

LA REVISION DE PRECIOS COMO MECANISMO DE GARANTIA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO PÚBLICO

Alejandro M. Canónico Sarabia

Profesor de Postgrado

Universidad de Margarita y Universidad Católica Andrés Bello

I. PRECIOS JUSTOS Y PRESUPUESTO BASE EN LA CONTRATACION PUBLICA

Según el diccionario de la real academia, en términos generales, el precio es el valor en que se estima una cosa o lo que hay que pagar por ella, y desde el punto de vista contractual, el precio representa la contraprestación en dinero, entregada por el comprador de la cosa vendida o por el contratante que se sirve de la actividad del contratista. Es en definitiva una relación de cambio entre un bien o un servicio y la unidad monetaria o dinero.

En la contratación general impera el principio de la intangibilidad del precio, referido a que “todos los contratos se desarrollarán con arreglo a los precios convenidos”; esto quiere decir que –por principio general- el precio o los valores negociables en los contratos son invariables, ya que el contratista tendrá derecho al pago de la obra que realmente ejecute, al servicio que efectivamente preste o el bien que suministre, con arreglo al precio convenido.

El nuevo Decreto Nro. 1.399 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (DLCP) en Venezuela,¹ promulgado por el Presidente de la República, en el marco de la ley habilitante recibida por el parlamento en el año 2013,² en el numeral 32 del artículo 6 define contrato como: “*Instrumento jurídico que regula la ejecución de una obra, prestación de un servicio o suministro de bienes, incluidas las órdenes de compra u órdenes de servicio, que se podrán utilizar para la adquisición de bienes o suministros de servicios. Deberá contener: precio, ... especificaciones contenidas en el pliego de condiciones o condiciones de la contratación y oferta.*” Observando que uno de los elementos que debe contener el contrato, entre otras condiciones, es precisamente la determinación del precio.

Por otra parte, si nos remitimos a las normas de derecho común, específicamente al Código Civil venezolano, nos encontramos con definiciones de contratos y la reiteración del precio como uno de sus elementos fundamentales de los mismos; específicamente el artículo 1630 del mencionado código señala que: “*el contrato de obras es aquel mediante el cual una parte se compromete a ejecutar determinado trabajo por sí o bajo su dirección, mediante **un precio** que la otra se obliga a satisfacer.*” (resaltado nuestro)

Vemos que ambas normas, la de derecho público y la derecho privado, coinciden en afirmar que debe pagarse un precio por la ejecución del contrato, y dicho precio debe

¹ Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

² Véase la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en la G.O. N.º 6.112 extraordinario del 19 de noviembre de 2013.

estar determinado en el referido instrumento; colocándose al precio como uno de los elementos fundamentales –de certeza- en la contratación (pública y privada). Así mismo, otras normas nos dan razón de ello, el numeral 33 del artículo 6 del DLCP, al definir a los contratos marco, utiliza la noción de precio para justificar esa modalidad de contrato, sobre la base de estimaciones globales de precios, montos totales máximos del contrato o precios unitarios, entre otros. El numeral 16 del mismo artículo, al referirse al presupuesto base, toca la noción de precio muy de cerca; mientras que en la regulación del compromiso de responsabilidad social, el precio también es determinante para cuantificar la modalidad de cumplimiento de dicha obligación legal y ética (Artículo 6.24 del DLCP).

1. Determinación del valor o precio de la contratación

El artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (RLCP) determina que para todas las modalidades de selección de contratistas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades, el contratante deberá efectuar *actividades previas* que garanticen una adecuada selección de ese contratista, además de preparar el presupuesto base. Asimismo, se debe contar con: programación presupuestaria, especificaciones técnicas, determinación de las ventajas económicas y técnicas de la contratación, la previsión en la programación anual de compras, si es aplicable, modelo del contrato, si el procedimiento tiene carácter plurianual efectuar la notificación al órgano competente en la planificación central, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, estimando las cantidades de bienes servicios u obras a contratar. Siendo determinante la formulación del presupuesto base o el precio o valor general de la contratación.

Por su parte, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRYSNCF)³, al regular el sistema de control interno que deberá implementarse en los distintos órganos y entes que ejercen el Poder Público, en la materia vinculada a la contratación pública, obliga de manera expresa y categórica, a que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables deben asegurar el cumplimiento de los requisitos siguientes: 1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales. 2. Que exista disponibilidad presupuestaria. 3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista. Y 4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras leyes. Todas las exigencias están vinculadas con la fijación de valores que arrojen seguridad jurídica a la contratación.

Observamos entonces, que a los fines de garantizar la oportuna, transparente y certera contratación y con base en el principio de planificación, el contratante deberá realizar las actividades previas al proceso de selección de contratistas, y una de las actividades más relevantes, en esa fase, es precisamente la elaboración del presupuesto base, en

³ Vid. Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010

virtud de que dicho valor va a determinar la modalidad de contratación a aplicar, y de alguna forma condiciona la sucesiva tramitación administrativa.

El presupuesto base lo elaborará la unidad asignada dentro de la estructura organizativa del contratante,⁴ en él se consideran las regulaciones existentes para los precios, de materiales o insumos, establecidos en la Ley que regula la materia de precios justos, además de los tributos aplicables al caso concreto. El presupuesto base deberá formar parte del pliego de condiciones⁵ o de las condiciones de la contratación, pudiendo mantenerse en reserva sólo la estructura de costos que sirvió para su formación. Su utilidad principal es determinar la disponibilidad presupuestaria del contratante y para definir la modalidad de contratación.⁶ Por último, el presupuesto base podrá establecerse como criterio para el rechazo de las ofertas (Artículo 76.13 del DLCP).

Vemos que la exigencia del precio justo se repite, en las normas de contratación pública y en la disposición citada de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En esa materia, debemos mencionar que en la actualidad se encuentra vigente el Decreto N° 1.467, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos,⁷ que tiene por objeto asegurar el desarrollo armónico, justo, equitativo, productivo y soberano de la economía nacional, a través de la determinación de precios justos de bienes y servicios, mediante el análisis de las estructuras de costos, la fijación del porcentaje máximo de ganancia y la fiscalización efectiva de la actividad económica y comercial, a fin de proteger los ingresos de todos los ciudadanos, y muy especialmente el salario de los trabajadores; el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades; a los fines de consolidar el denominado orden económico socialista productivo.

Aun cuando, el objeto de este trabajo no es el análisis de las regulaciones sobre precios en el país, es necesario tener un conocimiento general del Decreto Ley Sobre Precios Justos, en vista de la remisión expresa que a éste se hace en materia de contrataciones públicas. Esta regulación de control de precios y ganancias máximas, implementada por el gobierno venezolano es bastante estricta, al punto de comportar supuesto de infracción y delitos por su no observancia. En consecuencia, le corresponde a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, diseñar, implementar y evaluar los mecanismos para el estudio y control de la estructura de costos y determinación de márgenes de ganancias razonables, y así fijar, con criterios de equidad y justicia, los precios justos, que en definitiva son los precios máximos de

⁴ Se constituye en una obligación irrenunciable del contratante, so pena de incurrir en un supuesto de responsabilidad administrativa tipificado en el ordinal 4 del artículo 166 del DLCP.

⁵ El pliego de condiciones contendrá las reglas, condiciones y criterios aplicables a cada contratación, los cuales deben ser objetivos, de posible verificación y revisión; y allí debe estar el presupuesto base. Vid Artículos 65 y 66.2 del DLCP.

⁶ El monto que resulte se deberá expresar en unidades tributarias, entendiendo por tales: "*Magnitud numérica que se fundamenta en la variación del índice de precios al consumidor en el Área Metropolitana de Caracas.*" MÁRQUEZ, H., Diccionario de Contabilidad, Ediciones Libros de El Nacional, 2002, p.156. El valor en bolívares de la unidad tributaria para el 2015 es Bs. 150,00. (G.O. 40.608, del 25/02/2105)

⁷ Vid. Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014

la cadena de producción o importación, distribución y consumo de todos los bienes y servicios que se comercialicen o intercambien en el país.

Se crea un Sistema de Adecuación Continua de Precios Justos, donde se registrará toda la información que suministren los comerciantes y empresarios, y se calcularán y fijarán los precios justos en la totalidad de la cadena de producción, distribución, importación, transporte y comercialización de todos los bienes producidos, importados o comercializado en Venezuela. Cabe destacar que según la normativa, los criterios para la determinación de precios tendrán siempre en cuenta el marco social y económico de la República, debiendo atender al principio de justicia social equilibrando el estímulo a la actividad productiva con la protección efectiva del salario.

En tal sentido, el margen máximo de ganancia será establecido anualmente por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, teniendo como parámetro legal, que en ningún caso el margen de ganancia de cada actor de la cadena de comercialización excederá de 30 puntos porcentuales de la estructura de costos del bien o servicio, aunque si pudiera ser inferior. Ocasionando, a continuación, que los comerciantes tengan que cartelizar sus precios sacrificando la calidad de sus productos y servicios.

En consecuencia, a la hora de elaborar el presupuesto base para la contratación pública en particular, habrá de consultarse el sistema de adecuación continua de precios justos,⁸ para revisar la estructura de costos a los fines de determinar el precio de cada bien o partida del presupuesto con el objeto de llegar al monto de la contratación. Ahora bien, frente a esta regulación no tiene mayor sentido la disposición que posibilita mantener en reserva la estructura de costos del presupuesto base, cuando todos los costos y precios justos, pasarían a ser uniformes y públicos.

Otro de los aspectos que nos llama a la reflexión, a propósito de la regulación que aporta el Decreto Ley de Precios Justos y su influencia en la contratación pública, es que el precio pasaría a un segundo plano como factor de evaluación de las ofertas presentadas, ya que es posible que todos los participantes ofrezcan los mismos, o muy similares, precios para obtener el máximo beneficio posible, en virtud de que la ganancia máxima legal estaría rígidamente determinada por la noción del precio justo; en tal sentido, los oferentes se verían en la necesidad de trasladar la competencia a otros factores distintos al precio, como serían beneficios adicionales, garantías post-contractuales, calidad calificada en los productos, reducción de tiempos de entrega o ejecución, incorporación de mano de obra local, porcentaje de trabajadores con discapacidad, entre otros, a los fines de lograr la adjudicación del contrato.

II. EL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO

Estamos acostumbrados a observar y estudiar las instituciones del Derecho Administrativo desde la posición del Poder, desde las potestades y prerrogativas de los

⁸ Un sector de la doctrina considera que la máxima del precio justo, supone "*Res tantum valet quantum vendi potest*"; es decir, sencillamente, "*las cosas valen tanto cuanto se las puede vender*", tanto cuanto se recibe de contrapartida, de poder, de prerrogativas, de obligaciones a su favor. Esos son los términos del intercambio económico, libremente determinados por voluntad y consentimiento de las partes." (DROMI, R., Ecuaciones de los contratos públicos, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 284)

órganos públicos, en función -por supuesto- del interés colectivo, que determina su razón de ser y legitima su accionar. Consideramos que ya es hora de evaluar los fenómenos jurídico-administrativos desde la posición de la persona, del ciudadano que se relaciona con la Administración, ese debe ser el centro de nuestro estudio y consideración, como lo determina el texto constitucional en sus artículos 2, 19 y 141. Sin embargo, en materia de contratación pública el eje concéntrico no sólo está representado por el contratista y sus derechos en esa relación jurídica directa, sino también deben evaluarse los derechos e intereses de los sujetos destinatarios de la ejecución de la obra pública, de los servicios prestados o de los bienes entregados, ya sea de manera directa o indirecta.

Efectivamente, en la contratación pública *el fin del contrato prevalece sobre su objeto*,⁹ esto quiere decir que lo importante es cumplir con el fin de la contratación pública, que es la puesta en funcionamiento de la obra pública, la prestación del servicio a la colectividad, y en definitiva, la satisfacción del interés general por encima de los intereses individuales de los contratantes; lo que justifica la idea de mantener equilibrada la relación de las partes contratantes, para garantizar la culminación de la obra, la continuidad en la prestación del servicio y la entrega del bien de que se trate, en conclusión que la prestación se ejecute como condición necesaria para que el contrato satisfaga la concreta necesidad pública que llevó al Estado a contratar.

Adicional a la visión anterior, tradicionalmente se ha ubicado a la teoría del equilibrio económico del contrato en la posición particular del contratista, esto es, en los derechos de los contratistas en la contratación pública, precisamente para contrarrestar las prerrogativas que ostenta la Administración contratante; en virtud de ello “...*el contratista tiene el derecho de reclamar de la administración indemnizaciones pecuniarias, en vista de los hechos que ocasionen la ruptura del equilibrio financiero del contrato.*”¹⁰ Se considera que en todo contrato de obra pública, de suministro y de servicio, así como en los contratos de concesión de servicio y obra pública, existe, expreso o implícito, un derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.

Esta ecuación económica contractual que, en principio, debe mantenerse incólume, parte de la teoría de la intangibilidad del precio en el contrato que se funda en el mantenimiento de los principios rectores que rigen el procedimiento de selección del contratista: competencia, concurrencia, igualdad, transparencia, finalidad, legalidad, estabilidad y eficacia. Como lo determina el citado ut supra artículo 119 de la DLCP, en los contratos adjudicados con base en la Ley, debe mantenerse lo contemplado en el pliego de condiciones o en las condiciones generales de la contratación y en la oferta beneficiaria de la adjudicación. La selección se hizo sobre determinados parámetros y la oferta se efectuó sobre determinadas bases, las que deben mantenerse a lo largo de todo el desarrollo de la ejecución contractual.

⁹ Cfr. Hauriou, citado por LINARES BENZO, G., “El equilibrio financiero del contrato en la Ley de Contrataciones Pública”, AA.VV., en Ley de Contrataciones Públicas, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta. Edición, Caracas, 2014, pp. 316-373 p. 366

¹⁰ LARES MARTÍNEZ, E., Manual de Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, XIII Edición, Caracas, 2010, p. 309

En una relación contractual, se pueden presentar situaciones de desequilibrio entre el valor real de la prestación debida y el precio pactado originalmente en los instrumentos formales de la contratación pública (pliego, oferta y contrato), con motivo de fenómenos como la inflación, control cambiario de la moneda, aumento de salarios, aumento de costos, modificaciones al proyecto, entre otros, y que surge la necesidad de elevar la teoría de la intangibilidad del precio para recuperar el equilibrio de la debida ecuación contractual, cumpliendo con la seguridad jurídica que se debe mantener para garantizar la inversión privada. “...y precisamente, esa seguridad jurídica se cumple y tutela con la estabilidad, continuidad, intangibilidad e invariabilidad de la ecuación económico-financiera del contrato público, verificada por una ‘adecuada equivalencia’ entre las inversiones a cargo del concesionario y la rentabilidad que éste previó razonablemente obtener.”¹¹

En el artículo 134 ordinal 5 del nuevo DLCP, por primera vez aparece una referencia expresa a la teoría del equilibrio económico del contrato, como garantía del contratista en sus derechos frente al contratante, específicamente para el caso de los contratos con ejecución superior a un año. Determinando la norma, que no se podrán variar ni ajustar los precios del contrato durante el primer año de ejecución, salvo que se presente una vulneración del equilibrio económico del contrato; esto quiere decir, que si se demuestra que el evento ocurrido ha trastornado la ecuación del contrato, aun cuando se encuentre dentro del primer año de ejecución, se puede plantear un ajuste de precios, si es procedente, para restablecer el equilibrio vulnerado.

Para garantizar el equilibrio económico o la ecuación económica del contrato, se han desarrollado diferentes técnicas o teorías, aplicables en supuestos particulares: i. La teoría del hecho del príncipe; ii. La teoría de la fuerza mayor; iii, La teoría de la imprevisión; iv. La teoría del *ius variandi*; y v. La técnica de la revisión de precios. Sobre esta última versará la siguiente reflexión.

III. LA TÉCNICA DE REVISIÓN DE PRECIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Según el DLCP, las modificaciones de las condiciones originales del contrato, se pueden verificar en los siguientes supuestos: i. Por el incremento o reducción en la cantidad de obra, bienes o servicios originalmente contratados;¹² ii. Por surgir nuevas partidas o renglones a los contemplados en el contrato; iii. Porque se modifique la fecha de entrega del bien, obra o servicio; iv. Por la variación en los montos previamente establecidos en el presupuesto original del contrato;¹³ v. Por las establecidas en el

¹¹ DROMI, R., Ecuaciones..., op. cit. p. 282

¹² Este supuesto guarda estrecha relación con el dispositivo contenido en la parte in fine del artículo 132 del DLCP, que expresamente establece: “En el caso de contratos para la ejecución de obras, también se considerarán variaciones los aumentos o disminuciones de las cantidades originalmente contratadas; así como las obras adicionales.” (ver artículo 143 del RLCP). Principalmente referido a los cambios en las cantidades –en mas o en menos- de obras, bienes o servicio, lo cual impactaría en los valores finales.

¹³ A diferencia del primer supuesto, en este caso se trata de la alteración de los montos o valores de los bienes, obras o servicios, previamente establecidos en el presupuesto. Lo complementa el encabezado del artículo 132 del DLCP, donde de manera clara se define a las variaciones del presupuesto original como aquellas alteraciones fundamentadas por el contratista, por hechos posteriores imprevisibles a la fecha de la presentación de la oferta, debidamente aprobadas por el contratante; y se desarrolla seguidamente en los artículos 133 y 134 del DLCP.

Reglamento del DLCP; y vi. Por la emisión de leyes, reglamentos, decretos y contratos colectivos de trabajo celebrados por parte de la República de obligatoria aplicación, que por su contenido afecten las condiciones del contrato original, específicamente referidos a beneficios laborales de los trabajadores, de conformidad con el artículo 140 del RLCP.

Observamos que las modificaciones pueden presentarse en cualquiera de las modalidades contractuales, tanto en los contratos de suministro, como los contratos de servicios y principalmente en los contratos de obras, regulados por el DLCP. Al igual que en materia de contratos de concesión de servicios públicos y concesión de obra pública, regidos por el Decreto Con Rango y Fuerza de Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada Bajo el Régimen de Concesiones,¹⁴ en donde podemos ubicar una serie de normas que reconocen la potestad modificatoria del concedente. En el artículo 39 se reconoce expresamente la potestad de modificación unilateral del contrato por parte del concedente. La interpretación conjunta de los artículos 7.I y 33.c, determina el derecho del concesionario a la revisión de los términos de la concesión y el ajuste del esquema tarifario u otras fórmulas de remuneración, por una parte, y por la otra, reconoce la competencia al concedente para conocer y decidir oportunamente sobre cualquier solicitud de ajuste de tarifas, precios u otras modalidades de remuneración del concesionario, y en general, sobre cualquier otro factor que pueda alterar el equilibrio o los términos de la relación contractual. Y por último, la disposición del artículo 42, es muy interesante, porque obliga a los concedentes a realizar el mayor esfuerzo de forma inmediata, para evitar el encarecimiento de los costos.

1. La revisión de precios en particular

Los supuestos de modificación contractual antes revisados pueden inscribirse dentro las distintas técnicas de garantía para el mantenimiento de la ecuación económica del contrato, o pueden constituir una modalidad autónoma;¹⁵ sin embargo nos referiremos -a continuación- a las modificaciones de los montos o valores de la contratación, específicamente a la *técnica de revisión de los precios* en la contratación pública, la cual tiene que ver con las variaciones o ajustes de precios de los bienes y servicios suministrados o involucrados en la obra contratada, acordados en el contrato, consecuencia de incrementos en los costos causados por efectos de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, contrataciones colectivas de trabajo, entre otras disposiciones gubernamentales, así como aquellas producidas por efectos de la inflación u otro factor económico externo a las partes. Pero también, puede verificarse por la disminución de esos costos, lo que podría generar reducción de la contraprestación debida.

Cabe destacar que esta modalidad de ajuste de precios se activa cuando se verifique algún cambio en los hechos o condiciones originalmente pactadas, sobre las que se deberían ejecutar las prestaciones del contrato, y que genere una alteración de los valores inicialmente previstos. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la imprevisión, no se exige la concurrencia de un acontecimiento extraordinario o imprevisible, debido a que en la legislación o en el propio texto del contrato se debe prever la posibilidad de verificación de esos hechos sobrevenidos y la fórmula de ajuste del precio, por lo que

¹⁴ Publicado en la Gaceta Oficial Nº 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.

¹⁵ ARAUJO JUAREZ, J., "El principio...", op. cit. p. 460

representa una obligación que asumen contratante y contratista, al momento de celebrar el contrato en cuestión. En todo caso, el resarcimiento al contratista, de proceder, deberá ser pleno e integral.

El artículo 133 del DLCP, consecuente con el planteamiento anterior, determina que se reconocerán y pagarán al contratistas, todas las variaciones de precios que afecten el valor de los bienes y servicios suministrados u obra contratada, debidamente aprobadas por el contratante, de acuerdo a los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines, entre los cuales se señalan el calculado con base en las variaciones de índices incluidos en *fórmulas escalatorias*¹⁶ o el *de comprobación directa*. Culmina la norma dejando en cabeza de la regulación reglamentaria, el establecimiento de los elementos o las variables que deben considerar los contratantes a los fines de evaluar los ajustes de precios y sus diversos motivos.¹⁷

En tal sentido, para poder aplicar certeramente la técnica de revisión de precios, en los contratos para la ejecución de obras, prestación de servicios o suministro de bienes, principalmente en aquellos contratos con ejecución superior a un año, se debe incluir o especificar, lo siguiente: a. La estructura de costos por renglón o por partida; b. Los mecanismos de ajustes que serán aplicados en ese contrato, entre fórmulas escalatorias o el de comprobación directa; c. La periodicidad en que se pudiera aplicar los ajustes; d. Los precios referenciales o índices seleccionados para los efectos de cálculos, indicando para este último el órgano competente que los genere o los publique; e. La inmutabilidad de los precios durante el primer año de vigencia del contrato, salvo en el caso de alteración del equilibrio económico del contrato,¹⁸ sólo se reconocerán ajustes a los precios, después del primer año, en aquellos renglones o partidas que tengan continuidad, no pudiendo aplicarse de forma retroactiva; f. En cada periodo de ajuste se afectará sólo la porción de obra ejecutada o del bien o servicio suministrado en el mismo, sin afectar las porciones ejecutadas o suministradas con anterioridad y los nuevos renglones o partidas no incluidas en el presupuesto original.¹⁹

Estas variables son necesarias para generar seguridad jurídica en la contratación pública, mucho más en economías altamente inflacionarias y en presencia de factores exógenos con potencialidad e influencia en la alteración de las condiciones de la contratación. Con esto se reducirían los elementos de incertidumbre o riesgos,

¹⁶ De manera expresa el DLCP establece que en reconsideraciones de precios la fórmula escalatoria sólo podrá ser utilizada como mecanismo de ajuste en contrataciones de obras y servicios, excluyendo por tanto su utilización en los contratos de suministros. Este sistema escalatorio es un esquema de ajuste de los costos del contrato de obra y de servicio, que permite modificar los costos inicialmente acordados por el efecto inflacionario y otras variables de tipo económico-financiero que lo puedan afectar. Es un mecanismo genérico o específico con coeficientes y pesos porcentuales definidos, utilizados para determinar la variación de precios de los diferentes elementos de costos de un contrato, en un periodo determinado.

¹⁷ Aun no se ha dictado el Reglamento del DLCP, en consecuencia, en esta materia, se consideran vigentes las disposiciones contenidas en los artículos 141 y 142 del RLCP.

¹⁸ Esta referencia específica a la garantía del equilibrio económico del contrato no aparecía en el numeral 5 del artículo 111 de la derogada LCP. Lo cierto es que nunca se podrá afectar el equilibrio o la ecuación económica del contrato, cuando esta se vea afectada se tendrá que generar mecanismos de compensación.

¹⁹ Vid Artículos 133 y 134 del DLCP y 142 del RLCP

generados por la variabilidad de aquellos factores que condicionan la ejecución del contrato con impacto –a veces- impredecible en las ofertas de los contratistas.

A. Incremento de salarios y otros beneficios laborales que impacten la contratación.²⁰

Las disposiciones normativas que acuerden un aumento del salario mínimo o un aumento general de sueldos y salarios,²¹ aprobados con posterioridad a la formulación del presupuesto original del contrato, definitivamente que influyen en los valores o costos del mismo; así mismo la elevación de los costos laborales por la aprobación de un contrato colectivo que influya en el contratistas también impactara hacia el alza del presupuesto original.

Se generará en consecuencia la obligación por parte del contratante, de aceptar y pagar al contratista las variaciones que se hubieran manifestado en la prestación de servicios y ejecución de las obras, siempre y cuando esas variaciones fueren consecuencia directa de la promulgación de Leyes, Decretos y Contratos Colectivos de Trabajo celebrados por parte del Estado, de obligatoria aplicación cuando estos se generen con posterioridad a la presentación del presupuesto de la obra y sólo a partir de la fecha de vigencia de las referidas disposiciones normativas. La cuantificación o valoración de estas variaciones se determinará tomando en cuenta los análisis de precios unitarios de cada partida que conforman el presupuesto original.

B. Variación de los precios de materiales, equipos y otros

El precio de las partidas del presupuesto original del contrato firmado podrá ser aumentado o disminuido, según el caso, cuando el precio de los materiales, equipos, suministros, fletes y otros insumos varíen como consecuencia directa de medidas arancelarias o de regulación adoptadas por el Estado,²² siempre que esas medidas hubieren sido dictadas en fecha posterior a la presentación de la oferta, con impacto en la adquisición de los materiales y otros insumos, o de la utilización de la maquinaria y demás equipos auxiliares de construcción o durante la ejecución del contrato.²³

Otro de los factores importantes que influyen en la elevación de los precios de los productos y servicios, es el fenómeno de la *inflación*, entendiéndose por tal, el aumento del índice general de los precios de las mercancías y de los factores de producción, con la consiguiente disminución del poder adquisitivo de la moneda, por lo que habría que entregar más dinero a cambio de los mismos bienes. En consecuencia la inflación está íntimamente vinculada a la pérdida del valor del dinero.

²⁰ Vid Artículo 140 RLCP

²¹ Los artículos 99, 111 y 129 del Decreto Con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, le otorga competencias al Presidente de la República para fijar el salario mínimo, realizar ajustes generales salarios y adoptar cualquier medida que estime necesarias, para proteger el poder adquisitivo de los trabajadores.

²² Un ejemplo de regulaciones estatales de este tipo es la reconversión monetaria, implementada por Decreto Con Rango, valor y Fuerza de Ley de Reconversión Monetaria, publicado en la G.O. 38.638 del 6 de marzo de 2007, en el cual se ordenó la re-expresión de la unidad del sistema monetario venezolano, en el equivalente a un mil bolívares, esto es, los montos anteriores a la vigencia de la ley debían ser divididos entre 1.000.

²³ Vid. Artículo 141 RLCP

En economías con inflación moderada y frente a contratos públicos de ejecución en plazos cortos, no más de un año, las variaciones de precios relativos, como las alzas de salarios, son previsibles para los contratistas y no resultan relevantes, debido a que pueden estimarlos y hacer sus presupuestos con certezas. Sin embargo en economías altamente inflacionarias, como la venezolana, o cuando hay expectativas de inflación, el amplio margen de incertidumbre es realmente dañino, tanto para el contratista, quien vende algo que va a entregar después, sin saber cuáles serán en definitiva sus costos, como para el contratante, que muchas veces paga a un precio más alto, por la proyección que se obliga realizar el contratista en su estimación de costos.

En virtud de ello, se justifica la inclusión de cláusulas de reajuste de precios en los contratos públicos, que permitan maniobrar en determinadas circunstancias sobrevenidas, con el objeto de no pagar precios en excesos, injustificados ni tampoco provocar la paralización de la ejecución del contrato.²⁴ Sin embargo, resulta pertinente afirmar, que se descarta la elevación de los valores totales del contrato, sólo se otorga compensaciones por incrementos de los costos determinados en partidas específicas; no siendo reajustables los gastos generales de administración, de locales y tampoco los márgenes de utilidad, los cuales se reducen en términos reales, si hay inflación.

No obstante lo anterior, no toda variación de precios es producto de la inflación; los precios relativos entre los diversos bienes, están permanentemente cambiando, sin que se presenten fenómenos propiamente inflacionarios. La evolución de los precios relativos será más acentuada, mientras menos estabilizada esté la economía. En materia de salarios, por ejemplo, lo ordinario sería que los mismos se eleven continuamente, como consecuencia del crecimiento económico o de las mejoras de la productividad general, y no por la pérdida de poder de la capacidad adquisitiva de los mismos.

Por otra parte, se puede presentar otra situación de distorsión de la economía, como la Escasez, referida a la insuficiencia o falta de recursos o productos para satisfacer las necesidades o demandas, lo que produce el aumento de los precios de los bienes, en virtud de que es mayor la demanda que la oferta de dichos productos o servicios. El problema de la escasez puede producirse por: i. El incremento de la demanda, y/o ii. La disminución o agotamiento de las fuentes o de la oferta de recursos. En el primer caso, ese incremento de la solicitud o exigencia de bienes o servicios puede generarse por el incremento significativo de la población, los cambios de hábitos de consumo de los ciudadanos y el aumento del poder adquisitivo de las personas. Mientras que la disminución de las fuentes o recursos, pudiera producirse por situaciones de catástrofes naturales, acciones humanas o por efecto de la aplicación de políticas económicas gubernamentales desacertadas, como por ejemplo: la estatización de empresas productivas o expropiaciones de bienes muebles e inmuebles en periodos activos de productividad. En tal sentido, si se produce escasez de bienes, materiales o equipos, vinculados al contrato público que se deba ejecutar, va a generar un aumento de los precios que impactará negativamente en la contratación.

Adicionalmente también variará el precio de las partidas del presupuesto original con componente importado cuando el precio de los materiales, equipos, suministros, fletes

²⁴ UNDURRAGA CORREA, J., "Los Contratos de Obra en situación inflacionaria", en Revista de Control Fiscal Nro. 106, Contraloría General de la República, Caracas, 1982, pp. 71-76, p. 74

y otros insumos sean afectados por variaciones en la tasa cambiaria oficial del bolívar²⁵ respecto a la moneda del país de origen, de las referidas partidas.²⁶ Cabe destacar, adicionalmente, que el DLCP permite la expresión del precio en moneda extranjera, tanto en el pliego de condiciones y las ofertas (Artículo 66.6), como en el texto del propio contrato (Artículos 88 y 100), en cuyo caso se tendrá que colocar la tasa de cambio oficial a la moneda nacional como factor de liberación de las obligaciones.

Desde el año 2003 existe en Venezuela un sistema de control de cambio o régimen controlado de entrega de divisas,²⁷ en el cual los organismos oficiales del Estado determinan la tasa de convertibilidad o el valor de la moneda nacional con respecto al dólar de los Estados Unidos de América, ajustándolo cada cierto tiempo, de acuerdo a la medición que realiza el propio gobierno sobre los ingresos en divisas que produce y en consecuencia sobre las reservas de recursos que mantiene. Tal situación excepcional se ha mantenido y profundizado desde entonces, generando elevación de precios e inflación descontrolada, y por supuesto, impacto general en la economía nacional; asociado a la falta de producción nacional y, a la –cada vez mayor– importación de bienes para satisfacer la demanda nacional. Cabe destacar que la mayoría de los insumos que se requieren en todos los ámbitos socio-económicos, son de componentes importados y en consecuencia, se debe recurrir al mercado internacional por la falta de producción nacional, por lo que el valor de la tasa de cambio determina los precios de los productos. Este sistema cambiario ha venido acompañado de un esquema sancionatorio intimidante para obligar a su cumplimiento, de manera firme y decidida.²⁸ Y cómo es lógico, todo control de cambio supone un esquema de transacciones paralelas al margen de las tasas oficiales, y que su valor se determina por el verdadero juego de la oferta y la demanda, llegando en el caso venezolano a la tasa cercana a los Bs. 190,00 x dólar.

La tasa de cambio oficial en Venezuela ha experimentado variaciones sustanciales, en los últimos tiempos, se ha movido desde 1,6 Bs. x dólar, pasando por Bs. 2,15 x dólar, luego Bs. 4,30 x dólar, hasta llegar a la tasa de Bs. 6,30 x dólar. No obstante, en la

²⁵ Según el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el bolívar es la unidad monetaria del país.

²⁶ Vid. Artículo 141 RLCP.

²⁷ “...En la Gaceta Oficial, correspondiente al día miércoles 5 de febrero de 2003 (número 37.625), fueron publicados los Convenios Cambiarios números 1 y 2, entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela –“BCV”-, mediante los cuales se dictó el Régimen para la Administración de Divisas, y fijó el tipo de cambio de un mil quinientos noventa y seis bolívares (Bs. 1.596,00) por dólar de los Estados Unidos de América para la compra, y un mil seiscientos bolívares (Bs. 1.600,00) por dólar de los Estados Unidos de América para la venta, y que conducían a la suspensión del comercio regular de divisas en el país por parte de los bancos, institutos de crédito y casas de cambio. Así el Ejecutivo puso en funcionamiento la facultad que le conferían los artículos 110 y siguientes de la Ley del Banco Central de Venezuela (Ley de BCV), de suspender la vigencia de la libre negociación y comercio de divisas, agregando varias medidas generadoras de una extensa y compleja normativa que, según los propios señalamientos del Ejecutivo, estaría encaminada a orientar el uso racional de los fondos que tiene el Banco Central de Venezuela (BCV) denominados “Reservas Internacionales”, “Reservas de Divisas” o, simplemente “Reservas”. (Vid. Sentencia N° 1641, del 2 de noviembre de 2011, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en el expediente N° 1380-09, caso: Motorvenca)

²⁸ Vid. Gaceta Oficial N° 6.150 del 18 de noviembre de 2014, donde fue publicada el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, el cual derogó la Ley de Ilícitos Cambiarios de febrero de 2014.

actualidad contamos con tres tipos de cambio simultáneos,²⁹ a saber: i. Bs. 6,30 x dólar sólo para importación de alimentos, medicinas y materias primas de ese sector (dólar CENCOEX anteriormente denominado CADIVI),³⁰ ii. Entre Bs. 12,00 y Bs. 52,00 x dólar, otorgado mediante subasta (tasa unificada SICAD),³¹ sin contar con mayor certeza en cuanto a los criterios de adjudicación; y iii. El denominado sistema SIMADI,³² que fluctuará a una tasa libre que fijará el propio mercado, ya que permite la participación del sector público y el sector privado en la oferta y demanda de divisas, todo controlado por el Banco Central de Venezuela, y que en los momentos se ha cotizado hasta en Bs. 174,00 x dólar. Lo cierto es que, aun cuando el Ejecutivo Nacional ha manifestado públicamente que la tasa SIMADI no se puede utilizar como referencia de valor de cambio en el país, si a la persona se le otorgan divisas por este último sistema, éste y no otro, será su marco de referencia a los fines de determinar sus costos para luego fijar los precios de sus productos. Y adicionalmente, el artículo 24 del Convenio Cambiario N° 33, expresamente señala que: *“el Banco Central de Venezuela publicará en su página web, el tipo de cambio de referencia correspondiente al tipo de cambio promedio ponderado de las operaciones transadas durante cada día en los mercados”*, a los fines de tener el tipo de cambio de referencia general en el país.

Lo que nos interesa de toda la información suministrada en el presente análisis, es que el propio RLCP reconoce de manera expresa que se pueden variar los precios de las partidas en los contratos públicos cuando se verifique una alteración de la tasa de cambio por regulación estatal, entendiéndose en consecuencia, que si el nuevo esquema cambiario general, no preferencial, determina su tasa o tipo de cambio en función de las operaciones de compra y venta de divisas que se celebren a diario, la fluctuación de precios pudiera ser constante, y provocaría revisión de los precios de los contratos públicos de forma seguida, siempre y cuando se haya determinado el empleo de componentes importados en la ejecución contractual y que estos han sufrido alteración de sus valores (hacia arriba o a la baja) en función de la variación del tipo de cambio.

Distinto sería el supuesto en que los precios de la contratación se hayan fijado en divisas o moneda extranjera, por cuanto en este caso no se generaría la necesaria alteración de valor por modificación del tipo de cambio, ya que el contratante estaría en la obligación de entregar su contraprestación como fue pactada, esto es, en divisa o moneda extranjera, o podría liberarse de la obligación pagando en bolívares, a la tasa de cambio para la fecha del efectivo pago.³³

²⁹ El vigente esquema cambiario se encuentra soportado en el Convenio Cambiario N° 33, publicado en la G.O. N° 6.171 del 10/02/2015.

³⁰ CADIVI, son las siglas que identifican a la Comisión de Administración de Divisas, sustituida por el Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX).

³¹ SICAD significa: sistema complementario de administración de divisas.

³² SIMADI significa: sistema marginal de divisas; y con este sistema se pretende minimizar la operatividad del mercado negro o mercado paralelo de divisas en el país.

³³ En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en reciente sentencia N° 01657, del 09/12/2014, en el caso: República Bolivariana de Venezuela contra Saab Bofors Dynamics Aktiebolag. *“...es decir, cinco millones quinientos ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5.580.000,00), todo lo cual arroja un total de veinticuatro millones ciento ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 24.180.000,00), que calculados al “tipo de cambio promedio ponderado del Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (SICAD II)” vigente (Bs. 49,9895 x US\$ 1,00), equivale a la cantidad de mil doscientos ocho millones*

C. Forma de realizar los ajustes de precios

Como se mencionara ut supra, el mecanismo que se aplicará para proceder a calcular las variaciones de precios que afecten el valor de los bienes y servicios suministrados u obra contratada, ocurridas con posterioridad a la presentación de las ofertas, es aquel que se determina en el contrato, aplicable por su naturaleza y fines, entre la utilización de fórmulas escalatorias y el sistema de comprobación directa. Adicionalmente se interpreta de la norma que para reconocer y pagar el ajuste de precios, debe ser debidamente aprobado por el contratante.

De lo anterior se deduce que el contratante en esta materia posee una potestad reglada, no discrecional, esto es, verificado el incremento de precio por efecto de la inflación o la modificación del diferencial cambiario, por ejemplo, el contratante debe obligatoriamente reconocer, aprobar y pagar el nuevo precio al que se llegue, luego de aplicar el método señalado en el contrato; de lo contrario, en sede jurisdiccional, el tribunal competente podría en ausencia de tal aprobación condenar a la Administración a cancelar las referidas variaciones de precios.³⁴

La dificultad se presentaría en el caso de que en el contrato no se prevea nada al respecto. En cuyo caso, consideramos que se debe aplicar inicialmente el contenido del artículo 142 del RLCP, que aporta una solución para el caso cuando el contrato no prevea la utilización del mecanismo de ajuste de precios mediante la aplicación de fórmulas escalatorias, para obtener el pago de los aumentos en los precios establecidos en el contrato original. Según la cual, el Contratista debe presentar al contratante una solicitud razonada por escrito, con sus debidos soportes o elementos probatorios de todos los hechos y circunstancias que invoque, dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que haya sucedido el evento que motivó la variación.

Tal solicitud generará la sustanciación de un procedimiento administrativo, dentro del cual el contratante podrá exigir al contratista la presentación de pruebas adicionales que estime convenientes, y decidirá la procedencia o no de la solicitud, en un lapso no mayor de 15 días hábiles, con base en las pruebas que éste presente y las que el contratante hubiera obtenido.

Cabe destacar que en el caso de contratos, cuya adjudicación hubiere sido recomendada por una comisión de contrataciones, y si las variaciones de precios superan el diez por ciento (10 %) del monto original del contrato, esa comisión de contrataciones debe emitir una opinión -no vinculante- sobre la procedencia del ajuste de precios, antes de ser considerado por el contratante.³⁵ Además de contar con la

setecientos cuarenta y seis mil ciento diez bolívares (Bs. 1.208.746.110,00).” Igualmente, con anterioridad la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia dictada el 28/07/14, en el exp: N° AA20-C-2013-000738, caso: Evelyn Sampedro De Lozada, contra Multinacional De Seguros, C.A., expresó: “...o su equivalente en moneda nacional, conforme a lo previsto en el artículo 117 de la Ley del Banco Central de Venezuela, el cual deberá calcularse con base en el “Tipo de Cambio Promedio Ponderado del Sistema Cambiario Alternativo de Divisas (SICAD II)”, emanado del Banco Central de Venezuela, según lo reglado en los Convenios Cambiarios números 27 y 28, publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.368 y 40.387, en fechas 10 de marzo y 4 de abril de 2014, respectivamente...”

³⁴ LINARES BENZO, G., “El equilibrio financiero...” op. cit., p. 371

³⁵ Vid. Numerales 13 y 14 del artículo 15 del DLCP y el artículo 147 del RLCP

disponibilidad presupuestaria suficiente para cumplir con el compromiso de pago que se pretende asumir, a propósito de la variación exigida del precio.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En la contratación pública se mantiene el principio de la intangibilidad del precio, entendiéndose por tal, que en los contratos adjudicados por la aplicación de las modalidades que ella regula, deben mantenerse lo contemplado en el pliego de condiciones de la contratación y en la oferta beneficiaria de la adjudicación; interpretado conforme al principio de mantenimiento de la ecuación económica y financiera de la contratación, sería obligatorio ajustar los valores o el precio, si se produce alguno de los eventos de alteración antes comentados, mucho más, cuando se trata de contratos que no se ejecutan de manera inmediata y que suponen una ejecución extendida. En consecuencia, estas nuevas normas determinan, sin lugar a dudas, que todas las variaciones de precios que afecten el valor de los bienes y servicios suministrados u obra contratada, debidamente aprobadas por el contratante, se reconocerán y pagarán al contratista de acuerdo a los mecanismos establecidos en los contratos, aplicables según su naturaleza y fines.

Por último, la técnica de revisión de precios, que se fundaba en sus comienzos en la teoría de la imprevisión, ha adquirido perfil propio, y se distingue de aquella porque, tanto en el contrato como en las normas, se prevén esquemas de ajuste de precios, en virtud de ello no requiere de la ocurrencia de un acontecimiento imprevisible y extraordinario para su verificación, y el contratista tendrá derecho a una compensación o ajuste total en función de la pérdida experimentada, mientras que en la teoría de la imprevisión sólo tendrá derecho a una ayuda estatal o resarcimiento parcial, justificada en la idea de asegurar la ejecución del contrato. No obstante lo anterior, cuando la técnica de revisión de precios no ofrece respuestas a una alteración sustancial imprevista de las condiciones originales, se deberá recurrir a la teoría de la imprevisión.