



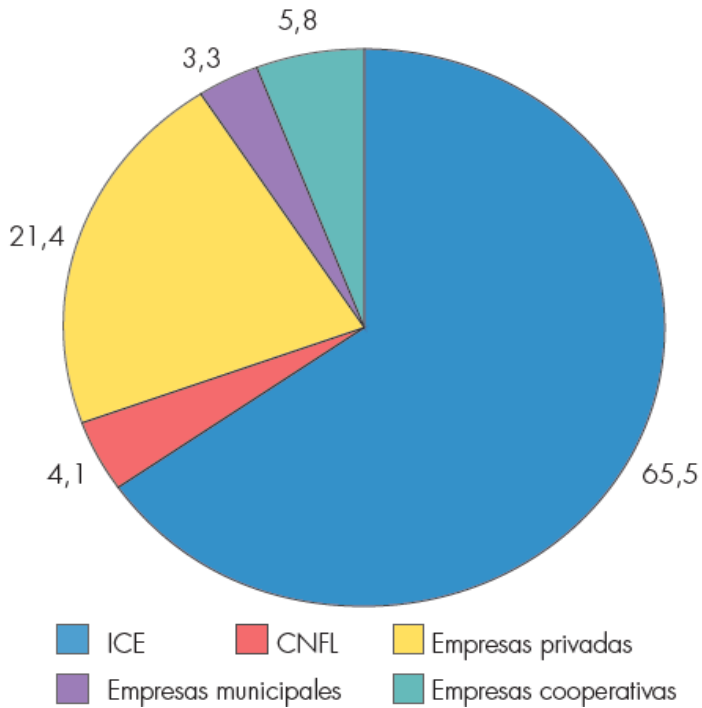
El equilibrio económico-financiero en los contratos de compra de energía bajo la modalidad de BOT en Costa Rica

Mercado Eléctrico

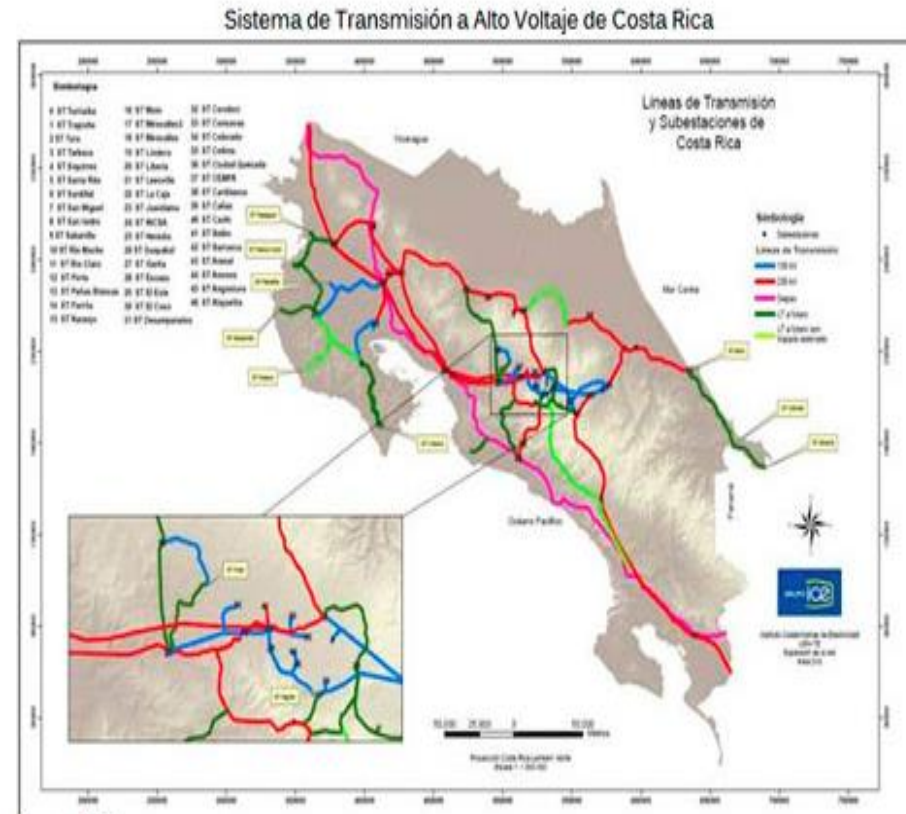


Costa Rica

Generación



Transmisión



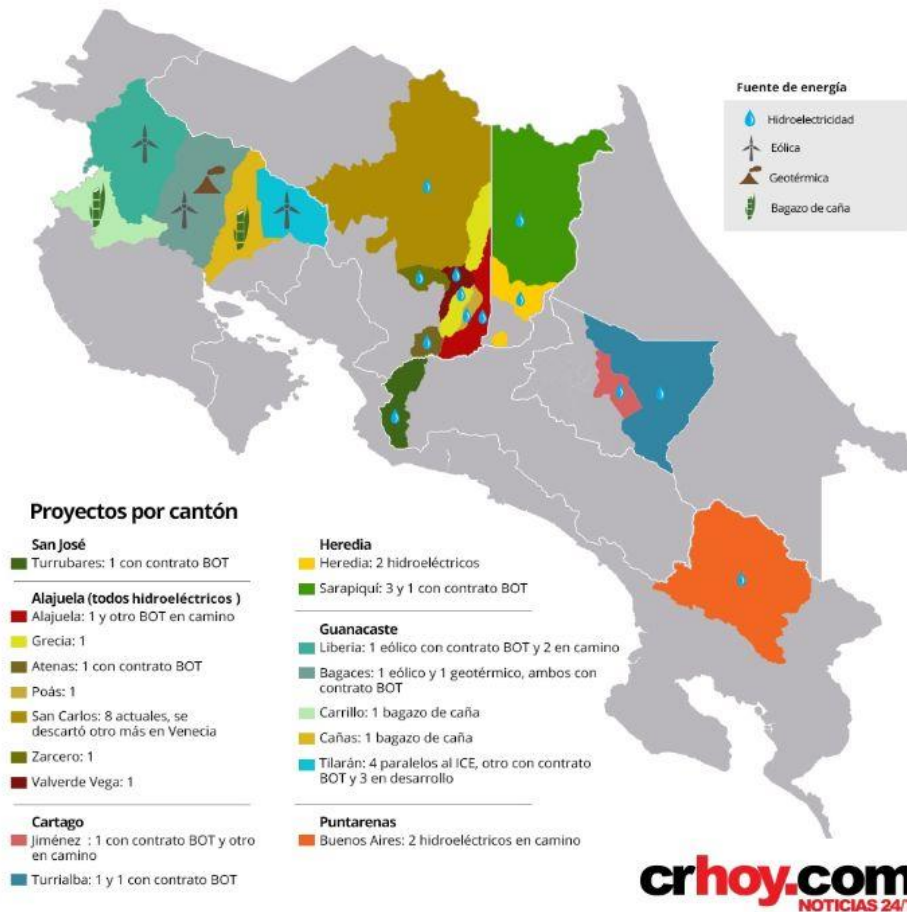
Fuente: ICE

Distribución

Sistema distribución eléctrica



Proyectos de generación privada en Costa Rica



¿Cómo funciona?

- *Leyes 7200 y 7508: autorizan al ICE para comprar energía eléctrica proveniente de plantas de propiedad privada.*
- *Las empresas vendedoras son escogidas mediante licitación pública con competencia de precios de venta y evaluación de capacidad técnica, económica y financiera.*
- *En la tarifa de compra se contemplan los rubros de construcción y explotación de la obra.*
- *La energía debe ser de origen hidráulico, geotérmico, eólico y de cualquier fuente NO convencional en bloques NO mayores a 50,000 KW de potencia máxima.*

La compra debe darse bajo la modalidad BOT que cubre:

- *Financiamiento, diseño, construcción, suministros, fabricación, transporte, instalación de equipos y materiales, pruebas, puesta en marcha, operación mantenimiento de las plantas hidroeléctricas.*
- *Los contratos tienen una vigencia de 20 años luego de los cuales, los activos de la planta son traspasados a la institución libre de costos y gravámenes.*

“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 contratista tiene el derecho y la Administración el deber de restablecer el beneficio (utilidad) o en último caso, de atenuar los efectos perjudiciales para el vínculo, siendo esto lo que se conoce como el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato. (Sentencia N°6432-98 Sala Constitucional)

- *Jurisprudencia constitucional reconoce al derecho a la intangibilidad económica y al equilibrio económico financiero en la contratación administrativa como derechos fundamentales, de ahí que sean irrenunciables. (Sentencia N° 6432-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).*

“la Administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al 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”. (Sentencia N°998-98 Sala Constitucional)

Sent. 19-2017 Trib. Cont. Adm.

- *Ente público no contrata construcción de planta sino adquisición de bloques de energía a un precio determinado.*
- *Contratista debe contemplar rubro de imprevistos que puedan afectar equilibrio económico financiero del contrato.*
- *Contratista debe demostrar razón por la cual optó no emplear rubro de imprevistos para cubrir evento imprevisible que alega.*
- *Asunción de riesgo es connatural a contrato BOT.*
- *Asume construcción y operación.*
- *No es procedente reconocer equilibrio vía mecanismos tradicionales.*

Sent. 67-2017 Trib. Cont. Adm.

- *Nota particular de los BOT's: contratista se hace responsable de la obra con lo que frena posibilidad de realizar ulteriores reclamos.*
- *Contratista asume deber de ajustarse a lo ofertado.*
 - *Es su responsabilidad única y exclusiva todo lo relacionado con la construcción de la planta que requiere para vender energía.*
 - *Diseños, financiamiento y riegos en la construcción son todos del contratista.*

PH CHUCÁS VRS. ICE

- *Objeto del contrato no es solo compra de energía.*
- *No es posible desligar y excluir del BOT el aspecto constructivo del proyecto.*
- *Se paga precio no solo por unidad de energía sino por la totalidad de lo pactado, en cuenta la planta, que debe entregarse libre de costo pero debidamente amortizada al término del contrato.*
- *Alteraciones imprevistas y no imputables a ninguna de las partes pero que desequilibran el contrato exigen restitución de la ecuación.*

PH DANIEL GUTIÉRREZ VRS. CNFL

- *En todo proyecto, sea cual sea, el oferente asume un riesgo, el cual debe ser razonable no solo por mantener su competitividad, sino por la relación ética con el dueño, y que existen salvedades en cuanto a aprovechamientos indeseables de estas normas.*
- *Para determinar si a este contratista que contrató las obras por un precio fijo, se le debe reconocer costos adicionales por mayores trabajos ejecutados debido a riesgos no estimados, se debe primero analizar, hasta dónde él estimó esos riesgos y por equidad determinar el reconocimiento de los costos adicionales.*

- *Criterio jurisprudencial del contencioso administrativo y el de los tribunales arbitrales es diametralmente opuesto.*
 - **Para el contencioso administrativo:**
 - *El objeto del BOT es solamente compra de energía, por lo cual, únicamente los costos imprevistos que afecten ese “servicio” pueden ser objeto de reequilibrio.*
 - *Todo el riesgo de construcción es del generador privado.*
 - **Para los tribunales arbitrales:**
 - *El objeto del BOT es todo: construcción, operación, mantenimiento y compra de energía.*
 - *Por tanto, cabe reequilibrio del contrato en cualquiera de esas fases, con tal de que el hecho que afecte sus costos sea imprevisible y no imputable al contratista.*
- **Nuestra posición:**
 - *Existe un sesgo del contencioso administrativo a favor de la Administración. Deferencia absoluta.*
 - *No existe razón válida alguna para eliminar de raíz la posibilidad de pedir reequilibrio por sobrecostos en fase de construcción en contratos BOT.*
 - *El criterio jurisprudencial es violatorio de derechos fundamentales.*

- *En definitiva, esta diferencia de criterios respecto de un solo tema reflejan que:*

“El juez contencioso está siempre mucho más cerca del Estado, y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable.”

(ORTIZ ORTIZ, Eduardo. Expropiación y Responsabilidad Pública. San José: Litografía e imprenta LIL, 1996, pág. 114.)

Gracias

