y el monto del pago del reajuste de precios, esto según lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento. Precisamente, de conformidad con lo que establecen el artículo 19 de la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 34 del reglamento a dicha ley, se indican las pautas y el procedimiento que se debe seguir para el reconocimiento de intereses, cuando la administración contratante tiene una obligación de pago a favor del contratista y no ha cumplido en tiempo, por ello se genera el pago de los respectivos intereses. Dichas normas disponen lo siguiente:

Ley de contratación Administrativa:

"Artículo 19. Reconocimiento de intereses. *Por atrasos en el pago de sus obligaciones, la Administración reconocerá intereses. Estos intereses se reconocerán mediante resolución administrativa, y se liquidarán según la tasa de captación pasiva a seis meses, indicada en el reglamento ejecutivo de esta ley, por el plazo que medie entre la fecha en que debió efectuarse el pago y la fecha de emisión del documento de pago correspondiente."*

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa:

Artículo 34. Forma de pago y reconocimiento de intereses. *La Administración, indicará en su cartel el plazo máximo para pagar, el cual en ningún caso podrá ser superior a treinta días naturales, salvo en el caso de la Administración Central, que dispondrá de un máximo de cuarenta y cinco días naturales.*

El plazo indicado en el párrafo anterior, correrá a partir de la presentación de la factura, previa verificación del cumplimiento a satisfacción de conformidad con lo indicado en el contrato. Una vez transcurrido ese plazo, la Administración, se constituirá en mora automática y el interesado podrá reclamar el pago de intereses sobre el monto adeudado en colones, los cuales serán cancelados aplicando el interés según la tasa básica pasiva del Banco Central a seis meses plazo.

El reconocimiento de intereses se hará, previo reclamo del interesado, mediante resolución administrativa, que será emitida dentro de un plazo de dos meses posteriores a la solicitud. En las contrataciones de obra pública, en que se efectúen pagos por avance de obra, podrá hacerse reconocimientos de intereses por los atrasos en el pago durante el transcurso de la ejecución. Posteriormente, si se estableciera que el retardo es imputable a algún funcionario, la Administración deberá iniciar las gestiones cobratorias respectivas, con respeto del debido proceso.

Para operaciones en dólares de los Estados Unidos de América los intereses serán cancelados aplicando la tasa de interés internacional referenciado por el Banco Central de Costa Rica (prime rate).

El reclamo de los intereses moratorios prescribirá en un plazo de un año, según las disposiciones contempladas en el Código de Comercio.

De conformidad con lo indicado en las normas citadas, este Tribunal extrae las siguientes consideraciones: **1.** La Administración Pública debe reconocer intereses por los atrasos en el pago de sus obligaciones. Nótese, que esta frase contenida en el numeral 19 citado de la Ley de Contratación Administrativa, es clara, la Administración reconocerá el pago de intereses por el incumplimiento en sus obligaciones. Dentro de

las obligaciones que la Administración tiene en materia de contratación administrativa, no se encuentra únicamente el pago del contrato, también estaría el pago de los reajustes de precios como en este caso; **2.** El reconocimiento de intereses puede hacerse en la vía administrativa cuando el interesado lo solicita por ese medio y la Administración tendrá la obligación de emitir una resolución mediante la cual admite o deniegue ese requerimiento. Ahora bien, en materia de contratación administrativa el agotamiento de la vía administrativa es obligatorio en la fase correspondiente al procedimiento de contratación (cartel, oferta y adjudicación), en lo referente a la impugnación, no así en la etapa de ejecución contractual, en la cual no existe agotamiento obligatorio de la vía administrativa, y no puede existir ningún procedimiento que exija realizar alguna gestión administrativa previa a la jurisdiccional. Por ello, este Tribunal interpreta que cuando el artículo 19 de la Ley de Contratación Administrativa y el 34 de su reglamento, indican que el reconocimiento de intereses se hará previo reclamo administrativo y mediante el dictado de una resolución administrativa, debe entenderse en el contexto de la inexistencia en esta fase de ejecución contractual del agotamiento preceptivo de la vía administrativa, sino que es un agotamiento facultativo, lo que significa que el contratista puede presentar su gestión tanto en la sede administrativa como en la judicial, así como que le sea resuelta tanto por resolución administrativa como por sentencia judicial. Por lo tanto, el procedimiento que el interesado puede seguir para que se le realice el reconocimiento de intereses, puede ser ante las instancias administrativas correspondientes o directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa, como sucedió en este caso; **3)** El tipo de interés que se debe reconocer si la obligación es en colones será la tasa básica pasiva del Banco Central a seis meses plazo, y si es en dólares la tasa de interés internacional referenciado por el Banco Central de Costa Rica (prime rate). Es decir, el contratista no puede escoger cual será la tasa de interés que se deberá utilizar para calcular los intereses que se adeuden dentro de obligaciones no cumplidas en una contratación administrativa; **4)** El plazo de prescripción de los intereses es de un año, según lo dispuesto en el mismo artículo 34 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, como en el artículo 984 inciso b) del Código de Comercio. Ahora bien, para este Tribunal las deudas por el pago de intereses se rigen por el Código de Comercio, lo que significa que también se aplican las causales de interrupción que dicho cuerpo normativo establece en su artículo 977; **5)** Los intereses empezarán a correr a partir de la fecha que debió efectuarse el pago, es decir, al momento en que surgió a la vida jurídica la obligación. Precisamente, en los casos de reajustes de precios, la fecha en la cual comenzarían a pagarse los intereses, sería en la fecha de presentación de la solicitud de reajuste de precios realizada por el contratista, esto según el artículo 17 del Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, tal y como se explicó en el considerando anterior de esta sentencia. Ahora bien, cesaría el pago de los intereses en la fecha en la que la Administración emitiera el documento de pago a favor del

contratista, en otras palabras, cuando ordene el pago del reajuste de precios reconocido, que sería como en cualquier obligación dineraria el pago del capital adeudado. En síntesis, si un contratista cumple con los presupuestos legales y reglamentarios que se han explicado por parte de este Tribunal, tendría derecho al reconocimiento de intereses, tal y como de seguido se explica, ha sucedido en el presente caso.”

10. La Variabilidad de Costos y el Equilibrio Económico del Contrato en la Contratación Administrativa

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xv}

Voto de mayoría

“V. Sobre el derecho al equilibrio económico. El ordenamiento jurídico de la contratación administrativa confiere al adjudicatario o contratista un derecho al equilibrio económico del contrato. Se trata de un derecho que deriva de la máxima constitucional de la intangibilidad patrimonial (ordinales 33, 45 y 50 de la Carta Magna) y que tiene por norte mantener la equidad en la distribución de las cargas contractuales, específicamente en el tema del área económica y financiera del contrato, procurando que el operador mantenga el nivel de rentabilidad que inicialmente fue pactado o al menos, persistan las condiciones económicas normales. Este equilibrio permite por un lado otorgar al contratista la utilidad justa por la prestación de un servicio, el desarrollo de una obra o en general, el cumplimiento del objeto que le ha sido contratado. En el caso de los contratos de transporte, que se particularizan por ser de ejecución sucesiva, este nivel de sanidad financiera y equidad económica es determinante para la ejecución debida de la actividad pactada. El desequilibrio en la estructura de precios de un servicio de esta naturaleza supondría un detrimento en la esfera patrimonial del operador con el correlativo beneficio sin causa legítima de la Administración concedente o licitante, al estar frente a actividades cuya remuneración se encuentra por debajo del equilibrio financiero debido. Por el contrario, el reajuste de precios a un nivel cuantitativo superior al justo, llevaría a un enriquecimiento injustificado en la esfera del contratista y en mengua del interés público, al cancelarse un precio superior al que permite la utilidad acordada. De ahí que un justo equilibrio permite el desarrollo de la actividad para beneficio del destinatario y el cumplimiento armónico de los deberes asumidos en la contratación. A fin de cuentas, el ajuste de precios, cuando corresponda, es una manifestación del deber de cumplir con lo pactado (canon 15 de la Ley de Contratación Administrativa), ergo, se trata de un deber de la Administración, que no de una facultad, sea, en tanto se presenten las condiciones que justifiquen el reajuste, la Administración está obligada a disponer el aumento para mantener las condiciones convenidas originalmente y así satisfacer un derecho que la misma legislación otorga al

contratista. Ese derecho se encuentra regulado en el precepto 18 de la citada Ley de Contratación Administrativa que en lo relevante señala:

"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 índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (...)"* En el contexto actual, se ve desarrollado además en el numeral 31 del Reglamento de dicha ley. Como se observa, el legislador partió del derecho primario del reajuste de precios como forma de mantener un equilibrio financiero en el contrato. Para tales efectos, bien pueden establecerse en el cartel respectivo o en el mismo contrato, formas de adecuación económica distintas, sea actualización económica del contrato, mediante mecanismos convenidos entre las partes, siempre guardando sujeción a las reglas ya fijadas. Empero, ese equilibrio económico ha de ser garantizado ante la concurrencia de diversas causas que produzcan una alteración en el orden del contrato. Por ello, la Administración contratante debe asegurar esta armonía cuando el efecto de inestabilidad se origine como derivación de modificaciones que haya dispuesto en el régimen del contrato o decisiones que le incidan de manera directa o indirecta, como sería el caso de las modificaciones unilaterales, lo que constituye el denominado *ius variandi*. Pero además, debe resguardarse frente a actos de otras Administraciones que incidan en la ejecución contractual (teoría del hecho del príncipe) o bien, cuando surgan causas imprevisibles que tornen insostenible financieramente el contrato (teoría de la imprevisibilidad). Desde luego que no estarían sujetas a ser consideradas como fuentes del reajuste de precios aquellas situaciones que sean inherentes al riesgo o ventura propias de la actividad contratada, las que en términos normales deben ser toleradas por el contratista al formar parte del álea consustancial a toda actividad susceptible explotación económica. En esa dimensión, las variaciones originadas en circunstancias previsibles al momento de plantear la propuesta económica, en principio, no están cubiertas dentro de la necesidad de reajuste. Sobre el contenido de la teoría del reajuste de precios, la Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de emitir fallos relevantes que hacen un exhaustivo desarrollo sobre el tema. Entre muchos, en el voto 6432-1998 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998 indicó: " *El reajuste del precio del contrato se identifica con el principio de la revisión del mismo, para atemperarlo a la realidad económica del momento, lo que se hace por tres medios distintos que reconocen tanto la doctrina del Derecho Público como la que informa nuestro sistema jurídico: la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión y la teoría del*

enriquecimiento injusto. Los tres medios tienen como fin introducir en la relación contractual una nota de equidad, que pueda conservar la armonía de los intereses contrapuestos de las partes contratantes, a la vez que mantiene la equivalencia de las prestaciones comprometidas y la igualdad ante los riesgos. La más calificada doctrina sobre contratación administrativa, es conteste en afirmar que el reconocimiento de las variaciones de precios no es una potestad del Estado sino una obligación, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público, como lo es todo lo atinente al reconocimiento de las consecuencias derivadas de la teoría de la imprevisión. (...) En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado. "

VI. Necesidad de acreditación de variabilidad de costos como presupuesto de reajuste de precios. Con todo, el aludido derecho de equilibrio económico del contrato dista de ser uno de aplicación automática. En efecto, dentro del análisis de la aplicación de ese derecho del contratista, merece destacarse, el reajuste de precios solo es factible en aquellos casos en que se encuentre debidamente acreditado dentro del expediente la distorsión de costos en la esfera del contratista. De ese modo, el hecho condicionante para llegar a producir ese efecto de ajuste, no es otro que la referida ruptura en la armonía financiera del servicio a través del incremento de los costos vinculados a la operación del servicio o a la obra. Se insiste, lo contrario, esto es, permitir un ajuste de precios sin la acreditación técnica de la distorsión, llevaría a un riesgo de excesiva utilidad que introduce un beneficio indiscriminado, sin base legítima a favor del operador, lo que ciertamente, no puede cohonestar el ordenamiento jurídico. Asimismo, de acreditarse ese hecho condicionante, surge el derecho de aumento, so pena de que el beneficio injustificado se traslade a la esfera de la Administración, en franco detrimento de los derechos del contratista. La necesaria demostración del desequilibrio se desprende incluso de la misma normativa base del derecho objeto de comentario. A manera de referencia, nótese que el mismo ordinal 18 de la Ley de Contratación Administrativa estatuye que el reajuste procederá cuando varíen los costos directos o indirectos, sea aumentándolos o disminuyéndolos. Igual tratamiento se observa en el numeral 31 del Reglamento a dicho cuerpo legal, norma que si bien no se encontraba vigente al momento de producirse los hechos objeto de controversia, refleja la doctrina de equilibrio económico a la que se ha venido haciendo referencia. Esa norma indica en lo que viene atinente al presente asunto: "Reajustes o revisiones del precio. Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la

presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual. / Las partes estarán obligadas a fundamentar su gestión y a aportar las pruebas en que sustenten su dicho, tomando en cuenta las regulaciones específicas de la materia . " (El destacado es propio). De lo anterior se colige con extrema claridad que corresponde al contratista acreditar ante la Administración la concurrencia de las diversas variables que permiten y justifican el incremento de precios como forma de concretar el equilibrio económico del contrato. Sin perjuicio de las modalidades contractuales en que se incluye un mecanismo de revisión distinto que pondere aumentos automáticos, lo que no sucede en la especie, en la normalidad de los supuestos, es cargo del contratista demostrar que en su caso particular existe una variabilidad de costos en una proporción tal que justifique el reajuste del precio. Lo anterior deriva de que es el operador quien cuenta con los insumos contables, financieros y de diversa naturaleza, merced del desarrollo de la actividad, que le coloca en posición objetiva de acreditar el surgimiento del presupuesto fáctico para el aumento, aunado a que es quien en principio, maneja los aspectos económicos de su actividad, por ende, está en posición más próxima de detectar las necesidades de aumento de precios. Cabe destacar además, que no es cualquier variación de costos la que produce un derecho de aumento de precios, sino solo la que se pueda vincular con costos directos o indirectos estrictamente relacionados con la obra o el servicio. Es decir, la acreditación estriba sobre costos asociados a la actividad, que sean necesarios y pertinentes. Por ende, estarían fuera del objeto de cobertura costos que se relacionen con gastos superfluos o no asociados a la actividad contratada, pues ello supondría cargar al precio cuestiones ajenas a la ejecución del objeto pactado. Tampoco se comprenderían dentro de la base de cálculo del reajuste las modificaciones de costos que se refieran a aspectos previsibles y evitables por el contratista al momento de plantear su oferta económica y convenir sus obligaciones. Cabe recordar que la teoría del equilibrio financiero del contrato busca equilibrar las cargas por variaciones imprevisibles en el contrato, o que siendo previsibles, merezcan ajuste para mantener inalterable esa armonía. Así lo estableció la Sala Constitucional en el fallo 6432-98 previamente mencionado, en el cual, respecto de los costos que no se pueden reconocer para efectos del ajuste de precios señaló: "*Por todo lo explicado, resulta medular definir cómo se debe repartir el riesgo contractual y para ello se parte, inicialmente, del principio de "contractus lex", al decir de la doctrina del Derecho Público que el contrato administrativo participa de la inmutabilidad que domina su ejecución y por ello es informado por el principio de riesgo y ventura, en virtud del cual, el contratista no podrá reclamar aumentos en los precios, por variaciones previsibles al momento de formular su propuesta, debiendo asumir la responsabilidad objetiva por la ejecución del contrato. En otras palabras, que al celebrarse el contrato por llegarse a un acuerdo recíproco de voluntades, se le debe garantizar al contratista la obtención del beneficio proyectado en su propuesta; cuando este beneficio se altera por causas que son imputables a la Administración, o por causas no imputables a ella, pero*

sobrevinientes e imprevisibles, el cocontratante tendrá el derecho y la Administración el deber de restablecer el beneficio (utilidad) o en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo y esto es lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato. La propuesta que el contratista dirige a la Administración en un proceso licitatorio, como cualquier otra que se hace en materia contractual, lleva implícita el "álea normal", lo que significa que si el interesado se equivoca en su propia proyección y concepción del negocio, y dentro de las condiciones normales de ejecución, sufre pérdidas, la Administración no está obligada a resarcir suma alguna; entonces hablamos de mala administración del contratista o de causas imputables solo a él. En cambio, cuando opera el "álea anormal", producto de factores sobrevinientes que distorsionan el equilibrio de la relación contractual y que determinan aumentos en los costos o en los precios, la Administración estará obligada a restituir el nivel económico previsto y querido por ambas partes. Recapitulando: a) sólo el riesgo contractual que razonablemente fue tomado en cuenta por las partes al formalizar el vínculo, conforma el ámbito del álea empresarial y en consecuencia, de la propia responsabilidad del cocontratante; b) debe distinguirse entre las alteraciones contractuales imputables a las partes de las que no lo son, de manera que la parte imputable tendrá siempre la obligación de asumir y absorber los desequilibrios sobrevinientes, responsabilidad que será siempre integral y plena, como lo afirma la más calificada doctrina; y c) las alteraciones imprevistas o no imputables a ninguna de las partes, pero que desequilibran las contraprestaciones, alterando la ecuación financiera, exigen siempre la restitución del nivel financiero del contrato ."

11. El Principio de Contractus Lex y el Equilibrio Económico del Contrato Administrativo

[Sala Constitucional]^{xvi}

Voto de mayoría

I. Aduce el recurrente que a la compañía Asfaltos Nacionales Sociedad Anónima se le adjudicó la Licitación Pública 2-99, promovida por la Municipalidad de San José para la adquisición de Mezcla Asfáltica en boca de planta, y que una vez confirmado el acto de adjudicación procedió a solicitarle a ese ente los reajustes de precios correspondientes a la ejecución del contrato administrativo. Indica que la Municipalidad procedió a reconocer los reajustes de precios, pero no aplicando en el cálculo de los reajustes los índices de precios correspondientes al mes de abril de 1999. Por su parte, la recurrida informa que el reajuste de precios no ha sido negado a la empresa amparada, de conformidad con la jurisprudencia constitucional que invoca, pero ese ente municipal no puede conceder más allá de lo que el Ordenamiento Jurídico le faculta, y para el caso concreto debe aplicarse el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa,

según el cual, el punto de partida de los cálculos que han de efectuarse ante un determinado reclamo de reajuste de precios es el mes de apertura de las ofertas, que en la especie lo fue el mes de mayo de 1999 y no abril como erróneamente pretende el recurrente. Afirma que en ningún momento se ha negado la Municipalidad de San José a reconocer los reajustes de precios a la amparada, pero sí ha procedido a ajustar los cálculos presentados a lo permitido legalmente, contando para ello con el aval de la Contraloría General de la República, en contraposición a lo pretendido por el recurrente, que es que se reconozcan índices anteriores al momento en que oficialmente se recibió su oferta en la Licitación Pública que se le adjudicó, buscando así arreglar una imprevisión suya a la hora de presentar su oferta, de lo que realmente no puede responsabilizar a la recurrida.

II. En sentencia número 06432-98 de las 10:30 horas del 4 de setiembre de 1998 la Sala determinó que:

"...mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo (reajustes de precios en nuestro medio) es un principio constitucional obligatorio para la Administración, 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;..."

También señaló este Tribunal en esa oportunidad que se debe repartir el riesgo contractual y para ello se parte, inicialmente, del principio de "contractus lex",

"...al decir de la doctrina del Derecho Público que el contrato administrativo participa de la inmutabilidad que domina su ejecución y por ello es informado por el principio de riesgo y ventura, en virtud del cual, el contratista no podrá reclamar aumentos en los precios, por variaciones previsibles al momento de formular su propuesta, debiendo asumir la responsabilidad objetiva por la ejecución del contrato. En otras palabras, que al celebrarse el contrato por llegarse a un acuerdo recíproco de voluntades, se le debe garantizar al contratista la obtención del beneficio proyectado en su propuesta; cuando este beneficio se altera por causas que son imputables a la Administración, o por causas no imputables a ella, pero sobrevinientes e imprevisibles, el cocontratante tendrá el derecho y la Administración el deber de restablecer el beneficio (utilidad) o en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo y esto es lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato. La propuesta que el contratista dirige a la Administración en un proceso licitatorio, como cualquier otra que se hace en materia contractual, lleva implícita el "álea normal", lo que significa que si el interesado se equivoca en su propia proyección y concepción del negocio, y dentro de las condiciones normales de ejecución, sufre pérdidas, la Administración no está obligada a resarcir suma alguna; entonces hablamos de mala

administración del contratista o de causas imputables solo a él. (...) –El resaltado en negritas no es del original-

Del fallo transcrito en lo conducente, se concluye para el caso concreto que si a la empresa amparada no le ha negado la Municipalidad recurrida el reconocimiento del ajuste de precios que solicitó, no se le ha vulnerado el principio constitucional según el cual se debe mantener el equilibrio financiero del contrato administrativo. Ahora bien, la disconformidad del recurrente consiste en que no se le ha reconocido ese ajuste tal y como la empresa amparada pretende, es decir reconociéndole índices de precios anteriores al momento que se recibió oficialmente la oferta en la Licitación Pública que se le adjudicó, situación que no compete dilucidarse en la jurisdicción constitucional, sino en sede administrativa o en su caso, al agotarse esa vía recurriendo a la jurisdicción ordinaria a ventilar la discrepancia. No podría la Sala en el procedimiento sumario del amparado, determinar si efectivamente –como afirma la recurrida-, de lo que se trata es de subsanar una imprevisión de la empresa a la hora de presentar su oferta, y menos aún determinar en cada situación concreta cuál es el cálculo matemático que debe efectuarse para realizar el reajuste de precios en cada contrato administrativo, de manera que lo procedente es desestimar este recurso, al no constatarse ninguna actuación de la Administración recurrida capaz de conculcar derechos o principios de rango constitucional en perjuicio de Asfaltos Nacionales Sociedad Anónima.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱ JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). ***Derechos y Obligaciones de la Administración Contratante y del Contratista***. P 15. Disponible en la web: www.ernestojinesta.com

ⁱⁱⁱ JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). ***Derechos y Obligaciones de la Administración Contratante y del Contratista***. P 23. Disponible en la web: www.ernestojinesta.com

^{iv} JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). ***Derechos y Obligaciones de la Administración Contratante y del Contratista***. P 34. Disponible en la web: www.ernestojinesta.com

^v JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). ***Derechos y Obligaciones de la Administración Contratante y del Contratista***. Pp 24-25. Disponible en la web: www.ernestojinesta.com

^{vi} SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 18 de las nueve horas del cuatro de agosto de dos mil once. Expediente: 08-000730-1027-CA.

^{vii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA. Sentencia 100 de las catorce horas con treinta minutos del veinticuatro de octubre de dos mil doce. Expediente: 09-002715-1027-CA.

^{viii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 182 de las catorce horas del treinta y uno de agosto de dos mil doce. Expediente: 07-000191-0163-CA.

^{ix} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 153 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de dos mil doce. Expediente: 11-001347-1027-CA.

^x TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN OCTAVA. Sentencia 16 de las trece horas del ocho de marzo de dos mil doce. Expediente: 10-002608-1027-CA.

^{xi} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 39 de las nueve horas con treinta minutos del primero de marzo de dos mil doce. Expediente: 09-002666-1027-CA.

^{xii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia 53 de las catorce horas del treinta y uno de mayo de dos mil cinco. Expediente: 03-000102-0163-CA.

^{xiii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 127 de las siete horas con cuarenta minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco. Expediente: 10-003491-1027-CA.

^{xiv} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 68 de las catorce horas con cinco minutos del diecisiete de marzo de dos mil once. Expediente: 09-002099-1027-CA.

^{xv} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 1755 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veintisiete de agosto de dos mil nueve. Expediente: 08-000228-0161-CA.

^{xvi} SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 4644 de las quince horas con cincuenta y nueve minutos del treinta de mayo de dos mil uno. Expediente: 01-001533-0007-CO.