

Ingeniero
GONZALO CORDOBA C.
Director General del
Instituto de Recursos
Hidráulicos y Electrificación ✓
E. S. D.

Señor Director:

Me refiero a su Oficio DAL-594-93 de 27 de diciembre del año anterior, mediante el cual se nos solicita una adición interpretativa en relación con el criterio expuesto por este despacho al absolver consulta sobre la posibilidad de modificar los costos del contrato No.D.G.-109-92, celebrado por la entidad a su cargo, y la empresa AGENCIA, VIGILANCIA Y SEGURIDAD S.A.

La adición está referida a la aplicación del Artículo 37a del Código Fiscal y lo medular consistía en la posibilidad de que mediante una Resolución de la Junta Directiva se pudiese negociar un aumento en el costo del contrato. Como cuestión previa debemos indicarle que la opinión ya expresada tiene como fundamento la existencia de un contrato de carácter administrativo, sujeto a las reglas del Código Fiscal y regido por el Derecho Público. Como se indicó en esa ocasión el contrato establece la rigidez de los precios contratados y el no escalamiento de los mismos, puesto que han sido pactados de acuerdo a un trámite que impone la legalidad fiscal.

Es evidente que pese a la existencia del contrato, el cual prevee y considera en su literatura situaciones normales para su cumplimiento, pueden surgir circunstancias que afecten a algunas de las partes y le imposibiliten el fiel cumplimiento de lo pactado, especialmente si ese cumplimiento en condiciones imprevistas implica un costo diferente para el obligado. Es lo que en derecho privado se conoce como (Onerosidad sobrevenida), y que en el Código Civil se recoge en el artículo 1161a que dice:

"Artículo 116a: En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato.

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato."

Ubicada la situación en el derecho público, el artículo 37a del Código Fiscal a que alude su consulta, en su párrafo introductorio así:

"Artículo 37a: Tratándose de obras públicas, prestación de servicios y suministros de materiales y maquinaria relacionada con actividades de construcción, tanto en los pliegos de cargos como en los contratos respectivos, en base a la naturaleza y duración de la obras, servicios o suministros objeto del contrato se podrá establecer que el valor o precio pactado queda sujeto a modificaciones en proporción directa al aumento o disminución del costo producido por variaciones sustanciales e imprevisibles en los precios de los insumos principales que aumenten o disminuyan notablemente la ganancia del contratista. En el caso de optar por este tipo de contrato las modificaciones de precios se regirán por las siguientes pautas."

No conocemos los términos en que pudo haberse pactado la modificación posible por haberse previsto en el contrato respectivo, tengo la convicción de que no fue pactado lo referente a la modificación por las razones indicadas por el Artículo 37a del Código Fiscal. Sin embargo el Artículo

73 del mismo cuerpo legal, modificado por el Artículo 33 del Decreto de Gabinete N.º.45 de 20 de febrero de 1990, dispone la posibilidad de modificar los contratos administrativos cuando el "Interés público" haga indispensable la incorporación de modificaciones y se establece el mecanismo así:

*Artículo 73: Cuando el interés público hagan indispensable la incorporación de modificaciones en los contratos administrativos, se observarán las siguientes reglas:

- a. No podrá modificarse la clase y objeto del contrato;
- b. Debe reconocerse al contratista los nuevos costos por trabajos adicionales provenientes de la modificación, si ésta accede a una decisión unilateral de la entidad pública contratante. Las adiciones deberán tener el concepto favorable de la Comisión Financiera Nacional la aprobación del Consejo de Gabinete, según sea el caso, antes de que se realicen;
- c. Debe permitirse la posibilidad de introducirse variaciones a los mismos, así como la manera de acreditar y reconocer o disminuir los nuevos costos, previa evaluación técnica, con sujeción, en su caso, al artículo 37a de este Código;
- d. Los nuevos costos requerirán las mismas autorizaciones o aprobaciones que recibió el contrato original;
- e. Las modificaciones que se realicen mediante adiciones al contrato principal que formará parte integrante de la adición, considerándose toda la relación contractual como una sola, a todos los efectos legales; y
- f. Las demás condiciones que fije el Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro".

Lo anterior permite que en la consideración de las circunstancias impuestas por el Estado y no previstas en el contrato, que hoy día lo hacen excesivamente oneroso,

queda la posibilidad de la modificación por la onerosidad sobrevenida en circunstancia que el interés público-que se materializa en la protección de las instalaciones de la Institución-, quedaría en riesgo frente a la imposibilidad de cumplimiento por el contratista.

Lo anterior revela que la Institución si puede modificar el contrato observando las condiciones indicadas, obteniendo la aprobación de los organismos que intervinieron en el contrato original, tal como lo indica el aparte d) del Artículo 73 del Código Fiscal transcrito. Es el interés público expresado por la Institución en su deseo de preservar, proteger, conservar los bienes de la institución y asegurar el funcionamiento libre de riesgos que podrían surgir de no existir la vigilancia que presta el contratista, lo que permite la modificación/ Por ello, esta adición es congruente con la opinión antes expresada y la complementa, pues la reconsideración del costo habrá de modificar el monto pactado y en consecuencia se modifica igualmente la cláusula primera del contrato en cuanto la rigidez del precio y al no incremento, situaciones éstas que operan en condiciones normales, pero como hemos advertido, ha sido el propio Estado el que ha impuesto las circunstancias que obligan a la modificación de lo pactado para la correcta vigilancia y cumplimiento de lo convenido, preservado así el interés público que es lo primordial en todo caso.

De usted atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTERO S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

/cch.