



DERECHO

ULACIT

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA
COSTA RICA

Facultad de Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

**El mantenimiento del equilibrio económico del contrato; la
necesidad de formas alternativas modernas en la contratación
administrativa**

Artículo Científico para optar por el grado de
Licenciatura en Derecho

Elaborado por:
George Humphries Stevens

Tutor:
Máster Eduardo Mora

Diciembre, 2009

Índice

Resumen ejecutivo.....	3
Abstract.....	3
Palabras claves.....	4
Key words.....	4
1. Introducción.....	4
2. Marco teórico y normativo.....	5
2.1. El porqué de la contratación administrativa.....	5
El interés público.....	5
El interés del contratista.....	6
El interés en contratar.....	6
2.2. La naturaleza del contrato administrativo.....	6
La naturaleza del contrato.....	6
Del contrato privado al contrato administrativo.....	7
Características del contrato administrativo.....	8
Desequilibrio económico del contrato.....	9
Imprevisión.....	10
Revisión de precios.....	10
Indexación contra mayores costos.....	11
Concepto de daños y de reparación.....	11
Jurisprudencia costarricense – de daños a derechos.....	11
2.3. Observaciones.....	12
3. El problema en la práctica.....	13
3.1. El mantenimiento del equilibrio del contrato en Costa Rica...	13
Observaciones.....	17
4. Alternativas de revisión de precios en el derecho comparado.....	17
4.1. Introducción.....	17
4.2. Un ejemplo de Chile.....	18
Presentación y análisis.....	18
Observaciones.....	22
4.3. Unos ejemplos de los Estados Unidos.....	23
Presentación.....	23
El contrato reembolsable de costos más honorarios fijos...	23
Los contratos reembolsables de incentivos.....	24
Incentivos de costos.....	24
Incentivos de desempeño.....	24
Incentivos de entrega.....	25
La estructuración de contratos con incentivos múltiples.....	25
Contratos de costos más un honorario de incentivo.....	25
Contratos de costo más un honorario de premio.....	26
Criterios de evaluación para incentivos de honorario de premio.....	26
Análisis.....	27
5. Conclusiones.....	28
Referencias bibliográficas.....	30
Anexo: Propuesto proyecto de ley.....	34

El mantenimiento del equilibrio económico del contrato; la necesidad de formas alternativas modernas en la contratación administrativa

George Humphries Stevens¹

Resumen ejecutivo

La contratación administrativa existe para servir al interés público. El contrato administrativo es el nexo que permite a la administración pública y al contratista privado trabajar conjuntamente para tal fin.

En el siglo XX el contrato administrativo alcanzó más flexibilidad en la forma privada, evitando la resolución del contrato cuando se encuentra con desafíos económicos o cambios por intervención del Estado, y permite el equilibrio financiero del contrato para el trato justo del contratista.

Sin embargo, existen nuevas formas de contratación administrativa en el derecho comparado, específicamente el contrato de reembolso conocido como *cost plus*, más formas de contratar que incluyen incentivos, no solo sanciones.

Esta investigación explora el desarrollo de conceptos de contratos administrativos en el pasado siglo, presenta ejemplos de conceptos nuevos, y obtiene conclusiones.

Abstract

The administrative contract exists to serve the public interest. The administrative contract is the nexus which permits public administration and private contractors to work together towards that end.

The administrative contract became more flexible in the XX century than its private counterpart, avoiding contract failure due to economic challenges or changes required by the government, and

¹ Bachiller en Historia, Maestro en Ciencias Gerenciales, candidato para Licenciatura en Derecho, ULACIT. Correo electrónico mih6@hotmail.com.

permitting the financial adjustment of the contract in order to justly compensate the contractor.

However, there are new forms of administrative contracts in comparative law, specifically the cost plus contract, and the inclusion of not only sanctions but incentives.

This investigation explores the development of administrative contract concepts in the last century, presents examples of new concepts, and draws conclusions.

Palabras claves

Contratación administrativa, reembolso, *cost plus*, incentivos, ecuación, equilibrio.

Key words

Administrative contracts, cost plus, incentives, financial equilibrium.

1. Introducción

La contratación administrativa existe para una sola razón – servir al interés público. Los órganos contratantes del Estado persiguen este fin, pero el contratista busca el beneficio del lucro. El contrato administrativo es el nexo que une las dos partes – la parte pública y la parte privada – para que logren trabajar conjuntamente y alcanzar sus diferentes objetivos.

Antes del siglo pasado el contrato fue rígido, “ley entre las partes,” respaldado por las cortes y frecuentemente con solo dos resultados – ejecución de acuerdo con los términos pactados originalmente o resolución del contrato, cuando hubo un obstáculo invencible. Pero desde la Primera Guerra Mundial la figura del contrato administrativo ha tenido algunos cambios.

Primero, ha logrado un entendimiento de la necesidad del contratista en mantener una justa recompensa.

Segundo, se reconoce que la resolución del contrato administrativo, en vez de su exitosa ejecución está en contra del interés público.

Tercero, que la administración pública tiene poderes especiales para cambiar el contrato durante su etapa de ejecución, y entonces deben existir métodos de que ajusten y equilibren el contrato para no perjudicar la misión ni al contratista.

Todas estas influencias son conocidas en la rama de Derecho Administrativo y han sido incorporadas, poco a poco, por medio de jurisprudencia, derecho comparado, y revisión de leyes.

Sin embargo, ya en el siglo XXI se encuentran nuevas figuras de la contratación administrativa que no son todavía conocidas y no son incorporadas a nuestras leyes. De uso en otros países, estas instituciones ofrecen alternativas ventajosas a la manera de contratar y mantener la ecuación de contratos que han desarrollado en los últimos cien años.

Es el propósito, entonces, presentar dos métodos poco conocidos en Costa Rica de contratación administrativa que si se aplican juntos, pueden servir mejor al objetivo final de la contratación administrativa, que es el interés público.

2. Marco teórico y normativo

2.1. El porqué de la contratación administrativa

El interés público

“Cabe también considerar, que los sujetos gubernamentales sólo pueden orientarse válidamente para la búsqueda del interés público primero.” (Bandeira de Mello, 1998). La contratación administrativa, como todas las actuaciones del Estado, tienen que acatarse al principio de la legalidad. Pero más allá de que la ley positiva delimita es el ánimo y *raison d'être* de la administración que es el interés público.

El italiano Renato Alessi (1960) nos advierte que hay dos niveles del interés público. “El interés colectivo, primario o simplemente interés público es el que abarca los intereses colectivos prevalecientes en la sociedad, al paso que el interés secundario está compuesto por los intereses que la Administración puede tener como cualquier sujeto

de derecho, intereses subjetivos, patrimoniales en sentido lato, en la medida en que integran el patrimonio del sujeto.”

Escola (1989) también sugiere que “la noción de servicio público” es la base de todo derecho administrativo. Para la satisfacción del interés público, la administración realiza actos unilaterales – actos públicos; y actos bilaterales – contratos administrativos (Chavarría, 1995).

El interés del contratista

La parte cocontratante – el contratista – no está animado primariamente por el interés público ni por la noción de servicio, pero sí por objetivo de lucro (Bandeira de Mello, 1998), que es reconocido como un interés legítimo, y que es ciertamente un interés práctico.

El interés en contratar

Diferentes órganos del Estado tienen diferentes dimensiones de planillas y ámbitos de responsabilidad y acción. Si una organización de la Administración Pública busca satisfacer sus necesidades por medio de actos bilaterales de contratación, es porque no es conveniente hacerlo por su propia cuenta usando recursos internos (Bandeira de Mello, 1998).

2.2. La naturaleza del contrato administrativo

La naturaleza del contrato

El artículo 1023 de nuestro Código Civil dice textualmente, “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.” Mosset Iturraspe (1994) expande esta idea por “considerar a la iniciativa privada como el pivote fundamental” de la sociedad moderna y el “contrato como el instrumento jurídico que articula las relaciones intersubjetivas.

La importancia de las voluntades autónomas” y “la expresión libre espontánea e independiente”, tiene por resultado en un acuerdo “que las partes han querido y lo que han querido es justo.” El efecto es “una fuerza imperativa semejante a la de la ley misma, y, por ende, no puede estar sujeto a la revisión judicial.” “Los jueces... deben

limitarse a asegurar la vigencia de las normas jurídicas que consagran el respeto a la palabra empeñada y la fuerza obligatoria de los contratos.”

Este es el concepto tradicional de la esencia del contrato, un acuerdo de voluntades libremente expresadas entre partes iguales, respaldado por el sistema judicial, pero sin su intervención en los convenios pactados. Este último es paralelo al concepto y tradición positivista; si el juez no puede interpretar la ley producida por legisladores, tampoco puede interpretar la “ley” producida por partes del contrato.

De este concepto del derecho privado ha llegado una interpretación inflexible de *pacta sunt servanda* que ha protegido la integridad del contrato, hasta la generación de teorías que sugieren que no puede existir contratos administrativos por la desigualdad de las partes (Vásquez, 1992).

Del contrato privado al contrato administrativo

La posición rígida de precios y condiciones invariables de *pacta sunt servanda* en contratos privados se ajustan a la realidad con cláusula de *rebus sic stantibus* en la contratación administrativa (Chavarría, 1995). El cambio llegó por medio de un fallo francés en 1916, con el caso de “Compagnie du Gaz de Bordeaux,” con la imposibilidad de suministrar el producto en el precio pactado por las fluctuaciones en la materia prima por las condiciones de la Primera Guerra Mundial (Vásquez, 1992).

Esta jurisprudencia de derecho comparado ha permitido una paulatina liberalización y un cambio conceptual radical en la contratación administrativa en frente del contrato privado. Porque los contratos administrativos sirven al interés público, estos cambios no significan una crisis de la “soberanía” del contrato, solamente una adaptación a nuevas condiciones y realidades (Escola, 1989).

En la teoría clásica del contrato, “inmutabilidad” connota *pacta sunt servanda* y la imposibilidad de cambiar términos pactados sin acuerdo mutuo entre partes. En el desenvolvimiento del contrato administrativo la palabra ha llegado a ser entendida como el derecho del contratista de recibir la remuneración pactada (Bandeira de Mello, 1998). Por el desarrollo de la ecuación financiera del contrato administrativo, esta compensación es normalmente proporcional y no

nominalista. Por esto, el contrato administrativo es dinámico mientras el privado es estático (Muñoz, 1997). Los contratos administrativos deben guardar contraprestaciones recíprocas en una relación de correspondencia ajustada (Chavarría, 1995).

Saliendo del precio firme de contratos tradicionales, ahora reconocen la "intangibilidad" de contraprestaciones (Vásquez, 1992). Del artículo 182 de la Constitución Política derivan todos los parámetros de la contratación administrativa, "de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo." La ley y la jurisprudencia han llegado a reconocer correcta la ecuación financiera para proteger la ganancia del contratista y para mantener vigente la ejecución del contrato. Artículo 2 g) del Reglamento de Contratación Administrativa vigente (RCA) especifica, "Intangibilidad patrimonial." Las partes están obligadas a mantener el equilibrio financiero del contrato."

Este equilibrio financiero se manifiesta a través de la revisión de precios, para evitar que el contratista soporte daños por cambios de precios (Cervantes, 1987). Pero esta institución sirve a la administración a la vez. La revisión de precios facilita el cumplimiento, porque la ausencia implica la necesaria extinción de la obligación; "la cláusula de revisión de precios tiene una función estabilizadora" (Cervantes, 1987). Mantenimiento de ecuación económica y financiera en los contratos administrativos evita la resolución de contratos para continuar su ejecución en pos del interés público (Vásquez, 1992).

Características del contrato administrativo

La base del contrato administrativo es de buena fe. Porque la administración es la parte más fuerte, no se puede desfavorecen al contratista (Bandeira de Mello, 1998). Artículo 2 f) del RCA detalle, "Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en caso contrario." Las potestades excepcionales de la administración para adecuar la ejecución de los contratos derivan de la regla de la buena fe, y para proteger el resultado económico que persigue el contratista (Sayagués, 2005).

El contrato administrativo reconoce la desigualdad entre partes. Es claro que la administración es más fuerte, pero también tienen prerrogativas otorgadas por ley, como la modificación unilateral del contrato, derecho a interpretación unilateral del contrato, derecho de rescisión unilateral de contrato, y autoridad de sancionar. "La

administración tiene cierto poder de dirección y de contralor sobre la ejecución del contrato," especialmente en concesiones de servicio público y contratos de obra pública; se supone modificaciones unilaterales (Sayagués, 2005).

La parte administrativa, entonces, está en una situación de superioridad de intereses que prevalecen sobre intereses particulares sin justificar actuaciones arbitrarias (Chavarría, 1995). En esencia, la doctrina *contractus lex inter partes* de los contratos tradicionales del derecho privado es superada en la manifestación corriente del contrato administrativo (Muñoz, 1997). Sin embargo, "pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta" (Sala Constitucional, Voto 105-96).

Por la naturaleza de la parte administrativa al contrato, la concepción de la participación del contratista es un acto de colaboración voluntaria con la administración destinada a satisfacer fines públicos (Obando, 2008). Entonces para el contratista rige el principio de la autonomía de la voluntad, pero para la administración el principio de la legalidad, (Chavarría, 1995) una situación dualista de principios complementarios para la satisfacción de necesidades que crucen a la frontera entre lo privado y lo público.

Mientras que el principio de inmutabilidad rige el contrato privado, el principio de mutabilidad aplica al contrato administrativo (Escola, 1989). Para mejor servir al interés público, la administración tiene la autoridad de modificar unilateralmente el contrato, y también interpretarlo, ambos actos con mayor posibilidad de distorsionar lo pactado con potenciales desafíos económicos para el contratista.

La modificación unilateral está bien conocida como el "hecho del príncipe." Otra fuente de mutación del contrato es la improvisación – la necesidad de instituir cambios contractuales para reaccionar a diferentes situaciones que impactan como fluctuaciones en el mercado laboral o en precios de materias primas (Chavarría, 1995).

Desequilibrio económico del contrato

Puede decirse que hay tres fuentes del desequilibrio económico del contrato: a) imputable directamente a la administración, b) imputable indirectamente a la administración, c) o no imputable a la administración (Muñoz, 1997). La administración es directamente

imputable, cuando la economía propia del contrato está afectada con mayores costos por alteraciones a las cláusulas originalmente pactadas, como por hecho del príncipe. También la administración es directamente culpable por falta de cumplimiento de lo pactado, como no hacer expropiaciones de propiedades en adelante de una extensión del tramo de una carretera. La administración es indirectamente imputable cuando condiciones internas al Estado, como políticas inflacionarias o aduaneras afectan el contrato.

Factores externos al funcionamiento del Estado no son, obviamente, imputables a la administración (Vásquez, 1992). Pero por razón de hecho del príncipe o improvisación, las acciones para mantener el equilibrio financiero son justificadas.

Imprevisión

En el contrato privado el remedio para un desequilibrio es solicitar la resolución de éste y esperar el fallo del Juez (Vásquez, 1992). "De acuerdo con los principios clásicos del Derecho Civil, los contratantes sólo quedan eximidos de sus obligaciones en caso de fuerza mayor o caso fortuito" (Sayagués, 2005). La teoría de la improvisación extiende esta cobertura en seguimiento del interés público. La improvisación es ayuda pecuniaria de la administración por circunstancias extraordinarias o anormales, pero temporales o transitorias, con posterioridad a la celebración del contrato "para paliar los riesgos no precalculados en el contrato." Este desequilibrio del contrato debe resultar de imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad (Cervantes, 1987).

Revisión de precios

El mecanismo de revisión de precios procede inevitablemente de la teoría de la improvisación. "La doctrina de riesgo imprevisible trata de disminuir los riesgos económicos precalculados en el contrato, mientras la revisión de precios trata de prever el riesgo." En esto, la cláusula *rebus sic stantibus* introduce una posibilidad de revisión de precios limitada en razón de la previsibilidad (Cervantes, 1987). Sin embargo, en línea con la doctrina de buena fe y colaboración entre partes, el resultado de la revisión de precios tiene que ser una compensación justa y proporcional para ambas partes, sin enriquecimiento o aprovechamiento (Vásquez, 1992).

Indexación contra mayores costos

En relación con improvisación y revisión de precios es importante separar las causas del desequilibrio contractual por mayores costos de bienes y servicios imprevistos, o por alteraciones en el poder adquisitivo de la moneda. La indexación es "un mecanismo que tiene por fin traer a valor presente una obligación dineraria, ergo, se trata de un dispositivo de ajuste económico, cuyo propósito es actualizar el valor de la obligación, al momento concreto en que sea exigida." (Sala Primera de Justicia, Resolución 001019-F-2006).

Concepto de daños y de reparación

Porque el contrato administrativo todavía se desarrolla y se pacta en un acuerdo de precios fijos, la indexación y revisión de precios que desprenden de las teorías de inmutabilidad de la compensación del contratista y de la improvisación son necesariamente definidos en relación con la responsabilidad y reparación de daños. Responsabilidad implica obligación de reparar (Vásquez, 1992). Los cambios, sean imputables a la administración o no, pueden resultar en el desequilibrio del contrato que lesiona al resultado económico esperado del contratista.

La figura de la lesión se integra con tres elementos; desproporción, situación de inferioridad de la víctima, y explotación por parte del beneficiario. El contratista puede invocar la lesión frente al Estado, solicitando reparación. (La administración también puede estar en posición de inferioridad y ser víctima de un acto lesivo, como abuso de derecho, imprevisión y fraude.) (Mosset, 1994). La compensación de reparación es total e incluye *damnum emergens* tanto como *lucrum cessans* (Muñoz, 1997).

Pero la obligación de reparar desprende de la responsabilidad, entonces las lesiones tienen que ser indemnizables (Vásquez, 1992). No hay responsabilidad contractual o extracontractual de la administración porque no hay imputación o culpa de un órgano del Estado, solo indemnización, para ayudar al contratista a seguir en pos de cumplir (Muñoz, 1997).

Jurisprudencia costarricense – de daños a derechos

A pesar del cuerpo doctrinal sobre responsabilidad y reparación de daños en los contratos administrativos, la Sala Constitucional ha llegado a considerar la compensación un derecho del contratista y no una indemnización, en afirmar, "*...que el reconocimiento de las variaciones del precio no es una potestad del Estado sino una obligación, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público...*" (Voto 7261-94). Además, el derecho de reajuste de precios es del momento de la presentación de la oferta (Voto 785-90).

La Sala Constitucional, al aproximar los temas de buena fe, colaboración entre partes, y distribución de riesgos, indicó,

...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 reestablecer 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. (Voto 6432-98)

Para cimentar más el derecho de la parte y la obligación de la otra, la Controlaría General de la República (CGR) indicó, "*No sería posible que un porcentaje por pequeño que sea no sea reconocido pues es como un enriquecimiento ilícito por parte de la administración, además de que cualquier diferencia que incremente los costos debe ser reconocida como un ajuste en la ecuación financiera de cualquier contrato administrativo*" (CGR, Oficio 5941).

Aunque la ecuación financiera de contratos ha sido limitada a ciertas categorías de contratos, la Sala generalizó su aplicación con Voto 998-98, que expande la cobertura de intangibilidad patrimonial y reajuste de precios a cualquier tipo de contrato.

2.3. Observaciones

El desarrollo del contrato administrativo desde el caso francés en 1916 hasta hoy ha cambiado la relación antagónica entre partes. La mutabilidad del contrato por la administración y la inmutabilidad del resultado económico esperado del contratista han causado una

necesidad de colaboración y apoyo mutuo en la ejecución de los contratos. Sin embargo, esta relación cómoda es una brecha al principio de riesgo y ventura del contratista (Cervantes, 1987).

“La revisión de precios se ha convertido en el instrumento idóneo para garantizar la equidad y la justicia en las relaciones contractuales del Estado. Pero los aplicadores del derecho llegan a cometer diariamente infinidad de equivocaciones.” (Chavarría, 1995).

3. El problema en la práctica

3.1. El mantenimiento del equilibrio del contrato en Costa Rica

En Costa Rica la práctica de la ecuación del contrato desprende de la Ley 7494 de Contratación Administrativa de 24 de abril 1995 (LCA). Lo importante se encuentra en el artículo 18:

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.

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.

Texto modificado por resolución de la Sala Constitucional N^o 6432-98 de las 10:30 horas del 4 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.² *Así reformado este último párrafo por el artículo 1, inciso d), de la Ley N° 7612 del 22 de julio de 1996.*

El RCA aumenta con más detalle el reajuste de precios:

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.³

Cabe mencionar un ejemplo específico establecido: el Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento 33114 ilumina los procedimientos costarricenses. Después de repetir unos principios de la LCA y el RCA, en su artículo 4 inciso 4) se establece:

“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

² Este artículo contiene dos terminologías para hacer el equilibrio; reajuste y revisión. De acuerdo con el Ing. Carlos Gutiérrez de la CGR, esta viene de dos diferentes fuentes durante la confección de la ley, una fuente española y la otra chilena.

³ De acuerdo con el Ing. Carlos Burgos del MOPT, las formulas anteriormente reglamentadas no reconocieron costos fijos, entonces ahora hay reclamos corrientes de décadas atrás cobrando a la administración pública por medio de la vía contencioso-administrativo.

vigentes. Dicha previsión debe realizarse desde el cartel de la contratación.”

Sigue el artículo:

“En *primer* lugar, las variaciones en los precios de los costos directos e indirectos son los que activan el instrumento de reajuste del precio del contrato.

En *segundo* lugar, el valor de los índices de precios iniciales correspondientes al tipo de obra en la fecha de presentación de las ofertas.

En *tercer* lugar, el reajuste se calculará sobre estimaciones mensuales de avance de la contratación, con base en los programas de trabajo vigentes. Si las actividades sufren atrasos imputables al contratista, en relación con lo dispuesto en el programa de trabajo vigente, el precio de dichas actividades se reajustará con base en los índices de precios que, originalmente, les correspondían de acuerdo con dicho programa (ruta crítica), según lo establecido en el presente reglamento. Por el contrario, si las actividades se adelantan en relación con lo dispuesto en el programa de trabajo vigente, el precio de dichas actividades se reajustará con base en los índices de precios del mes en que efectivamente se realizaron.”

El siguiente artículo detalla dos fórmulas para el reajuste de precios para edificaciones y para obras. El artículo dice, en parte:

Artículo 5º—Estructura del Precio del Contrato. El objetivo del reajuste de precios es mantener el equilibrio económico del contrato en las relaciones contractuales entre la Administración y sus contratistas. De esta forma se pretende mantener el valor real del contrato, evitando que alguna de las partes se vea económicamente perjudicada.

Para efectos de este Reglamento, la Administración Contratante deberá establecer la estructura del Precio del Contrato de una obra pública de construcción y mantenimiento en el cartel, según el tipo de obra. Esta estructura estará compuesta por los costos directos, los costos indirectos, la utilidad y los imprevistos. Los costos directos se dividen en: costos de mano de obra directa y costos de insumos directos en el caso de Edificaciones, o costos de los grupos de insumos y servicios especiales en el caso de obras de ingeniería civil; mientras, los costos indirectos se dividen en: costos de mano de obra indirectos y costos de insumos indirectos. Además, podrá

incluir los costos de insumos y servicios específicos. En otros casos calificados, debidamente demostrados y que no representen un beneficio indebido a ninguna de las partes contratantes, la modificación de la estructura podría efectuarse siempre y cuando sea formalizada mediante addendum refrendado en sede contralora o según corresponda, en la instancia u órgano pertinente encargado de la aprobación del contrato.

A partir de la estructura del Precio del Contrato, se establecerán las ponderaciones de cada uno de sus componentes. De esta forma se tiene. . .

2. Estructura del Precios del Contrato de obras de ingeniería civil:

$$PC = CD_M + \sum_{i=1}^n CEA + CI_M + CI_I + \sum_{i=1}^n CE + U + I = 1$$

En donde,

PC Representa el precio del contrato.

CD_M Representa la ponderación del total de costos de mano de obra directa.

CEA Representa la ponderación de los costos de los grupos de insumos y servicios especiales.

CI_M Representa la ponderación del total de costos de mano de obra indirecta.

CI_I Representa la ponderación del total de costos de insumos indirectos.

CE Representa la ponderación del costo de los insumos y servicios específicos.

U Representa la ponderación de la utilidad.

I Representa la ponderación dispuesta para el rubro de imprevistos.

Empezando con las estipulaciones del cartel y del contrato, la Administración hace el reajuste de precios con referencia a índices publicados mensualmente por el INEC – el Instituto Nacional de Estadística y Censos – para equilibrar las utilidades del contratista, arriba o abajo, de acuerdo con los detalles contenidos en la oferta, variando de la fecha, en cual la oferta fue presentada. Los índices del INEC tampoco son sencillos; la “construcción de precio” para un ítem puede componerse de diez componentes variables por porcentaje para calcular la variación de precio mensual (Burgos, 2009).

Artículo 6 explica cómo el contratista cobra a la administración:

Artículo 6º—Sistema de pago. Las gestiones de cobro por trabajo realizado en cada período se harán por medio de dos facturas, una en la cual se establecerá el cobro de avance de obra (estimación de avance periódica) y en otra se hará el cobro de reajuste de precios mensual. Cuando la solicitud de reajuste incluya los aspectos establecidos en los artículos 20 y 23 del presente Reglamento, la Administración Contratante emitirá facturas separadas por cada rubro de reajuste. Vencido el plazo de pago de cada obligación, según el contrato, procederá el cobro de intereses moratorios desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del plazo establecido en el contrato.

Entonces, el contratista hace dos solicitudes al fin de cada mes; la solicitud para el pago adelantado de gastos justificados para el mes próximo, y la solicitud para pagos con base en facturas del mes por concluir. El reajuste de precios aplica a la diferencia entre el pago previo que se confeccionó con base en una estimación y en los índices de precios publicados por el INEC, todo de acuerdo con las fórmulas de reajuste o revisión contenidas en el contrato, que normalmente son establecidas el cartel y reflejan las fórmulas de los reglamentos (Hernández, 2009).

Es claro que el reajuste y la revisión de precios es un procedimiento neutral; que se varían de acuerdo con fuerzas e influencias externas y los cambios de pago no favorezcan una parte u otra. Trabas en el pago a la contratista por medio de la Administración no resultan en una segunda o subsecuente solicitud de otra revisión o reajuste de las mismas facturas, pero en pagos de intereses moratorios para reparación de daños, de acuerdo con artículo 19, LCA.

Observaciones

Esta larga discusión acerca de los procedimientos para efectuar los reajustes de precios para mantener el equilibrio del contrato administrativo tiene el sencillo propósito de ilustrar la complejidad del sistema actual. Funciona, pero existen formas alternativas de contratación administrativa que pueden brindar beneficios que no son posibles con este método tradicional.

4. Alternativas de revisión de precios en el derecho comparado

4.1. Introducción

Las técnicas y las prácticas de la revisión de precios no son fines en sí mismas, pero son simplemente métodos para alcanzar la justa ecuación del contrato – para evitar su resolución y para garantizar su ejecución en pos del interés público. Hasta el momento la modalidad de revisión de precios para mantener el equilibrio del contrato ha sido el único método de ecuación, entonces una gran cantidad de contabilistas para su realización ha surgido en las oficinas del Estado tanto como en las empresas privadas. Pero ya existe otro método que vale la pena explorar y adaptar a las necesidades costarricenses – el uso de contratos *cost plus*, con costos reembolsables más una utilidad establecida.

Jorge Prieto (2005) dice que en el contrato *cost plus* “el contratista recibe un reembolso para todos los costos directos, más una suma fija o porcentual para cubrir los gastos de administración y obtener sus utilidades. Los propietarios o contratantes mantienen un control estricto sobre el proyecto y se reservan el derecho de tomar las principales decisiones administrativas y técnicas.” Exploramos dos ejemplos de contratación *cost plus*, de Chile y de los EE.UU.

4.2. Un ejemplo de Chile

Presentación y análisis

En el derecho chileno existen contratos de reembolso más utilidades que se llaman “administración delegada.” Un ejemplo se encuentra en el Decreto 236:

Artículo 15.- El contratista administrador delegado se obligará a ejecutar los trabajos que se señalen en el contrato, conforme al procedimiento definido para el concepto en el artículo 2º de este reglamento, estableciéndose que para los gastos de administración y honorarios se fijará una cantidad determinada sobre la base de un porcentaje del presupuesto previsto para el contrato. Dicho presupuesto podrá ser modificado, exclusivamente, por los aumentos o disminuciones y/o modificaciones de obras y por los aumentos que signifiquen los montos de las obras extraordinarias.

Asimismo, el saldo correspondiente del presupuesto previsto para el contrato se reajustará automáticamente a la fecha de cada rendición de cuentas, en la forma establecida en el artículo 116 y siguientes de este reglamento.

Además, podrán estipularse premios si el contratista administrador obtiene economías, o multas si resultan mayores costos en los montos respecto del presupuesto, previsto para el contrato, y por el procedimiento que se establezca en las bases administrativas especiales. (Decreto 236, 2002).

En este artículo de ley se notan unos puntos interesantes. Primero, la base financiera del contrato es un presupuesto previsto, no un precio firme pactado entre partes.

Segundo, sobre esta base, el contratista pacta con la agencia estatal un porcentaje que representa los costos directos de administración y las utilidades puras.

Tercero, el presupuesto puede cambiar por modificaciones de obras (hechos del príncipe) y los montos que derivan de estas obras extraordinarias. Parece que este tipo de contrato puede entonces eliminar la discusión y la aplicación de la teoría de la improvisación, porque la naturaleza del contrato *cost plus* implica ajustes automáticos, sin necesidad entonces de labores contables de revisión de precios para alcanzar la justa ecuación. Como dice el artículo en su segundo párrafo, "el saldo correspondiente del presupuesto previsto para el contrato se reajustará automáticamente a la fecha de cada rendición de cuentas."

Cuarto, el contrato puede incluir premios o multas para economías o excesos de gastos fuera del presupuesto previsto. Este último punto es muy importante, porque en el contrato tradicional de precio fijo las economías encontradas por el contratista pueden resultar en utilidades, y los gastos excesivos pueden causar pérdidas. Pero porque esta restricción no existe en el contrato *cost plus*, es importante que la institución dé otros incentivos para el control de gastos. Se nota que en la LCA costarricense, solamente hay posibilidad de sanciones y no de premios.

También debe haber fiscalización activa por parte del Estado:

Artículo 16.- En los contratos por administración delegada, se reembolsará al contratista administrador los gastos directos efectuados, debidamente comprobados y aprobados por la

I.T.O., en rendiciones de cuenta que incluirán los comprobantes fehacientes. Las facturas, recibos y comprobantes de pago deberán ser extendidos a nombre del Serviú.

No obstante el reembolso al contratista administrador de todos los gastos directos ocasionados por la ejecución de las obras contratadas, entre los cuales se incluirán las remuneraciones e imposiciones previsionales de los trabajadores, sólo el contratista administrador tendrá la calidad de empleador de los trabajadores ocupados en las obras, radicándose en él, para todos los efectos legales, los derechos y obligaciones propias de los empleadores, de acuerdo con las normas laborales.

¿Qué es el I.T.O? En el artículo 2 (Definiciones), encontramos, "Inspección Técnica de la Obra: El o los funcionarios profesionales del área de la construcción que designe el Director del Serviú para supervisar el fiel cumplimiento de un contrato de obra." Entonces, el I.T.O. es la institución de supervisión de la obra. Pero, de acuerdo con el artículo 16, las responsabilidades del I.T.O. superan la mera inspección técnica, e incluyen funciones de manejo de proyecto y contabilidad.

El I.T.O. funciona como un elemento contralor desplegado, y tienen que comprobar y aprobar los informes del contratista para certificar la solicitud del reembolso.

En Costa Rica, la función del I.T.O se hace por el llamado Ingeniero de la Obra, un funcionario público del despacho de la parte de la administración contratante. Esta responsabilidad se realiza por medio de uno o varios ingenieros, más inspectores, que velan por abastecimiento de materiales, realizan inspección técnica de la obra, y contabilidad de facturas (Burgos, 2009). Sin embargo, el segundo párrafo del artículo clarifica que la responsabilidad para la obra y la responsabilidad civil en materia laboral son del contratista, no de la I.T.O., aunque la función de este organismo tiene autoridad supervisora amplia. Esta relación está iluminada en un artículo posterior:

Artículo 57.- En la construcción de las obras regidas por este reglamento, la responsabilidad de su correcta y oportuna ejecución conforme al proyecto aprobado, a las bases especiales y a las normas técnicas vigentes, recae en el contratista seleccionado, quien deberá adoptar las medidas de gestión y control de calidad utilizando la metodología establecida por el

Manual. A la I.T.O. le corresponderá verificar el autocontrol que, de conformidad con la reglamentación vigente, debe cumplir el contratista respecto a las obras que ejecuta, realizando para ello las inspecciones selectivas y cursar los estados de pago conforme a los procedimientos fijados en el Manual.

La I.T.O. estará a cargo de él o los funcionarios profesionales del área de la construcción que designe el Director del Serviu. Uno de los miembros de la I.T.O. cuando sean varios, será designado Director de la Obra. La I.T.O. podrá contar con la asesoría de profesionales competentes, sean personas naturales o jurídicas, contratadas por el Serviu para la prestación de estos servicios.

El contratista estará obligado a prestar toda la colaboración y otorgar el máximo de facilidades que requiera la I.T.O. para desempeñar su labor, debiendo poner a su disposición una oficina independiente de las dimensiones que se indicarán en las bases especiales.

Sin perjuicio de lo anterior, el Serviu podrá establecer sistemas de inspección complementarios, cuyas características deberán establecerse en las bases especiales.

El artículo 57, entonces, pone énfasis en la responsabilidad de autocontrol de la obra por medio del contratista – la administración delegada del Estado – pero también su verificación por medio de la I.T.O., que el contratista está obligado a apoyar en todo sentido. La ley especifica cargos que tiene que asumir el contratista:

Artículo 17.- Salvo estipulación diferente en las bases administrativas especiales, con cargo al porcentaje de gastos de administración y honorarios, el contratista deberá cubrir los siguientes gastos:

- a) Gastos de su oficina central;
- b) Gastos varios de la empresa y gastos del personal que tenga a su cargo la dirección superior de la obra, motivados por los viajes que deban efectuar a ella;
- c) Gastos de estudio de la celebración del contrato;
- d) Sobresueldos, pagos de obras extraordinarias o cualquier otra remuneración adicional a los trabajadores.

No se incluyen entre las remuneraciones que se imputan al porcentaje de gastos administrativos y honorarios, las remuneraciones de carácter excepcional que el Serviu apruebe, las que deberán ser financiadas por él.

Dos artículos adicionales delimitan cómo el contratista recibe su reembolso, y la frecuencia de esto:

Artículo 19.- Los reembolsos de las inversiones hechas por el contratista administrador se harán mediante rendiciones de cuentas, cuyos montos y frecuencia se indicarán en las bases administrativas especiales. En lo que proceda, se aplicará a las rendiciones de cuentas el sistema de formulación y pago de los estados de pago.

Artículo 20.- Los gastos de administración y honorarios se pagarán al contratista administrador, en cuotas, con una frecuencia no inferior a 14 días, proporcionalmente al avance físico de las obras contratadas. Cada una de estas cuotas se reajustará de acuerdo a la variación del valor de la U.F. entre la fecha de determinación del presupuesto previsto para el contrato y la fecha de formulación del respectivo cobro. En todo caso, no se considerarán las variaciones que experimente dicho valor, con posterioridad al vencimiento del plazo contractual, más las ampliaciones de plazo que autoricen la aplicación de reajustes.

Se indica que las rendiciones de cuentas, como informes y solicitudes de reembolso, debidamente certificados por la I.T.O., son el método para el contratista de obtener su pago. Hay que pensar en los gastos globalmente; el contratista va a recibir dinero por gastos en materiales, que incluye los impuestos, la mano de obra, los cargos sociales, el alquiler de maquinaria, el combustible, la asesoría, los subcontratos, viáticos para viajes necesarios, peaje en carreteras, es decir todo.

Con todo incluido en la rendición de cuentas, hay que pasarla a la autoridad contralora por lo menos cada 14 días. La disposición de hacerlo cada dos semanas o menos evita que el contratista tenga que soportar muchos gastos o créditos, y también permite el cobro y el reembolso a corto plazo para evitar la necesidad de muchas operaciones de indexación por fluctuaciones de moneda. Dentro del pago al contratista está el porcentaje pactado para administración y utilidades.

Observaciones

Algo que se encuentra ausente en este tipo de contrato es todo lo referente a la computación e infraestructura necesaria para realizar

reajustes de precios. Aunque el trabajo del I.T.O o Ingeniero de la Obra es común a cualquier tipo de contrato, y su supervisión es clave para su más adecuada ejecución, algo del carácter de la fiscalización cambia con el contrato *cost plus*.

Se nota que en el caso del contrato tradicional costarricense, las variaciones en costos tienen una relación con índices objetivos publicados del INEC, pero en el caso del contrato *cost plus* chileno los reembolsos derivan directamente de facturación subjetiva. Esto implica que la Administración – y el I.T.O o Ingeniero de la Obra – tienen que mantener un estricto monitoreo de las fuentes de suministros tanto como del cumplimiento de los trabajadores.

4.3. Unos ejemplos de los Estados Unidos

Presentación

En los Estados Unidos son los FAR (*Federal Acquisition Regulations* – Reglamentos Federales de Adquisición) que rigen la contratación. La Parte 16 denomina una gama de tipos de contratos, incluyendo una cantidad de diferentes tipos de contratos reembolsables. Entre estos últimos son los tres tipos de contratos de interés específico: “*cost-plus-incentive-fee*” (costo más honorario de incentivo), “*cost-plus-award-fee*” (costo más honorario de premio), y “*cost-plus-fixed-fee*” (costo más utilidad fija). Cada tipo de contrato es aplicable a diferentes situaciones y necesidades que enfrentan a la Administración Pública (FAR, 2009).⁴

El contrato reembolsable de costos más honorarios fijos

El contrato de costos más honorarios fijos es lo más sencillo. Se utiliza en investigaciones o exploraciones iniciales, cuando la cantidad de trabajo requerida es desconocida, o para el desarrollo o la prueba, cuando otras formas de contratos no son aptas. La ley también limita los honorarios en este tipo de contrato a 15% de costo estimado del éste para trabajos de investigación; a 6% para la producción y entrega de planes por arquitectos y ingenieros; y a 10% para los demás contratos.

16.306 Contratos de costos más honorarios fijos.

⁴ La información de esta sección es de Parte 16 de los FAR.

(a) *Descripción.* Un contrato de costos más honorarios fijos es un contrato de reembolso de costos que provee un pago al contratista de un honorario negociado que sea fijado en el inicio del contrato. El honorario fijo no varía en costos reales, pero se puede ajustarlo como resultado de cambios en el trabajo para ser realizado bajo contrato. Este tipo de contrato permite contratar proyectos que pudieron presentar un riesgo demasiado grande a los contratistas, proporcionando al contratista solamente un incentivo mínimo para controlar mejor a los costos. . .⁵

Los contratos reembolsables de incentivos

Los contratos de incentivos tienen el propósito de adquirir lo requerido en costos más bajos o con una entrega mejor, por medio de relacionar la calidad del desempeño del contratista con el monto de sus utilidades. La redacción del contrato incluye medidas para motivar esfuerzos, alcanzar eficiencias y desincentivar el malgasto de recursos.

Formulas de incentivos son ligados al alcance de metas preestablecidas, o lo contrario, no de un cumplimiento mínimo, y que implican aumentos o disminuciones en recompensas.⁶ Los incentivos de formulas preestablecidas son de tres categorías: de costos, de desempeño y de entrega.

Incentivos de costos

La mayoría de los contratos de incentivos solamente incluyen incentivos de costos, con una fórmula que ajuste el honorario para motivar al contratista a controlar o reducir los costos. Ningún contrato de incentivos puede incluir otros tipos de incentivos si no tienen incentivos o controles de costos. El costo real de un contrato que alcanza la meta financiera recompensa con la utilidad prevista, mientras costos reales arriba o debajo de la meta resultan en un ajuste que aumenta o disminuya el beneficio.

Incentivos de desempeño

⁵ También existan el contrato de reembolso sencillo y el contrato compartido de reembolso, que no son relevantes a esta discusión.

⁶ Se puede incluir incentivos en contratos tradicionales de precio fijo también.

Los incentivos de desempeño se pueden considerar con respecto a las características de un producto específico o a otros elementos específicos del funcionamiento del contratista. Estos incentivos deben relacionar el beneficio con los resultados alcanzados por el contratista, comparado con las metas especificadas. Debe considerar incentivos positivos y negativos y especificar normas de medición, tanto las características técnicas para el desarrollo de sistemas como criterios para pruebas y calidad de servicio. Sin embargo, el contratista no debe ser beneficiado o penalizado por bienes, materiales o acciones que vienen de la Administración.

Incentivos de entrega

Debe considerarse la oferta de incentivos de entrega cuando una temprana entrega o una temprana producción de una cantidad de producto es de mayor interés para la Administración. Los objetivos deben ser determinados y especificados, y en la estructuración del contrato debe iluminar el impacto en el premio o pena a la contratista, los retardos por negligencia o falta de diligencias de la Administración.

La estructuración de contratos con incentivos múltiples

Un contrato con incentivos múltiples bien estructurado debe motivar al contratista a esforzarse y exceder metas en todas las áreas. Debe facilitar también decisiones que equilibran resultados entre las áreas y optimizan el control de la administración sobre sus objetivos.

Contratos de costos más un honorario de incentivo

El contrato de costos más un honorario de incentivo es un contrato de reembolso de costos con un honorario inicialmente negociado, que se ajustará más adelante por una fórmula basada en la relación de costos permisibles totales a los costos de meta totales. Este tipo del contrato especifica un costo de meta, un honorario del mismo nivel de meta, honorarios mínimos y máximos, y una fórmula para ajustar el honorario. El aumento o disminución del honorario ofrece un incentivo para que el contratista maneje el contrato eficazmente.

16.304 Contratos de costos más un honorario de incentivo

Un contrato de costos más un honorario de incentivo es un contrato de reembolso de costos que provee un honorario, inicialmente negociado que se ajustará más adelante por medio de una fórmula basada en la relación de costos totales permisibles a los costos totales previstos. . .⁷

Contratos de costo más un honorario de premio

Un contrato de costo más un honorario de premio es un contrato de reembolso de costos que contiene un honorario que consiste en una cantidad baja fijada en el inicio del contrato, y una cantidad más de honorario que el contratista pueda ganar entera o parcialmente durante la ejecución para motivar la excelencia en las áreas de costos, entrega, y desempeño técnico.

16.305 Contratos de costos más honorarios de premio.

Un contrato de costos más honorarios de premio es un contrato de reembolso de costos, que provee un honorario que consiste en (a) un monto de base (que puede ser cero) fijada en el inicio del contrato y (b) un monto de premio, basado sobre una evaluación crítica por el gobierno, suficiente para proporcionar la motivación para la excelencia en el funcionamiento de contrato. . .

Criterios de evaluación para incentivos de honorario de premio

El artículo 16.401 del FAR establece unos criterios objetivos de evaluación objetiva para incentivos de honorario de premio. El adjetivo evaluativo de honorario de premio tiene que ser documentado en el plan de honorario de premio, en el contrato, tanto como criterios detallados de evaluación.

Adjetivo evaluativo de honorario de premio	Honorario de premio disponible para ganar	Descripción
Excelente	91%-100%	El contratista ha excedido casi todos los criterios significativos del honorario de premio y ha cumplido los requisitos generales de costos,

⁷ Las traducciones son del autor.

		cronogramas, y de funcionamiento técnico del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Muy bueno	76%-90%	El contratista ha excedido muchos de los criterios significativos del honorario de premio y ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Bueno	51%-75%	El contratista ha excedido algunos de los criterios significativos del honorario de premio y ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Satisfactorio	No mayor al 50%	El contratista ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Insatisfactorio	0%	El contratista no ha podido cumplir los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.

Análisis

Como en todo, hay ventajas y desventajas en cada alternativa que se presenta, tanto como oportunidades y amenazas. En el caso de los contratos reembolsables, hay amplia experiencia incluyendo su uso en la contratación civil. Un estudio científico (Bajari, 1999) respalda el sentido común que el contrato de precio fijo controla mejor el precio, mientras el contrato de reembolso ofrece mejoras cronométricas en entrega.

Otro factor invisible iluminado por este estudio es la labor de renegociación del contrato por diseño incompleto o por cambios necesarios durante la ejecución (como por hecho de príncipe en un caso de un contrato administrativo). En este caso, los costos de la renegociación en un contrato de precio fijo son relativamente altos, mientras en un contrato de *cost plus* "el proceso de cambio es mucho

más suave, porque el proceso de recompensa es sencillo, bien definido y no deja campo para negociaciones.” (Bajari, 1999).

Se nota que la mayoría de los contratos son incompletos, que generan costos en renegociación. Si el contratista entrega un producto consistente con el diseño, aunque no es lo que quiso el contratante, las cortes probablemente respaldarán el contratista.

5. Conclusiones

- El contrato administrativo ha realizado un largo recorrido durante un siglo. Desde el caso “Compagnie du Gaz de Bordeaux” en 1916, que rompió la cáscara dura de *pacta sunt servanda*, la institución ha pasado por una metamorfosis en la cual los términos pactados no son inmutables, pero la compensación del contratista es inmutable, tanto como un patrimonio intangible. Se reconoce la mutabilidad del contrato por medio del Estado, pero también la obligación del Estado de mantener el equilibrio del contrato. La reparación de daños al contratista por distorsiones del contrato ha llegado a ser un derecho de compensación, y la situación antagónica entre partes, ahora, es una necesidad de colaboración y apoyo mutuo en la ejecución de proyectos.
- Esta necesaria colaboración en el espíritu de buena fe fundamenta el requerimiento de modernización del derecho administrativo en materia de contratación al aumentar los métodos ahora codificados con la figura del contrato *cost plus* y la institución de incentivos. En este momento, la obligación por ley y reglamento, respaldada por jurisprudencia, de mantener el contrato equilibrado desde el momento de la oferta, hace que sean necesarias la transparencia y coordinación entre partes el monto proporcional de la utilidad para el contratista.
- Este número está incluido en la oferta y está ponderado por la proveeduría en su análisis que tiene el fin de adjudicación. Esto es el mismo detalle que es clave al uso del contrato *cost plus*, tanto para el cálculo de incentivos en este método de contratación alternativa. Entonces, el sistema ha llegado a la mitad del camino sin saber que ha partido; para terminar el recorrido la ruta es corta.
- México es otro país que ha descubierto la alternativa nueva del contrato. José Felipe Ocampo Torrea, asesor y ex-funcionario de

PEMEX, sugiere que el contrato *cost plus* trae varios beneficios. Dice:

“En los contratos “cost-plus”, las empresas mexicanas tendrán ventajas sobre las extranjeras, ya que el elemento para evaluar las cotizaciones es el costo de hora-hombre, basado en los salarios y con un sobrecosto por prestaciones (seguro social, vacaciones, etc.) e indirectos (servicios requeridos por la empresa: contabilidad, recursos humanos, renta de oficinas, equipos, programas de cálculo etc.) y finalmente la utilidad de la empresa, como un porcentaje del costo directo.” (Ocampo, 2008).

- Tal vez, el argumento más fuerte para adoptar y adaptar el nuevo instrumento de contratación administrativa para el Estado costarricense es que ya hay un ejemplo en uso corriente aquí. Adentro del MOPT, en el Departamento de Edificaciones, han usado el contrato *cost plus* para remodelaciones para unos veinte años. Por ejemplo, el cartel de una licitación reciente (para mantenimiento y reparación de cuatro capitanías) especifica, “La figura contractual a utilizar para esta licitación es de costo más porcentaje.” (Cartel MOPT, 2009)
- De acuerdo con el jefe del departamento, Ing. Ronald Grant, el contrato *cost plus* es superior porque en este tipo de tarea nunca saben que van a encontrar después que empieza el trabajo (2009). Con una ley que autoriza y especifica el contrato *cost plus* y los programas de incentivos que actúan de controlar costos, otros ministerios y agencias más pueden utilizar esta novedad tan útil para proyectos específicos.

En conclusión, el equilibrio del contrato es obligatorio, pero hay alternativas en cuanto al método de realizarlo. El contrato *cost plus* más las figuras de incentivos pueden ofrecer posibilidades de mejor servicio para el interés público, la razón final de la existencia de la Administración Pública.

Anexo: Propuesto proyecto de ley

Referencias bibliográficas

Leyes, Reglamentos y Contratación

Asamblea Legislativa. (2005). *Código Civil (15ª ed.)*. San José: IJSA.

Asamblea Legislativa. (2005). *Constitución Política (24ª ed.)*. San José: IJSA.

Asamblea Legislativa. *Ley de Contratación Administrativa N° 7494*, 24 de abril de 1995.

Asamblea Legislativa. (2006). *Ley General de la Administración Pública, N° 6227 (11ª ed.)*. San José: EDITEC.

Controlaría General de la República (CGR). *Oficio 5941*, de 16 de junio 2000.

Poder Ejecutivo, *Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411-H*, 27 de setiembre del 2006.

Poder Ejecutivo, *Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento No. 33114*, 16 de marzo del 2006.

Proveeduría, Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT). (2009). *Cartel de Contratación Directa N° 2009CD-004838-32900*.

Jurisprudencia

Sala Constitucional. Voto 785-90 de las 8:35 horas del 12 de julio de 1990.

Sala Constitucional. Voto 7261-94 8:30 horas del 9 de diciembre de 1994.

Sala Constitucional. Voto 105-96 de las 9:00 horas del 15 de marzo 1996.

Sala Constitucional. Voto 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

Sala Constitucional. Voto 6432-98, de las 10:30 horas del 4 de junio de 1998.

Sala Primera de Justicia. Resolución 001019-F-2006 de las 16:25 horas del 21 de diciembre de 2005.

Libros

Bandeira de Mello, C. (1998). *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos, Derecho Administrativo, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. España: Abeledo-Perrot

Brenes Córdoba, A. (1998). *Tratado de los Contratos (5ª ed.)*. San José: Editorial Juricentro.

Chavarría Espinoza, R. (1995). *El Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública en Costa Rica, Fiscalización y Gestión Pública. Vol. 2, No. 2, 33-55*.

Escola, H. (1989). *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Mosset Iturraspe, J. (1994). *Interpretación Económica de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Ortiz Ortiz, E. (2002). *Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III*. San José: Editorial Stradtman.

Romero, J. (2002). *Derecho Administrativo Especial: Contratación Administrativa*. San José: EUNED.

Sayagués Laso, E. (2005). *La Licitación Pública*. Buenos Aires: B de F

Vásquez, A. (1992). *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*. Buenos Aires: Editorial Ábaco.

Revistas

Cervantes Gamboa, R. (1987). La Revisión de Precios en la Contratación Administrativa, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 58, 86-106.

Muñoz Jiménez, G. (1997). Derechos del Contratista en el Contrato Administrativo, *Revista Judicial, Costa Rica*, XX, 75-86.

Obando León, F. (2008). Régimen de Indexación en la Contratación Administrativa de Costa Rica: Algunas Consideraciones Particulares para el Estudio del Tema, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 8, 207-220.

Quesada Aguirre, M. (2009). Reajustes de Precios en Contratos Administrativos Pactados en Dólares, *Revista el Foro*, 8, 92-98).

Romero Pérez, J. (1987). El Contrato Administrativo, *Revista de Ciencias Jurídicas*, 58, 157-172.

Internet

Apuy, F. (2002). Oficio 0781-2002, Registro Nacional. Recuperado el 12 de octubre de 2009, de http://documentos.cgr.go.cr/sad_docs/2002/00781-2002.DOC.

Gobierno de los Estados Unidos de América. *Federal Acquisition Regulations (FAR)*. Recuperado el 12 de octubre de 2009, de <https://www.acquisition.gov/FAR/CURRENT/HTML/FARTOCP16.TML>

National Aeronautics and Space Administration. (2001). *Award Fee Contracting Guide*. Recuperado el 13 de octubre de 2009, de [http://www.hq.nasa.gov/office/procurement/regs/afguide.htm#selection of contract type](http://www.hq.nasa.gov/office/procurement/regs/afguide.htm#selection%20of%20contract%20type)

Ocampo, J. (2008). La nueva refinería, *Energía y Debate*, nov-dic. Recuperado el 12 de noviembre de 2009, de <http://www.energiaadebate.com/Articulos/Noviembre2008/Ocm porNov2008.htm>

República de Chile. (2002). *Decreto 236*. Recuperado el 13 de octubre de 2009, de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=211854>

Tadelis, S. y Bajari, P. (1998). *Procurement Contracts: Fixed Price vs. Cost Plus*. Recuperado el 13 de octubre de 2009, de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=156470

Entrevistas

Ing. Carlos Burgos, Director Programa 323, Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), entrevistado el 16 noviembre 2009

Ing. Ronald Grant, Director, Departamento de Edificaciones, Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), entrevistado el 16 noviembre 2009.

Ing. Carlos Gutiérrez, Controlaría General de la República (CGR), entrevistado el 13 noviembre 2009.

Lic. Carlos Hernández, Jefe de Contratación, Proveduría, Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), entrevistado el 16 noviembre 2009.

Anexo: Propuesto proyecto de ley

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE COSTA RICA**

PROYECTO DE LEY

LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

DIPUTADO _____

EXPEDIENTE N.º XLCA

PROYECTO DE LEY

LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Expediente N.º XLCA

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Reafirmando que, conforme a los principios enunciados por el destacado experto en derecho administrativo Celso Antonio Bandeira de Mello “Cabe también considerar, que los sujetos gubernamentales sólo pueden orientarse válidamente para la búsqueda del interés público primero;”

Reconociendo que en pos del interés público la administración se realiza actos bilaterales que son contratos administrativos para la adquisición de bienes y servicios, y que hay una necesidad del equilibrio de contrato para evitar la resolución de lo mismo en mantenerlo en ejecución;

Entendiendo que la parte cocontratante – el contratista – no está animada primariamente por la noción de servicio, pero por objetivo de lucro, reconocido como un interés legítimo tanto como un interés práctico;

Considerando que el artículo 182 de la Constitución Política de 1949 establece que los contratos por el Estado y las Municipalidades van a celebrar “de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.”

Aceptando que, la jurisprudencia costarricense ha reconocido el derecho del contratista de compensación justa, equitativa, proporcional y equilibrada desde el momento de la oferta;

Comprendiendo que en el derecho comparado y en prácticas mundiales existen métodos de contratación modernos que ofrecen ventajas al Estado tanto como el contratista en materia de contratación administrativa en ahorros, horarios de entregas, administración y en costos;

Reiterando que la necesidad de actualizar el interés público es la lucha tenaz que anima el legislador tanto como el funcionario público;

Se ha convenido en lo siguiente:

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

LEY DE MODERNIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO ÚNICO

ARTÍCULO 1.- Objeto

- a) La presente Ley tiene por objeto autorizar y establecer la normativa de contratos de reembolso de costos más utilidades, e instituir incentivos de desempeño en la ejecución de contratos de precios fijos tanto como de reembolso de costos más utilidades.
- b) La presente Ley se aplicará sin perjuicio de lo establecido en la legislación vigente en materia de contratación.

ARTÍCULO 2.- Definiciones

- a) En el contrato de reembolso de costos más utilidades, conocido como el contrato *cost plus*, el contratista recibe un reembolso para todos los costos directos autorizados, más una suma porcentual para cubrir los gastos de administración y obtener sus utilidades.
- b) Los incentivos contractuales son medidas para motivar esfuerzos, alcanzar eficiencias y desincentivar el malgasto de recursos, ligados al alcance o no de metas preestablecidas, con criterios objetivos pactados, que implican aumentos o disminuciones en recompensas, en las tres categorías de costos, de desempeño, y/o de entrega.

ARTÍCULO 3.- Incentivos

- a) Los incentivos de costos ajustan la utilidad del contrato para motivar el contratista de controlar o reducir los costos. El costo real de un contrato que alcanza la meta financiera recompensa con la utilidad prevista, mientras costos reales arriba o debajo de la meta resultan en un ajuste que aumenta o disminuya el beneficio.
- b) Los incentivos de desempeño se pueden considerar con respecto a las características de producto específicas o a otros elementos específicos del funcionamiento del contratista. Estos incentivos relacionan el beneficio con los resultados alcanzados por

el contratista, comparado con las metas especificadas. Se necesita considerar incentivos positivos y negativos y especificar métricas, tanto las características técnicas para el desarrollo de sistemas como criterios para pruebas y calidad de servicio. El contratista no puede ser beneficiado o penalizado por bienes, materiales, servicios, acciones u omisiones que vienen de la administración.

c) Se puede considerar los incentivos de entrega cuando una temprana entrega o una temprana producción de una cantidad de producto son de mayor interés para la administración. Hay que determinar y especificar objetivos, e identificar en la estructuración del contrato los ajustes del beneficio por retardos, negligencias, adelantos y diligencias positivas.

d) La estructuración de contratos con incentivos múltiples debe motivar al contratista a esforzarse y exceder metas en todas las áreas, tanto como facilitar decisiones que equilibran resultados entre las áreas y optimizan el control de la administración sobre sus objetivos.

e) Se puede incluir incentivos contractuales en contratos de precio fijo o a contratos de reembolso más utilidades *cost plus*.

ARTÍCULO 4.- Contratos de costos más un honorario

El contrato de reembolso de costos más utilidades *cost plus* es un contrato que equilibra automáticamente la utilidad del contratista sin la necesidad de procedimientos de revisión de precios, que simplifica la relación bilateral financiera entre los cocontratantes y permite cambios por parte de la administración sin mayor necesidad de negociaciones, manteniendo la intangibilidad patrimonial del contratista mientras evita la resolución del contrato en pos del interés público.

ARTÍCULO 5.- Contratos de costos más un honorario de incentivo

El contrato de costos más un honorario de incentivo es un contrato de reembolso de costos *cost plus* con un honorario inicialmente negociado que se ajustará más adelante por una fórmula basada en la relación de costos permisibles totales a los costos de meta totales. Este tipo del contrato especifica un costo de meta, un honorario del mismo nivel de meta, honorarios mínimos y máximos, y una fórmula para ajustar el honorario. El aumento o disminución del honorario ofrece un incentivo para que el contratista maneje el contrato eficazmente.

ARTÍCULO 6.- Contratos de costos más un honorario de premio

El contrato de costos más un honorario de premio es un contrato de reembolso de costos que contiene un honorario que consiste en un monto de base (que puede ser cero) fijada en el inicio del contrato y un monto de premio, basado sobre una evaluación crítica por la administración, suficiente para proporcionar la motivación para la excelencia en la ejecución del contrato, en las áreas de costos, entrega, y/o desempeño técnico.

ARTÍCULO 7.- Criterios de evaluación para incentivos

Los criterios de evaluación para incentivos tienen que ser objetivos y pactados en el contrato.

ARTÍCULO 8.- Criterios de evaluación para incentivos de honorario de premio

El adjetivo evaluativo de honorario de premio tiene que ser documentado en el plan de honorario de premio en el contrato, tanto como criterios detallados de evaluación.

Adjetivo evaluativo de honorario de premio	Honorario de premio disponible para ganar	Descripción
Excelente	91%-100%	El contratista ha excedido casi todos los criterios significativos del honorario de premio y ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnico del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Muy bueno	76%-90%	El contratista ha excedido muchos de los criterios significativos del honorario de premio y ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Bueno	51%-75%	El contratista ha excedido algunos de los criterios significativos del honorario de premio y ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Satisfactorio	No mayor al 50%	El contratista ha cumplido los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del

		honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.
Insatisfactorio	0%	El contratista no ha podido cumplir los requisitos generales de costos, cronogramas, y de funcionamiento técnicos del contrato según lo definido y medido por los criterios en el plan del honorario de premio para el período de la evaluación del honorario de premio.

ARTÍCULO 9.- Remisión reglamentaria.

Las regulaciones contenidas en esta ley son el marco de referencia básico, que se respetará al dictarse las diversas reglamentaciones de esta Ley.

Rige a partir de su publicación.

DIPUTADO/A

Fecha