

Revista

340

R

Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2012.
192 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Gary Amador Badilla
Lic. Alvaro Sánchez González

Licda. Rosibel Jara Velásquez
M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Presidente
Coordinador de Enlace
y Prosecretario
Secretaria
Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Daniel Gadea Nieto
Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Dr. Minor E. Salas

Decano
Profesor
Profesor
Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 127, 2012, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).
Colegio de Abogados.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

127

SAN JOSE, COSTA RICA
2012
ENERO - ABRIL
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2012

Presidente:

Dr. Gary Amador Badilla

Vicepresidenta:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Secretaria:

Licda. Rosibel Jara Velásquez

Prosecretario:

Lic. Alvaro Sánchez González

Tesorero:

M.Sc. Jorge Eduardo Villegas Rojas

Vocal I:

Lic. Francisco Rodríguez Araya

Voca II:

Licda. Nazira Merayo Arias

Vocal III:

M.Sc. Juan Carlos Brenes Vargas

Vocal IV:

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca

Vocal V:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Fiscal:

Licda. Rocío Leiva Trejos

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Director Consejo Universitario:

Dr. José Ángel Vargas Vargas

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Héctor González Morera

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Gabriela Marín Raventós

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Daniel Gadea Nieto

PRESENTACION

Se publican artículos en Derecho administrativo, contratación pública, ambiental, teoría del Estado y patentes farmacéuticas.

A su vez, se publican los documentos: el Informe de Labores 2010-2011 del Decano de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Dr. Daniel Gadea Nieto; y, sobre la legitimación democrática e independencia judicial en Costa Rica de la jueza Rosaura Chinchilla Calderón.

Se editan las respectivas reseñas de libros.

El director - editor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
Princípio da proporcionalidade e a boa administração pública <i>Lic. Leandro Antonio Pamplona</i>	13
La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica <i>Lic. Enrique López Jiménez</i>	31
El concepto de “residuo”. Consecuencias sobre los deberes municipales de la Ley para la Gestión Integral de Residuos <i>Máster Ronald Hidalgo Cuadra</i>	71
Una estrategia para el Estado contemporáneo: la nueva gerencia pública <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	89
Análisis de las flexibilidades contenidas en el acuerdo ADPIC a la luz de las patentes farmacéuticas <i>Lic. Juan Manuel Medina Amador</i>	109
Documentos:	
Informe Anual de Labores 2010-2011 <i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i>	143
Legitimación democrática e independencia judicial en Costa Rica <i>Licda. Rosaura Chinchilla Calderón</i>	175
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	183

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Leandro Antonio Pamplona
Abogado brasileiro

(Recibido 03/08/10; aceptado 30/11/11)

(*) e-mail: pamplona@advogados.com.br.

Fone/fax 51-3269 3058.

Porto Alegre. Brasil

RESUMO

O princípio da proporcionalidade é parte integrante da ideia de boa administração pública. Os atos administrativos podem ser excessivos ou omissos. Nas duas situações, a chamada “régua da proporcionalidade” não foi aplicada corretamente, comprometendo o ato. O abuso e a inoperância geram danos, que deverão ser reparados com recursos do erário.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade – omissão – excesso – responsabilidade estatal.

RESUMEN

El principio de proporcionalidad es una parte integral de la idea de la buena administración pública. Los actos administrativos pueden ser excesivo o inexistente. En ambas situaciones, la “regla de proporcionalidad” no se aplicó correctamente, poniendo en peligro el acto. El abuso o ineficiencia causa daño, que debe ser reparado con fondos del erario público.

Palabras clave: principio de proporcionalidad - ineficiencia - exceso – responsabilidad del Estado.

SUMÁRIO

Introdução

1. Boa administração pública como direito fundamental
2. Princípio da proporcionalidade

Bibliografia

INTRODUÇÃO

Quando tratamos do tema da boa administração pública, tal como um direito fundamental, mostra-se imperiosa a análise da responsabilidade do Estado nos casos de abuso ou omissão. Tanto nos casos de excesso ou inoperância há violação ao princípio da proporcionalidade, princípio esse basilar ao Estado democrático de direito, que deve ser observado nos atos estatais na busca dos objetivos constitucionais.

A desmedida entre o excesso e a falta provoca a antijuridicidade que vai ocasionar o dano. Também poderá ser o caso, como demonstraremos a seguir no presente trabalho, de errônea valoração no embate de dois princípios de mesma hierarquia, prevalecendo de forma indevida um deles, vindo a resultar em dano.

Toda essa análise se mostra importante na medida em que a boa administração pública, pelo menos no Brasil, está intimamente ligada ao dever assistencial do Estado. Essa característica assistencialista é bem marcante em nosso Estado, bastando a verificação das políticas públicas (ex. bolsa família), ainda muito distante da concepção moderna do Estado preponderantemente regulatório.

1. BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Adotamos a idéia de boa administração pública desenvolvida por Juarez Freitas em sua obra “Discricionariade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública” influência que decorre da consagração desse direito na Carta dos Direitos Fundamentais de Nice (art. 41) , incorporada pelo Tratado de Lisboa.

Esclarecida a utilização do termo boa administração pública, passaremos a fundamentação do emprego direitos fundamentais e não direitos humanos. A nossa Constituição utiliza a expressão “direitos fundamentais” inspirada principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para

distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabelece dois critérios para caracterização. Em primeiro, os direitos fundamentais são todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no texto constitucional. Depois ressalta o autor que os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou segurança; tendo a sua mudança grandes dificuldade.

A similaridade e até confusão entre os direitos humanos e direitos fundamentais tem raízes históricas. A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

Cumprir lembrar, ainda, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do status jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta a necessária cogência. Significa dizer que a efetivação dos direitos humanos dependerá ainda, da cooperação dos Estados, ratificando os tratados internacionais, para que tenham força cogente em seu ordenamento jurídico interno.

Em suma os direitos fundamentais são direitos reconhecidos e positivados no direito constitucional interno, ao passo que os direitos humanos são mais amplos e imprecisos, decorrem de documentos internacionais. Haja vista que no nosso ordenamento os direitos fundamentais têm aplicação imediata, também por esse motivo nos parece mais acertada a corrente que defende a utilização dos direitos fundamentais ao invés de direitos humanos.

Feita essa pequena distinção entre os direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a justificativa para o melhor emprego do segundo tipo, verificaremos que a nossa Constituição, até por ser moderna, possibilita a interpretação da boa administração pública como um direito fundamental. A Constituição italiana de 1948 já estabelecia também, o dever da boa administração pública. Entre nós o art. 1º, III da C.F. consagra o direito da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, além do art. 37 onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública.

É possível perceber que nossa Constituição já previa antes mesmo da Carta de Nice o direito fundamental à boa administração pública. Além da anterioridade há que se ressaltar que esses documentos internacionais – como a Carta dos Direitos Fundamentais de Nice – são genéricos tendo em vista a gama de ordenamentos jurídicos que buscam atingir. Logo o nosso sistema é mais completo e feito sob medida para nosso ordenamento jurídico.

Outra situação pertinente que nos cabe análise é a posição tópica dos direitos fundamentais. Não podemos incorrer no erro de acreditar que tão somente os direitos arrolados no título II da Constituição, são direitos fundamentais. Possuímos uma gama de direitos fundamentais que estão na Constituição, porém não se encontram dentro do título II e nem por isto deixam de ser fundamentais. Um exemplo claro é a proteção ao meio ambiente insculpida no art. 225, quase no final da Constituição e fora do rol de direitos do art. 5º.

Essa interpretação é possível a luz do § 2º, do art. 5º da CF. Tem-se aí a diferença entre os direitos formais – consagrados no rol do título II – dos direitos materiais, que apesar de fora do catálogo, mas dentro da C.F., dada sua importância estão equiparados aos formais, p.ex. transporte público, escola pública, aposentadoria e o próprio meio ambiente já citado. Não podemos na verdade, restringir a redação do § 2º do art. 5º, como alguns querem, apenas aos tratados internacionais.

A caracterização de outros direitos – fora do título II da CF – como direitos fundamentais é importante em tem alguns reflexos a saber: em primeiro a caracterização de um direito como fundamental protege-o de futuras reformas constitucionais adquirindo status de cláusula pétrea; em segundo o direito será diretamente aplicável, em acordo com o que prescreve o § 1º do art. 5º da CF.

Tendo em vista esses reflexos, será necessário cuidado e parcimônia na qualificação de direitos como fundamentais. Não podemos utilizar, de forma indiscriminada, o § 2º do art. 5º da CF, como subterfúgio para caracterizar tudo que nos interessa como direito fundamental. Essa é inclusive a grande crítica de parte da doutrina. Caberá ao operador do direito a demonstração da fundamentalidade material.

Voltando ao assunto nuclear do nosso trabalho, verificamos que a noção atual de boa administração pública provém da idéia de *buongoverno*. Um exemplo clássico dessa visão são os afrescos alegóricos do Bom e do Mau Governo que Ambrogio Lorenzetti pintou nas paredes do Palácio Comunal de Siena nos anos 1337-1340 (Sala dei Nove). Os afrescos têm atraído a atenção de historiadores do pensamento político já há algum tempo.

Comentando os afrescos de Lorenzetti, Norberto Bobbio verifica que neles, estão retratados a arte de bem governar, as virtudes ou habilidades ou capacidades que se exigem do bom governante, as várias formas de governo, a distinção entre bom e mau governo e a fenomenologia da tirania em todas as suas diversas formas. Segundo Bobbio o bom governo é o que governa para o bem comum. O mau governo é aquele que presta serviços indispensáveis ao cidadão de baixa qualidade, ou seja, ainda que não se omita, presta de forma insatisfatória.

A época dos afrescos, o medo maior da população eram as arbitriedades cometidas pelos governantes. Hoje, estamos diante de uma omissão estatal. Esta ausência de governo pode ser verificada quando o governante deixa de tomar decisões indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade, unicamente por entender que as medidas necessárias chocam-se com suas convicções pessoais.

Evoluindo séculos dos afrescos de Lorenzetti, a União Européia consagrou no art. 41 da Carta de Nice o direito a boa administração pública. Há que se ressaltar a criação de um Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, feito com a intenção de explicar com mais detalhes o que significa na prática a boa administração pública.

O exercício desse direito pode ser feito por qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva com residência ou sede social num Estado-Membro. Basta apresentar uma petição ao Provedor de Justiça da União, respeitantes a casos de má administração

na atuação das instituições ou órgãos comunitários, com exceção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções jurisdicionais.

Surge então a figura do Provedor de Justiça. Cabe ao Provedor de Justiça Europeu receber a denúncia e investigar eventuais casos de má administração na atuação das instituições e dos órgãos da União, em conformidade com o artigo 195 do Tratado CEE e o Estatuto do Provedor de Justiça. O Provedor de Justiça Europeu, sempre que examina casos de alegada má administração, toma sempre em conta as regras e princípios contidos no Código. Paralelamente à aprovação do Código o Parlamento Europeu aprovou igualmente uma resolução em que exortava o Provedor de Justiça a aplicar os princípios quando examina se existem situações de má administração, afim de dar execução ao direito dos cidadãos a uma boa administração consagrado no artigo 41 da Carta.

Para facilitar a compreensão, e também não dar margem a arbitrariedades, o Código Europeu consagra as diretrizes e os princípios norteadores de boa conduta administrativa.

a. Diretrizes para uma boa conduta administrativa

Objetividade e imparcialidade

O pessoal deve atuar de forma objetiva e imparcial em todas as circunstâncias, em prol do interesse comunitário e do bem comum. Os membros do pessoal devem agir com independência no âmbito das políticas estabelecidas pela Comissão e a sua conduta nunca deve ser determinada por interesses pessoais ou nacionais nem por pressões políticas.

Informações sobre o processo administrativo

Sempre que um cidadão solicitar informações sobre determinado processo administrativo da Comissão, o pessoal certificar-se-á de que lhe são fornecidas todas as informações necessárias dentro do prazo fixado no processo em questão.

b. Princípios gerais de boa administração

Nas suas relações com o público, a Comissão respeita os seguintes princípios gerais:

Legalidade

A Comissão atuará em conformidade com o direito e aplicará as regras e processos previstos no direito comunitário.

Não discriminação e igualdade de tratamento

A Comissão respeitará o princípio da não discriminação e garantirá, nomeadamente, a igualdade de tratamento dos cidadãos, independentemente da sua nacionalidade, sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. Assim, quaisquer diferenças de tratamento em casos análogos devem ser expressamente justificadas pela natureza específica do caso em apreço.

Proporcionalidade

A Comissão certificar-se-á de que as medidas adotadas são proporcionais ao objetivo que se pretende atingir.

A Comissão velará, em especial, para que a aplicação do presente Código nunca resulte na imposição de encargos administrativos ou orçamentais desproporcionados em relação aos benefícios esperados.

Coerência

A Comissão será coerente na sua conduta administrativa e procederá em conformidade com as suas práticas habituais. Qualquer exceção a este princípio deve ser devidamente justificado.

Com base nessas diretrizes e princípios o Provedor de Justiça em seu relatório anual de 1997, define a má administração como: “A má administração ocorre quando um organismo público não atua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado”. Esta definição foi aprovada pelo Parlamento Europeu.

Tratando da idéia de boa administração sob o enfoque brasileiro, Ingo Sarlet, em palestra realizada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, define que “uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade”.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como pode se perceber, tanto na visão brasileira quanto européia de boa administração pública, está presente o princípio da proporcionalidade. A discricionariedade administrativa pode estar viciada pelo excesso ou pela omissão. Tanto na abusividade quanto na inoperância o que existe é a não observação do princípio da proporcionalidade pelo agente administrativo. Essa violação, quando da inobservância ou da equivocada aplicação, gera o dano.

Juarez Freitas exemplifica o excesso ou omissão da administração pública da seguinte forma: se a administração pública decidir realizar uma obra nova em vez de dar prioridade a obras inacabadas, provavelmente configurar-se-á uma arbitrariedade por excesso, ou seja, um vício comissivo de descomedimento e ineficiência. No pólo oposto, quando a administração pública não escolhe o momento certo de praticar determinado ato, recolhendo-se numa inércia injustificável, peca por omissão, e resta igualmente quebrada a proporcionalidade, agora pela escolha de uma conduta aquém do cumprimento das atribuições associadas à competência.

Discorreremos um pouco sobre o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do direito administrativo.

Para alguns doutrinadores o princípio da proporcionalidade é faceta do princípio da razoabilidade. Compreende-se o denominado “princípio” da proporcionalidade, a Grundsatz der Verhältnismässigkeit, também chamado de mandamento da proibição de excesso (Ubermassverbot) como um guia à atividade interpretativa, que indiscutivelmente apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos, e a exigibilidade da escolha destes.

Willis Santiago Guerra Filho, desdobra em três aspectos fundamentais a proporcionalidade: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. O meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como o mais suave dentre os diversos disponíveis. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado

se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito dos outros. O agente público –dito de outro modo– está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais.

Como bem observa Paulo Bonavides a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É ali que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

De forma ilustrativa, podemos citar o caso do Judiciário quando aplica o princípio da proporcionalidade. No exemplo específico da antecipação de tutela que se mostrará irreversível –situação expressamente vedada pelo CPC– a saída encontrada pela doutrina e pelos tribunais para privilegiar alguns direitos fundamentais, foi a aplicação do princípio da proporcionalidade. Alguns juristas mais atentos poderão defender a impossibilidade de aplicação desse princípio, haja vista a ausência de sua previsão em nossa Magna Carta. Em que pese a ausência de previsão legal do referido princípio, apenas por ser um princípio é dotado objetividade e normatividade, dispensando sua consagração expressa. Além do mais Celso Antônio Bandeira de Mello respalda o princípio da proporcionalidade ao art. 37 da CF, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV.

Num sistema de direito positivado, diferentemente da common law –Direito consuetudinário– que evolui de acordo com as mudanças nos costumes, independente de alteração legal, a expressa vedação legal proibindo a possibilidade de se antecipar provimento quando houver o perigo de irreversibilidade, entra em choque com as próprias exigências da vida.

Não admitir a possibilidade de valoração dos bens envolvidos é retirar da doutrina a possibilidade da construção de uma dogmática mais sensível à realidade social e, assim, impedir que as reformas atendam às expectativas que foram geradas nos consumidores de tutela jurisdicional e transformá-las em um amontoado de leis sem qualquer função social.

Em uma situação na qual a irreversibilidade do provimento poderá ser indenizada pecuniariamente, nos parece óbvio que o juiz defira a tutela antecipada podendo até, exigir uma caução. Entretanto,

o problema está, quando os direitos em confronto pertencerem a mesma categoria hierárquica (direitos constitucionais).

A resposta a priori do legislador esbarra com as exigências da própria vida, desconhecendo além do mais a riqueza infinita na problemática do viver humano. Essa realidade determina a validade relativa da regra mencionada, pois sempre que se verificar o conflito o juiz haverá de se inclinar pelo provável titular de direito em discussão, sob pena de dificultar o acesso à jurisdição, com violação evidente da garantia contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República.

Lembre-se que os direitos fundamentais contêm uma espécie de reserva geral de compatibilização com outros direitos fundamentais, e que essa compatibilização somente pode ser feita pelo juiz mediante a análise dos pesos dos bens conflitantes conforme as circunstâncias do caso concreto.

Na necessidade de se harmonizar princípios constitucionais em confronto, como o da efetividade, com o da prestação jurisdicional em tempo, que potencializa a concessão da tutela antecipatória; e o do contraditório que prestigia a manifestação do demandado antes de qualquer ato, resguardando a possibilidade de se antecipar tutelas irreversíveis. É exatamente nesse momento de harmonização, que prevalece o princípio da proporcionalidade.

O jurista alemão Karl Larenz, largamente citado pela doutrina nacional, como referência no estudo sobre o princípio da proporcionalidade, fala em “pesar” os bens jurídicos que estão em jogo. Para o autor essa “pesagem” deve ocorrer no caso concreto, uma vez que, “não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela”. Resta evidente, portanto, que a regra da proporcionalidade surge apenas quando há dois direitos que abstratamente têm o mesmo valor.

É difícil e até mesmo dramática a posição do juiz, que deve optar por um dos valores, sabendo do possível sacrifício do outro. Mas, se não houver outra saída, terá de escolher um deles, mesmo com risco de criar situação irreversível com sua decisão. A sumariedade inerente a provimento dessa espécie é incompatível com as garantias de segurança do processo. Incide, portanto, o princípio da proporcionalidade, o que implica sacrifício do valor menos relevante. Compartilhando desse entendimento, o Ministro Ruy Rosado, aplicou o princípio da proporcionalidade no julgamento de Recurso Especial.

Teresa Arruda Alvim Wambier, sobre o princípio da proporcionalidade, entende que “ainda que esteja em jogo um interesse rigorosamente não indenizável, devem ponderar-se os valores em jogo e, em função dessa ponderação, eventualmente chegar-se a conceder a antecipação”. No mesmo norte, sobre o princípio da proporcionalidade, Sérgio Cruz Arenhart, disserta que cabe ao juiz privilegiar “o interesse mais caro à ordem jurídica, em detrimento daquele de menor hierarquia”.

Voltando aos ensinamentos do alemão Karl Larenz, veremos que o princípio da proporcionalidade definirá os limites em que é lícito satisfazer um interesse, mesmo à custa de outro interesse igualmente merecedor de tutela.

Em casos de conflito de valores, portanto, será preciso confrontar os benefícios e malefícios da concessão e da denegação, recorrendo ao denominado princípio da proporcionalidade; o que, se não resolve inteiramente e satisfatoriamente essa complexa questão, representa, pelo menos, a busca de um critério atento à preservação da efetividade dos provimentos jurisdicionais.

O método da ponderação de bens em casos concretos é utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão para determinar o alcance dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidem entre si no caso concreto. Outro exemplo a título de direito comparado, é a tentativa do legislador português em positivizar o princípio da proporcionalidade, conforme se verifica do comentário do Ministro Athos Gusmão Carneiro: “Vale lembrar que o art. 401 do CPC de Portugal, em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar, salvo se o perigo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar. Tudo aconselha o magistrado a prudentemente perquirir sobre a aparência do bom direito, sobre o periculum in mora e também sobre a proporcionalidade entre o dano alegado pelo requerente se a providência lhe não for concedida, e o dano que provavelmente irá sofrer o demandado se a medida for contra ele efetivada”.

No caso da impossibilidade de antecipação de tutela irreversível houve um excesso do legislador, podendo o judiciário, no caso concreto, na medida do conflito de valores posto em causa priorizar o direito fundamental à saúde por exemplo, deferindo antecipadamente medicamentos.

Lembrando que em nenhuma circunstância um direito fundamental deve suprimir inteiramente o outro, na colisão de exercícios. Apenas deve preponderar topicamente. A razão disso está em que os princípios e os direitos fundamentais nunca se eliminam legitimamente, à diferença do que sucede com as regras antinômicas, e ainda assim por preponderância principiológica.

Saindo do exemplo da tutela antecipada irreversível e retornando ao ponto nuclear do estudo, ou seja, aplicação do princípio da proporcionalidade para evitar as desmedidas, tanto no excesso quanto na omissão dos atos da administração pública. Visando prevenir a desproporção, e orientar o agente administrativo em seus atos o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa tem em seu art. 6º a definição da proporcionalidade a ser observada.

Com a edição do Código Europeu da Boa Conduta Administrativa (especificamente no art. 6º que trata da proporcionalidade) a União Européia buscou reduzir ao mínimo a distorção do princípio da proporcionalidade.

De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta encontra-se abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivalente ao mínimo exigível reclamado pela proibição da insuficiência.

Deve ser destacada a existência de pelo menos um elo comum entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o critério da necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo da tutela que incumbe ao poder público.

Os atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado. A prática indica que a pronúncia de nulidade do ato administrativo não é suficiente para controlar todos os abusos e ilegalidades cometidas pela administração pública. A inércia do Poder Público pode ser usada para atingir direitos e prerrogativas de particulares, sem que haja ato formal a ser atacado ou declarado nulo.

Para finalizar, conforme já relatado, toda vez que ocorrer um ato desmedido seja para o excesso ou para a omissão responderá o Estado pelos danos causados. Conforme decisão do STF de relatoria do Min. Celso de Mello os elementos que compõem a responsabilidade objetiva do Poder Público são a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público. O STF, portanto, já consagrou o excesso na ação e também a inoperância na omissão.

BIBLIOGRAFIA

- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor/ IBDC, 1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. 3ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BRANDÃO, Cláudia. Direito Administrativo. Coord. Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DONATO, Maria Monica. "La 'bellissima inventiva': immagini e idee nella Sala della Pace", em ENRICO CASTELNUOVO (org.), Ambrogio Lorenzetti. Il Buon Governo. Milano: Electa, 1995.
- FREITAS, Juarez. Discricionarietà Administrativa e o Direito Fundamental a Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional, Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 128, p. 255-9, 1995.

- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de e LACERDA, Galeno. Comentários ao código de processo civil. vol III (art. 813 a 889), tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais. in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXI, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2005.
- _____. Disponível em: www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang sarlet.pdf.
- SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Berlim: Neukoeln.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- YARSHELL, Flávio. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

**LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO
Y FINANCIERO DE LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS EN COSTA RICA^(*)**

Lic. Enrique López Jiménez^()*
Abogado costarricense

(Recibido 24/08/10; aceptado 30/11/11)

(*) e-mail: elopez@ajesa.com

Teléfonos: (506) 2431-4929 • (506) 8841-1056

Correo: Urbanización Montenegro, Esquina Noroeste en las oficinas de Ajesa sobre avenida 9. Alajuela, Costa Rica. Apdo. 35-4003.

RESUMEN

El presente estudio analiza la aplicación del principio del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica. Se hace especial énfasis en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el presente estudio se analizan cinco puntos de interés: **(1)** Fundamento normativo. **(2)** La introducción del riesgo en la relación contractual. **(3)** La materialización del principio de equilibrio económico (principios de riesgo y ventura, *factum principis, ius variandi, sujétions imprévues*, teoría de la imprevisión, reajuste de precios o tarifas). **(4)** Metodologías de reajuste. **(5)** Remedios procesales.

Palabras clave: contrato administrativo; equilibrio económico; principios constitucionales reajuste de precios.

ABSTRACT

This study examines the application of the principle of economic and financial equilibrium of administrative contracts in Costa Rica. It especially emphasizes Constitutional Chamber's jurisprudence. This paper reflects on five important issues: **(1)** Normative basis. **(2)** The concept of "risk" in the contractual relationship. **(3)** The concretization of the principle of economic equilibrium (principles of risk and venture, *factum principis, ius variandi, sujétions imprévues*, théorie de l'imprévision, price or tariff readjustment). **(4)** Readjustment methodologies. **(5)** Legal remedies.

Key words: administrative contract; constitutional principles; economic equilibrium; price readjustment.

SUMARIO

- I. La teoría del equilibrio económico
 - 1) Fundamento normativo
 - 2) Clasificaciones del riesgo
 - (a) El “triple áleas” del contrato
 - a) Áleas administrativas
 - b) Áleas empresariales (comerciales internas)
 - c) Áleas económicas (comerciales externas)
 - (b) Imputación subjetiva del riesgo
 - (1) Alteraciones imputables a una de las partes.
 - (2) Alteraciones no imputables a ninguna de las partes.
 - (c) El “álea normal” y el “álea anormal”
 - 3) Materialización del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos
 - (a) Riesgo y ventura
 - (b) Hecho del príncipe
 - (c) Ius variandi o modificación unilateral
 - (d) Sujétions imprévues
 - (e) Teoría de la imprevisión
 - (f) Reajuste de precios/ajuste de tarifas
 - 4) Metodologías utilizadas para garantizar el derecho al equilibrio económico del contrato
 - 5) Remedios procesales
- II. Conclusiones
- III. Bibliografía

I. LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO⁽¹⁾

Parafraseando al famoso y “archiconocido” **arrêt Cie. Française des Tramways de 21 de marzo de 1910 del Conseil d’État** en todo contrato administrativo debe existir una igualdad entre las ventajas que se conceden al contratista y las obligaciones que le son impuestas compensándose “*los beneficios probables y las pérdidas previsibles*”, honesta equivalencia entre lo que se concede y lo que se exige. “*Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato [...]*.”⁽²⁾

En términos generales el equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos es el ideal perseguido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y Costa Rica no es la excepción. En Costa Rica la teoría del equilibrio económico y financiero se encuentra recogida y desarrollada en los votos **998-98**⁽³⁾ y **6432-98**⁽⁴⁾ de la SCCSJ. El primero de dichos fallos desarrolla los principios de la contratación administrativa y el segundo la teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos propiamente dicha.

(1) **ABREVIATURAS.** **Aresep:** Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. **CC:** Código Civil. **C de C:** Código de Comercio. **CP:** Constitución Política de la República de Costa Rica. **CPCA:** Código Procesal Contencioso Administrativo. **PGR:** Procuraduría General de la República. **LARESEP:** Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. **LCA:** Ley de Contratación Administrativa. **LGCOPSP:** Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. **LGAP:** Ley General de la Administración Pública. **LRAC:** Ley de Resolución Alternativa de conflictos y Promoción de la Paz Social. **LRJCA:** Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Derogada) **RLCA:** Reglamento a la LCA. **RLGCOPSP:** Reglamento a la LGCOPSP. **RRP:** Reglamento para el reajuste de precios en los contratos de obra pública de construcción y mantenimiento. **SCCSJ:** Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **SPCSJ:** Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. **Trib. Cont. Adm.:** Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

(2) Traducción de: García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. 1ed. argentina de la 12ed. española. Editorial La Ley. Argentina. Tomo I, p. 750.

(3) Voto **998-98** de las 11:30 hrs. del 16 de febrero de 1998 de la SCCSJ.

(4) Voto **6432-98** de las 10:30 hrs. del 4 de setiembre de 1998 de la SCCSJ.

El mencionado Voto **6432-98** de la SCCSJ acertadamente parte de la definición de contrato administrativo dado que como afirma la doctrina: “Desde un punto de vista doctrinal, la solución sobre la equivalencia que debe presidir los contratos onerosos dependerá de cual **[sic]** sea el concepto que se tenga del contrato, de su sentido y alcances en la vida jurídica y cual **[sic]** sea el juego, en su seno, de las obligaciones y derechos que de él nacen, para una mejor realización de la justicia”.⁽⁵⁾

En Costa Rica si bien encontramos regulaciones expresas acerca de la figura del contrato administrativo desde la propia Constitución Política (arts. 140, inc. 19), 121, incisos 14) y 15), 105, 112, 123, 174 y 182) no podemos hablar de la existencia de una “teoría general del contrato administrativo”.

Por su parte, la jurisprudencia, en especial la de la SCCSJ, no es del todo clara en la definición de la figura del contrato administrativo.⁽⁶⁾ Sin perjuicio de lo anterior⁽⁷⁾ podemos encontrar ciertos “puntos comunes” sentados por las resoluciones judiciales:

(5) Ariño Ortiz, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Primera ed. Instituto de Estudios Administrativos. España, p. 6.

(6) Voto **6432-98**. Voto **2001-1055** de las 16:48 hrs. del 6 de febrero de 2001. Voto **5403-95** de las 16:06 hrs. del 3 de octubre de 1995. Voto **2006-1736** de las 18:04 hrs. del 14 de febrero de 2006. Votos **2318-98** y **2319-98** de las 17:51 hrs. del 31 de marzo de 1998. Voto **2005-9802** de las 14:51 hrs. del 27 de julio de 2005. Res. **61-2006** de las 10:25 del 7 de julio de 2006, Trib. Cont. Adm. Sec. IV. Res. **329-2006** de las 9:40 del 30 de agosto de 2006, Trib. Cont. Adm. Sec. III. Res. **797-F-2002** de las 16:05 hrs. del 27 de noviembre de 2002, de la SPCSJ.

(7) En última instancia parece recogerse el criterio de la “cláusula exorbitante” para la definición del contrato administrativo. Res. **75-02** de las 9:10 hrs. del 8 de febrero de 2002 del Trib. Cont. Adm. Sec. III.: “[...] Una de las características que singularizan a los contratos administrativos, frente a los del derecho privado, lo constituyen las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común que tienen fundamento en las potestades o privilegios de imperio de las que son titulares las administraciones públicas contratantes. Entran dentro de tal categoría, todas aquellas facultades de una administración pública en una relación contractual que exceden o exorbitan los límites permitidos en el derecho privado y que no son usuales en este último ámbito, puesto

“1. El reconocimiento de una distinta “naturaleza jurídica” entre el contrato privado y el administrativo, así como de la existencia de contratos privados de la Administración regidos por el derecho privado. 2. La existencia de una relación jurídica con la Administración de la cual se derivan derechos subjetivos para las partes y efectos para terceros. 3. La subordinación del contratista al ordenamiento jurídico administrativo. 4. La cooperación del contratista con la Administración en la consecución de sus fines, en el marco del servicio público, de forma directa o indirecta. 5. La existencia de cláusulas exorbitantes dentro de los contratos suscritos por la Administración, como consecuencia de su régimen de prerrogativa. 6. Y el respeto del equilibrio económico del contrato y de las prestaciones de las partes, así como el derecho del contratista a reclamar el reconocimiento de este derecho”.⁽⁸⁾

que, de consignarse serían absolutamente nulas [...]”. En el mismo sentido puede verse la opinión jurídica **OJ-067-2005** del 16 de mayo del 2005, de la PGR: *“En definitiva, el contrato administrativo es un instrumento para la satisfacción de los intereses generales. Y según hemos explicado, esa instrumentalidad justifica el régimen particular a que se somete ese contrato. Nota característica de dicho régimen es, precisamente, la titularidad de prerrogativas exorbitantes de poder público, presentes en todo contrato, inherentes a él, aún cuando no hayan sido pactadas por las partes. El ejercicio de esas potestades es irrenunciable y sólo puede ser afectado por disposición del propio ordenamiento. Entre esas prerrogativas se encuentran los poderes de dirección, de control, la potestad sancionatoria, la potestad de modificación, la ejecución de garantías y la rescisión y/o resolución administrativas del contrato. (Véase sobre el particular el pronunciamiento C-035-2003 de 11 de febrero de 2003)”.*

- (8) López Jiménez, Enrique (2010). Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p. 87. *“Se reconoce también, de parte de la Sala Primera, la obligatoriedad del contrato administrativo entre las partes contratantes (Res. 1019-F-2006 de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005); la preeminencia de las normas administrativas sobre las normas y principios del derecho privado en apego de los*

En términos generales las regulaciones contenidas y desarrolladas en el voto **6432-98** de la SCCSJ, las cuales son también sus mayores aciertos, son las siguientes:

- (a) La “teoría del equivalente económico” es la reacción que el ordenamiento jurídico costarricense prevé para garantizar el principio de “intangibilidad patrimonial en los contratos administrativos” con especial “énfasis” en el “reajuste de precios”.
- (b) Del concepto mismo de contrato administrativo se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos dado que el contrato responde al tipo de los contratos que son onerosos pero también conmutativos.
- (c) El valor subjetivo del contrato (valor que cada parte da al contrato de acuerdo con sus intereses) se objetiviza con la formalización del contrato por el “simple mecanismo sinalagmático”.
- (d) La existencia de riesgos y circunstancias no previstas en el momento de formalización del contrato, pueden afectar las prestaciones, y se mencionan el grado de incidencia de la circunstancia no prevista, la complejidad de la relación contractual y la permanencia de ese hecho o circunstancia.
- (e) El beneficio del contratista –utilidad–, previsto en el contrato, no solo se calcula sobre la prestación, sino también sobre el capital que se debe invertir. Por este motivo, de introducirse una “razón sobreviniente o imprevisible”, si ese beneficio proyectado se menoscaba, debe restablecerse, para que el contratista “pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias”.⁽⁹⁾
- (f) Partiendo de la jurisprudencia constitucional anterior al voto **6432-98** se concluye que: “[...] *-para mantener el equilibrio*

principios de autonomía, independencia y autointegración (Res. 520-F-2003 de las 11:20 hrs. del 28 de agosto de 2003); y la presencia de las cláusulas exorbitantes como elemento de distinción entre el contrato administrativo y el contrato privado de la Administración [...] (Res. 527-F-SI-2008 de las 14:10 hrs. del 1 de agosto de 2008).” Ídem., p. 85.

(9) Voto **6432-98**.

económico del contrato, existe un derecho a los reajustes de precios, que nace desde el momento mismo en que el contratista entrega su oferta a la Administración; -los reajustes deben originarse en situaciones imprevistas para las partes o que, aunque previsibles, por ser el producto del comportamiento normal del mercado local, afectan el nivel de las prestaciones de las partes; -los riesgos derivados del punto inmediato anterior deben ser asumidos por la Administración y desprendido de este fundamento del que es consecuencia, resulta que el contratista no debe asumir riesgos irracionales; -reconocer los reajustes de precios no es potestativo del Estado, sino su obligación, puesto que está involucrando el interés público inmerso en la ejecución del contrato; -las sumas que se reciben por concepto de reajustes de precios no constituyen, en estricto sentido jurídico, una indemnización, sino la restitución del valor real de la obligación, o sea, el pago integral del precio del contrato; -el derecho de los contratistas a cobrar los reajustes de precios es irrenunciable anticipadamente y prescribe junto con el derecho a percibir el pago. [...]"⁽¹⁰⁾

- (g)** *"[...] el derecho a la intangibilidad patrimonial, dentro del que se encuentra inmerso el de los reajustes de precios como modo de mantener estable la ecuación financiera del contrato administrativo, tiene rango constitucional, como principio derivado del artículo 182 constitucional en relación con el 45 ibídem [...]"⁽¹¹⁾*
- (h)** *"El equilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tema y desarrollo de un principio constitucional, no permite ni el extremo perjuicio injustificado a cargo del contratista, ni el enriquecimiento ilícito para ninguna de las partes".⁽¹²⁾*
- (i)** *"El reconocimiento de los reajustes de precios no depende de la existencia de una norma jurídica expresa ni de un convenio previo entre las partes. Tratándose de un principio constitucional, puede aplicarse de forma directa, lo cual se deriva de la "naturaleza" misma de la relación contractual administrativa".⁽¹³⁾*

(10) *Ídem.*

(11) *Ídem.*

(12) *Ídem.*

(13) López Jiménez (2010), p. 137.

- (j) El contratista tiene el derecho de impugnar un sistema de reajuste que no garantice el derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo. Y la Administración tiene la obligación de modificar un sistema que no brinde una adecuada tutela del derecho al equilibrio económico del contrato, porque de lo contrario se incurriría en una violación de este principio constitucional.
- (k) *“Tratándose de un derecho de “superior rango”, su desarrollo debe reservarse a la ley formal, en atención del principio de reserva de ley, con las limitaciones que ello impone a la potestad reglamentaria. Por lo tanto, vía reglamento solo se podrían [...] establecer los mecanismos o procedimientos mediante los cuales se hagan los respectivos cálculos, en cuyo contenido estén comprendidos los parámetros estrictos de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, para que se pueda obtener un mecanismo equitativo y ponderado que mantenga el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, caso contrario, se estaría ante una violación constitucional”.*⁽¹⁴⁾
- (l) Los reajustes proceden en ausencia de ley e inclusive si existe un sistema de revisión previsto en el contrato si no llena las aspiraciones de equidad y justicia, las partes están autorizadas a variarlo sin quebranto del principio de legalidad.
- (m) Pueden coexistir, simultáneamente, distintos métodos o sistemas de cálculo de reajuste de precios en tanto garanticen el mismo resultado, el mantenimiento del valor real del precio del contrato.
- (n) *“[...] la definición política de la planeación de la contratación de obra pública, la determinación de los recursos financieros para hacerlo, la definición del contenido normativo de los contratos, su ejecución y como parte de ello, el mantenimiento de la ecuación financiera de los contratos, es tarea de la Administración activa, y no de los órganos de control, que no están diseñados para compartir la responsabilidad de lo que se hace o se deja de hacer, limitándose su esfera de acción a la verificación de las reglas constitucionales y legales del uso de los fondos públicos. Asimismo, si por un lado se afirma que los reajustes*

(14) *Ídem.*, p. 138.

están regulados por el principio de reserva de ley [...] no resulta constitucionalmente posible que sea la propia Contraloría la que defina qué, cómo y cuándo se paga por concepto de reajustes, y que le corresponda a esta Institución elaborar fórmulas y emitir criterios generales de administración activa. Pareciera, desde la óptica de la institución jurídica bajo examen, que lo que entra en juego es la oposición de los derechos del contratista a percibir el pago íntegro y el del Estado de ser eficiente en la construcción de sus proyectos [...]".⁽¹⁵⁾ (El subrayado se agregó al texto original).

Indudablemente el voto **6432-98** constituye un hito jurisprudencial en la materia en Costa Rica al punto que es el referente obligatorio y punto de partida para cualquier reclamación administrativa, proceso judicial o reforma normativa. Sin embargo, la SCCSJ ha dejado claro que no es en la sede constitucional en donde deben plantearse las controversias originadas por este principio constitucional. Por ello, y en cuanto a la jurisprudencia constitucional posterior al voto **6432-98** se tiene que:

*[...] se han presentado tres tipos de resoluciones o fallos: (1) Los que reconocen la tutela constitucional del principio de intangibilidad patrimonial, como en el caso de los Votos **600-99**, **03296-99** y **2001-04552**. Sin embargo, estos fallos son consecuencia del dimensionamiento dado a los efectos del Voto **6432-98** y a violaciones tajantes de este. (2) Parte importante de los asuntos que la Sala declara con lugar, corresponden a violaciones de los derechos de petición y respuesta (art. 27 CP) o a una justicia pronta y cumplida (art. 41 CP), lo cual reviste una importancia tangencial para el tema en estudio; por*

(15) Esta conclusión es congruente con la reforma introducida al artículo 10 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública, R-CO-44-2007 de 11 de octubre de 2007, según el cual: "**Artículo. 10.-** Cuando las partes bayan establecido un mecanismo de reajuste o revisión de precios, la Contraloría General lo analizará como parte del trámite de refrendo en los términos del inciso 7) del artículo 8 de este Reglamento, en lo conducente, excepto en los casos de contratos de servicios, suministros y obra pública, en los que será de entera responsabilidad de la Administración la legalidad del mecanismo pactado [...]

ejemplo, los Votos 2000-01028, 2002-11596, 2004-03741, 758-05, 04477-07 y 10651-08. (3) Así mismo, el grueso de los casos que conoce la Sala se rechazan por tratarse de asuntos que requieren un análisis exhaustivo del caso y de la prueba aportada; por ello, la Sala opina que se “ordinarizará” la “vía sumarísima” del amparo, remitiendo su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto, véanse los Votos 2001-04644, 2002-06923, 17045-05, 10130-07 y 15097-08”.⁽¹⁶⁾

Se puede agregar un cuarto tipo de resoluciones en donde se han reafirmado las competencias de la Aresep en materia tarifaria “*como institución a la que compete justamente fijar precios y tarifas en materia de servicios públicos, así como velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima en materia de servicios públicos. Y es que este Tribunal no puede ni debe sustituir a las administraciones o autoridades públicas en la resolución de los asuntos que –por disposición expresa de nuestro ordenamiento jurídico– son propios de su ámbito de competencia*”.⁽¹⁷⁾

La jurisprudencia de los tribunales de justicia y de la SPCSJ parte de la jurisprudencia sentada por el citado voto **6432-98** y por el voto **998-98** de la SCCSJ.⁽¹⁸⁾ Se recogen los principios sentados por la SCCSJ y se desarrollan aquellas cuestiones de legalidad propias de la jurisdicción contenciosa como es el caso del ajuste tarifario en los contratos de concesión de gestión de servicio público.

(16) López Jiménez (2010), p. 142.

(17) Pueden verse los siguientes votos de la SCCSJ: **2000-08628, 2000-439, 2000-10457, 1998-1318, 1999-9589, 02001-03061, 2004-09293, 5153-98, 11856-04 1999-09185, 11856-04 y 1407-08.**

(18) Pueden verse las resoluciones **568-F-02** de las 14:50 hrs. del 24 de julio de 2002 y **1019-F-2006** de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005 de la Sala Primera y del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda las resoluciones **013- 2009-II** de las 11:45 hrs. del 28 de enero de 2009 (sec. II), **005-2008-VI** de las 9:15 hrs. del 15 de abril de 2008 (sec. VI) y **002-2009-S-VIII** de las 14:16 hrs. del 16 de enero de 2009 (sec. VIII).

En cuanto a este último punto, la Res. **577-F-2007** de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007 de la SPCSJ se ha encargado de delimitar los alcances del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero en materia tarifaria sentando las siguientes premisas:

- a) La diferencia entre el contrato administrativo y el de concesión, consiste en que el precio en este último está a cargo del usuario y no de la Administración. El pago de la tarifa se realiza directamente al concesionario. Esta debe ser justa y equilibrada, de modo que le permita al operador una ganancia y al usuario pagar lo debido por un servicio de calidad.
- b) Si bien el contrato de concesión es suscrito entre la Administración y el concesionario “[...] a nivel de su ejecución, la relación es triangular pues se incluye dentro del marco de sus efectos al usuario, quien recibe el servicio, debe cancelar al concesionario por esa prestación y la Administración concedente debe fiscalizar la actividad y fijar el precio o tarifa”.⁽¹⁹⁾ El destinatario es el “parámetro de satisfacción” y “objeto primordial del contrato”, porque debe pagar la tarifa fijada por el Estado.
- c) En los contratos de concesión rige el principio de “aseguramiento del beneficio económico convenido”. El particular explota el servicio público con ánimo de lucro. Teniendo el concedente la posibilidad de fijar todo lo relativo a la organización y funcionamiento del servicio (en los aspectos técnicos, comerciales o económicos), tiene con ello la potestad de modificar unilateralmente el contrato.
- d) *“La tarifa debe ser un medio de retribución, justo y razonable, que permita amortizar la inversión que se ha realizado para la prestación debida del servicio público, y además, permitir la reinversión en la actividad de manera tal que el servicio continúe siendo eficiente, así como un margen de utilidad. Los postulados que subyacen en el concepto mismo de servicio público justifican y exigen que la tarifa funja como un medio que permita mantener un nivel de calidad apto en el servicio”.*⁽²⁰⁾

(19) Res. **577-F-2007** de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007, de la SPCSJ.

(20) *Ídem.*

- e) La negación del aumento o fijación tarifaria no puede sustentarse únicamente en el “*principio de mayor beneficio del usuario*”, si técnicamente procede. En este caso, debe primar el justo equilibrio de intereses, mediante “*un precio objetivo, razonable y debido*”.
- f) “[...] *el análisis económico que se realiza a través del sistema de cálculo es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario. [...] cuando el examen refleje la necesidad del incremento y se han satisfecho los requisitos pertinentes, no existe discrecionalidad para dictar el rechazo, alegando razones ajenas a la técnica. Ergo, en ese tanto opera una reducción a cero de las potestades inicialmente discrecionales, siendo que una vez realizado el cálculo, es el resultado de esa operación la que determina y precisa el contenido de la decisión. [...] Lo opuesto comportaría un riesgo de que por cuestiones ajenas a la técnica, no se otorgue un aumento cuando se ha logrado comprobar que existe un desequilibrio financiero que debe ser ajustado, o bien, que se mantenga una tarifa que acorde al análisis económico, otorga al operador un beneficio excesivo en perjuicio del usuario [...]*”⁽²¹⁾
- g) “[...] *Por ende, cuando la situación financiera de la empresa, pese a la variación de algún componente económico, se mantiene equilibrada con los términos originales, no procede la alzada del precio [sic]. Entonces, el derecho surge con el acto que determina el aumento. Antes de ello, el concesionario tiene una expectativa [...]*”⁽²²⁾

Sin perjuicio de los principios sentados por las resoluciones de la SCCSJ y la SPCSJ recién citadas, considero que las verdaderas controversias en cuanto al reconocimiento del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos se encuentran en: **(1)** el fundamento normativo de este principio constitucional, **(2)** las distintas categorizaciones del riesgo en los diferentes contratos administrativos, **(3)** la materialización de este derecho, **(4)** las distintas metodologías utilizadas para garantizar dicho derecho y **(5)** los remedios procesales para su reclamación.

(21) *Ídem.*

(22) *Ídem.*

1) **Fundamento normativo**

Los citados votos **998-98** y **6432-98** sustentan el derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en los artículos 45 y 182 de la Constitución Política (CP), articulado que en lo literal dicen:

*“**Artículo 45.-** La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.*

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”

*“**Artículo 182.-** Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”.*

Sin embargo, a diferencia de lo que considera la Sala Constitucional, la doctrina mayoritaria con Ariño Ortiz, García de Enterría, González Varas-Ibáñez, Cassagne, Marienhoff, Bandeira de Mello, Villar Ezcurra, Villar Palasí, Jèze, Vedel y de Laubadère, entre otros, encuentran un fundamento distinto y lo encuadran en los principios de justa distribución de las cargas públicas, justo precio y enriquecimiento sin causa.

“De acuerdo con el principio de igualdad ante las cargas públicas, el contratista participa en el financiamiento de la contratación con la contribución tributaria que realiza, al igual que el resto

de los ciudadanos. Entonces, pretender que corra con el riesgo imprevisible de la contratación, significaría una doble imposición al contratista, al tener que colaborar con la Administración Pública sin una justa retribución como contrapartida. Así, “el principio general de la igualdad ante las cargas públicas [...] establece un equilibrio entre los ciudadanos para soportarlas, de manera que no solo uno tenga que tolerar mayores sacrificios que otro”.⁽²³⁾

Esta es, por supuesto, una interpretación abierta del principio de igualdad ante las cargas públicas en el sentido expuesto supra con cita del profesor Hernández Valle,⁽²⁴⁾ dado que se tiende a pensar en este principio ligado exclusivamente al principio de legalidad tributaria, lo cual restringe sus alcances”.⁽²⁵⁾

“(55) Siguiendo la doctrina y jurisprudencia comparada, es más correcto sustentar el derecho al equilibrio económico en los principios de igualdad ante las cargas públicas, justo precio y enriquecimiento sin causa de la Administración (arts. 18, 33, 40, 45 y 121, inc. 13), CP)”.⁽²⁶⁾

2) Clasificaciones del riesgo

La distribución del riesgo del contrato depende del tipo de contrato que se trate. En el ámbito doctrinal y jurisprudencial comparado

(23) Voto **1139-98** de las 10:18 hrs. del 20 de febrero de 1998 de la SCCSJ. En similar sentido, se pueden consultar los Votos **2002-08689**, **2002-09231**, **2002-09497**, **2002-09498**, **2002-09499** y **2002-08**.

(24) Afirma el profesor Hernández Valle que: “[...] los gobernados deben soportar igualmente las sujeciones impuestas por la Administración en aras del interés público y disfrutar de las ventajas colectivas [...]”. Hernández Valle, Rubén (2008) *El derecho de la Constitución*. Tomo. II. Primera ed. Editorial Juricentro. Costa Rica. pp. 211-212.

(25) López Jiménez (2010). p. 200.

(26) *Ídem.*, p. 453.

históricamente se han sostenido tres categorizaciones del riesgo partiendo del concepto de “áleas”.⁽²⁷⁾

- (a) El “triple áleas” del contrato: Se centra en la procedencia de la alteración, para luego asignar, a uno de los sujetos vinculados a una determinada contratación, la carga de la alteración de las condiciones originalmente pactadas. Esta asignación no siempre recae sobre quien produce o genera el riesgo.
- a) **Áleas administrativas.** Hace referencia a todos los riesgos derivados de la “naturaleza jurídica” de las Administraciones Públicas (administración subjetiva) y del ejercicio de actividades administrativas por parte de la Administración o de sus vicarios (administración objetiva)⁽²⁸⁾ y, en ese sentido, a las modificaciones contractuales producto de la acción unilateral de la Administración, “que pueden llevarse a cabo por norma o acto administrativo no contractual”⁽²⁹⁾ (*factum principis*), así como a las modificaciones contractuales introducidas por “actos contractuales” de la misma Administración (*potestas variandi*).
- b) **Áleas empresariales (comerciales internas).** Se refieren al riesgo implícito en la prestación misma del objeto del contrato. Por ejemplo, los aparejados a la construcción de grandes obras o del suministro de un bien por un período prolongado. En el ámbito doctrinario, se citan como supuestos de hecho *“las equivocaciones o destrucciones en las obras (error calculi), el acaecimiento de daños o destrucciones de las obras (periculum rei) y las dificultades materiales de ejecución, que, sin producir*

(27) “[...] consideramos que la palabra “áleas” proviene del concepto jurídico de “aleatoriedad”, por cuanto este último introduce la incertidumbre como variable por tomar en cuenta por el contratista o concesionario a la hora de asumir una carga frente a la Administración. En tal sentido, es más adecuado que el uso de “aleas”. La confusión puede venir también de la palabra en francés “aléa”, que significa ‘riesgo’ o ‘azar’, tomada precisamente del derecho francés e incorporada al DRAE por su uso cotidiano por personas ajenas al derecho.” Ídem. p. 175.

(28) Vid. Casetta, Elio (2005). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Sétima ed.

(29) Ariño Ortiz. (1968) p. 7. En cuyo caso, existe la discusión acerca de si ese acto o norma emanada de la Administración debe serlo de la misma Administración contratante o de cualquier otro “poder del Estado”.

daño a las obras o el servicio, las encarecen considerablemente (dificultades de excavación o cimentación, temporales de agua o nieve que paralizan las obras, huelgas prolongadas y, en general, las denominadas por el Conseil de'Etat sujétions imprévues)".⁽³⁰⁾

- c) **Áleas económicas (comerciales externas).** Constituye el riesgo económico-comercial no imputable a ninguna de las partes del contrato y cuya previsibilidad o imprevisibilidad se debate. Se afirma que es externa a la ejecución del contrato y agrava la situación del contratista al hacerla más onerosa. Se trata de fenómenos económicos, por lo general macroeconómicos, que pueden perjudicar solo al contratista, o al contratista y a la Administración, como una hiperinflación, una guerra, el aumento de salarios, el aumento de un tributo o impuesto que afecte directamente la ejecución del contrato, entre otros, además de fenómenos económicos internacionales que no solo afectan a un área específica de la economía, sino a la economía en general".

(b) Imputación subjetiva del riesgo:

- (1) **Alteraciones imputables a una de las partes.** Entre ellas encontramos las ya nombradas factum principis, potestas variandi, y el error calculi en sus modalidades de equivocaciones o errores materiales y errores en cuenta.
- (2) **Alteraciones no imputables a ninguna de las partes.** Se refiere más bien a hechos o acontecimientos sobrevenidos, algunos previsibles y otros no, que acaecen indistintamente de la voluntad o de la diligencia de las partes. De tratarse de uno de estos últimos supuestos, nos encontraríamos ante una situación de reclamación de incumplimiento y/o responsabilidad civil contractual, y no de un supuesto de riesgos o vis maior.

(c) El "álea normal" y el "álea anormal":

Como afirma Marienhoff *"en todo contrato, el cocontratante en un contrato "administrativo" debe soportar, a su propio costo y riesgo, el*

(30) *Ídem.*, p. 8.

álea “normal” de toda negociación, no así el álea “anormal”, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas”.⁽³¹⁾ En cuanto a la primera, se señala que:

“El álea ordinaria es la circunstancia desfavorable, de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever en sus previsiones. Este álea la soporta el contratante”.⁽³²⁾

Por otro lado, explica:

“Álea “extraordinaria” o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir áleas anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depresiones monetarias, las crisis económicas, etc.”.⁽³³⁾

(31) Marienhoff, Miguel (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-A. Abeledo-Perrot. Argentina, p. 470.

(32) Jèze, Gaston (1950). *Principios generales del derecho administrativo*. (Teoría general de los contratos administrativos). Vol. V. Trad. Tercera ed. Editorial Depalma. Argentina, p. 43. El precedente de esta teoría viene formulado desde 1916 por el Consejo de Estado francés, como afirma JÈZE, en los siguientes términos: “*La variación del precio de las materias primas, en razón de circunstancias económicas, representa un álea del contrato, pudiendo, según el caso, ser favorable o desfavorable al proveedor y quedar a su cargo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta dicha álea, en los cálculos y previsiones que ha hecho antes de contratar. El juez del contrato sólo puede derogar estos principios en caso de que circunstancias imprevistas impongan al proveedor recargos excepcionales*” (Cons. de Est., 30 marzo 1916, *Société du gaz de Bordeaux*; 8 febrero 1918, *Société du gaz de Poissy*; 3 diciembre 1920, *Fromassol*; 9 noviembre 1921, *Société des carbures*, etc.) [...]” p. 43; cfr. p. 17.

(33) Marienhoff. (1970) T. 3-A, p. 524.

Según la doctrina clásica, con Jèze a la cabeza, el álea anormal o extraordinaria excede los límites o extremos que las partes pudieran tener en cuenta al celebrar el contrato, y puede invocarse para obtener una participación temporaria de la Administración en la pérdida sufrida por el contratista.⁽³⁴⁾ Por ello:

“El quebranto, trastorno o deterioro, ocasionado por el hecho o acto perturbador debe superar el álea “normal”. [...] Sólo el álea “anormal” puede dar lugar al resarcimiento”.⁽³⁵⁾

En definitiva, la dificultad consistirá en determinar si estamos, de hecho, ante un supuesto de álea normal o de álea anormal.⁽³⁶⁾ El contratista, sostiene Jèze, intentará siempre ampliar los límites del álea anormal, mientras la Administración procurará restringirla. Como se puede ver, en esta teoría del álea normal (ordinaria) y del álea anormal (extraordinaria) convergen elementos de todas las anteriores clasificaciones. Se hace referencias a elementos económicos (álea económica o comercial externa) y a la diligencia que debe tener el contratista en el riesgo implícito en su actividad; a su vez, estos elementos no son imputables a ninguna de las partes, por tratarse de externalidades económicas. Pero lo más importante es que asocia la normalidad con la previsibilidad, y la anormalidad con la imprevisibilidad, suponiendo riesgos previsibles o normales y riesgos imprevisibles o anormales y, por ello excepcionales; por este motivo estos últimos son indemnizables, porque de lo contrario se obligaría al contratista a prever lo imprevisible y a soportar las consecuencias derivadas de esas alteraciones contractuales.

3) Materialización del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos

La doctrina ha señalado seis principios del equilibrio económico y financiero,⁽³⁷⁾ a continuación se detalla el tratamiento dado a cada uno de estos principios en Costa Rica.

(34) Jèze. (1950) Vol. V, p. 44.

(35) Marienhoff. (1970) T. 3-A, p. 470.

(36) Jèze. *Op. cit.* Cfr. Marienhoff. *Íd.*, p. 543.

(37) González-Varas Ibáñez, Santiago (2008). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV (Contrato administrativo). Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. Navarra, España, pp. 387 y ss.

(a) Riesgo y ventura

Como atinadamente apunta el profesor Jiménez Meza, en Costa Rica se regula el principio de riesgo pero no así el principio de ventura para *“mantener la exigida proporcionalidad entre la desventura y la ventura, siendo que su inclusión daría un mejor ángulo de precisión conceptual, aún cuando no por su falta de regulación positiva deje de estar como principio objetivo de la relación contractual”*.⁽³⁸⁾ Este principio se sobrentiende parte de la relación contractual, con arreglo de la jurisprudencia constitucional aplicable a la materia y del adecuado equilibrio de las prestaciones.

Los artículos 15 y 20 de la LCA disponen la obligación de la Administración y del contratista, respectivamente, de ejecutar el contrato de acuerdo con lo pactado, reconociendo el derecho del contratista a que le sean reconocidos los intereses respectivos por el atraso de la Administración en el *“pago de sus obligaciones”* (art. 19 LCA). Sin embargo, en la LCA, solo el artículo 60 menciona el “riesgo” propiamente dicho, y referido exclusivamente a la “regulación especial” de la obra pública: *“La ejecución del contrato de obra se realizará por cuenta y riesgo del contratista y la Administración no asumirá ante él más responsabilidades que las previstas en la contratación”*. [El resaltado se agregó al texto original].

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 60 de la LCA parcialmente transcrito, el artículo 150 del RLCA, aunque haciendo eco de lo dispuesto en la ley, reconoce también el derecho al equilibrio económico como contrapartida del riesgo y en consideración a la mayor o menor ventura o desventura del contratista. Este último artículo nos dice: *“En el contrato de obra la ejecución se realizará por cuenta y riesgo del contratista, sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio económico del contrato, en los términos que lo regula la respectiva normativa. La Administración no asumirá ante el contratista más responsabilidades que las previstas y derivadas de la respectiva contratación”*. [El resaltado se agregó al texto original].

La distribución del riesgo en el contrato de concesión se encuentra en el artículo 36 de la LGCOSP, pero referida exclusivamente a la etapa de construcción. El inciso a) de dicho artículo indica que la obra se ejecutará a riesgo del concesionario, quien debe asumir, incluso,

(38) Jiménez Meza, Manrique (1999). *Justicia constitucional y administrativa*. Segunda ed. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica, pp. 162-163.

los fenómenos de caso fortuito o de fuerza mayor que se presenten. Sin embargo, cuando se produce un atraso por causas imputables a la Administración, contará con una prórroga igual al período de entorpecimiento o paralización (art. 36, inc. b), LGCOPSP). Así mismo, el concesionario debe rendir una garantía de cumplimiento específica para la etapa de construcción, conforme al artículo 41 del RLGOPSP, en consonancia con los artículos 32 y 33 de la LGCOPSP.

La Res. **12-2008** de las 16:00 hrs. del 30 de abril de 2008 del Trib. Cont. Adm. Sec. VI, desarrolla el tema de la fuerza obligatoria de los contratos administrativos, así como la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.⁽³⁹⁾ Específicamente los votos **7261-94** de las 8:30 hrs. del 9 de diciembre de 1994, **1555-98** de las 11:57 hrs. del 6 de marzo de 1998 y el citado Voto **6432-98**, todos de la SCCSJ, se refieren al presente principio.

Interesa resaltar que la jurisprudencia del Trib. Cont. Adm. sostiene que la doctrina de la fuerza mayor y del caso fortuito actúa como eximente de la responsabilidad contractual; la carga de la prueba recae sobre quien alega la existencia de dicha situación, y no puede prosperar una acción en ese sentido cuando anteriormente ha mediado el incumplimiento puro y simple del contratista. Véase la Res. **16-08-S.X** de las 13:30 hrs. del 30 de setiembre de 2008, del Trib. Cont. Adm. Sec. X.

(b) Hecho del príncipe

En el ordenamiento jurídico costarricense, el principio del “hecho del príncipe” encuentra poca regulación, y exclusivamente referida a la figura de la concesión. En el caso de la concesión de gestión de servicios públicos,⁽⁴⁰⁾ lo encontramos regulado en el artículo 31, párr.

(39) Como complemento pueden verse las Resoluciones: **000460-F-03** de las 10:45 hrs. del 30 de julio de 2003, **000904-F-2006** de las 8:55 hrs. del 17 de noviembre de 2006 y **309** de las 14:50 hrs. del 31 de octubre de 1990, todas de la SPCSJ.

(40) El régimen de prestación indirecta de los servicios públicos bajo la modalidad de concesión, está doblemente regulado en Costa Rica. La concesión de gestión de servicio público en la LCA y LARESEP, y la concesión de obra pública (con gestión de servicio público o sin ella) en la LGCOPSP.

tercero, de la LARESEP, cuando afirma que: “[...] La Autoridad Reguladora deberá aplicar modelos de ajuste anual de tarifas, en función de la modificación de variables externas a la administración de los prestadores de los servicios, tales como inflación, tipos de cambio, tasas de interés, precios de hidrocarburos, fijaciones salariales realizadas por el Poder Ejecutivo y cualquier otra variable que la Autoridad Reguladora considere pertinente [...]”. [El subrayado se agregó al texto original].

Por otro lado, el artículo 17, inc. d), de la LGCOPSP parece referirse de forma directa al “hecho de la Administración”, cuando dispone como un derecho del concesionario: “[...] d) Plantear ante la Administración concedente el reclamo pertinente cuando se encuentre en un caso de imposibilidad de cumplimiento por medidas generales o económicas adoptadas por los poderes del Estado con posterioridad al contrato; para ello se estará sujeto a que disponga en la cláusula arbitral del contrato de concesión. En esos casos, el concesionario estará obligado a demostrar, a la Administración concedente, la verdad real de la causa que imposibilita el cumplimiento. Mientras tanto, deberá continuar brindando el servicio público. La Administración concedente tendrá un plazo improrrogable de quince días hábiles para resolver; comprobada la causa, estará obligada a acordar el rescate de la concesión [...]”.⁽⁴¹⁾ [El subrayado se agregó al texto original]

El presente principio se encuentra recogido en los citados votos **998-98** y **6432-98**, de la SCCSJ.⁽⁴²⁾ En el mismo sentido, véase el voto **2001-04552** de las 10:41 hrs. del 25 de mayo de 2001, de la SCCSJ, y la Res. **001019-F-2006** de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005, de la SPCSJ.

(41) Medidas generales o económicas, como la prevista en el artículo 66 de la LGCOPSP en cuanto al régimen salarial de los trabajadores portuarios.

(42) “[...] es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades. Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones [...]”.

Y aún y cuando así parece recogerse también en las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo como puede verse de la Res. **37-2007** de las 13:30 hrs. del 13 de agosto de 2007, (Sec. IV)⁽⁴³⁾ y la Res. **10-2006** de las 11:00 hrs. del 8 de febrero de 2006 (Sec. IV); la CGR ha asumido de forma distinta el citado principio para equipararlo al de modificación contractual, por las razones que se mencionan:

“[...] al ser la causa de la variación un hecho imputable a la Administración (hecho del príncipe), esta tiene la obligación de indemnizar al contratista a fin de mantener el equilibrio económico del contrato. Al respecto el autor Miguel Angel Bercaitz señala: [...] “...La mayoría de los autores no hace distingo alguno entre “hecho de la Administración” y “hecho del príncipe”, como lo hace Escola, según se trate de un acto o de un hecho que emane de la Administración, como parte contratante, en el primer caso, o exclusivamente como poder público en el segundo. Nosotros consideramos que la distinción no se justifica, por cuanto el “hecho de la Administración”, como el “hecho del príncipe”, actúan por igual, con sus consecuencias, dentro del “álea administrativa”, y otorgan al cocontratante una indemnización también igual, integral y definitiva,

(43) *“[...] como lo previeron tales disposiciones que forman parte del contrato, y que dan sustento a la teoría de la imprevisibilidad, sino a una decisión unilateral de la Municipalidad, la que tampoco puede sustentarse en la llamada doctrina hecho del príncipe (factum Principis) –que precisamente está edificada en las potestades de la Administración para modificar unilateralmente el contrato, y que en tal virtud, genera la obligación de resarcir los quebrantos que cause al Contratista por ese motivo, pues de otro modo se pone en peligro el equilibrio financiero del contrato–, por cuanto la misma no es de carácter general ni objetiva que se manifiesta en el ámbito económico del contrato (por ejemplo la creación de cargas tributarias) sino más bien específica para el contratista, en este caso, la empresa [...]; en tanto la responsabilidad del hecho del príncipe no es directa, sino refleja pero incide en el ámbito del contrato, en tanto le causa al Contratista un daño resarcible; con lo cual en este caso, se genera más bien la responsabilidad de la Administración (reparación integral) de los daños causados por el indebido ejercicio de sus potestades de modificación unilateral”. [El subrayado se agregó al texto original].*

para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato...". (Ver Bercaitz Miguel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ediciones Depalma Buenos Aire, 2da. Edición, 1980, pág. 387.) Como se puede observar, la jurisprudencia y la doctrina son uniformes al señalar que las variaciones en el precio de un contrato originadas en un hecho de la Administración o del Príncipe deben ser objeto de indemnización, al amparo del principio de intangibilidad patrimonial que rige la contratación administrativa".⁽⁴⁴⁾

"Pero [...] la posición de la CGR es desacertada al señalar que los efectos de la modificación unilateral del contrato y el hecho del príncipe son idénticos y, por ende, deben tratarse como una sola figura. Fundamento mi criterio en que, en el primero de los casos, la Administración otorgará una compensación del precio del contrato o de la tarifa por cobrar a los usuarios, mientras que en el segundo de los casos –como afirmamos– dependerá de la especialidad del daño causado al concesionario o al contratista".⁽⁴⁵⁾

(c) Ius variandi o modificación unilateral

Contrario a lo ocurrido con el principio de hecho del príncipe, el principio de *potestas variandi* o modificación unilateral del contrato como prerrogativa de la Administración, sí encuentra un desarrollo normativo considerable en Costa Rica.

El más importante lo encontramos en el artículo 12 de la LCA y en el 200 del RLCA, los cuales imponen límites cualitativos y cuantitativos (nomenclatura utilizada por la CGR) para el ejercicio de esa

(44) Res. **RC-101-2003** de las 8:00 hrs. del 17 de febrero del 2003, de la CGR; como ya lo había sostenido en el oficio **4139** del 16 de abril de 2002 (DAGJ-569-2002).

(45) López Jiménez (2010), p. 243.

prerrogativa administrativa.⁽⁴⁶⁾ En ese sentido, la Administración podrá modificar el objeto de la contratación (aumentándolo o disminuyéndolo) siempre y cuando:

1. El contrato esté en ejecución y no se encuentre acabado, recibida la obra o suministro, finiquitado o suspendido.
2. La disminución o el aumento no puede ser mayor del 50% del objeto actual del contrato.
3. Únicamente cuando concurren circunstancias imprevisibles al momento de iniciarse los procedimientos.
4. Que la modificación sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido.
5. Que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto para el procedimiento de contratación de que se trate.⁽⁴⁷⁾

En el caso de los objetos de contratación, como el equipo tecnológico, que varían rápidamente en el tiempo e, incluso, en algunos casos alcanza la obsolescencia, se establece la posibilidad de la Administración de recibir objetos actualizados en relación con el bien adjudicado, siempre y cuando:

- a) Los objetos sean de la misma naturaleza.
- b) Se dé un cambio tecnológico que mejore el objeto.
- c) No se incremente el precio ofertado.
- d) Se mantengan las demás condiciones que motivaron la adjudicación.

(46) En el caso del derecho privado, el artículo 1023.2, inc. a), del CC establece la nulidad absoluta de las cláusulas según *“las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar, por sí solo si el bien vendido es conforme al mismo”*.

(47) Se refiere al artículo 27 de la LCA, el cual establece los topes de contratación, en relación con el presupuesto asignado a cada Administración, para la determinación del contrato y procedimiento de contratación (licitación pública, abreviada o contratación directa) por utilizar.

En el caso de la concesión de gestión de servicios públicos, el artículo 74, párr. 6, de la LCA sostiene que: *“La Administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo. Si estas modificaciones alteran el equilibrio financiero de la gestión, la Administración deberá compensar al contratista, de manera que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación”*.

Por otro lado, la LGCOPSP regula, en su artículo 15, el derecho de la Administración de modificar *“por razones de interés público, las características de las obras concesionadas y los servicios de la concesión”* (art. 15, inc. a), LGCOPSP),⁽⁴⁸⁾ y aparejado a ello, el derecho del concesionario de solicitar *“ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo”* (art. 17, inc. c), LGCOPSP). Sin embargo, en este último caso cabría preguntarse si estamos ante una verdadera modificación unilateral de la Administración si esta ocurre a pedido del concesionario.⁽⁴⁹⁾

El contenido de este artículo 15, inc. a), de la LGCOPSP se encuentra desarrollado en el artículo 47 del RLCOPSP, el cual impone una serie de límites similares a los contenidos en el artículo 12 de la LCA. Se regula así el derecho de modificación del contrato por razones de interés público, en el siguiente sentido:

1. La Administración podrá modificar, disminuir o aumentar unilateralmente el contrato (art. 47.1).
2. Debe darse durante la ejecución del contrato (art. 47.1).

(48) En el mismo sentido se expresa el artículo 48.1 de la LGCOPSP.

(49) Distinto a lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el artículo 48.3. del RLCOPSP, el cual dispone que: **“Artículo 48.- Potestades de fiscalización y control. [...] 48.3 Corresponderá al órgano designado, verificar el cumplimiento del objeto de la concesión, advertir, a quien corresponda de acuerdo con el régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución de las obras o la explotación del servicio, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución del contrato de concesión cuando advierta fundamento para ello”**.

3. La modificación recaerá sobre las obras y los servicios contratados, y no podrá superar el 25% de la inversión prevista en el contrato (art. 47.1).
4. Solo procederá por razones de interés público, según lo dispuesto en el artículo 113 de la LGAP⁽⁵⁰⁾ (art. 47.1).
5. Si las modificaciones causan perjuicio al concesionario, se compensará al concesionario con las indemnizaciones necesarias⁽⁵¹⁾ (art. 47.2).
6. El monto de las indemnizaciones por reconocer al concesionario, se fijará por acuerdo mutuo de las partes y, a falta de este, por la cláusula arbitral prevista en el contrato⁽⁵²⁾ (art. 47.2).
7. La indemnización podrá reconocerse en el plazo de la concesión, por aumento de las tarifas, aportes de la Administración concedente o cualquier otro régimen económico de la concesión, y se puede recurrir a más de un factor a la vez con el propósito de restablecer el equilibrio económico financiero del contrato (art. 47.2).
8. Cuando la facultad de modificación se ejercite para aumentar el monto de inversión, el concesionario deberá ajustar el monto de las garantías de explotación o de construcción, según sea el caso, a solicitud de la Administración (art. 47.3).

(50) “**Artículo 113.-** 1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

(51) El artículo 47.2 confunde el pago por compensación y el pago indemnizatorio. El primero forma parte del precio del contrato; en el segundo caso, la Administración participa de los daños ocasionados al contratista con ocasión de la modificación contractual.

(52) Artículos 4.2., 15 inc. b), 17 inc. d), 39 y 48 LGCOPSP.

9. Si la variación de las condiciones pactadas inicialmente a favor del concesionario le permiten la recuperación de su inversión de manera anticipada, junto con su correspondiente utilidad, “*la Administración podrá gestionar una disminución real en la tarifa, previo estudio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*” (art. 47.4).

Acerca del desarrollo jurisprudencial de la prerrogativa de *ius variandi* pueden consultarse las siguientes resoluciones: **2001-01055** de las 16:48 hrs. del 6 de febrero de 2001 (SCCSJ), **2003-11398** de las 14:44 hrs. del 8 de octubre de 2003 (SCCSJ), **001019-F-2006** de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005 (SPCSJ), **DCA-1664** del 22 de mayo de 2007 (CGR), oficio **04603** del 6 de abril de 2006 (CGR) y **000577-F-2007** de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007 (SPCSJ).

(d) Sujétions imprévues

“Se trata de una teoría especial (por lo menos en la práctica) de los contratos de obras públicas. Supone dificultades de orden material que las partes no podrían prever y que hacen recaer una carga grave y anormal sobre el empresario (p. ej., el encuentro de una capa de agua, que no se podía sospechar, al hacer un túnel)”.⁽⁵³⁾

Esta teoría de los contratos de obra pública no ha tenido reconocimiento en Costa Rica y ha sido incorrectamente reconducida a la prerrogativa de *ius variandi*. Aunque no encontremos en el ordenamiento jurídico costarricense sustento normativo para la aplicación de este principio, si atendemos al fundamento de la imputación de responsabilidad reconocido por la doctrina, tendremos elementos comunes presentes en el ordenamiento jurídico costarricense que permitirían esta aplicación de la que hablamos. Así, en cada uno de estos principios parece recurrirse a los mismos criterios constitucionales para justificar el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Al respecto, se tienen dos soluciones:

- (a) Aplicar el principio de que el contrato de obra es un contrato de resultado y entender que, por ser un hecho no imputable a

(53) Vedel, Georges (1980). *Derecho administrativo*. Trad. Sexta ed. Aguilar Ediciones. España, pp. 211-212.

ninguna de la partes, el contratista debe asumir el riesgo de haber pactado la obra a un precio fijo y determinado, y posiblemente a suma alzada (art. 1193 CC).

- (b) La segunda solución, seguida por el Consejo de Estado francés,⁽⁵⁴⁾ es aplicar los principios de buena fe y de equidad y, atendiendo a la presunta intención de las partes, reconocer que el contratista siempre tendrá el derecho de cobrar la obra que realmente ejecute⁽⁵⁵⁾ y, de ese modo, concederle a este una indemnización por concepto de los mayores costos de ejecución, así como el respectivo lucro cesante.

En el ámbito doctrinario se discute sobre el fundamento de esta segunda solución. De Laubadère, por ejemplo, la critica por ser una “solución facilista y artificial y sostiene que la indemnización surge como una “regla de equidad” creada pretorianamente por la jurisprudencia”.⁽⁵⁶⁾ Bajo las mismas consideraciones pueden encontrarse las posiciones de Marienhoff⁽⁵⁷⁾ y Berçaitz,⁽⁵⁸⁾ quienes también critican el recurso de la equidad como fuente del derecho y, por el contrario, proponen el principio de enriquecimiento sin causa de la Administración como fundamento de la indemnización, por el surgimiento de las dificultades materiales imprevistas.⁽⁵⁹⁾

Por su parte, Granillo Ocampo estima que el fundamento de hacer recaer esa carga extracontractual en la Administración, se encuentra en la vinculación del contrato al interés público, el cual es, necesariamente, el fin perseguido por la Administración.

(54) Véase: Jèze. (1950) Tomo V., pp. 243-247.

(55) Granillo Ocampo, Raúl Enrique (1990). *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Primera ed. Editorial Astrea. Argentina, p. 59.

(56) Citado por: *Ídem*.

(57) Marienhoff, Miguel (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-B.

(58) Berçaitz, Miguel Ángel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda ed. Ediciones Depalma. Argentina, pp. 444-446.

(59) Afirma Granillo Ocampo que: “el Estado es quien desea que la obra se ejecute de todas maneras y es quien se beneficia del mayor volumen ejecutado”. En: *Op. cit.*, p. 60.

“Esa nota tipificante implica la asociación de la figura contrato (como fuera pensado en el derecho privado) con el interés social, lo que se traduce en la totalización de una convención originalmente conmutativa mediante la aplicación de principios de justicia distributiva. Satisfacer ese interés público, impone al Estado privilegiar la vida económica del contrato. Para lograrlo, es necesario subordinar todas las contingencias posibles a ese fin primario esencial, de manera que sin perjuicio de mantener en principio la inmutabilidad del contrato, sea posible imponer en él todas aquellas restricciones necesarias para evitar que circunstancias imprevisibles o imprevistas, a través de la agravación de la carga del contratista, resulten en su extinción. [...] Esa nota teleológica del contrato, esa necesidad de que el fin del contrato se concrete, no puede traducirse en una carga diferencial en contra del contratista. Si la sociedad como un todo es la interesada, es esa sociedad la que debe satisfacer en conjunto el pago de trabajos no previstos en el contrato, pero necesarios para que la obra se ejecute o el contrato se complete [...]”.⁽⁶⁰⁾

Entonces, con fundamento en el principio de justa distribución de las cargas públicas (arts. 18 y 33 CP), debe hacerse público (a través de la recaudación fiscal) el mayor costo de ejecución, a diferencia de lo que sucedería en el derecho privado, y cubrir la Administración ese mayor costo, indemnizando al contratista, procurando la satisfacción del interés público y evitando así un enriquecimiento sin causa. Pero, como afirmaba De Laubadère, optar por una u otra solución es una decisión jurisprudencial pretoriana que, salvo disposición expresa en el contrato, dependerá del arbitrio del juzgador.

(e) Teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión sentada por el *affaire* “Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux” del 30 de marzo de 1916, del Consejo de Estado francés, no tiene reconocimiento alguno en Costa Rica desde

(60) *Ídem.*, pp. 61-62.

la derogación del *Reglamento de la Contratación Administrativa*, Decreto n.º 7576-H del 23 de setiembre de 1977.⁽⁶¹⁾

En ese sentido, pueden consultarse la Res. **114-1990** de las 14:30 del 28 de marzo de 1990, de la SPCSJ; el sumamente ilustrativo oficio **14327** del 24 de noviembre de 1988 (3154-L-88) y el oficio **19393** del 18 de marzo de 1996, estos últimos de la CGR.

La única referencia que podemos encontrar a la “teoría de la imprevisión” se la debemos a la SCCSJ:

“VI.- DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE ORIENTAN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Son los caracteres jurídicos de los servicios públicos los que determinan la esencia de su prestación, sin los cuales la noción de servicio público quedaría desvirtuada. Comprende los siguientes: 1.- la continuidad, de donde, debe adoptarse toda medida necesaria para impedir que la prestación efectiva y eficiente se lesione, es decir, que quien preste el servicio no debe realizar acto alguno que comprometa la eficacia y continuidad en la prestación del servicio público, para garantizar la prestación sin interrupción alguna, para que la prestación sea oportuna. Coadyuvan a este carácter la prohibición de la huelga de los trabajadores que lo prestan o el paro patronal; la teoría de la imprevisión, la prohibición de la ejecución forzosa, y la ejecución directa o rescisión de la concesión [...]”.⁽⁶²⁾

(f) Reajuste de precios/ajuste de tarifas

Las figuras del reajuste de precios y la modificación de tarifas persiguen el mismo objetivo, el cual es, automatizar y objetivizar las

(61) Derogado por el *Reglamento General de la Contratación Administrativa*, Decreto Ejecutivo n.º 25038-H del 6 de marzo de 1996, el cual a su vez fue derogado por el actual *Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa*, Decreto Ejecutivo n.º 33411-H, del 27 de setiembre de 2006.

(62) Voto **2001-09676** de las 11:25 hrs. del 26 de setiembre de 2001, de la SCCSJ.

reclamaciones de ajuste respectivas ya sea a través de las fórmulas introducidas en los contratos o por metodologías preestablecidas. Como veíamos, con cita del voto **6432-98**, no interesa que existan distintas metodologías aplicables para el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato siempre y cuando independientemente de la metodología utilizada se mantenga en valor real de la prestación.

Así, por ejemplo, el RRP prevé distintas metodologías de reajuste según sea que el contrato se haya pactado en colones (moneda de curso legal de Costa Rica) o en moneda extranjera, sin que ello signifique un quebranto del derecho al mantenimiento del equilibrio económico.

Para el caso de los contratos de concesión de gestión de servicio público la competencia de revisión tarifaria recae de forma exclusiva en la Aresep (Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos) *“como institución a la que compete justamente fijar precios y tarifas en materia de servicios públicos, así como velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima en materia de servicios públicos. Y es que este Tribunal no puede ni debe sustituir a las administraciones o autoridades públicas en la resolución de los asuntos que –por disposición expresa de nuestro ordenamiento jurídico– son propios de su ámbito de competencia”*.⁽⁶³⁾

Por el contrario, en el caso de los contratos de concesión de obra pública con o sin gestión de servicio público dicha competencia de revisión tarifaria recae sobre la entidad adjudicataria. En Costa Rica la experiencia en este tipo de contratos es escasa dado que son pocos los contratos celebrados bajo esta modalidad contractual, los cuales en algunos casos ni siquiera han iniciado la ejecución contractual. Este es el caso del “Contrato de concesión de obra pública con servicios públicos para la construcción y operación de la terminal granelera de Puerto Caldera” (febrero de 2006).⁽⁶⁴⁾

Se denota en el ordenamiento jurídico costarricense dos puntos de interés, el primero respecto de la ausencia de regulación normativa en materia de reajuste de precios y exclusivamente referida a los

(63) Voto **7317-05** de las 14:56 hrs. del 14 de junio de 2005, SCCSJ.

(64) Licitación pública internacional n.º 03-2001-CNC, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 68 del 5 de abril de 2001.

contratos de obra pública, y segundo, la ausencia de un procedimiento de reclamación claramente establecido que permita una respuesta célebre evitando el tratamiento casuístico de este tipo de reclamaciones.

Interesa también rescatar que en materia de concesión de obra, y en general en toda la contratación administrativa, el financiamiento se ha convertido en un tema central. En otros países “*en el área de financiamiento público de carreteras, se ha llegado a hablar de una “nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo”, con la aparición de figuras como el “peaje en sombra”, los “sistemas privados de financiación de carreteras y sistemas mixtos e intermedios” y la delegación de funciones públicas de construcción y financiación de carreteras por agentes privados concesionarios previsto en la Ley alemana de 1994*”.⁽⁶⁵⁾

4) **Metodologías utilizadas para garantizar el derecho al equilibrio económico del contrato**

En Costa Rica históricamente se han seguido cuatro metodologías de reajuste. Aunque de *vieja data*, el Voto **7261-94** de las 8:30 hrs. del 9 de diciembre de 1994 de la SCCSJ explica, *grosso modo*, en qué radica cada metodología:

“VIII.- MÉTODOS DE CÁLCULO.- [...] El Método Sintético, que está basado en el comportamiento de los índices de precios, sean éstos publicados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio o por las Cámaras de Construcción en las diferentes ramas. **El Método Analítico**, que se fundamenta en las variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes. **El Método Analítico Modificado**, que se basa en los aumentos de la mano de obra, los pagos internacionales, en los materiales incorporados y combustibles requeridos en la ejecución de la obra. Y por último, el llamado **Método Sintético Alternativo**, como procedimiento

(65) López Jiménez (2010), p. 125. Con cita de: González-Varas Ibáñez. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo VI (Derecho administrativo económico), pp. 185, 195 y 200.

particular para los contratos de construcción de edificios y obras similares. Como el reajuste es la actualización del precio, en los términos ya definidos, el empleo de uno u otro método debe ser indiferente. Todos deben llevar a concretizar el valor real del precio contractual y lo que tienen en común todos estos métodos, es que el cálculo se hace con la aplicación de una fórmula matemática que se define de previo en los carteles de las licitaciones, en los contratos respectivos o en las modificaciones a los contratos, y dentro de la fórmula, se deben incluir los elementos que la componen y los valores que se atribuyen [...]”.⁽⁶⁶⁾ [El resaltado y el subrayado se agregaron al texto original].

El RRP recoge los métodos sintético y analítico en los artículos 11 a 19 (y en el artículo 18 de la LCA) para el caso del método sintético y 20 y 23 para el método analítico. Tan solo el artículo 23 del RRP (Metodología de reajuste para cálculo de contratos en moneda extranjera) introduce una metodología distinta a las anteriores:

“En los contratos pactados total o parcialmente en moneda extranjera, [...] la variación del tipo de cambio vigente a la fecha efectiva de pago actúa como “medio natural de reajuste”, según el párr. primero del artículo 23 del RRP. No obstante, y excepcionalmente, procederá el reajuste de precios cuando el mecanismo de la variación del tipo de cambio no haya cubierto el precio del insumo o servicio en cuestión”.⁽⁶⁷⁾

5) Remedios procesales

(1) El procedimiento administrativo seguido en Costa Rica para el reconocimiento del derecho al mantenimiento del equilibrio

(66) Debe tenerse presente que: “[...] el método sintético alterno se encuentra derogado [...]”. Oficio 4203 del 22 de marzo de 2006 (DCA-0697), de la CGR.

(67) López Jiménez (2010), p. 365.

económico de los contratos administrativos, posee una escueta regulación, así como la remisión al procedimiento común contemplado en la LGAP. Se debería, por ello, plantear la necesidad de crear un procedimiento sumarisimo, que garantice la celeridad en la tramitación de estos procedimientos.

(2) El CPCA trae consigo un cambio paradigmático⁽⁶⁸⁾ en cuanto a cómo entendemos la tutela judicial en la contratación administrativa. Se concluye que:

1. El CPCA ofrece un nuevo panorama para la práctica forense administrativa, provechoso especialmente a la materia de contratación administrativa, a la cual se le otorga un reconocimiento expreso en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 2, inc. a), del Código. Con ello, se cuenta con una mayor receptividad de la jurisdicción contenciosa a la materia de contratación administrativa y, más importante aún, al contrato administrativo como figura.
2. Si bien la nueva jurisdicción contenciosa costarricense no ofrece regulaciones exclusivas en esta materia, el CPCA establece una serie de innovaciones respecto de la legislación anterior (LRJCA), que conllevan una mayor tutela del contratista en su relación jurídico contractual administrativa. Así, las partes del contrato deberán ajustar sus conductas, ante la naturaleza revisora universal y plenaria de la nueva jurisdicción contenciosa, por ser la posición de la Administración menos acomodaticia y, evidentemente, más equiparable a la del contratista, al menos en el ámbito procesal.

(3) Salvo el régimen tarifario de competencia exclusiva de la Aresep, no se encuentra imposibilidad alguna para la conciliación o la arbitración de las controversias originadas en materia de equilibrio económico, en tanto no se contravenga el orden público; la irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad de potestades de imperio, o la imposibilidad de disponer del dominio público, servicio público o de conceder beneficios que solo pueden otorgarse previo procedimiento administrativo, como concesiones, permisos y autorizaciones.

(68) Véase: Jinesta Lobo, Ernesto (2009). *“La nueva justicia administrativa en Costa Rica”*. *Revista de Administración Pública* (179). Mayo-agosto.

(4) En Costa Rica el arbitraje de las controversias patrimoniales es un derecho fundamental (art. 43 CP) que no distingue entre sujetos públicos y privados. La patrimonialidad o disponibilidad del derecho sometido a arbitraje actúa como criterio funcional para la aplicación del arbitraje en el derecho público. Si bien es improcedente someter a arbitraje el ejercicio de potestades de imperio, no se encuentra imposibilidad para que los efectos patrimoniales (de índole indemnizatoria) que del ejercicio de dichas potestades de imperio puedan derivarse sean arbitrables.

(5) El papel de la jurisdicción constitucional en reclamaciones por equilibrio económico de los contratos administrativos, debe descartarse. El recurso de amparo no es un mecanismo idóneo para el reequilibrio de los contratos administrativos. A lo sumo, el conocimiento de esta jurisdicción debe limitarse a las acciones de inconstitucionalidad dirigidas a “atacar” las normas de carácter general, que nieguen el derecho al equilibrio económico de los contratos administrativos.

II. CONCLUSIONES

- (a) Los principios sentados por la SCCSJ, en materia de equilibrio económico, han tenido una significativa asimilación en la jurisprudencia administrativa y judicial.
- (b) Sin embargo, se denotan confusiones terminológicas y conceptuales en ciertas resoluciones judiciales y administrativas.
- (c) Se puede apreciar, por ejemplo, que las resoluciones de la SCCSJ que definen la figura del contrato administrativo recurren a criterios disímiles y contradictorios, tales como la subordinación del contratista a la Administración, la teoría negativa del acto bilateral y el criterio de naturaleza administrativa del acto.
- (d) Así mismo, del año 2008 a la fecha (entrada en vigencia del CPCA), han proliferado los reclamos por reajuste de precios y tarifas en esta jurisdicción. Preocupa, eso sí, que en tanto se denota el conocimiento que algunas secciones del Tribunal tienen en la materia, otras secciones no están especialmente familiarizadas con este tipo de reclamaciones.

Será de gran importancia que la SPCSJ sienta los precedentes jurisprudenciales de rigor para aclarar muchas de esas confusiones.

- (e) Preocupa también que muchos de los fallos estudiados realizan una repetición mecánica de los Votos **998-98** y **6432-98**, sin efectuar una verdadera valoración de cada caso y como si de estos se abstraieran soluciones para casos concretos.
- (f) Considero que, a pesar de las críticas de judicialización de la contratación administrativa, se puede ser optimista en cuanto a la tutela judicial ofrecida por el CPCA, al adaptarse dicha legislación, de una manera más adecuada, a los cánones del artículo 49 de la CP.
- (g) Por último, sería recomendable la aclaración y desarrollo, vía legislativa, de los principios de equilibrio de intereses e intangibilidad patrimonial, sin limitarlos al supuesto de reajuste de precios, como lo hace la actual legislación.

III. BIBLIOGRAFÍA

- Ariño Ortiz, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Primera ed. Instituto de Estudios Administrativos. España.
- Berçaitz, Miguel Ángel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda ed. Ediciones Depalma. Argentina.
- Casetta, Elio (2005). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Sétima ed. Giuffrè Editore. Italia.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. 1ed. argentina de la 12ed. española con Notas de Agustín Gordillo. Editorial La Ley. Argentina. Tomo I.
- González-Varas Ibáñez, Santiago (2008). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV (Contrato administrativo) y Tomo VI (Derecho administrativo económico). Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. Navarra, España.
- Granillo Ocampo, Raúl Enrique (1990). *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Primera ed. Editorial Astrea. Argentina.

- Hernández Valle, Rubén (2008). *El derecho de la Constitución*. Tomo. II. Primera ed. Editorial Juricentro. Costa Rica.
- Jèze, Gastón (1950). *Principios generales del derecho administrativo*. (Teoría general de los contratos administrativos). Vol. V. Trad. Tercera ed. Editorial Depalma. Argentina.
- Jiménez Meza, Manrique (1999). *Justicia constitucional y administrativa*. Segunda ed. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica.
- Jinesta Lobo, Ernesto (2009). "La nueva justicia administrativa en Costa Rica". *Revista de Administración Pública* (179). Mayo-agosto.
- López Jiménez, Enrique (2010). *Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos*. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Marienhoff, Miguel (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-B. Cuarta ed. Abeledo-Perrot. Argentina.
- Marienhoff, Miguel (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-A. Abeledo-Perrot. Argentina.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Contratación Pública* (San José: Universidad de Costa Rica, 2003).
- Derecho Administrativo Especial. Contratación Administrativa* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).
- Derecho Administrativo General* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1999).
- Vedel, Georges (1980). *Derecho administrativo*. Trad. Sexta ed. Aguilar Ediciones. España.

**EL CONCEPTO DE “RESIDUO”. CONSECUENCIAS
SOBRE LOS DEBERES MUNICIPALES DE LA LEY
PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS**

Máster Ronald Hidalgo Cuadra^(*)
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Costa Rica

(Recibido 13/09/10; aceptado 30/11/11)

(*) e-mail: rhidalgo@cdp.co.cr.

Teléfono: 2296-5963

RESUMEN

Las definiciones que contiene la Ley para la Gestión Integral de los Residuos, No. 8839 del 24 de junio de 2010, representan un notable aumento en el compromiso de las municipalidades. La ley permite la intervención privada en la gestión de los residuos sólidos pero la falta de claridad puede ocasionar disputas sobre su propiedad y del derecho de aprovecharse de su valorización.

Palabras clave: Residuos sólidos, propiedad, educación, gestión integral, reciclaje, reducción.

ABSTRACT

The definitions set out in the Act on Integrated Solid Waste Management, Nr. 8839 of June 24, 2010 represent a remarkable increase in the commitments of local government. The Act allows private intervention in the management of solid waste, but the lack of clarity can lead to disputes over its ownership and the right to take advantage of its value.

Key words: Solid waste, ownership, education, integrated management, recycling, reducing.

SUMARIO

Introducción

1. Los residuos como competencia municipal
2. La noción de residuo
3. Propiedad de los residuos

Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Ley para la Gestión Integral de Residuos, No. 8839 del 24 de junio de 2010, se produce un cambio sustancial en el enfoque que ha presentado el ordenamiento jurídico sobre uno de los temas más apremiantes para los gobiernos locales. Trataremos en estas líneas lo relacionado con la recogida, traslado y tratamiento de los desechos sólidos en lo atinente a la esfera de competencia que tienen las municipalidades.

A partir del marco conceptual que esta ley establece, dimanan los roles que se asignan a los actores –públicos y privados– que participan en el proceso de gestión integral. El objeto será determinar si, a partir de la noción de “residuo” que utiliza la Ley No. 8839/10, es posible conocer los alcances del papel que corresponde al gobierno local.

1. LOS RESIDUOS COMO COMPETENCIA MUNICIPAL

Dentro de los cometidos que la colectividad espera de su municipio se encuentra lo relacionado con la recolección de las basuras. Si preguntáramos a cada ciudadano muy probablemente responderían que es un servicio municipal.

La recolección y disposición de los desechos es parte de las normas que, históricamente, han dado forma a las funciones del gobierno local. Desde su aparición en la Constitución Política de la Monarquía Española, de Cádiz de 19 de marzo de 1812, que instauró los ayuntamientos para el gobierno interior de los pueblos (artículo 309), ha constituido un cometido fundamental asignado a éstos, lo relativo a la “policía de comodidad y salubridad (artículo 321). En las Ordenanzas Municipales, Decreto XX de 24 de julio de 1867, se estableció como parte de las atribuciones de las municipalidades “todo lo que conduzca á la conservación de la higiene pública” (artículo 21, inciso 3, con la ortografía original).

El aumento de la población en las ciudades provoca que el ordenamiento jurídico fuera más claro en asignar a las municipales una específica responsabilidad en torno a los desechos, en lugar de englobarse como se venía haciendo en una de las finalidades que deben atender los gobiernos locales relacionada con la higiene pública. Si bien, para un momento inicial no se tratara de una tarea que

sobresaliera respecto de las demás labores municipales, las aglomeraciones urbanas hacen que el legislador deba tener una postura más definida.

Bajo el llamativo título de Ley de Administración de Servicios Públicos, No. 27 de 15 de diciembre de 1924, se comprendía dentro de los servicios públicos municipales el “acarreo, creación o destrucción de las basuras” (artículo 3), en la que, posiblemente, constituya la primera declaración del legislador enfocada en asignar directamente al gobierno local el manejo de los desechos.

Con la promulgación del Código Sanitario, mediante la Ley No. 809 del 2 de noviembre de 1949, se estableció:

“Artículo 270.- El servicio de recolección, acarreo y disposiciones de basuras, así como la limpieza de caños, acequias, alcantarillas, vías y parajes públicos estará a cargo de las Municipalidades las cuales podrán realizarlo por administración o mediante contratos con empresas o particulares que se otorgarán de acuerdo con las formalidades legales y que requerirán para su validez la aprobación del Ministerio de Salubridad.”

Esta norma representa un salto sobre la responsabilidad municipal que pasa de ser un tema de higiene (servicio de recolección y acarreo de basuras) para convertirse a un tema ambiental pues se habla de la disposición –en lugar de destrucción– de los desechos. Como parte de este interés ambiental, puede subrayarse que de acuerdo a este Código, constituía una obligación de los habitantes del país ayudar a convertir las basuras y desechos orgánicos de origen vegetal y animal en abonos, cooperando así en la obra de reconstrucción del suelo (artículo 273).

El primer Código Municipal, Ley No. 4574 de 4 de mayo de 1974, retorna a esa ausencia de una declaración abierta de la ley acerca de la competencia municipal en la recolección de la basura, pues da por supuesto que el servicio es municipal y, a partir de esta premisa, impone el pago de tasas. El artículo 87 menciona la recolección de basuras como algo natural de los servicios urbanos por lo que se cobran tasas municipales. Este Código fue derogado por un segundo Código Municipal que se emite por Ley No. 7794 de 30 de abril de 1998, que

conserva la tónica indirecta del anterior, omiso en calificar de municipal lo relacionado con el servicio de recolección y disposición de los desechos, pues genéricamente alude a “servicios públicos municipales” en su artículo 4°.

La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), realiza una enumeración de los servicios públicos, e incorpora en su inciso i) la “*Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales*” (artículo 5), mención que no se hace con otros servicios públicos municipales –como la administración de los cementerios o de los mercados públicos– pese a lo cual la Procuraduría General de la República califica la recolección y tratamiento de la basura es servicio de titularidad municipal dado el carácter “local” de la actividad o servicio.⁽¹⁾ Por ese entonces el Reglamento sobre Manejo de Basuras, Decreto Ejecutivo No. 19049-S de 20 de junio de 1989, con un texto similar al del Código Sanitario de 1949, expresaba:

“Artículo 7°.- El servicio de recolección, acarreo y disposición de basuras, estará a cargo de las municipalidades, la cuales podrán realizar por administración o mediante contratos con empresas o particulares, que se otorgarán de acuerdo con las formalidades legales y que requieran para su validez la aprobación del Ministerio.”

Al promulgarse la Ley para la Gestión Integral de los Residuos Sólidos, No. 8839 del 24 de junio de 2010 (en lo sucesivo LGIRS), hay un pronunciamiento legislativo en que las municipalidades “serán responsables de la gestión integral de los residuos generados en su cantón” (artículo 8).

Es posible concluir, entonces, que tratándose de la administración de un interés o servicio local, el legislador asigna a la municipalidad del cantón, como lo ha hecho desde su origen colonial y, de manera más ostensible desde la segunda década del siglo XX, el servicio de recolección y disposición de los residuos sólidos. En una primera etapa, incorporada como una atribución propia de la higiene de la comunidad; en una segunda fase obtiene una explícita asignación por la ley para

(1) Procuraduría General de la República, Dictamen C-188-2005 del 16 de mayo de 2005.

que, finalmente, aparezca como un deber dibujado por las variables ambientales, sociales y económicas que comprometen a múltiples actores (públicos y privados).

La recolección, tratamiento y disposición de los residuos sigue siendo un deber típico de cada Municipalidad, como problema local, junto a una fuerte presencia por parte del Estado central por medio de las autoridades ministeriales con facultades de rectoría, dirección, monitoreo, evaluación y control.

2. LA NOCIÓN DE RESIDUO

Como se desprende del artículo 5 de la LGIRS, el proceso de gestión integral inicia con su generación y culmina con la valorización del residuo y, de los que no sea posible valorizar, con su disposición final en condiciones que no dañen al ambiente o a la salud de las personas.

Por gestión, o por secuencia de gestión, se comprende un conjunto de actividades sometidas a diferentes grados de intervención pública cuando no a su ejecución material y directa, dirigidas a dar a los residuos el destino más adecuado a sus características y que van desde su recogida, almacenamiento, transporte, valorización y eliminación, hasta la vigilancia de estas actividades, e incluso la de los lugares de depósito y vertido una vez que se cierran.⁽²⁾ De acuerdo con la LGIR, la gestión integral conjunto articulado e interrelacionado de acciones regulatorias, operativas, financieras, administrativas, educativas, de planificación, monitoreo y evaluación para el manejo de los residuos, desde su generación hasta la disposición final.

Lejos de ser un proceso al que da inicio y fin la municipalidad, la gestión integral de los residuos involucra tanto a los ciudadanos (responsables de la separación de los residuos que produzcan), de las entidades estatales y apareja una corresponsabilidad social, que requiere la participación conjunta, coordinada y diferenciada de todos (reguladores, productores, importadores, distribuidores, consumidores, gestores de residuos, etc.), tanto públicos como privados.

(2) Jiménez Plaza, C. (2006). *La gestión de residuos en los municipios*. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A., p. 125.

Es evidente que el servicio público que tiene en miras la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos es más amplio comparado con lo que el ordenamiento esperaba en el pasado de las municipalidades, pues ahora comprende un conjunto de elementos y de actores con el fin de prevalente de garantizar el derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como en proteger la salud pública (inciso a) de su artículo 2). Los deberes públicos municipales son, sustantivamente, mayores.

Este deber municipal va recaer sobre el residuo. Entender exactamente lo que califica como tal para acotar el poder-deber del gobierno local es, francamente, imposible. El significado de este vocablo como lo consigna la Real Academia de la Lengua (1. m. Parte o porción que queda de un todo. 2. m. Aquello que resulta de la descomposición o destrucción de algo. 3. m. Material que queda como inservible después de haber realizado un trabajo u operación.), no posee la claridad que es útil y necesaria para el operador jurídico.

La conceptualización del residuo presenta dificultades desde perspectivas culturales como económicas según se ha destacado.⁽³⁾ Así, la categorización de un bien como residuo puede variar si se hace desde una sociedad pobre respecto de otra sociedad en que la riqueza propicia el despilfarro; por otro lado, la incidencia de importantes intereses económicos pueden buscar la desaplicación de un régimen jurídico para los residuos gracias a la caracterización de éstos como subproductos o materias primas secundarias.

La LGIRS insiste en definir al residuo como todo aquel “*material sólido, semisólido, líquido o gas, cuyo generador o poseedor debe o requiere deshacerse de él, y que puede o debe ser valorizado o tratado responsablemente o, en su defecto, ser manejado por sistemas de disposición final adecuados.*” (artículo 6).

La audacia de insertar una definición no sería otra que pretender que ésta irradie al resto del articulado de la LGIRS. Esta noción delimitaría la esfera competencial por parte de las municipalidades como responsables del adecuado tratamiento y gestión de los residuos, sea que se presenten como sólidos, líquidos o gaseosos. El concepto es omnicompreensivo y tal parece que también lo sea la competencia municipal.

(3) López Ramón, F. (2001). Problemas del régimen general de los residuos. En: *Revista española de Derecho Administrativo*, número 108, p. 501.

Así, las aguas residuales (calles, caños, ríos, lagunas, etc.) formarían parte de la atención municipal, lo que va más allá de lo que hacía el Código Sanitario de 1949 al señalar la limpieza de caños, acequias y alcantarillas, como parte de los servicios del municipio.

El tratamiento de aguas negras y aguas residuales, al igual que en las aguas de lluvia, ha tenido un enfoque urbanístico: las regulaciones en materia de construcción obligan a las municipalidades a otorgar los permisos para las urbanizaciones, cuando se cumplan con todas las condiciones necesarias para su disposición correcta. Las municipalidades no pueden otorgar un permiso de construcción para una urbanización o una vivienda si no se dispone de las alcantarillas correspondientes para canalizar las aguas de lluvia y el alcantarillado sanitario (donde se depositan las aguas negras) y las plantas de tratamiento dentro de esas urbanizaciones para que con posterioridad se depositen en los ríos. Ahora, como residuo, las municipalidades requieren el uso de procedimientos y tecnologías sustancialmente distintos a los se aplican a los residuos urbanos.

Inferir un deber gracias a un concepto, en lugar de hacerlo expreso y –por ende– merecedor de una sección de normas en la propia LGIRS, es una técnica posible, pero incorrecta cuando está por delante un problema tan complejo como el de los residuos, la atención separada de los sólidos respecto de los líquidos era necesaria. El silencio de la LGIRS en cuanto a los residuos gaseosos es, igualmente, reprochable. Queda en manos de la regulación de menor rango, ocuparse de ellos con la intensidad que requiere solventar en lo posible la laguna legislativa y al mismo tiempo, fijar las regulaciones (constructivas, ambientales, financieras, etc.) que sean satisfactorias dentro del contexto internacional.

Con la LGIRS se mantiene a la municipalidad como la responsable de la gestión integral de los desechos, pero la ley pretende que el procedimiento imperante hasta entonces (recolección indiscriminada, acarreo y enterramiento) sea superado, alentando al gobierno local para que desarrolle tecnologías alternativas para el tratamiento de residuos, siempre y cuando sean menos contaminantes. Los mecanismos la LGIRS pone a disposición de las municipalidades no resultan novedosos ya que son los mismos que el Código Municipal contempla, como son las empresas municipales.

Las atribuciones municipales son concurrentes, como regla general, respecto de la prestación particular,⁽⁴⁾ lo que excluye el monopolio establecido a favor de la municipalidad que tenga como efecto descartar la iniciativa privada. Con ello, la empresa que tenga como giro la recogida, el acarreo, la valorización, el reciclaje de los desechos, tiene un cometido legítimo y jurídicamente posible. El peso que tiene la participación de los particulares en las etapas del proceso de gestión de los residuos va en aumento día a día hasta constituir un componente insoslayable, tanto cuantitativa como cualitativamente:

“Es importante señalar el aumento de la participación del sector privado en la recolección de los RSM (22,7%); esta nueva variable contrasta con lo observado en la década pasada, cuando prácticamente toda la recolección era realizada por las municipalidades. La participación privada en servicios tradicionalmente municipales tiene sus ventajas de operación, puesto que la administración pública no es expedita en cuanto a operar sistemas que requieren respuestas inmediatas”.⁽⁵⁾

La prestación indirecta –privada– del servicio público en cualesquiera de los componentes del proceso de gestión de los residuos, es hoy una realidad cotidiana que surge sin dificultad como un mercado paralelo, sea formal o informal. Podríamos asistir a la aparición de una prestación privada (eficiente, limpia, ambiental y financieramente sostenible) contrapuesta a una prestación municipal menos eficiente, llevada a cabo bajo modelos operacionales insatisfactorios ambientalmente y deficitaria en lo económico, que el mercado castiga si lo municipal es monopolístico y excluyente de la participación privada.⁽⁶⁾

(4) Ortiz Ortiz, E. (1987). *La municipalidad en Costa Rica*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, p. 77.

(5) Gaviria Montoya, L.; Soto Córdoba, S. (2007) Situación de la gestión de residuos sólidos en las municipalidades en Costa Rica: recolección, disposición y recuperación. En: *Tecnología en Marcha*, volumen 20-4, octubre-diciembre, pp. 3-7.

(6) “Aunque los servicios ofrecidos por el Estado fueran de calidad muy superior cargarían siempre con una falla fundamental: les falta la supuestamente libre elección del consumidor”. BAUMAN, Zygmunt. (2008). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., p. 92.

Recordemos que el actual Código Municipal atemperó los deberes cuando el servicio sea insuficiente, para hacer caer sobre las empresas que generen residuos contar con un sistema de separación, recolección, acumulación y disposición final de desechos sólidos, aprobado por el Ministerio de Salud, en las empresas agrícolas, ganaderas, industriales, comerciales y turísticas “...cuando el servicio público de disposición de desechos sólidos es insuficiente o inexistente, o si por la naturaleza o el volumen de desechos, éste no es aceptable sanitariamente.” (inciso f), del artículo 75). La competencia municipal se rendía cuando el servicio fuera, paradójicamente, inexistente o insuficiente.

No sólo por tratarse de una ley posterior que ha derogado –expresamente– el artículo 75, inciso f), sino por su contenido unívoco para enlazar el deber de gestión de los residuos sólidos a la municipalidad, la LGIRS sale al paso de todo intento que permita al gobierno local desembarazarse de sus cometidos relacionados con los residuos sólidos, pues al pasar revista de los deberes que establece, se aprecia que está firmemente asentado su deber de atender esta problemática en cada cantón, sin condicionamientos de ninguna especie.

La participación de los particulares es una posibilidad que el ordenamiento jurídico deja abierta en aras de alentar su intervención y obtener las ventajas del uso de tecnologías y de la estructuración financiera del servicio que le haga sostenible enfrentar los enormes costos que exige.

Cuando la municipalidad ha encargado a la iniciativa privada una parte o la totalidad del servicio para la gestión de los residuos sólidos, conserva su responsabilidad y su deber de rendir cuentas sobre la eficacia en que se lleva a cabo. El servicio público relativo a los residuos es un servicio municipal que puede ser prestado en forma privada pero entendida esa participación como vicaria y sujeta a la habilitación del gobierno local cuyas responsabilidades no se disipan por la existencia de un privado que confluya en las tareas para la gestión de residuos.

3. PROPIEDAD DE LOS RESIDUOS

El incremento de la participación paralela y concurrente, provocaría que las municipalidades se verían suplantadas por lo privado, y sería de esperar que el acopio de residuos sea un foco de disputas acerca de quién puede aprovecharse de ellos, o sea de quién es su propietario.

El artículo 40 de la LGIRS establece que los residuos valorizables que sean recolectados en forma selectiva “serán propiedad y responsabilidad de los municipios en el momento en que los usuarios del servicio público sitúen o entreguen los residuos para su recolección separada, de conformidad con el reglamento respectivo.” Para que un particular pueda aprovecharse de los residuos, ha de contar con una autorización de la municipalidad. Una vez que el vecino de un cantón entrega los residuos a un gestor autorizado la propiedad corresponde a éste, como dice esta norma, junto con la responsabilidad de su manejo. Desaparece el desecho como una típica *res nullius*, que pasa a ser residuo para insertarse de nuevo dentro del ciclo económico productivo que resulta del reciclaje o valorización.

Los residuos constituyen el objeto del servicio público y, al propio tiempo, poseen un valor patrimonial que les hace bienes susceptibles de ser propiedad de una persona. Sin llegar a ser un bien de dominio público que permita potestades de defensa y exclusión demanial (por lo menos en el estado actual de nuestro ordenamiento) los desechos valorizables son plena propiedad municipal y no pueden ser recolectados, esto es apropiados, por una persona particular si no cuenta con una previa habilitación municipal caso en el cual, es posible que esa actividad privada sea concomitante de la desarrollada por el gobierno local. Acuden, pues, las estructuras jurídico-financieras de las asociaciones público privadas (*public private partnership*), del fideicomiso o bien de la concesión de servicio público, frente al creciente potencial del desecho no valorizado como fuente de ingresos.

Los residuos constituyen patrimonio municipal no sólo por expresa disposición de la ley, sino por cuanto están afectados a la prestación de un servicio público inserto en el ámbito local. Son un medio para que, por su manejo apropiado, sea efectiva la aspiración constitucional al disfrute de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Su propiedad primaria es municipal, salvo que exista una gestión indirecta del servicio bajo autorización municipal.

En este último caso, el residuo valorizable es propiedad del particular a efecto de que pueda obtener una utilidad, pero es una propiedad limitada por el fin que se busca, quedando vedada toda alteración del uso para el cual fue autorizado a apropiarse de aquél, pues se trata de que se prosiga con la ruta trazada para el bien conforme a su naturaleza (reciclaje, compostaje, disposición final). Esto es, la municipalidad permite al particular adquirir la propiedad pero de

una manera particular en cuanto al contenido de ese derecho, pues lejos de entenderse como un haz de poderes para hacer lo que le plazca, el residuo valorizable tiene estrechamente cercado su uso y destino, precisamente por cuanto el privado continua con el servicio en interés de obtener un rédito al que se sobrepone el interés general en que se dé un correcto destino al residuo. Lo que el sujeto autorizado posee es una titularidad excluyente, no de la municipalidad, sino de todos aquellos carentes de autorización para gestionarlos. No es un régimen dominical pleno y verdadero, sino manifestación de la plasticidad del derecho de propiedad –que recuerda al fideicomiso– diseñada por el legislador para confiar en el logro del fin que busca el ordenamiento más interesado en el proceso (gestión).

El residuo sólido pasa a formar parte del patrimonio municipal que, sin llegar a alcanzar el grado de protección que tienen los bienes demaniales, se encuentra afecto a la prestación de un servicio público. De esta manera, el residuo como receptor de la gestión municipal la que se agotaba con la disposición en un relleno sanitario, pasa a conformar un componente que el servicio público lo integra para que sea objeto de acciones destinadas a su aprovechamiento previas a la disposición final, que significa rescatar su valor económico. Ello significa que los residuos pueden ser objeto de redes contractuales económicamente eficientes,⁽⁷⁾ que sirvan de fuente de recursos para la municipalidad.

Ahora bien, ¿en qué momento la municipalidad se convierte en propietaria del residuo valorizable? Este es el punto que origina las discusiones.

La voluntad del individuo es crucial. Este elemento subjetivo hace que el abandono aparezca como elemento central del concepto de residuo, sea que éste se produzca voluntaria y libremente o resulte de un deber jurídico.⁽⁸⁾ El residuo se convierte en municipal “en el momento en que los usuarios del servicio público sitúen o entreguen los residuos para su recolección separada” (artículo 40 LGIRS).

(7) Acerca del concepto de redes contractuales económicamente eficientes: Rivero Sánchez, J. M. (1999). *Responsabilidad Civil*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, pp. 177 y siguientes.

(8) López Ramón, F. (2001). *Op. cit.*

La obligación fundamental del poseedor del residuo, salvo que vaya a gestionarlos por sí mismo, es la de entregarlo a la municipalidad, debidamente separado, para su valorización o para su apropiada disposición final.

Una forma en que puede presentarse el abandono se da cuando se depositan en ríos o en lotes baldíos. Esto es ilegal y punible, lo que acentúa los deberes estatales y municipales para mantener un ambiente sano, pero sin que la patología legal de la situación impida que la municipalidad pueda ser convertirse en poseedora legítima de los residuos en tales condiciones.

Los residuos pueden ser entregados a un gestor autorizado o registrado por el ente local.⁽⁹⁾ Producida la entrega, se adquiere la titularidad sobre el residuo y la consiguiente responsabilidad sobre su destino.

Lo que acabamos de indicar es predicable de los residuos ordinarios que son de carácter doméstico generados en viviendas y en cualquier otra fuente que presentan composiciones similares a los de las viviendas.

Para los residuos de manejo especial o peligroso la regulación es diferente. Por su peligrosidad para la salud de las personas o por su potencial impacto negativo en el ambiente, la condición legal de residuo se adquiere en estos casos de manera objetiva, esto es, por las características que posee con independencia de la voluntad por parte del poseedor, al que se le obliga a desprenderse de él de la manera en que se le pueda dar una gestión adecuada. Hay una responsabilidad del productor que va más allá de la vida en la que el bien es aprovechable primariamente, con la finalidad de responsabilizarle de su correcta disposición final.

¿Puede entenderse que el residuo es tal hasta que se hubiere despojado de todo valor económico? La respuesta que brinda el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sección Sexta), en su sentencia del 27 de junio de 1997 (Euro Tombesi y Adino Tombesi asunto C-304/94) a partir de la normativa comunitaria, es que el

(9) Pizarro Nevado, R. La recogida, aprovechamiento y tratamiento de residuos. En: Cano Campos, T. (2009). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A., p. 401.

concepto de “residuo” no debe entenderse en el sentido de que excluya las sustancias y objetos susceptibles de reutilización económica, esto es, el hecho de que una sustancia sea calificada como desecho reutilizable, sin que se precisen sus características o su destino, es irrelevante a este respecto. Lo mismo se aplica a la trituración de un residuo. El sometimiento de un artículo para su reciclaje por el ciudadano que lo entrega libremente a empresas dedicadas a tal propósito, conlleva el abandono, elemento imprescindible para que pueda existir un residuo en términos jurídicos.

CONCLUSIONES

La gestión de los residuos urbanos constituye un servicio público asignado a las municipalidades desde sus orígenes.

Con la Ley de Gestión Integral de Residuos gracias a una reformulación del concepto de “residuo”, y del modelo predominante en todas ellas (recolección sin separación, acarreo a un relleno sanitario y enterramiento como la única forma posible de disposición final), cuyas reformulaciones están agotadas sociológica y políticamente.

El concepto de residuo que se emplea en la Ley No. 8839/10 es tan amplio que el servicio municipal exigible a partir de ella presenta límites imprecisos, por ejemplo al incorporar los residuos líquidos y gaseosos.

El servicio municipal cuenta con los instrumentos que tiene a su disposición, pues la LGIR no trata la especificidad (técnica, ambiental, económica) que presenta el residuo de acuerdo a su naturaleza líquida o gaseosa.

El serio aprieto en que se ha situado al gobierno local va en demérito de los propósitos buscados. Si en el modelo tradicional son ineficientes, pensar que serán exitosas en los futuros modelos que incorporen con mayor energía las variables ambiental, social y económica, gracias a un cambio de lenguaje normativo, es insensato. Los elementos de un nuevo proceso para la gestión (separación en la fuente, la recogida selectiva, el reciclaje, la valorización, el uso como fuentes de combustible, etc.), exigen modificaciones en la comunidad, en la capacidad política de los municipios para acometer regionalmente los retos, en la concepción misma del servicio y de su estructura tarifaria.

Las estructuras organizativas apropiadas han de exhibir una complejidad desde el punto de vista jurídico como financiero y ambiental que no se tiene en el ámbito nacional, ni en lo público ni en lo privado. El servicio municipal que se espera con la LGIRS, exige la conformación de redes contractuales de ambos sectores (público y privado) sustantivamente distintas a lo que impera hoy en día, junto a sensibilidad ambiental y social en paralelo a la visión empresarial para que los enormes costos que deben enfrentarse puedan ser satisfechos en forma sostenida.

Los ciudadanos esperan ver desaparecer la basura que diariamente depositan y entre más rápido se produzca ese fenómeno de invisibilización de la bolsa puesta en la calle, juzga más favorablemente a su municipalidad. Lo eficiente del servicio es ajeno a toda consideración acerca de qué sucede después. Conformarnos con que las municipalidades sigan comportándose a espaldas de lo que significa una verdadera gestión de los residuos es insostenible ambiental y financieramente.

BIBLIOGRAFÍA

- Bauman, Zygmunt. (2008) *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., p. 92.
- Gaviria Montoya L., Soto Córdoba S. (2007). *Situación de la gestión de residuos sólidos en las Municipalidades en Costa Rica: recolección, disposición y recuperación*. En: *Tecnología en Marcha*, volumen 20-4, octubre-diciembre.
- Jiménez Plaza, C. (2006). *La gestión de residuos en los municipios*. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A.
- López Ramón, F. (2001). *Problemas del régimen general de los residuos*. En: *Revista española de Derecho Administrativo*, número 108, p. 501.
- Ortiz Ortiz, E. (1987). *La municipalidad en Costa Rica*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Pizarro Nevado, R. *La recogida, aprovechamiento y tratamiento de residuos*. En: Cano Campos, T. (2009). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A., p. 401.
- Rivero Sánchez, J. M. (1999). *Responsabilidad Civil*. San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, pp. 177 y siguientes.

UNA ESTRATEGIA PARA EL ESTADO CONTEMPORÁNEO: LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)

Catedrático Derecho Administrativo
Coordinador del Doctorado en Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 28/07/10; aceptado 30/11/11)

(*) Material didáctico para el curso a mi cargo, de la Maestría de Derecho Público “Reforma del Estado”, Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica.

Telfaxs (506) 2250-1160; (506) 2259-4844.

e-mail: jorgerp10@gmail.com; jorgerp9@yahoo.com

RESUMEN

La administración pública contemporánea ha incorporado el lenguaje y la perspectiva propios del sector privado, dentro del contexto más amplio del neoliberalismo y la globalización.

Palabras clave: Administración pública, Estado, Derecho administrativo, funcionarios públicos, ciudadanos.

ABSTRACT

Contemporary public administration has incorporated the language and the perspective characteristic of the private sector, within the broader context of neoliberalism and globalization.

Key words: Public Administration, State, Administrative Law, public officials, citizens.

SUMARIO

Introducción

- 1) ¿Qué es la nueva gerencia pública?
- 2) Concepto del nuevo manejo público
- 3) Orígenes de la nueva gerencia pública
- 4) Neoliberalismo y nueva gerencia pública
- 5) Proyección de la nueva gerencia pública
- 6) Propuesta de la nueva gerencia pública
- 7) Objetivos de la nueva gerencia pública
- 8) Características de la nueva gerencia pública
- 9) La administración pública en los Estados Unidos

Conclusión

INTRODUCCIÓN

El enfoque de la gerencia pública forma parte de los embates neoliberales y privatizadores del Estado, conformando una línea de debilitamiento del Derecho Administrativo, como instrumento jurídico de ataque a la arbitrariedad y a la corrupción de la Administración Pública.

Susan Rose-Ackerman (1942-) expresa que los académicos del Derecho Administrativo parecen, a veces, estar alejados de la realidad económica y política, además de la realidad cotidiana de la administración pública (2009).

Esta observación es valedera para intelectuales y profesionales, al menos, ya que como lo indicó *José Ortega y Gasset* (1883-1955) lo que existen son los bárbaros especializados, pues conocen un aspecto de la realidad, pero ignoran el resto.

El hombre de ciencia actual es el prototipo del hombre-masa. La ciencia misma lo convierte automáticamente en hombre-masa; es decir, hace de él un primitivo, un bárbaro moderno. José Ortega y Gasset, (pp. 103-107, 1964).

Por lo que respecta a este tema, indico que se le conoce como gestión pública, gerencia pública, manejo público, dirección pública; originado en el vocablo inglés *public management* (Rivera, p. 158, 2007).

1) ¿QUÉ ES LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA?

La nueva gerencia o gestión pública es un movimiento originado desde algunos académicos y organismos internacionales que plantearon la necesidad de modernizar el funcionamiento de la Administración Pública, desde la perspectiva de la empresa privado o del sector privado (Bolaños, p. 146, 2010).

Se trata de la aplicación de los criterios empresariales del sector privado, guiados por el mercado, a la Administración Pública; bajo el argumento de la eficiencia y la eficacia, ya que se parte del supuesto de que el sector público es ineficaz y corrupto.

La gerencia pública se origina como una respuesta a la crisis de legitimidad de la administración en su funcionamiento tradicional.

Lo que la hace eficaz, bajo esta perspectiva, es que la dirección o la gestión, tiene connotaciones de racionalidad (Burlaud; y, Roamin, p. 57, 1989).

Es importante señalar que el nuevo manejo de lo público toma como punto de referencia el supuesto éxito de la administración privada, que se basa en la preparación de sus gerentes, de ahí que se pretenda trasladar esta concepción al sector público.

Para *Plasencia*, la gerencia pública se define como el conjunto de conocimientos y prácticas que permiten mejorar la racionalidad de la dirección administrativa del Estado en términos sociales (Plasencia, p. 99, 1994).

La definición de *Plasencia* apunta al compromiso que tienen los funcionarios públicos para mejorar la racionalidad, lo cual implica el buen aprovechamiento de los recursos materiales, financieros y humanos. La racionalidad técnica adquiere su valor cuando los empleados públicos son capaces y eficientes para la realización de sus tareas; la racionalidad técnica se define por la eficiencia con que se organizan, programan, distribuyen y evalúan los recursos que el Estado tiene para cumplir su misión (Cepeda, 2006).

La gerencia pública tiene entonces como objetivo el mejoramiento de la capacidad de gobierno para lograr un incremento de la gobernabilidad y tener en condiciones de mejora continua los procesos administrativos, y así resolver de manera eficiente y expedita los problemas que presenta la sociedad.

La preocupación de la gerencia pública es lograr la incorporación de los avances en las nuevas técnicas administrativas, con el fin de obtener la eficacia de la administración pública (Cepeda, 2006).

2) CONCEPTO DEL NUEVO MANEJO PÚBLICO

La nueva gerencia pública o el nuevo manejo de lo público, presenta, al menos, estos elementos fundamentales:

- a) El esfuerzo por rebajar o disminuir el crecimiento del Estado.
- b) Reforzamiento de la privatización de las empresas o actividades rentables del Estado.

- c) Darle a la actividad privada, servicios públicos rentables, dando lugar así al ejercicio privado de actividades públicas.
- d) Darle las plataformas informáticas o tecnológicas del Estado, a la empresa privada.
- e) Fomentar las relaciones internacionales y el comercio internacional dentro del contexto de la apertura del mercado “hacia afuera” (Guerrero, 1999, pp. 138 y 139).

3) ORÍGENES DE LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA

Esta visión gerencial del Estado, encuentra su origen en la economía neoclásica, promotora del individualismo y del mercado capitalista.

El neoliberalismo de *Friedrich August von Hayek* (1899-1992; Premio Nobel de Economía de 1974), exaltó el mercado y al actor de este espacio.

Igualmente, *Ludwig von Mises* (1881-1973) y *Milton Friedman* (1912-2006; Premio Nobel de Economía de 1976), entre otros.

La Escuela de la *Public Choice* o Elección Pública, es otro antecedente importante de la NGP.

Los autores más calificados, por ejemplo, son:

James McGill Buchanan (1919- ; Premio Nobel de Economía 1986).

Gordon Tullock (1922-) (Romero, pp. 137 y 142, 2010).

También, esta corriente de pensamiento económico, valora la actuación del mercado y su participación en él de parte del racional sujeto, individuo o actor (Rivera, pp. 169 a 194, 2007).

4) NEOLIBERALISMO Y NUEVA GERENCIA PÚBLICA

El contexto adecuado para su análisis es la *globalización* o la *mundialización*.

La economía neoliberal ha provocado la aparición de un neomanejo de la administración pública, bajo el signo de los criterios funcionales de la empresa privada. Este hecho es parte de la estrategia de la privatización del Estado.

Esta estrategia ha contribuido a o que se ha divulgado como la *huída del derecho administrativo*, configurando una corriente a favor de la aplicación del derecho privado en la actuación del Estado.

Es la privatización del Estado, con el fin de privilegiar el mercado. Esta *huída del derecho público* (configuración de la “privatización” de la actividad de la Administración Pública), se construye con la finalidad de privilegiar la aplicación del derecho civil y mercantil en la esfera de la administración pública, la apertura de las empresas públicas para entregarlas a las transnacionales; todo bajo el marco de las políticas neoliberales, han dado por afincada la globalización del capital y el poder de las empresas transnacionales sobre los Estados de los países subdesarrollados, como una nueva forma de expresión de las relaciones imperialistas en el mundo (Guerrero, 2000; 2009, pp. 223 a 234; Del Saz, 1994, p. 57).

Sin duda la aplicación de las políticas públicas neoliberales en los países subdesarrollados, por indicación del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, causó desempleo, hambre, baja importante en la factura social (salud y educación), etc., como lo muestra la situación de Brasil, Argentina, México y Centroamérica. A esta grave situación, se le añade la estafa provocada por gerentes del mundo financiero en los países desarrollados, con un impacto de crisis financiera y económica en el mundo (referencia las obras de Stiglitz).

El hecho evidente desde finales de 2008 es que el neoliberalismo comenzó a perder efectividad.

Su condición de modelo dejó de producir los efectos esperables a su diseño basado en una economía de mercado autorregulada.

La crisis ascendente y demoledora, mostró un mercado carente de guías autógenas, así como gerentes corporativos incompetentes y voraces, que solicitaron urgentemente que la *mano visible* del Estado, reemplazara a la *mano invisible del mercado* (Adam Smith, 1723-1790, *La riqueza de las Naciones*, 1776) con el fin de que subsidiara los deficiencias, errores y extravíos del sistema capitalista-financiero. Esta ayuda del *Estado capitalista* a favor de los empresarios, no se hizo esperar,

solventando los errores del mercado, que no se regula solo (Guerrero, p. 236, 2009) y provocando los movimientos sociales de protesta generados por los *indignados*, en diversos países del Orbe.

De este modo, pasaron de ser neoclásicos y neoliberales, a clamar por el keynesianismo interventor, que tanto habían atacado. No se trata de principios, ni ideas, sino de intereses financieros, dándose así un *Estado del Bienestar* de los empresarios-financistas.

Medidas y áreas de la globalización

- Reducción del Estado
- Privatización de las empresas del Estado
- Apertura del mercado nacional para que las empresas transnacionales puedan entrar a este mercado
- Desregulación de los mercados internos
- Contracción del gasto público social
- Eliminación de las barreras para el comercio internacional
- La fuerza laboral se reduce a una mercancía más en el mercado capitalista de bienes y servicios (Gómez, pp. 88-89, 203).

5) PROYECCIÓN DE LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA

De acuerdo con *José María Serna de la Garza* (p. 26, 2010), desde la perspectiva de la ciencia de la administración pública, el último tercio del siglo XX vio surgir también una serie de debates sobre la reforma administrativa del Estado, que llevaba implícita una reconceptualización de la conducción gubernativa en las sociedades contemporáneas.

En una primera etapa, este ejercicio estuvo estrechamente vinculado y dominado por la lógica de los ajustes financieros realizados por muchos países en la década de los ochenta, como efecto de la crisis de la deuda externa.

Así, la reforma de la administración pública constituyó una respuesta a los problemas crecientes de operación del gobierno, al déficit fiscal creciente, calidad incierta de servicios públicos, efectos de

políticas económicas erróneas, y a la consecuente desconfianza de los ciudadanos en capacidad y seriedad directiva de los gobiernos.

El objetivo fue, entonces, introducir disciplina financiera, lograr mayor economía, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, primordialmente, la reducción del tamaño del sector público, con la eliminación de los supuestos órganos y programas innecesarios e ineficientes.

En una segunda etapa, situada en la década de los noventa del siglo XX, el énfasis de la reforma administrativa se centró en el tema de la organización, operación, formas de trabajo y prácticas de la administración pública. Fue así como tomó forma lo que a la postre se identificaría como la *nueva gestión pública* (NGP), que se configuró como un conjunto de iniciativas de reforma de la gestión pública, en las estructuras y procesos de organización del sector público para mejorar su funcionamiento, y que se caracterizó por la aplicación de las tecnologías de gestión privada en el ámbito de las organizaciones públicas, la racionalización de estructuras y procedimientos, la revisión de los procesos de toma de decisiones y el incremento de la productividad de los empleados públicos.

6) PROPUESTA DE LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA

La nueva gestión pública o la nueva gerencia pública hace un conjunto de propuestas:

- a) Propone el rediseño de las organizaciones públicas, en busca de mayor eficacia y eficiencia del aparato administrativo estatal, introduciendo en éste estructuras, lógicas y valores de las empresas privadas (iniciativas de medición y evaluación del rendimiento, sistemas de presupuestación y control, re-ingeniería de procesos administrativos, mejora en la distribución de recursos humanos, etcétera).
- b) Implica la creación de un nuevo marco de responsabilidad basado en la exigencia de resultados, y orientación al cliente.
- c) Propone la identificación de centros, unidades o agencias, que reciben facultades delegadas de gestión bajo la contrapartida de sistemas de medición de recursos, objetivos y resultados y mecanismos de planificación y control de gestión.

- d) Se basa en la separación de los roles planificador y productor, sustituyendo la coordinación jerárquica por una coordinación contractual con competencia entre proveedores que dispondrían de autonomía de gestión. Esto favorece la adaptación a los entornos específicos de las diferentes centros de actividad pública (Serna de la Garza, p. 27, 2010).

7) OBJETIVOS DE LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA. NGP

A modo de ejemplo, podemos indicar que existen varios objetivos que desea lograr la NGP, que detallamos a continuación:

a) *Reducción del tamaño del Estado o del sector público*

Bajo el supuesto de que la administración pública es ineficiente, corrupta e ineficaz, la NGP establece que el Estado tiene mucha grasa, es gordo y pesado, para ello se debe adelgazar despidiendo empleados públicos y mermar la burocracia estatal.

b) *Descentralizar*

Como la NGP postula el gigantismo de la administración pública, a la cual también se le acusa de centralista y presidencialista, entonces, lo que se debe hacer es descentralizar (en una visión de los administradores públicos) por medio de la desconcentración y de la descentralización administrativas (con una visión propia del derecho administrativo).

c) *Bosque de jerarquías y duplicidad de funciones*

En la administración pública hay un traslape y duplicidad de jerarquías y de funciones, que enmarañan la actividad administrativa, dando por resultado ineficiencia, ineficacia, derroche de todo tipo de recursos y frustración del fin público asignado al Estado.

d) *Gerencia pública*

Se debe eliminar el frondoso bosque burocrático, estableciendo unidades administrativas más pequeñas, especializadas, técnicas y eficientes.

e) *Desburocratizar y lograr eficiencia*

La administración pública se debe desburocratizar, eliminando el papeleo innecesario, la multiplicación de los pasos de los trámites administrativos (tramitología); y el abuso de la legalidad y del derecho administrativo en perjuicio de los clientes, usuarios, consumidores, actores del mercado.

f) *Flexibilización laboral*

Sindicatos, convenciones colectivas, relaciones estatutarias de empleo, servicios civiles de permanencia e inamovilidad en los cargos públicos, deben ser sometidos a examen, ya que atentan contra los intereses de los clientes, usuarios, consumidores, actores del mercado. Una salida a esta contaminación en las relaciones laborales, es el *outsourcing* (Romero, pp. 257 a 270, 2004).

g) *Cientela*

Los clientes, usuarios, consumidores, actores del mercado, le dan a una nueva y más eficiente funcionalidad al ejercicio de los servicios públicos del Estado. Máxime cuando se trata de servicios públicos a cargo del sector privado (educación, salud, transporte público, etc.). La visión del administrado responde a la vieja concepción de la actuación de la administración pública. Lo moderno y eficiente en un mercado competitivo es visualizar a la sociedad civil (frente a la sociedad política, que es el Estado) como un conjunto de ciudadanos (clientes electorales), usuarios, consumidores, actores del mercado, clientes (referencia: Olías de Lima, pp. 12 a 18, 2001).

8) CARACTERÍSTICAS DE LA NUEVA GERENCIA PÚBLICA

Algunas de las notas caracterizadoras de la NGP, pueden ser las siguientes:

a) *Soberanía del consumidor*

Respecto de la relación entre el Estado y su clientela, el consumidor, usuario o cliente debe tener el conocimiento de las ofertas de bienes y servicios, que ofrece en el mercado, la administración pública. De este modo, el cliente podrá ejercer su poder soberano y su calidad de consumidor bien informado.

b) *Competitividad*

El mercado debe actuar con libertad, de tal modo que el Estado no debe propiciar ni actuar en condiciones de monopolio, asumiendo su papel de rector y orientador de la economía. Es la iniciativa privada la que debe actuar en el mercado con libertad y eficiencia. La acción en materia económica del Estado, distorsiona el mercado, con perjuicio de los clientes, consumidores, usuarios.

c) *Rendición de cuentas*

La administración pública debe contar con los controles y la fiscalización necesaria, eficiente y oportuna para que los recursos públicos se usen correctamente.

d) *Mayor y mejor utilización de las revolución científica y tecnológica*

La administración pública debe hacer uso de las condiciones y ventajas que ofrece los continuos adelantos científicos y tecnológicos.

e) *Endoprivatización y exoprivatización del Estado*

La *endoprivatización del Estado*, se da cuando personal calificado y técnico del sector privado se pasa a trabajar en la cúpula de la administración pública.

La *exoprivatización del Estado* ocurre cuando la administración pública transfiere al sector privado la producción de bienes y servicios estatales. Por ejemplo, mediante los mecanismos de la concesión administrativa y las asociaciones del sector privado con el sector público (PPP) (Ghobadian, in toto).

f) *Planificación estratégica*

La administración pública debe hacer un adecuado y buen uso de la metodología de la planificación estratégica; y, no planificar por el prurito de que se planifica (Martínez, pp. 37 a 59, 2007).

9) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS ESTADOS UNIDOS

(Sanabria, pp. 37 a 52, 2009).

En 1926 *Leonard White* (1891-1958) publica *Introduction to the Study of Public Administration* (Introducción al estudio de la Administración Pública), señalando estos aspectos:

- La Administración pública es un proceso único,
- El estudio de esta organización debe partir en su aspecto gerencial; no, en su fundamento jurídico,
- Esta organización es la parte esencial de los problemas del gobierno moderno (p. 42).

Para 1927, *William Franklin Willoughby* (1867-1960), publica *Principles of Public Administration* (Principios de la Administración Pública), en el cual indica que si el fin de esta organización es la eficiencia, deben existir principios que la orienten de acuerdo a un método científico de la investigación (pp. 42-43).

En 1947 Herbert Alexander Simon (1916-2001), Premio Nobel de Economía de 1978, publica *Administrative Behavior: A Study of Decision-making Processes in Administrative Organization*, (Conducta administrativa: un estudio del proceso de la toma de decisiones en la organización administrativa) en la cual, en contra de la concepción clásica sobre la existencia de unos sujetos responsables de la toma de decisiones, que conocen todas las opciones o posibilidades, construye un modelo o proceso racional de adopción de decisiones que sean *satisfactorias*.

Complementado por su obra *The New Science of Management Decision*, de 1960 (La nueva ciencia de la decisión gerencial), (p. 46 y www.es.wikipedia.org).

En 1951, *Harold Dwight Laswell* (1902-1978), propone un conjunto de *Policies Sciences* (Ciencias políticas), con el fin de entender la acción del Gobierno en su contexto con una estrecha colaboración entre la academia y la praxis estatal, con un criterio de predicción sobre los hechos que ocurren en la sociedad (p. 46).

En 1994, *Albert Arnold Gore* da a conocer el documento *Creating a Government that Works Better and Costs Less* (Un Gobierno más efectivo y menos costoso), el cual tuvo como antecedente la propuesta de Michael Barzelay, de 1992, *Breaking Through Bureaucracy. A New Vision for Managing Government* (Atravesando la burocracia. Una nueva perspectiva de la administración pública). Aquí el enfoque se refiere a una gestión de calidad que le dé satisfacción a los clientes.

Michael Barzelay. *La nueva gerencia pública: invitación a un diálogo cosmopolita*: la nueva gerencia pública es un campo de discusión profesional acerca de cómo estructurar, administrar y supervisar las oficinas gubernamentales y el sector público como un todo (p. 241, 2003).

En 1992, también *David Osborne* y *Ted Gaebler* dieron a conocer la obra *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector* (Un nuevo modelo de Gobierno: cómo transforma el espíritu empresarial al sector público).

En esta obra, los autores, entre otras cosas, proponen que el Gobierno se debe evaluar por resultados y no por el modo en que gasta sus recursos (pp. 48 y 49).

Para el Siglo XXI, los Estados Unidos de América, propone un Estado tecnocrático global, ya que en la realidad son una potencia global, gracias a un enorme y poderoso Estado (pp. 51-52).

CONCLUSIÓN

Con la propaganda y las inversiones financieras y dineros de los organismos financieros internacionales y de los gobiernos del grupo de los 7 países más ricos del mundo, los planteamientos de las reformas del Estado para los países subordinados al G-7, proponen un Estado subordinado al mercado, a las transnacionales y al capital local.

En este enfoque de la nueva gerencia pública, el derecho administrativo huye y se privatiza, quedando sustituido por el derecho privado, comercial y civil.

La tesis del servicio público, en su versión de origen francés, se debilita para dar paso a la desregulación, a las “utilidades públicas”, a una supeditación al mercado.

El par conceptual, también de origen francés, “administración pública-administrado”, se evapora para dar lugar a la corrupción no solo jurídica-pública, sino además del lenguaje, pues el concepto de “administrado”, se le sustituye por el de un mero actor en el mercado: cliente, usuario, consumidor.

El neoliberalismo y la globalización del sistema capitalista, enseña que el gobierno económico y financiero del mundo son las, aproximadamente, 500 transnacionales del orbe en conjunción con el Grupo de las 7 naciones más ricas del Mundo.

Los Estados nacionales pasan a ser espacios de bienes y servicios, como el mercado del sector privado. En estos espacios, por ejemplo, la administración pública representa el 20% del PIB estatal, en compras o adquisiciones que hace el comprador-Estado.

En este contexto, los ciudadanos (soberanos en el sistema político democrático) que tienen derecho al voto en las elecciones nacionales y locales, se convierten en clientes electorales de los partidos políticos, que ejercitan su poder electoral el día de las elecciones en cada país; los demás días cuentan como clientes, usuarios, consumidores, pero no como detentadores del poder político, que delegan en el proceso electoral a los respectivos “administradores públicos”, convertidos en los efectivos detentadores del Poder.

Mediante la estrategia de la *nueva gerencia pública*, se ejerce el control y la dominación del sector capitalista extranjero y nacional (no de un modo exclusivo y único, pero sí importante) sobre el Estado capitalista.

Para los neoliberales el remedio a la crisis es más de lo mismo: menos Estado, más recortes y menos “privilegios sociales”. *Maciek Wisniewski* (México: La Jornada, jueves 17 de noviembre del 2011, p. 24).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Luis. *Gobernanza y gestión pública* (México: Fondo de Cultura Económica, 2009).
- Política pública* (México: Siglo XXI, 2010).
- Alcocer, Alejandro. *Diccionario incompleto de la globalización* (Madrid: Taurus, 2010).
- Ander-Egg, Ezequiel. *Globalización* (Córdoba, Argentina: editorial Brujas, 2010).
- Arellano, David et al *Reformando el gobierno* (México: CIDE- Miguel Angel Porrúa, 2007).
- Arroyo, Juan. *Gestión estratégica de las organizaciones* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2011).
- Barzelay, Michael. *La nueva gerencia pública: invitación a un diálogo cosmopolita*. (México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, Revista Gestión y política pública. II semestre, 2003).
- Bolaños, Rolando. *Los cuadros gerenciales en la Administración Pública* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista Ciencias Económicas, enero-junio 2010).
- La nueva gerencia pública y su aplicabilidad en la Administración Pública costarricense* (San José: Universidad de Costa Rica, revista Ciencias Económicas, enero-junio 2008).
- Una propuesta técnico-conceptual para el diseño organizacional* (San José: Universidad de Costa Rica, revista Ciencias Económicas, julio diciembre, 2009).
- Boussaguet, Laurie et al. *Diccionario de políticas públicas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009).
- Bull, Benedicte. *Globalización, Estado y privatización* (San José: FLACSO, 2008).
- Burlaud, Alain; Laufer, Roamin. *Gerencia pública y legitimidad* (Madrid: INAP, 1987).
- Cabrero, Enrique. *Administración pública* (México: Siglo XXI, 2010).
- Cajas, Marco. *¿Por qué gerencia pública?* (Ponencia al XI Congreso del CLAD, Guatemala, 7 al 10 de noviembre del 2006).

- Carbonell, Miguel et al. (coordinadores) *Estado de Derecho* (México: UNAM-Siglo XXI, 2002).
- Cepeda, Susana *¿Qué es la gerencia pública?* (México: Universidad del Valle de México, revista institucional Episteme, Nos. 8 y 9, 2006; www.uvmmnet.edu)
- Del Saz, Silvia. *La buida del Derecho Administrativo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).
- Dierckxsens, Wim et al. *La gran depresión del Siglo XXI* (San José: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 2009).
- Ferrer, Aldo. *Hechos y ficciones de la globalización* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006).
- Ghobadian, Abby et al. *Public Private Partnerships* (London: Palgrave, 2004).
- Gómez, Ricardo. *Neoliberalismo globalizado* (Buenos Aires: Eds. Macchi, 2003).
- González, Beauregard. *La Administración Pública Norteamericana* (México: Fontamara, 1987).
- Guerrero, Omar *Un modelo de gerencia pública estándar* (México: revista digital universitaria, UNAM, marzo del 2000, <http://www.revista.unam.mx>)
- El neoliberalismo* (México: Fontamara, 2009).
- Del Estado gerencial al Estado cívico* (México: Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Porrúa, 1999).
- La nueva gerencia pública* (México: Fontamara, 2004).
- La administración pública del Estado capitalista* (México: Fontamara, 1995).
- Las ciencias de la administración en el Estado absolutista* (México: Fontamara, 1996).
- La administración pública a través de las ciencias sociales* (México: Fondo de Cultura Económica, 2010).
- Gerencia pública: una aproximación plural* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004).
- Teoría administrativa del Estado* (México: Oxford, 2000).
- Tecnocracia o el fin de la política* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006).

- Jofré, Arturo. *Enfoques gerenciales modernos* (San José: ediciones Delphi, 1999).
- Krugman, Paul. *El internacionalismo "moderno"* (Barcelona: Crítica, 2005).
- Lahera, Eugenio. *Introducción a las políticas públicas* (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2004).
- Martínez, José. *Nueva gerencia pública* (México: Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Porrúa, 2007).
- Meoño, Johnny. *Introducción al análisis de la burocracia pública* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1980).
- Administración Pública* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 1986).
- Guía para un excelente gobierno y para un ciudadano menos indolente* (San José: Instituto de Investigaciones en Ciencias Económicas, 2008).
- Muller, Pierre. *Las políticas públicas* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2006).
- Olías de Lima, Blanca. *La nueva gestión pública* (Madrid: Prentice Hall, 2001).
- Ormond, Derry; Elke Löffler. *Nueva gerencia pública* (versión digital de la revista del CLAD Reforma y democracia, No. 13, 1999, www.clad.org)
- Ortega y Gasset, José. *La rebelión de las masas* (Madrid: Espasa-Calpe, 1964).
- Pardo, María; Ernesto Velasco (coordinadores). *La gerencia pública en América del Norte* (México: Colegio de México, 2009).
- Plasencia, Adriana. *Gerencia pública* (México: Colegio de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1994).
- Rivera, Fidel. *Anatomía de la nueva gerencia pública* (México: Miguel Angel Porrúa, 2007).
- Rivera, Roy. *El contexto de evaluación de políticas y acciones públicas* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2008).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1999).
- Contratación administrativa* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1999).

- Reflexiones sobre "derecho y economía"* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 122, 2010, Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica).
- Contratos económicos modernos* (San José: Banco Interamericano de Desarrollo, Poder Judicial, 2004).
- Rose-Ackerman, Susan. *El derecho administrativo y la legitimidad democrática* (versión digital de la revista del CLAD Reforma y democracia, No. 43, 2009, www. clad.org)
- Rosique, José. *Neoinstitucionalismo y buen gobierno* (México: revista Buen Gobierno, Fundación mexicana de estudios políticos y administrativos, No. 4, 2008).
- Safranski, Rudiger. *¿Cuánta globalización podemos soportar?* (Barcelona: Tusquets, 2004).
- Sanabria, Juan José. *La Administración Pública Norteamericana en el Siglo XX* (México: revista *Multidisciplina*, Facultad de Estudios Superiores ACATLAN, UNAM, No. 3, 2009).
- Sánchez, José. *Estudio de la ciencia de la administración* (México: Miguel Angel Porrúa, 2007).
- Serna de la Garza, José María. *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010).
- Sojo, Carlos. *La modernización sin Estado* (San José: FLACSO, 2008).
- Solimano, Andrés et al. *Las termitas del Estado. Corrupción, transparencia y desarrollo* (Santiago, Chile: Fondo de Cultura Económica, 2008).
- Steger, Manfred. *Globalization* (UK: Oxford University Press, 2003).
- Stiglitz, Joseph. *El malestar de la globalización* (Madrid: Taurus, 2002).
- Los felices 90* (Madrid: Taurus, 2003).
- Caída libre* (Madrid: Taurus, 2010);
- y, Andrew Charlton. *Comercio justo para todos* (Madrid: Taurus, 2008);
- y, Linda Bilmes. *La guerra de los tres billones de dólares* (Madrid: Taurus, 2008).
- Stillman II, Richard *¿Adónde va la administración pública estadounidense?* (México: Centro de Investigación y Docencia Económicas, Revista Gestión y política pública. I semestre, 2008).
- Talancón, Jaime. *Las crisis del Estado* (México: Porrúa, 2009).
- Wallerstein, Immanuel. *La decadencia del poder estadounidense* (México: Era, 2005).

**ANÁLISIS DE LAS FLEXIBILIDADES CONTENIDAS EN
EL ACUERDO *ADPIC* A LA LUZ DE LAS PATENTES
FARMACÉUTICAS^(*)**

Lic. Juan Manuel Medina Amador^()*

Abogado, CIJUL en Línea
Colegio de Abogados de Costa Rica

(Recibido 07/10/10; aceptado 30/11/11)

(*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) y Candidato a Doctor en Derecho Internacional por la Universidad Complutense de Madrid.

e-mail: jmedinacr@hotmail.com

Teléfono: 2511-5698.

RESUMEN

La inclusión de la propiedad intelectual dentro del entramado jurídico de la OMC, trajo consigo una serie de implicaciones para los países en desarrollo. Particular atención merece la patentabilidad de los productos farmacéuticos, dado su potencial impacto sobre la salud pública. De esta forma, se vislumbran las flexibilidades incorporadas en el Acuerdo ADPIC, como una salvaguarda que permite velar por el interés público, dentro de un marco de respeto por las patentes farmacéuticas. El análisis detenido de los tecnicismos del tratado, resulta determinante para comprender a plenitud el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados parte.

Palabras clave: Acuerdo ADPIC, importaciones paralelas, cláusula Bolar, datos de prueba, licencias obligatorias, salud pública.

ABSTRACT

The inclusion of intellectual property matters within the WTO framework brought several consequences on developing countries. Patentability of pharmaceutical products must be particularly emphasized as to its potential impact on public health. Therefore, the flexibilities encompassed within the TRIPS Agreement should be seen as safeguards which allow protecting public interests, while complying with pharmaceutical patents regulations. The examination of technical issues contained in the treaty is essential for achieving a full understanding of the scope of the obligations acquired by the State parties.

Keywords: TRIPS Agreement, parallel imports, Bolar exemption, test data, mandatory licensing, public health.

SUMARIO

Introducción

- 1) Importaciones paralelas
 - a) Alcance del art. 6 del ADPIC
 - b) Examen a la luz del sistema multilateral de comercio
 - c) Implementación del agotamiento internacional en el mercado farmacéutico
- 2) Excepción de experimentación (Cláusula Bolar)
 - a) El debate en torno a la ley “*Hatch-Waxman*” en Estados Unidos
 - b) Controversia UE v. Canadá ante el OSD de la OMC
- 3) Protección no exclusiva de datos de prueba
 - a) Análisis sobre el contenido del art. 39.3 del ADPIC
 - b) Impacto de la protección de los datos de prueba sobre el mercado farmacéutico
- 4) Licencias obligatorias
 - a) Uso público no comercial
 - b) Defensa de la salud pública
 - c) Supresión de prácticas anticompetitivas

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de las negociaciones encaminadas a establecer la Organización Mundial del Comercio (OMC), se establecieron una serie de pautas, principalmente por un bloque de países desarrollados, destinadas a sentar las bases de futuras negociaciones comerciales. En este sentido, se incorporaron temas que hasta ese entonces habían permanecido completamente ajenos a dicho plano. Fue así como se incorporaron materias propias del Derecho de Propiedad Intelectual dentro del incipiente sistema multilateral del comercio. Al reconocerse la importancia que conlleva la tutela de los derechos intelectuales, respecto a las ventajas comparativas de los distintos países, se termina de comprender su lugar estratégico en el ámbito del comercio internacional.

En medio de este escenario se negoció un tratado que pasó a formar parte de ese complejo entramado jurídico de acuerdos multilaterales que conforman lo que doctrinalmente se ha dado en llamar: "Derecho OMC". Concretamente, por medio del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS, por sus siglas en español o inglés, respectivamente), se terminaría de incorporar la protección de la propiedad intelectual por medio del Anexo I.C del Acuerdo de Marrakech (tratado constitutivo de la OMC). Así las cosas, por medio del ADPIC se homogeneizaron muchas reglas que hasta ese momento permanecían dispares en las distintas legislaciones internas.

Sin embargo, esta labor homogeneizadora no fue vista con agrado por todos las partes negociantes, concentrándose el malestar principalmente en los países en desarrollo que vislumbraban algunos efectos adversos en dicha tendencia. En este sentido, se observa la preocupación que externaban y continúan manifestando la incorporación de los productos farmacéuticos como parte de las invenciones patentables. Dado el carácter esencial y estratégico que poseen los medicamentos para la salud humana se vislumbraron, en el Acuerdo ADPIC, una serie de medidas destinadas a paliar los efectos perversos que se pudiesen derivar del sistema instaurado. Es así como cobra una importancia suprema adentrarse en el examen minucioso de dichas flexibilidades, con el objetivo claro de potenciar su utilización en aras de mejorar el acceso a los medicamentos a nivel internacional.

1. IMPORTACIONES PARALELAS

Previo a iniciar con el análisis de este primer mecanismo de flexibilidad, se torna indispensable recordar los derechos exclusivos que ostentan los titulares de las patentes. Conviene tener presente, en este sentido, que los titulares de las patentes al tenor del artículo 28 del ADPIC poseen derechos exclusivos sobre la fabricación, comercialización (según se trate de venta, ofrecimiento para la venta o importación) y utilización de su invento. Ello implica que la puesta en el comercio del producto patentado única y exclusivamente puede efectuarse directamente por el titular de la patente, o con la intermediación de terceros debidamente autorizados (mediante la negociación de licencias). Sin embargo, cabe plantearse en qué momento se considera como agotado el derecho exclusivo que ostenta el titular, así como el ámbito territorial en que dicho derecho se tendrá por agotado.

Es en este punto donde entran en escena las importaciones paralelas como un mecanismo jurídicamente sustentado en la teoría del agotamiento de los derechos. Al tenor de esta teoría, se tienen por agotados los derechos sobre la patente una vez haya sobrevenido la primera comercialización. Esta primera comercialización debe haberse realizado mediando el consentimiento del titular, mas dicho consentimiento se obtiene tácitamente por medio de la puesta en el comercio que haga el titular de su invención, por sí mismo, o por medio de un tercero. En palabras de Correa, el fundamento del agotamiento del derecho reposa en la compensación que el titular de la patente ha recibido con la primera comercialización o distribución de su invención, por lo que no deviene justificable que éste controle el uso o la reventa de los productos previamente colocados en el comercio, mediando su consentimiento.⁽¹⁾

La lógica subyacente a las importaciones paralelas se basa en la diferenciación de precios existente para un mismo producto patentado, en distintos mercados. Precisamente, es esta fragmentación de los mercados la que sienta las bases para hacer atractivo el comercio

(1) CORREA, Carlos María: "Intellectual Property Rights and the Protection of Public Health in Developing Countries" [en línea], *The World Bank Legal Review. Law and Justice for Development*, Vol. 1, 2003, p. 187. [Consultada en noviembre de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/462619>

paralelo hacia aquellos países que cuentan con precios más elevados. Esto implica que el titular de la patente no podrá impedir la sucesiva comercialización del producto, debido a la extinción de su derecho de exclusividad sobre ese bien particular. Este sería el caso que acontece cuando en el país “A” el medicamento “X” es vendido a un precio mayor al que se vende el mismo medicamento en el país “B”; lo que puede conducir a que los medicamentos “X” comprados en “B”, sean exportados hacia “A”, sin el consentimiento del titular de la patente sobre “X”. Es importante destacar, que el titular de la patente tanto en el mercado exportador, como en el importador, debe ser la misma persona.

Respecto al consentimiento que debe prestar el titular entran en escena otras cuestiones que inciden directamente sobre la aceptación o el rechazo del agotamiento del derecho de patente,⁽²⁾ dependiendo del modo con que se introduzca la mencionada teoría en el respectivo ordenamiento jurídico. Existen tres tipos distintos de agotamiento de los derechos de patente: nacional, regional o internacional; siendo el agotamiento nacional aquel que únicamente tendrá por agotado el derecho si la primera comercialización ha tenido lugar dentro del mismo país, el regional consiste en que el agotamiento haya sobrevenido con la primera comercialización acaecida dentro de una región determinada, como puede ser una zona de integración económica, mientras que el internacional es el más amplio de todos, pues permite tener por agotados los derechos sin importar el país donde se haya efectuado la primera comercialización del producto.

a) Alcance del art. 6 del ADPIC

El tema de las importaciones paralelas no fue pasado por alto al momento de negociar el Acuerdo ADPIC, sino que muy por el contrario fue tomado en cuenta, pero una vez más, al igual que en otros muchos aspectos, no fue posible alcanzar un consenso sobre este punto. Específicamente el artículo 6 del mencionado Acuerdo, estableció la libertad para los Estados miembros de determinar el tipo de agotamiento que adoptarían respecto a los derechos de patente e incluso se dejó a discreción de los Estados parte, la decisión de aceptar o rechazar

(2) OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: *El comercio internacional de medicamentos* [en línea], Dykinson, Madrid, 2006, pp. 75-76. [Consultada en noviembre de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/317888>

el agotamiento de los derechos. Al preceptuar el citado numeral (por referencia de una nota al pie al artículo 28), que no podrá ser sometido a conocimiento del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) ninguna controversia relativa al artículo 6 del Acuerdo, se perfila claramente la libertad que ostentan los Estados en la definición de este aspecto.

Lo anterior significa que los Estados parte en el ADPIC, podrán de acuerdo a sus enfoques de política legislativa, adoptar o rechazar la teoría del agotamiento, en cuyo caso de optarse por la primera opción, no podrán ser objeto de una demanda dentro del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Pero más allá de eso, los Estados podrán inclinarse por escoger la teoría del agotamiento más amplia, entendiéndose la internacional, que les permita concebir como agotados los derechos de patente sobre aquellos productos que hayan sido colocados en cualquier mercado internacional, mediando el consentimiento del titular. La adopción de este enfoque, permite tener un espectro más amplio que si se tratase de un agotamiento nacional o regional, por el que se han inclinado los estadounidenses y europeos comunitarios, respectivamente.

Un aspecto específico sobre el que existe divergencia radica en torno a la forma en que se tendrá por agotado el derecho. El debate surge en torno a si se debe tener por agotado el derecho de patente en caso de que la primera comercialización haya sido efectuada en un mercado carente de protección para la misma. Es decir, si se puede considerar como agotado el derecho, una vez que la primera comercialización haya tenido lugar en un país en el cual dicho producto no estuviera patentado.⁽³⁾ Sobre el particular se podría afirmar que si el propósito del ADPIC hubiese sido el de limitar el agotamiento del derecho, a que la comercialización se hubiera efectuado en un país en el cual la invención estuviera registrada como patente, así se habría consignado en la redacción del mencionado artículo 6. No obstante, se deriva claramente de su redacción, la libertad que mantienen los países en este ámbito respecto a la definición del agotamiento de los derechos, por lo que establecer una restricción en este sentido, sería ir más allá de los términos precisados por el Tratado.

(3) En este punto se torna necesario recordar el carácter territorial de la propiedad industrial, teniendo presente en todo momento, que dado que las patentes son concedidas en cada país donde se solicita el registro de una invención como tal, únicamente será en esos lugares donde la invención goce de la protección conferida por el *ius probibendi* de la patente.

En refuerzo de esta posición, Otero trae a colación, de forma analógica, el artículo 51 del ADPIC, que contempla la imposición de medidas en frontera por parte de los Estados miembros, ante la importación ilegal de mercancías que infrinjan derechos de propiedad intelectual. De la lectura de esta disposición, no se deduce la obligación para los Estados de adoptar medidas en frontera, si se trata de la importación de mercancías provenientes de países en los cuales dichos productos han sido colocados con el consentimiento del titular de los derechos. Todo esto pareciera venir a reforzar la tesis según la cual basta únicamente el consentimiento del titular en la comercialización del producto, sin importar el otorgamiento o no de una patente en el país exportador, como factor restrictivo para determinar la ausencia del consentimiento requerido.⁽⁴⁾

b) Examen a la luz del sistema multilateral de comercio

La idea inspiradora que funciona como sustento a todo el sistema multilateral del comercio originado en 1995, con la creación de la OMC, perseguía explícitamente la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias para incrementar el intercambio de bienes y servicios a nivel global. Este pensamiento característico de una visión de libre mercado, perseguía la especialización y la eficiencia productiva para así alcanzar el mayor bienestar económico de la población. Sin embargo, los derechos de propiedad intelectual se constituyen en una excepción a este razonamiento, en el tanto limitan el libre comercio de bienes protegidos bajo esta categoría, con la finalidad de incentivar las actividades de investigación y desarrollo (I+D).

Resulta indispensable, por tanto, repasar algunas disposiciones esenciales del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) que resultan útiles para demostrar la legalidad de las importaciones paralelas, más allá de lo dispuesto por el artículo 6 del ADPIC. En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta, *prima facie*, el principio de trato nacional contenido en el artículo III del GATT, que proscribe la discriminación en favor de productos fabricados localmente, en detrimento de los productos importados. Siguiendo a Abbott, se puede afirmar que la imposición de restricciones a las importaciones paralelas, *so pretexto* de proteger a los titulares de patentes claramente se

(4) OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: *op. cit.*, p. 75.

constituye en una violación de este principio,⁽⁵⁾ en tanto se está obstaculizando el ingreso al mercado local de productos importados, ocasionando un trato dispar entre éstos y los mismos productos fabricados localmente.

Las prácticas restrictivas a las importaciones paralelas también han sido calificadas como violatorias del artículo XI del GATT, ya que se conciben como barreras no arancelarias al comercio. En defensa de la imposición de obstáculos al comercio paralelo, se ha alegado que el mismo se encuentra cubierto por la salvaguarda del artículo XX.d del Acuerdo mismo. Dicha salvaguarda permite a los Estados parte adoptar medidas contrarias al artículo XI, siempre que sean imprescindibles para velar por la protección de derechos de propiedad intelectual. No obstante, este argumento no es de recibo, por cuanto la adopción de medidas que constituyan una restricción al comercio, como sería el caso de prohibir las importaciones paralelas, no pueden considerarse imprescindibles para velar por el cumplimiento de los derechos de patente. Esto es así, por cuanto el consentimiento en la comercialización (requerido para que pueda operar una importación paralela) conlleva que la misma haya sido lícita. Este elemento la diferencia de otras situaciones, como la importación de mercadería pirata o falsificada, que sí constituyen violaciones a las normas de propiedad intelectual.

Similar postura ha sostenido a nivel intracomunitario el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), al impedir la existencia de restricciones a las importaciones paralelas dentro del mercado común. Así, desde 1974, con el asunto “*Centrafarm c. Sterling Drug*”,⁽⁶⁾ se habla de la “creación” de la teoría del agotamiento comunitario, abogando por la libre circulación de bienes y servicios dentro del mercado común. Precisamente la existencia de este mercado común en el que exista una ausencia total de barreras para el comercio, constituye uno de los pilares de la UE. Esta política de integración económica, que permite el libre intercambio de bienes, servicios y capitales, dentro de una zona de libre intercambio comercial, sirve a su vez de fundamento para oponerse a la

(5) ABBOTT, Frederick M.: “First report (final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the subject of parallel importation”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, No. 4, 1998, p. 632.

(6) Sentencia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm v. Sterling Drug*, C-15/74, Rec. p. 1147.

restricción del comercio paralelo dentro de la UE.⁽⁷⁾ Con este entorno, el TJUE no ha hecho sino adoptar una postura acorde, impidiendo que los derechos intelectuales se erijan en obstáculos al comercio entre países miembros de la Unión, segmentando los distintos mercados nacionales, lo que a todas luces contraviene las disposiciones del Tratado constitutivo, conducentes al mantenimiento de un mercado único.⁽⁸⁾

c) Implementación del agotamiento internacional en el mercado farmacéutico

Resulta de fundamental importancia observar el impacto que pueden generar las importaciones paralelas sobre el mercado farmacéutico, particularmente debido a la diferenciación de precios existente a nivel global. Siendo que los medicamentos en muchas ocasiones son un producto esencial para garantizar la vida humana y teniendo en cuenta la gran cantidad de personas carentes de recursos económicos suficientes, que les permitan afrontar sus elevados costos, las importaciones paralelas, en su acepción más amplia, se han vislumbrado como un mecanismo que permite democratizar el acceso a los mismos. Sin embargo, existen una serie de factores que podrían entorpecer el objetivo final, cuales son: el control de precios a los medicamentos por parte de algunos países y la tendencia al establecimiento de precios elevados de manera uniforme.

En este sentido, existe reticencia a aceptar el agotamiento internacional tratándose de productos farmacéuticos, dado el carácter regulado de sus precios en diversos países. El hecho de que existan topes a los precios de los medicamentos, incluso dentro de zonas de integración como la UE, conlleva a que se produzca un desvío de los mismos, por parte de terceros, con el objeto de maximizar sus ganancias en aquellos mercados donde podrán fijar precios altos. Abbott particularmente ha cuestionado esta práctica, al aducir que es contraria a los

(7) MASSAGUER FUENTES, José: "El contenido y alcance del derecho de patente", *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, No. Extraordinario, 2006, p. 181.

(8) ATIK, Jeffery y LIDGARD, Hans Henrik: "Embracing price discrimination: TRIPS and the suppression of parallel trade in pharmaceuticals", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 27, No. 4, 2006, p. 1061.

artículos VI y XVI del GATT debido a que la imposición de límites máximos sobre los precios de los medicamentos, puede interpretarse como un subsidio a la exportación de estos productos, creando así una distorsión en el mercado que atenta contra la competitividad del mismo.⁽⁹⁾

Por su parte en lo que respecta a los precios, existe el riesgo de que la industria farmacéutica se vea tentada a uniformar los precios a nivel global, eliminando así los incentivos para las importaciones paralelas. En este sentido, Atik y Lidgard, han indicado que las importaciones paralelas de productos farmacéuticos lejos de ocasionar una baja en los precios de los medicamentos, en los mercados de los países en vías de desarrollo, conducirían a un alza en los mismos con la finalidad de desincentivar esta práctica. En su lugar, dichos autores aducen que una prohibición total a las importaciones paralelas, podría ser más beneficiosa para los países en desarrollo, en vista de que las compañías no tendrían temor al establecimiento de precios bajos en los mercados emergentes.⁽¹⁰⁾ Dicha posición pareciera un tanto idílica, si se aprecia que los titulares de las patentes, pese a tener una situación monopólica sobre el mercado, rara vez practican una discriminación de precios favorable hacia los países pobres y en su lugar más bien establecen precios más elevados en estos países.⁽¹¹⁾

2. EXCEPCIÓN DE EXPERIMENTACIÓN (CLÁUSULA BOLAR)

El Acuerdo ADPIC incorpora en su artículo 30, la posibilidad para los Estados parte de adoptar excepciones a los derechos conferidos, siempre y cuando éstas sean limitadas, no se atente contra la explotación normal de la patente, ni se cause un perjuicio injustificado al titular de la misma. Dicho esto, se suele considerar como una excepción válida la excepción de experimentación. Son múltiples las legislaciones que incorporan esta excepción dentro de su normativa de patentes, en

(9) ABBOTT, Frederick M.: *op. cit.*, p. 623.

(10) ATIK, Jeffery y LIDGARD, Hans Henrik: *op. cit.*, p. 1058.

(11) SCHERER, F. M. y WATAL, J. citados por BETEGÓN NICOLÁS, Lourdes: *Las licencias obligatorias en materia farmacéutica en la regulación de la organización mundial del comercio. Un análisis desde la teoría de los juegos*, Universidad de Salamanca, Departamento de Economía Aplicada, Salamanca, 2004, p. 18.

aras de promover las actividades de I+D, buscando la introducción de mejoras sobre las invenciones tecnológicas ya descubiertas, así como el adelanto de los experimentos necesarios para aligerar la entrada de los medicamentos genéricos en el mercado.

El que una legislación determinada tenga una excepción de experimentación sumamente restringida, puede incidir negativamente sobre la competitividad de ese país. Resulta igual de importante proteger los intereses de los titulares de patentes, para promover la I+D, como establecer la inclusión de excepciones a estos derechos que permitan efectuar, sin temor a litigios, las investigaciones necesarias para innovar sobre lo ya descubierto. En este sentido, resulta esencial que exista la posibilidad para los científicos de llevar a cabo los experimentos necesarios sobre la materia patentada, con miras al mejoramiento de la misma. En el sector farmacéutico esto es realmente importante para lograr el mejoramiento constante de los medicamentos, así como el desarrollo de nuevas entidades a partir de lo ya descubierto.

a) El debate en torno a la ley “Hatch-Waxman” en Estados Unidos

Durante muchos años la legislación estadounidense careció de una excepción de experimentación, que facultara a los investigadores realizar experimentos sobre productos ya patentados. La única excepción admisible era la “*common law exemption*”, de origen jurisprudencial, que se constreñía a posibilitar los actos de experimentación que se destinaran a satisfacer una mera curiosidad científica,⁽¹²⁾ sin la posibilidad de que existiera ningún otro afán. Esto traía como consecuencia, que toda experimentación que tuviera en última instancia una finalidad económica, se encontrara totalmente proscrita, lo cual fue sostenido por múltiples tribunales durante muchos años, hasta fechas aún recientes. Como se puede prever, en la práctica ello equivalía a negar por completo la realización de experimento alguno sobre una invención patentada.

(12) ILES, Kevin: “A Comparative Analysis of the Impact of Experimental Use Exemptions in Patent Law on Incentives to Innovate”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 4, No. 1, otoño 2005, p. 67.

En el año 1984, con el advenimiento de un famoso litigio entre las compañías farmacéuticas “*Roche Products Inc.*” y “*Bolar Pharmaceutical Co.*” todo cambiaría. En dicho proceso, la compañía Bolar (fabricante de medicamentos genéricos), fue objeto de una demanda por llevar a cabo experimentos sobre un medicamento previamente patentado por el laboratorio Roche. Infructuosamente Bolar alegó que los experimentos habían sido efectuados con la finalidad de aligerar la aprobación de su versión genérica y que por tanto, dichos actos, se enmarcaban dentro de la excepción de experimentación.⁽¹³⁾ Si bien dicho argumento fue rechazado por el tribunal de turno, generaría toda una discusión que serviría de catalizador para la promulgación de la ley “*Hatch-Waxman*”⁽¹⁴⁾ (llamada así debido a sus proponentes). Esta normativa vino a ampliar considerablemente la excepción de experimentación vigente hasta entonces y posibilitó el ejercicio de los experimentos en el sentido alegado por la compañía Bolar.

De esta forma, se pretendió solucionar una de las fallas del sistema de patentes estadounidense, debido a que se ocasionaba un retraso indebido sobre la entrada en el mercado de los medicamentos genéricos. Al concebirse una interpretación tan reducida de la excepción de experimentación, no se posibilitaba el adelanto en los experimentos necesarios para obtener la autorización respectiva de la “*Food and Drug Administration*” (FDA). Siendo que se consideraban estos actos como violatorios del derecho de patente, no sólo se demoraba innecesariamente el ingreso al mercado de medicamentos a bajo costo, sino que se prolongaba de facto el tiempo de protección de la patente.⁽¹⁵⁾ La misma Corte Suprema estadounidense, en el asunto *Merck KGaA v. Integra Lifesciences I, Ltd.*,⁽¹⁶⁾ adoptó un criterio bastante flexible concibiendo toda actividad experimental razonablemente relacionada con la sumisión de datos a la FDA, como amparada por la excepción.

(13) *Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co.*, 733 F. 2d 858 (Fed. Cir. 1984).

(14) Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, 1984.

(15) GIDCUMB, Kelly A.: “Rethinking the Hatch-Waxman Act: balancing both sides of the equation”, *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*, Vol. 6, No. 1, 2006, p. 33.

(16) *Merck KGaA v. Integra Lifesciences I, Ltd.*, 545 U.S. 193 (2005), vacating *Integra Lifesciences I, Ltd. v. Merck KGaA*, 331 F.3d 860 (Fed. Cir. 2003).

b) Controversia UE v. Canadá ante el OSD de la OMC

La legalidad de la cláusula Bolar fue puesta a prueba en el sistema de solución de controversias de la OMC en el año 2000, cuando la Unión Europea interpuso una demanda contra Canadá con motivo de su legislación sobre patentes, que permitía el funcionamiento de la excepción Bolar. Específicamente la UE alegaba que la existencia de dicha excepción en la legislación canadiense atentaba contra los compromisos adquiridos por este país en el marco de la OMC, particularmente en el ADPIC, en sus artículos 27.1, 28 y 33. Esta controversia continúa siendo relevante, pues al día de hoy es la única que se ha suscitado en el marco de la OMC, respecto a la controversial cláusula Bolar. Valga la pena mencionar que la normativa canadiense no se limitaba a permitir la realización anticipada de todo el proceso de aprobación de un nuevo medicamento, sino que también admitía iniciar la fabricación y almacenamiento del producto durante un período previo a la terminación de la protección de la patente (6 meses antes de su expiración).⁽¹⁷⁾

El Grupo Especial (GE) de la OMC, conformado para conocer de la controversia,⁽¹⁸⁾ tuvo ocasión de manifestar que los experimentos y acciones necesarias para conseguir la aprobación del medicamento genérico, previo al vencimiento de la patente, no constituían violación alguna a los citados artículos del ADPIC. Dicha posición la sustentó el GE al considerar que la normativa impugnada (art. 55.2.1 de la ley canadiense) no sólo no violentaba los artículos 27.1 y 28.1 del ADPIC, sino que estaba respaldada por el numeral 30, que contempla la posibilidad de establecer excepciones limitadas. Sin embargo, respecto al almacenamiento autorizado por la misma normativa (art. 55.2.2), el GE consideró que si bien los productos acumulados no serían vendidos sino hasta después del vencimiento de la patente, dicha práctica se erigía en detrimento de los derechos exclusivos (conferidos por el art. 28.1 del ADPIC) a los titulares de patentes, no siendo posible considerarla como una excepción limitada al tenor de lo establecido en el artículo 30.

(17) Se perseguía claramente conseguir que los medicamentos genéricos ingresaran inmediatamente al mercado canadiense, tan pronto la patente del medicamento de referencia hubiere expirado, en aras de incentivar la competencia en el sector farmacéutico, nivelando los precios sobre estos productos.

(18) Unión Europea v. Canadá, WT/DS 114.

Como bien lo indica Hestermeyer, el criterio adoptado por el GE no sólo es equivocado por considerar que la legislación canadiense era contraria al artículo 30 del tratado, sino que además obvia por completo el margen de acción dejado a los Estados parte para la adopción de medidas destinadas a velar por la salud pública (arts. 7 y 8 del ADPIC).⁽¹⁹⁾ Aunado a esto, no puede contemplarse que dicha excepción fuera ilimitada, ya que el mero hecho de que la producción y almacenamiento de los medicamentos pudiera ser llevado a cabo, únicamente 6 meses antes del vencimiento de la patente, se constituía en un límite considerable a dicha excepción. Sumado a esto el GE erróneamente consideró que el tiempo transcurrido después de la expiración de la patente, en el cual el titular continúa disfrutando fácticamente de exclusividad en el mercado, formaba parte de su explotación normal.⁽²⁰⁾

No debe perderse de vista que el lapso transcurrido entre la expiración de la patente y la efectiva entrada en el comercio de los productos competidores, es precisamente una de las imperfecciones que se pretenden corregir por medio de la implementación de la cláusula Bolar. Asimismo, considerar como interés legítimo el hecho de que el titular abogue porque se demore la entrada al mercado del competidor genérico, como una especie de compensación ante la demora sufrida durante el proceso de aprobación del medicamento, es ir más allá de lo acordado en el ADPIC. Al contrario de otros textos normativos, el ADPIC nada dispuso sobre la obligación de los Estados parte de restaurar el tiempo de exclusividad perdido, por parte del titular de la patente, durante el proceso de autorización respectivo.

La importancia de la excepción bajo examen no radica únicamente en mejorar el acceso a los medicamentos, sino también en la posibilidad de llevar a cabo actividades investigativas sobre la materia patentada. Particularmente palpable resulta esta situación en el campo farmacéutico, ya que el mejoramiento constante de los medicamentos ya descubiertos se hace efectivo gracias a la experimentación posterior sobre éstos. Tan importante como el acceso a los medicamentos resulta la posibilidad de mejorarlos. Por medio de la experimentación se puede

(19) HESTERMEYER, Holger: *Human Rights and the WTO. The Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford University Press, Nueva York, 2007, pp. 235-236.

(20) *Ibíd.*, pp. 235-236.

determinar la utilidad de un medicamento ya existente para el tratamiento de otra enfermedad distinta (lo que se conoce como “segundos usos”), o incluso se puede alcanzar el desarrollo de un medicamento completamente nuevo que permita combatir nuevos padecimientos. Entre más pronto un investigador pueda indagar sobre los miles de compuestos potenciales, que forman parte de la fabricación de un medicamento, con mayor prontitud se arribará a un descubrimiento relevante.⁽²¹⁾

3. PROTECCIÓN NO EXCLUSIVA DE DATOS DE PRUEBA

Los datos de prueba constituyen aquel cúmulo de información suministrada ante la autoridad sanitaria correspondiente, comprensiva de todos los estudios y ensayos clínicos, con la finalidad de obtener la autorización para comercializar el medicamento. Los ensayos clínicos y estudios aportados son indispensables para obtener la aprobación correspondiente, pues serán éstos los que demuestren la seguridad y eficacia del medicamento. Al igual que con la cláusula Bolar, por medio de una protección flexible de los datos de prueba se aspira a no entorpecer la entrada con prontitud de los medicamentos genéricos en el mercado. Pero el escollo principal se presenta cuando se dejan entrever las cuantiosas sumas de dinero que invierte la industria innovadora, durante todo el proceso de experimentación.⁽²²⁾

La protección de los datos de prueba quedó consignada en el ADPIC de una forma tal que ha suscitado una multiplicidad de interpretaciones divergentes, sobre el contenido de la norma. Concretamente, el ADPIC establece la exigencia de protección para los datos de prueba, pero cumpliendo con una serie de requisitos, que delimitan su alcance. Así, dicho Acuerdo establece que los Estados parte, “...cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos... que utilizan nuevas entidades químicas... la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal.”⁽²³⁾ La controversia principal

(21) JAQUETTE, Ian: “Merck KGaA v. Integra Lifesciences I, Ltd: Implications of the Supreme Court’s Decision for the People Who Matter Most... the Consumer”, *American Journal of Law & Medicine*, No. 33, 2007, p. 111.

(22) GIDCUMB, Kelly A.: *op. cit.*, p. 30.

(23) Artículo 39.3, ADPIC.

surge en torno al procedimiento administrativo de aprobación de los medicamentos, en el cual las autoridades administrativas pueden hacer uso de los datos de prueba, previamente aportados por el fabricante pionero, para determinar la seguridad y eficacia del medicamento competidor.

a) Análisis sobre el contenido del art. 39.3 del ADPIC

Comienza el artículo 39.3 estableciendo que únicamente será aplicable en aquellas circunstancias en las que se exija la presentación de datos de prueba, por parte de las autoridades administrativas correspondientes, para lograr la autorización de comercialización del medicamento. Esta determinación es sumamente relevante, pues existen muchos países en los que debido a lo costoso y complejo que resulta llevar a cabo estos procedimientos, exigen únicamente la demostración de que el medicamento ha sido aprobado en otra jurisdicción, que generalmente cuenta con criterios muy rigurosos en la aprobación de este tipo de productos. Ello trae como consecuencia, que la protección de datos de prueba sea obligatoria única y exclusivamente en aquellos Estados que cuenten con procedimientos propios de aprobación de medicamentos.⁽²⁴⁾

Agrega el artículo bajo examen, la frase “*nuevas entidades químicas*” lo que parece sugerir que la protección será procedente de forma exclusiva, cuando se trate de la tramitación de un nuevo medicamento, o en otras palabras, de un medicamento al cual no se le haya concedido previamente la autorización de comercialización. Existen medicamentos que una vez comercializados demuestran ser útiles en el tratamiento de otras enfermedades, lo que muchas veces se descubre gracias a la realización de estudios posteriores (“segundos usos”). Ante este panorama, muchas veces las compañías farmacéuticas buscan infructuosamente registrar como nuevas patentes, estos medicamentos, basándose en sus nuevas indicaciones.

Se debe recordar que la novedad constituye uno de los tres requisitos fundamentales, aparte de la actividad inventiva y la aplicación

a

industrial, que debe ostentar toda invención para ser patentable.⁽²⁵⁾ En este orden de ideas, resulta cuestionable la patentabilidad de las segundas indicaciones o segundos usos, pues como lo indica Correa “*lo que es nuevo es el uso o el método de utilización de una entidad química conocida, pero no la entidad química en sí misma.*”⁽²⁶⁾ La necesaria existencia de una nueva entidad química faculta a los Estados parte a establecer criterios restrictivos respecto a la protección de los datos de prueba, de los medicamentos ya aprobados. Por este motivo, cuando se den pequeñas variaciones en los medicamentos, que no conduzcan a la existencia de una nueva entidad química, sus datos de prueba podrían ser excluidos del ámbito del artículo 39.3. De igual manera, los Estados podrían considerar que un medicamento que haya sido registrado en cualquier parte del mundo previamente, no cumple con el requisito de novedad exigido y por este motivo no estarían obligados a respetar la confidencialidad de sus datos de prueba.⁽²⁷⁾

Prosigue indicando, el artículo bajo examen, que la obtención de los datos de prueba debe haber supuesto un esfuerzo considerable para el solicitante, de forma tal que se deja un margen de interpretación sumamente amplio en la determinación del esfuerzo que haya supuesto la obtención de los datos de prueba. Algunos autores se han adherido al criterio que interpreta la frase: “*cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable*”, como una referencia directa a la inversión económica y al esfuerzo realizado en su obtención.⁽²⁸⁾ Pareciera entonces, que dependiendo del grado de inversión efectuado en torno a la realización de los ensayos clínicos, así será la consideración del esfuerzo realizado en la consecución de los datos.

(25) Sobre el tema de las segundas indicaciones o segundos usos de medicamentos ya descubiertos, suele haber controversia en torno a su patentabilidad, particularmente en lo que respecta al requisito de novedad que contempla la no existencia previa de la invención en el “estado de la técnica”, ya sea a nivel internacional, regional o nacional, dependiendo del criterio adoptado por cada legislación nacional.

(26) CORREA, Carlos María: *Protección de los datos presentados para el registro de productos farmacéuticos. Implementación de las normas del Acuerdo TRIPS*, South Centre, Ginebra, 2002, p. 20.

(27) BAKER, Brook K.: *op. cit.*, p. 315.

(28) *Ibíd.*

Finalmente, señala el artículo en cuestión, que los datos de prueba, serán objeto de protección contra todo “*uso comercial desleal*”. Sobre este aspecto es donde se centra el debate principal acerca de cuáles actividades podrán considerarse como usos comerciales desleales y cuáles serán consideradas lícitas. Se puede afirmar que existen dos corrientes: la primera, que contempla la exclusividad de los datos de prueba por un período determinado, denegando toda posibilidad a la autoridad administrativa de basarse en la información suministrada con anterioridad, para la aprobación de un medicamento genérico;⁽²⁹⁾ y la segunda, que no concede exclusividad a los datos de prueba y además no contempla como uso comercial desleal los actos desplegados por la Administración en el proceso aprobatorio, así se haya basado en la información suministrada por el fabricante pionero.

Ante la inexistencia en todo el ADPIC de una definición clarificadora acerca de lo que constituye un “*uso comercial desleal*”, deberá recurrirse a las reglas consignadas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT, arts 31 y 32). De esta forma, al llevar a cabo una interpretación de buena fe, del artículo 39.3 del ADPIC, conforme con el sentido corriente de los términos utilizados, con vista del objeto y fin del tratado, no se puede concluir que se deba impedir la utilización de los datos de prueba por parte de la autoridad administrativa. Como bien lo observa Correa, el actuar de la Administración Pública, encaminada a examinar la seguridad y eficacia de un medicamento, no se puede concebir como un uso comercial, sino más bien como el ejercicio de una competencia exclusivamente estatal.⁽³⁰⁾ Además de esto, claramente se deriva del objeto y fin del ADPIC (arts. 7 y 8), la potestad que conservan los Estados miembros respecto a la adopción de las medidas necesarias para velar por la salud pública, así como por la consecución de un balance adecuado entre los intereses particulares y el bienestar de la colectividad.

(29) Pese a que la exclusividad de los datos de prueba no es algo exigido por el ADPIC, Estados Unidos y la UE han sido unos férreos impulsores de esta perspectiva, promoviendo su enfoque por medio de los tratados comerciales negociados con múltiples países en desarrollo. Cabe advertir, sin embargo, que organizaciones internacionales como la UNCTAD se han manifestado en contra de la exclusividad de los datos de prueba. CORREA, Carlos María: *op. cit.*, p. 60.

(30) *Ibíd.*, p. 35.

b) Impacto de la protección de los datos de prueba sobre el mercado farmacéutico

El interés por una protección sólida de los datos de prueba deriva de la tardanza de las autoridades pertinentes en la aprobación de comercialización de los medicamentos. Debido a lo lento e intrincado que resulta el proceso de autorización para introducir en el comercio un medicamento determinado (aunado al largo periodo que toma la realización de ensayos y experimentos en aras del perfeccionamiento del producto), se ve notablemente recortado el período de exclusividad conferido por la patente.⁽³¹⁾ Como es de preverse, este es un tema que preocupa en demasía a la industria farmacéutica innovadora, dados los elevados costos económicos que implica la inversión realizada. Existen sobre este tópico, estudios económicos realizados en Estados Unidos que estiman en un período aproximado de entre doce a quince años, el plazo que toma el desarrollo de un nuevo medicamento y la consecución del visto bueno para su posterior comercialización.⁽³²⁾

Se estima que la protección de los datos de prueba en muchas ocasiones se constituye en una extensión fáctica del plazo de la patente, dado que puede darse el caso de que una patente esté cercana a expirar, pero que sus datos de prueba aún gocen de protección exclusiva por unos cuantos años más. Al brindarse protección a los datos de prueba, se genera como automática consecuencia que cualquier competidor fabricante de medicamentos genéricos, tendrá que producir sus propios resultados para demostrar la seguridad y eficacia de su producto. En muchas ocasiones no resulta nada rentable para el fabricante de genéricos incurrir en la fuerte inversión que implica efectuar todos los ensayos y experimentos necesarios, si con posterioridad no va a obtener exclusividad alguna en el mercado, al contrario de lo que sucede con el fabricante original.

Sin embargo, esta no es la única utilidad que puede tener, ya que la protección de los datos de prueba puede ser de suma utilidad tratándose de aquellas invenciones, que a falta del grado de novedad

(31) Hay que tener presente que esto ocurre por cuanto el período de exclusividad de 20 años fijado en el ADPIC (art. 33, empieza a correr desde el preciso momento en que se presenta la solicitud de patente.

(32) JAQUETTE, Ian: *op. cit.*, p. 97.

suficiente para cumplir con los requisitos de patentabilidad, ven en los datos de prueba una forma de gozar de los beneficios que reporta la exclusividad en el mercado. Debido a que los datos de prueba, por lo general, no deben reunir el mismo grado de novedad que se exige para una patente de invención, se les suele utilizar para proteger aquellas invenciones que no pudieron constituirse en patentes, pero que sí pueden asegurar la exclusividad en el mercado por medio de la protección de los datos de prueba, lo cual genera un claro desincentivo para los potenciales competidores. En este orden de ideas, conceder un beneficio de este tipo sobre una invención que no reunió los requisitos necesarios para constituirse en una patente, resulta cuestionable, al menos desde la perspectiva del espíritu subyacente al sistema de patentes.⁽³³⁾

Algunas legislaciones han incorporado mecanismos para mitigar los efectos adversos que pueden desincentivar la entrada de competidores genéricos en el mercado. En el caso de Estados Unidos, la mencionada ley Hatch-Waxman contempla una disposición que otorga un período de exclusividad en el mercado (180 días) al primer fabricante de medicamentos genéricos que haya conseguido la aprobación de la FDA. Esta protección que se brinda al fabricante genérico frente a los subsiguientes competidores, sin embargo, ha sido objeto de duras críticas en vista de los abusos a que ha dado lugar. En este sentido, se observa con preocupación el hecho de que el período de exclusividad empiece a correr hasta que el productor de genéricos decida iniciar la comercialización de su producto, lo cual ha desencadenado en acuerdos colusorios, entre la industria innovadora y la genérica, en detrimento de las leyes de promoción de la competencia.⁽³⁴⁾

(33) REICHMAN, Jerome H.: “Rethinking the Role of Clinical Trial Data in International Intellectual Property Law: The Case for a Public Goods Approach”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 13, No. 1, 2009, p. 46.

(34) Prácticas colusorias como las señaladas han dado lugar a casos sonados como el acontecido en 1998 entre “Abbott Laboratories” y “Geneva Pharmaceuticals”, en el cual el primero, que era el titular de una patente sobre “Hytrin”, un medicamento para el tratamiento de la hipertensión, acordó con el segundo el pago mensual de 4,5 millones de dólares a éste, para que no comercializara la versión genérica de su medicamento. GILES, Laura: “Promoting generic drug availability: reforming the Hatch-Waxman Act to prevent unnecessary delays to consumers”, *Saint John’s Law Review*, No. 75, 2001, p. 370.

4. LICENCIAS OBLIGATORIAS

Al igual que las flexibilidades ya examinadas, las licencias obligatorias constituyen un mecanismo de flexibilidad, cuando no el más importante, comprendido en la regulación internacional de las patentes. Específicamente la regulación del ADPIC sobre el tema de las licencias obligatorias se encuentra en el artículo 31, aunque obviando hacer referencia expresa a este término. Si bien en dicho artículo no se hace referencia expresa a las licencias obligatorias, es claro que cuando se hace mención a “*otros usos sin autorización del titular de los derechos*” se está pretendiendo regular este mecanismo. Previo a abordar en detalle algunas de las causas que justifican el otorgamiento de una licencia obligatoria, se torna imprescindible comprender su concepto y naturaleza jurídica.

En lo que respecta a su concepto, existen diversidad de definiciones en la doctrina, todas ellas encaminadas a hacer referencia a la autorización estatal, a favor de un tercero (sea un particular o una entidad estatal) para que incurra en alguna de las actividades exclusivamente reservadas al titular de una patente. Como ya se mencionó el artículo 28 del ADPIC es el que contiene el núcleo del derecho que se confiere al titular de una patente, enumerando taxativamente aquel cúmulo de actividades que se reservan exclusivamente al mismo. De esta forma, cuando se concede una licencia obligatoria, el titular de la patente pierde la exclusividad que ostentaba sobre dichas actividades, derivándose como consecuencia lógica, la pérdida de su situación preferente en el mercado como monopolista.

Existen al respecto, otras definiciones que acertadamente realizan una alusión más directa a la consecución de un interés público, como la motivación principal que subyace al otorgamiento de una licencia obligatoria. En esta dirección se decanta Salamolard cuando define a la licencia obligatoria como “...*una medida orgánica positiva en el sistema de patentes tendiente a provocar que no surja una distorsión entre el interés público y el interés particular del patentado.*”⁽³⁵⁾ En este orden de ideas, resulta palpable que las patentes farmacéuticas, en tanto derechos intelectuales, han de cumplir ineludiblemente una función social.⁽³⁶⁾

(35) SALAMOLARD citado por CORREA, Carlos M. y BERGEL, Salvador D.: *Patentes y Competencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1996, p. 41.

(36) SPOTA, Alberto, et al: *Patentes medicinales*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 24.

Al momento en que se otorga una patente se espera que la sociedad, como un todo, se vea beneficiada ante el avance tecnológico que implica la actividad innovadora de su creador. Autores como Villamarín han manifestado que la utilización de las licencias obligatorias ayuda a preservar “...*el equilibrio entre los intereses públicos y los privados sobre la base de una decisión que corresponde a una autoridad competente que otorga derechos exclusivos a una persona, quien debería generalmente compensar al detentor del título por medio del pago de una remuneración.*”⁽³⁷⁾

Otros autores, como Otero, conciben al interés público con una doble dimensión, en la cual la primera estaría destinada a corregir todas aquellas prácticas abusivas del derecho, que pudieren atentar contra las normas del derecho de la competencia; mientras que la segunda se encaminaría a la consecución de metas en los planos económico y social. De allí que no sea raro encontrar en el derecho de la competencia referencias expresas a los nexos con el derecho de propiedad intelectual. Ante esta gama de funcionalidades tan diversa que se persigue por medio de las licencias obligatorias, se discute sobre el carácter de las mismas, sea que se configuren como una sanción o más bien como una medida correctiva en favor del interés público. Pareciera ser más recomendable la adopción de la segunda, tomando en consideración que el fin último de toda licencia obligatoria reposa en la consecución de un bienestar para la colectividad, la cual de forma residual puede arrojar efectos semejantes a los de una sanción (sobre todo cuando se está ante situaciones que atentan contra la competencia).

En cuanto a la naturaleza jurídica de este instituto, se observa que el mismo nombre de “*licencia obligatoria*” evoca su carácter imperativo, en el que el Estado impone forzosamente la licencia al titular del derecho. El Estado en ejercicio de su potestad de imperio, impone a los particulares su voluntad ante determinadas situaciones en las que debe velar por el interés público. Como se verá seguidamente, el Estado está facultado para actuar en casos en los que se vea comprometido el interés público, como resultado de situaciones monopolísticas sobre el

(37) VILLAMARÍN HIDALGO, José Javier: “Licencias Obligatorias. Notas a propósito de la protección de la salud pública en los países en vías de desarrollo”, *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático* [en línea], No. 47, junio 2002, p. 1. [Consultada en septiembre de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/157700>

comercio de bienes estratégicos para la colectividad, tal y como podría suceder con los medicamentos. Desde la perspectiva del acceso a los medicamentos conviene repasar concretamente ciertas causas que justifican la concesión de una licencia obligatoria y que serán abordadas seguidamente.⁽³⁸⁾

a) Uso público no comercial

El uso público no comercial ha sido aquel contemplado para atender necesidades públicas, como sería el caso de acciones típicamente destinadas a la defensa nacional y que han sido contempladas por distintas legislaciones, incluso la estadounidense, caracterizada por su fuerte protección a los derechos intelectuales. Este tipo de licenciamiento en términos generales es poco controvertido, ya que se acepta la necesidad de que el Estado ante situaciones de necesidad, pueda echar mano de las invenciones a su alcance para solventar la situación. Cabe destacar que como su nombre lo indica, este tipo de licencias no pueden consistir en una explotación comercial de la invención, sino que se destinan estrictamente a un uso estatal, que es posible delegar en un tercero debidamente autorizado por el Estado, pero sin que derive en una explotación comercial.

Inclusive se contempla la posibilidad de hacer uso de esta tipología de licenciamiento más allá de motivos estrictamente relacionados con la seguridad nacional o temas afines. La utilización de este tipo de licencia puede tener una aplicación práctica, tratándose de aspectos relacionados con la salud pública. En este sentido, ha de tenerse en cuenta aquellos países en los que existen sistemas sólidos de seguridad social que proveen de medicamentos a buena parte de la población. En una circunstancia de este tipo, la utilización de una licencia obligatoria, posibilitando la producción del medicamento en cuestión por una autoridad estatal, o incluso por un tercero autorizado, puede conducir a obtener una reducción en el costo del medicamento, mejorando así su accesibilidad.⁽³⁹⁾

(38) En dado caso, hay que tener bien claro que del lenguaje expreso del ADPIC, no se desprende la imposibilidad para los Estados miembros de conceder licencias obligatorias por causas más allá de las consignadas en el artículo 31, sino que los mismos conservan plenamente dicha libertad en dicho ámbito.

(39) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Departamento de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica: *Globalización y acceso a*

b) Defensa de la salud pública

Sin ir en detrimento de lo manifestado en el punto anterior, acerca de la posible utilización de un uso público no comercial a favor de la salud pública, se puede afirmar que existe una intención explícita en el ADPIC de permitir a los Estados la concesión de licencias obligatorias para velar por la salud pública. Al observar detenidamente el artículo 8.1 se puede leer lo siguiente: “*Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población...*”.⁽⁴⁰⁾ De dicha lectura se extrae claramente la posibilidad para los Estados de adoptar las decisiones legislativas que consideren pertinentes en aras de velar por la salud pública y la nutrición de su población. Además si se hace el enlace con el artículo 31, se podrá apreciar a plenitud que los Estados podrán hacer uso de las licencias obligatorias para salvaguardar la salud pública, siempre que cumplan las condiciones taxativamente fijadas.⁽⁴¹⁾

Dentro de los supuestos de licencias obligatorias por motivos de salud pública, podrían incorporarse también aquellos supuestos que contemplan la existencia de situaciones de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia. Piénsese por ejemplo en una calamidad pública, con ocasión de una epidemia en un país cuya población mayoritaria carezca de los recursos necesarios para acceder a

los medicamentos perspectivas sobre el Acuerdo ADPIC/OMC [en línea], 2º ed., Ginebra, 1999, p. 27. [Consultada en octubre de 2009] Disponible en: <http://archives.who.int/tbs/global/whozip47s.pdf>

(40) Artículo 8.1, ADPIC.

(41) El artículo 31 del ADPIC establece una serie de requisitos mínimos que debe reunir toda concesión de licencia obligatoria, a saber: que el otorgamiento atienda a circunstancias propias, examinándose su procedencia caso por caso; que se hayan efectuado negociaciones previas con el titular de la patente encaminadas a obtener una licencia voluntaria; que se establezca la prohibición de conceder exclusividad sobre la licencia y al mismo tiempo que se prohíba la cesión de la misma; que se conceda primordialmente para el abastecimiento del mercado interno (con las salvedades establecidas en el párrafo 6 de la Declaración de Doha sobre el ADPIC y la salud pública); y que se verifique una adecuada remuneración al titular de la patente, a modo de indemnización.

ciertos medicamentos. Tal es el caso de muchos países menos adelantados, como acontece con algunos países africanos en los que una parte considerable de la población se encuentra infectada de VIH-SIDA.⁽⁴²⁾ Sobre este tema en específico, se cuenta con un antecedente importante concerniente a Sudáfrica, país que en el año 1997 llevó a cabo una serie de reformas en su legislación, destinadas a mejorar el acceso a los medicamentos y que sería blanco de una demanda por parte de un consorcio de laboratorios farmacéuticos (además de las presiones políticas ejercidas por el gobierno estadounidense de turno).

Dada la incidencia directa que tienen los precios de los medicamentos sobre la salud pública, se torna en un tema de interés público la regulación del mercado farmacéutico. Tiene especial trascendencia el tema relacionado con los medicamentos esenciales que son aquel grupo de fármacos esenciales para la vida. De esta forma, existen medicamentos cuyo consumo es imprescindible para muchos pacientes dada la gravedad de sus padecimientos. Por este motivo, resulta en ocasiones indispensable la intervención estatal directa sobre el mercado farmacéutico, no sólo interviniendo por medio de esquemas de regulación de precios, que dicho sea de paso son bastante controversiales, sino también por medio de la concesión de licencias obligatorias. A modo de ejemplo, se puede observar el presupuesto fijado en el Código de la Propiedad Intelectual francés que en su artículo L 613-16, establece como causa de concesión de una licencia obligatoria, la disposición de medicamentos en el mercado en una cantidad o calidad deficientes o a precios excesivamente elevados.⁽⁴³⁾

(42) Sobre este tema particular, existen pronunciamientos de organizaciones internacionales como la OMS y ONUSIDA manifestando expresamente su apoyo a una utilización de las licencias obligatorias con motivos de salud pública, encaminadas a introducir mayor competitividad en los mercados, con miras a lograr una disminución significativa de los precios de los medicamentos y así tornarlos asequibles a un mayor número de personas, especialmente aquellos grupos infectados con el virus del SIDA. VILLAMARÍN HIDALGO, José Javier: *op. cit.*, p. 3.

(43) REMICHE, Bernard y DESTERBECQ, Hélène: "Las patentes farmacéuticas en los acuerdos del GATT", en: BERCOVITZ, Alberto, et al: *Temas de derecho industrial y de la competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 296.

c) **Supresión de prácticas anticompetitivas**

La corrección de prácticas anticompetitivas es una labor que en ciertas ocasiones puede ser llevada a cabo por medio de la concesión de una licencia obligatoria. En el caso específico de las patentes farmacéuticas, puede contemplarse la posibilidad de otorgamiento de una licencia obligatoria ante prácticas llevadas a cabo por el titular de la patente, que vayan en detrimento de los intereses de los consumidores. Este tipo de licencias actúa en un campo estrechamente relacionado con el de las licencias obligatorias por razones de salud pública. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una conducta abusiva por una compañía farmacéutica, titular de un derecho de patente, que incurra en prácticas indebidas encaminadas a demorar la entrada de un medicamento genérico en el mercado o al establecimiento de precios artificiales que afecten notablemente a los consumidores.⁽⁴⁴⁾

Las prácticas anticompetitivas que pueden llevar a cabo los titulares de las patentes son de muy diversa índole. Se habla de la técnica de acumulación de patentes, solicitando la concesión de patentes en un mismo campo hasta el punto de llegar a monopolizar cierto sector de la producción.⁽⁴⁵⁾ También puede presentarse el caso de otorgamiento de patentes frívolas,⁽⁴⁶⁾ carentes en muchas ocasiones del nivel adecuado de novedad exigido para toda patente. Por medio de estas acciones se persigue erigir una barrera insoslayable, que impida el registro como patente de ninguna otra invención, manteniendo así un monopolio sobre ciertas áreas tecnológicas. El uso de estas prácticas conducentes a la anulación de los competidores puede contrarrestarse no sólo por medio de las licencias obligatorias, sino en forma preventiva, por medio de sistemas de examinación rigurosos con el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad.

El “evergreening” o reverdecimiento de las patentes, por otra parte, es un mecanismo utilizado frecuentemente para lograr la pro-

(44) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *op. cit.*, p. 43.

(45) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: *Derecho de las patentes de invención/2*, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 2004, p. 328.

(46) CORREA, Carlos María: “Abuso de derechos de patentes y efectos sobre la salud pública”, en: SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier: *Salud pública y patentes farmacéuticas*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 75.

longación indebida de las patentes, por medio de la realización de cambios ligeros en la formulación de las invenciones, en aras de lograr el registro de nuevas patentes. Utilizando un lenguaje más preciso merece la pena citar textualmente a Correa que establece una definición muy simple, pero a la vez lúcida sobre el concepto “evergreening”: “*es una estrategia que consiste en adquirir patentes sobre desarrollos menores o triviales, con el propósito de extender la duración de los derechos de exclusividad más allá del período original de 20 años.*”⁽⁴⁷⁾ Vista esta definición, se termina de comprender el nexo existente entre la poca rigurosidad a la hora de examinar los requisitos de patentabilidad y la existencia de prácticas anticompetitivas.

Además de la concurrencia de estas prácticas abusivas, se han denunciado otros métodos anticompetitivos en sede judicial. Frecuentemente los titulares de patentes interponen demandas judiciales en contra de supuestos infractores de sus derechos. Ante la imposibilidad de muchos de estos supuestos infractores de hacer frente a los costos derivados de un proceso judicial (frente a poderosas compañías farmacéuticas), muchas veces desisten de continuar con el proceso, pese a la vulnerabilidad de la patente presuntamente violada. En Estados Unidos, concretamente, se ha presentado esta situación respecto a la ley “*Hatch-Waxman*” que concede la posibilidad al titular de una patente de impugnar el trámite iniciado por el competidor genérico, destinado a lograr la autorización de comercialización. Se afirma que esta disposición alienta la interposición de demandas infundadas, con la única finalidad de ocasionar la inmediata suspensión del proceso de aprobación del medicamento genérico. Esta situación posibilita al demandante, que de mala fe acudió a este mecanismo, lograr plenamente su cometido de retrasar la entrada en el mercado de su competidor.⁽⁴⁸⁾

En lo concerniente a su regulación en el ADPIC, se observa cómo el artículo 8.2⁽⁴⁹⁾ contempla la posibilidad de que los Estados adopten

(47) *Ibíd.*, p. 79.

(48) GILES, Laura: *op. cit.*, p. 366.

(49) “*Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.*” Artículo 8.2, ADPIC.

las medidas que consideren necesarias para prevenir el ejercicio abusivo de los derechos por parte de los titulares. No obstante, dicha disposición omite adentrarse en el análisis de las prácticas que podrán ser consideradas como abusivas. La única referencia expresa acerca de la regulación concreta de las prácticas anticompetitivas se encuentra en el artículo 40.2,⁽⁵⁰⁾ que deja abierta la posibilidad a los Estados de fijar en el orden interno, las cláusulas que podrán ser consideradas como contrarias a la competencia en los contratos de licencia entre particulares, todo con el afán de velar por la competitividad en el mercado.

CONCLUSIÓN

Con el advenimiento del Acuerdo ADPIC, se gestó a nivel internacional un mayor nivel de uniformidad, respecto a la propiedad intelectual, nunca antes visto hasta entonces. La fuerte pugna entre países desarrollados y en desarrollo respecto a la inclusión de los productos farmacéuticos, como susceptibles ser patentados, refleja el carácter estratégico de los mismos. Sin embargo, a nivel internacional se observan obligaciones respecto a los Estados no únicamente respecto a la protección de la propiedad intelectual, sino también en lo concerniente a los derechos humanos. En este sentido y como parte de este cúmulo de derechos se encuentran los *derechos de segunda generación*, entre los que ineludiblemente cabe mencionar al derecho a la salud.

Siendo que el acceso a los medicamentos, especialmente aquellos esenciales para salvar vidas humanas, son esenciales para una plena realización del derecho a la salud, se plantea la necesidad de buscar un equilibrio en la aplicación de las normas sustantivas del ADPIC. De esta forma, las flexibilidades incorporadas en el texto del tratado se configuran como los elementos que permiten velar por el interés público. Está claro que el espíritu que subyace en todo sistema de patentes se basa en otorgar incentivos para el involucramiento del capital privado en la I+D de nuevos medicamentos. Sin embargo, de

(50) *“Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente.”* Artículo 40.2, ADPIC.

poco serviría una protección a ultranza de la propiedad industrial si dichas innovaciones no servirán para atender las necesidades de la colectividad.

La utilización de los mecanismos previstos permite no sólo universalizar el acceso a los medicamentos, sino que posibilita la adopción de políticas preventivas por medio de sistemas de vacunación masiva. Se torna indispensable, al mismo tiempo, la existencia de mecanismos compensatorios para los titulares de patentes, en aras de que reciban una justa remuneración acorde con el esfuerzo realizado. Sin embargo, no debe haber cabida para el patentamiento de invenciones menores, con el único objetivo de impedir o retrasar la competencia en los mercados. Así, los Estados miembros han de adoptar regulaciones claras y decididas respecto a la regulación de las prácticas anticompetitivas, de la mano con el aprovechamiento de los márgenes de acción dejados por el ADPIC.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ABBOTT, Frederick M.: "First report (final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the subject of parallel importation", *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, No. 4, 1998, pp. 607-636.
- ATIK, Jeffery y LIDGARD, Hans Henrik: "Embracing price discrimination: TRIPS and the suppression of parallel trade in pharmaceuticals", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol. 27, No. 4, 2006, pp. 1043-1076.
- BAKER, Brook K: "Ending Drug Registration Apartheid: Taming Data Exclusivity and Patent/Registration Linkage", *American Journal of Law & Medicine*, No. 34, 2008, pp. 303-344.
- BETEGÓN NICOLÁS, Lourdes: *Las licencias obligatorias en materia farmacéutica en la regulación de la organización mundial del comercio. Un análisis desde la teoría de los juegos*, Universidad de Salamanca, Departamento de Economía Aplicada, Salamanca, 2004.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: *Derecho de las patentes de invención/2*, Tomo II, Heliasta, Buenos Aires, 2004.
- CORREA, Carlos M. y BERGEL, Salvador D.: *Patentes y Competencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1996.
- CORREA, Carlos María: *Protección de los datos presentados para el registro de productos farmacéuticos. Implementación de las normas del Acuerdo TRIPS*, South Centre, Ginebra, 2002.
- CORREA, Carlos María: "Intellectual Property Rights and the Protection of Public Health in Developing Countries" [en línea], *The World Bank Legal Review. Law and Justice for Development*, Vol. 1, 2003, pp. 161-206. [Consultada en octubre de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/intellectual-property-protection-health-462619>
- CORREA, Carlos María: "Abuso de derechos de patentes y efectos sobre la salud pública", en: SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier: *Salud pública y patentes farmacéuticas*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 71-97.
- GIDCUMB, Kelly A.: "Rethinking the Hatch-Waxman Act: balancing both sides of the equation", *Wake Forest Intellectual Property Law Journal*, Vol. 6, No. 1, 2006, pp. 23-43.

- GILES, Laura: "Promoting generic drug availability: reforming the Hatch-Waxman Act to prevent unnecessary delays to consumers", *Saint John's Law Review*, No. 75, 2001, pp. 357-376.
- HESTERMEYER, Holger: *Human Rights and the WTO the Case of Patents and Access to Medicines*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.
- ILES, Kevin: "A Comparative Analysis of the Impact of Experimental Use Exemptions in Patent Law on Incentives to Innovate", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 4, No. 1, otoño 2005, pp. 61-82.
- JAQUETTE, Ian: "Merck KGaA v. Integra Lifesciences I, Ltd: Implications of the Supreme Court's Decision for the People Who Matter Most... the Consumer", *American Journal of Law & Medicine*, No. 33, 2007, pp. 97-117.
- MASSAGUER FUENTES, José: "El contenido y alcance del derecho de patente", *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, No. Extraordinario, 2006, pp. 173-187.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Departamento de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica: *Globalización y acceso a los medicamentos perspectivas sobre el Acuerdo ADPIC/OMC* [en línea], 2° ed., Ginebra, 1999. [Consultada en octubre de 2009] Disponible en: <http://archives.who.int/tbs/global/whozip47s.pdf>
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: *El comercio internacional de medicamentos* [en línea], Dykinson, Madrid, 2006. [Consultada en noviembre de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/317888>
- REICHMAN, Jerome H.: "Rethinking the Role of Clinical Trial Data in International Intellectual Property Law: The Case for a Public Goods Approach", *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 13, No. 1, 2009, pp. 1-68.
- REMICHE, Bernard y DESTERBECQ, Hélène: "Las patentes farmacéuticas en los acuerdos del GATT", en: BERCOVITZ, Alberto, et al: *Temas de derecho industrial y de la competencia*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 245-336.
- SPOTA, Alberto, et al: *Patentes medicinales*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994.
- VILLAMARÍN HIDALGO, José Javier: "Licencias Obligatorias. Notas a propósito de la protección de la salud pública en los países en vías de desarrollo", *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático* [en línea], No. 47, junio 2002, pp. 1-17. [Consultada en septiembre de 2009] Disponible en: <http://vlex.com/vid/157700>

MEDINA AMADOR: Análisis de las flexibilidades contenidas en el acuerdo ADPIC...

Normativa

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), 1994.

Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), 1995.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP), 1883.

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), 1969.

Decisión del Consejo General de la OMC, 2003.

Declaración de Doha sobre el ADPIC y la Salud Pública, 2001.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), 1966.

Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, 1984. (Estados Unidos)

Jurisprudencia

Unión Europea v. Canadá, WT/DS 114 (OMC).

Sentencia de 31 de octubre de 1974, Centrafarm v. Sterling Drug, C-15/74, Rec. p. 1147 (TJUE).

Roche Products Inc. V. Bolar Pharmaceutical Co., 733 F. 2d 858 (Fed. Cir. 1984), Estados Unidos.

Merck KGaA v. Integra Lifesciences I, Ltd., 545 U.S. 193 (2005), vacating Integra Lifesciences I, Ltd. v. Merck KGaA, 331 F.3d 860 (Fed. Cir. 2003), Estados Unidos.

DOCUMENTO



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Informe Anual de Labores 2010-2011

Dr. Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

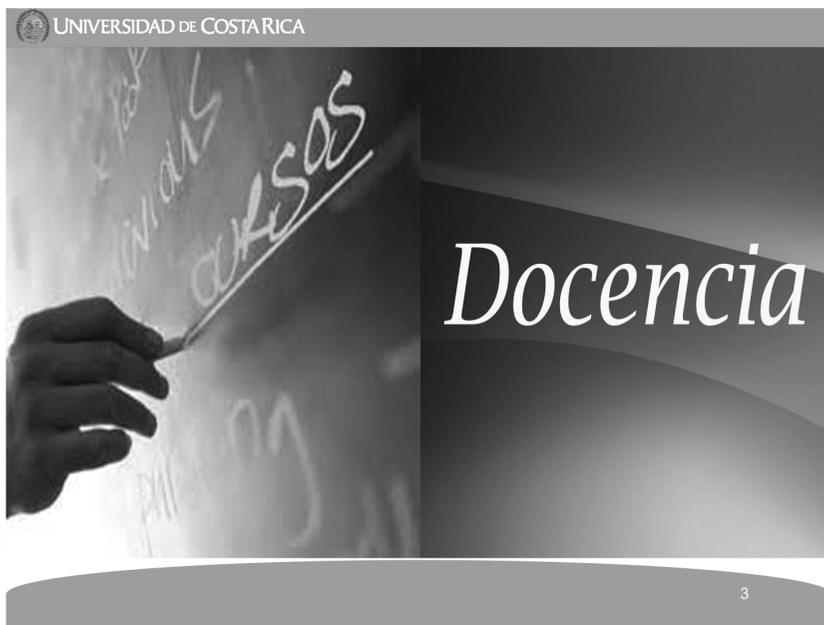


UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Presentación del Informe de Labores Segundo Período de Gestión 2011

A continuación mostraré los principales logros de cada
área





Área de Docencia

- Apoyo a la elaboración del Vídeo sobre la Historia de la Facultad de Derecho
- Asesorías académicas a profesores/as que han solicitado apoyo en distintas tareas
- Base de datos sobre el profesorado que solicita permiso
- Conversatorios en Derecho



- Apertura del Énfasis en Derechos Humanos en la Sede Rodrigo Facio para el I Ciclo 2011.
- Reunión con los Coordinadores de las Cátedras de la Facultad de Derecho (31 de mayo del 2011).
- Conversatorios en Derecho: Cómo enseñamos Derecho? Y Cómo evaluamos en Derecho?

5

- Conformación, según resolución FD-D-009-06-2011 del Decanato de la Facultad de la Comisión de Docencia de la Facultad de Derecho.

Lic. Tomás Federico Arias Castro

Lic. Hernán Esquivel Salas

Dr. Jorge López González

Dr. Andrés Montejo Morales

Msc. Melisa Salas Brenes

Dr. Luis Guillermo Herrera Castro

Msc. Marilú Rodríguez Araya

Lic. Jose Luis Valenciano

Sr. John Brenes Rodríguez (representante estudiantil)

6

Área de Investigación



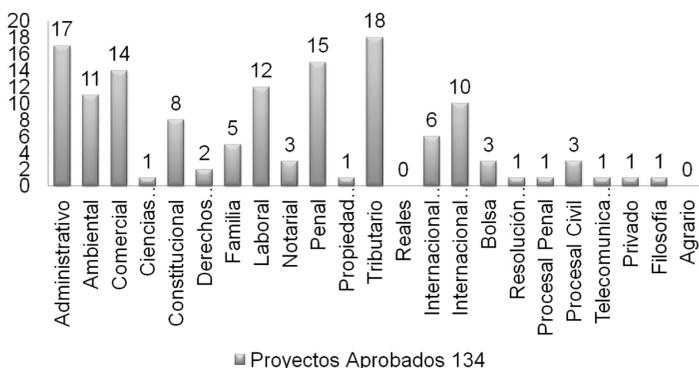
7

Área de Investigación

- Durante el año 2011 se han recibido **136** solicitudes de reservas de temas.
- Se digitalizó el fichero de temas y proyectos de Trabajos Finales de Graduación desde el año 2005 a la fecha.

8

Proyectos Aprobados: *Correspondientes de enero al 15 de octubre 2011.*



Asuntos Estudiantiles



Estudiantes que ingresaron a la Carrera de Derecho 2011

- En el siguiente cuadro se registra el ingreso a carrera para el año 2011:

Primer Ingreso	Nota de admisión	Rendimiento Académico	Excelencia Académica	Total
157 estudiantes	58 estudiantes	23 estudiantes	34 estudiantes	272 estudiantes

11

Estudiantes graduados de la carrera de Derecho 2011

Bachillerato	Licenciatura	Graduación de honor
71	91	36

12

Estudiantes matriculados en la Carrera de Derecho 2011

Matrícula Ordinaria	
Primer Semestre	Segundo Semestre
1864	2066

Matrícula de Estudios Independientes (suficiencia)
102

13

Acción Social



14

- La facultad cuenta actualmente con 24 consultorios jurídicos activos. Incluido uno que se creó recientemente en Tres Ríos.
- La carrera cuenta también con 5 TCU
- Se ha realizado una labor exhaustiva para fortalecer las direcciones de los consultorios jurídicos y la acción social.

15

A continuación se indican el número de estudiantes matriculados en el 2011:

Matrícula Consultorios Jurídicos	
Primer semestre	Segundo semestre
41	141

Curso de Inducción para práctica profesional de Consultorios Jurídicos		
Primer semestre	Segundo semestre	
Aprobado por 94 estudiantes	Aprobado por 75 estudiantes	Pendientes 37

16

Curso de Inducción para práctica profesional de Consultorios Jurídicos



17

Informática Jurídica y Avance Tecnológico



18

- Publicación semestral del Boletín Jurídico Virtual IUS Doctrina. Seis números publicados, tercer año de existencia.
- Mantenimiento y modernización del sitio web de la Facultad de Derecho y de la página de derecho en la red social de facebook y twitter.
- Alimentación de GLIN, se está incorporando la revista IVSTITIA y revista EL FORO del Colegio de Abogados.

**Artículos de Literatura
Jurídica Costarricense
Incorporados a la Base Glin**

45

19

- Diagnóstico de equipo computacional de la Facultad.
- Inventario y proceso de desecho de equipo tecnológico de la Facultad.
- Instalación de nuevo equipo y el cableado.

Instalación de Nuevo Equipo de Cómputo	
Áreas de la Facultad	Consultorios Jurídicos
32	8

Cableado	
Puntos de conexión alámbrica nuevos	Switch nuevos
300	4

20

Se brindaron capacitaciones:

- Capacitaciones a estudiantes de primer ingreso
- Capacitación en el uso de el sistema GLIN
- Capacitación en Introducción al uso de las tecnologías de la información, dirigido a los conserjes de la Facultad



Biblioteca



- Se finalizó la inscripción en la base de datos OLIB del fondo bibliográfico.
- A partir de febrero de este año se inició el préstamo y devolución de materiales en forma automatizada.
- Se instalaron nueve computadoras para el acceso al OPAC (Catálogo en línea) y para la utilización de las bases de datos en línea.
- Se compraron seis cubículos para las nuevas computadoras, mismos que fueron instalados en el área de catálogos y bases de datos.

- Se logró suscribir nuevamente la Base de Datos especializada VLEX, misma que se puede acceder de forma remota.
- Además de esta base se cuenta con acceso a otras bases de datos con contenido jurídico en forma remota como son: EBSCO Host, Proquest, J-Stor, e-libro, entre otras.
- Se instaló un nuevo punto de red inalámbrica en la Sala de Estudio grupal.



Datos estadísticos importantes

Préstamos realizados	Usuarios atendidos	Usuarios Capacitados	Títulos nuevos adquiridos
19.259	48.197	204 (docentes y estudiantes)	450



27

Principales logros

- Apertura de la primera promoción del Doctorado en Derecho en el II ciclo lectivo.
- Apertura de la primera promoción de la Maestría en Derecho Público Comparado y sus primeros graduados.

28

- La Especialidad en Derecho Notarial y Registral se ha consolidado en la Sede Regional de Occidente.
- La Maestría en Ciencias Penales recibió el apoyo del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), ello a partir del año 2012, de modo que estudiantes de otros países centroamericanos puedan venir a Costa Rica a realizar estudios de maestría en Ciencias Penales. Entre los 14 Posgrados de la Universidad de Costa Rica que concursaron para ello, fueron escogidos 4 Posgrados, dentro de los cuales se incluye el de la Maestría en Ciencias Penales. Además, el Posgrado de dicha Maestría es el único posgrado en Derecho que fue escogido por el DAAD en Centroamérica, ello entre los 16 Posgrados de Centroamérica escogidos.

29

Conferencias

- Lección Inaugural del Programa de Posgrado en Derecho. ***“El delito culposo en el Tránsito”*** Dr. Marco Antonio Terragni, profesor de la Universidad de Santa Fe, Argentina
- Mesa Redonda de la Maestría en Administración y Derecho Municipal. “Regulaciones Urbanas y tutela del Ambiente”. Eduardo Brenes Mata, Ex director del Proyecto PRUGAM; Ronald Flores, Director del Programa de Transporte Público del MOPT; Virgilio Calvo González, Arquitecto

30

Conferencias

- Conversatorio de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos. “Conversatorio con Magistrados de la Corte Centroamericana Justicia. Dr. Francisco Darío Lobo, Presidente de la Corte Centroamericana de Justicia; Dr. Ricardo Acevedo Peralta, Magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia
- Lección Inaugural del Doctorado en Derecho. “La Nueva Gerencia Pública. Reflexiones críticas”. Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, Coordinador del Doctorado en Derecho

31



32

Este proyecto responde a la relación con otras instituciones públicas y/o privadas que requieren de nuestros servicios, a través de la capacitación profesional.

En el período de este informe se brindaron:

Oferta académica	Horas de clases	Personas matriculadas
27 cursos	1372	730

33

Algunos de los cursos impartidos:

- Firma digital
- Derecho Bursátil
- Lesco II
- Ley de penalización contra la Violencia Doméstica (San Ramón, Liberia y Golfito)
- Derecho Concursal
- Razonamiento Jurídico
- Proceso Penal

Algunos de los cursos cortos:

- Ley de Zona Marítimo Terrestre
- Resoluciones Administrativas
- Derecho Ambiental

34

En el marco de Convenios Internacionales:

- Consultoría y análisis del Derecho Ambiental. (Universidad de Florida)

Técnicos Especializados:

- Oralidad para la litigación
- TECA
- E-TECA
- Técnico Registral para el Ministerio de Trabajo

35

Jefatura Administrativa



36

Jefatura Administrativa

- Se logró el equipamiento definitivo entre otras cosas de:
- Equipo para el laboratorio de Cómputo
- Equipamiento de comedores para el personal.
- Dos aspiradoras industriales
- Dos soplo aspiradoras.
- 15 radios profesionales

37

EQUIPOS VARIOS Y MESAS DE CÓMPUTO

- La Comisión Institucional de Equipamiento, entregó 25 equipos de cómputo, dos proyectores multimedia y cuatro computadoras portátiles, así como un disco dura externo de 500 GB, para ser utilizado por la Comisión de Acreditación.
- La Vicerrectoría de Docencia, facilito la compra de 24 mesas para cómputo par el laboratorio.

38

- Cierre en un 100% de efectividad en el Inventario de Activos Fijos
- Cierre en un 100% de efectividad en la Administración de nuestro Fondo de Trabajo y Cuenta en el Banco Nacional, según auditoría efectuada por la Contraloría Universitaria.
- Una red informática acorde con los estándares internacionales y sobre todo, un 100% de conectividad para el estudiantado en prácticamente la totalidad del edificio, dado que ahora somos zona WI-FI en coordinación con el Área de Informática Jurídica y avance Tecnológico.

Decanato



Nuevo Edificio Facultad de Derecho

- Se definió con la OEPI el diseño del nuevo edificio para la Facultad de Derecho, con un área total de 10236,6 m² y un costo de US\$9.110.563.80.
- Luego de una reunión con la señora Rectora Yamileth González y el Consejo Asesor de Facultad, se ratificó nuestra participación dentro del proyecto institucional de Mega proyectos.

41



42

- El nuevo edificio tendrá entre otras cosas:

Salas de Oralidad	Aulas de Capacitación para Educación Continua	Aulas para estudiantes
5 con capacidad para 50 personas	4	30 con capacidad para 50 personas
Aulas para posgrado	Mini auditorios	Auditorios
8 con capacidad para 30 personas	5 con capacidad para 80 personas cada uno	1 con capacidad para 150 personas
Cubículos para docentes	Espacios de parqueo	Salas de Tesis
20 con capacidad para 4 docentes cada uno	301	4

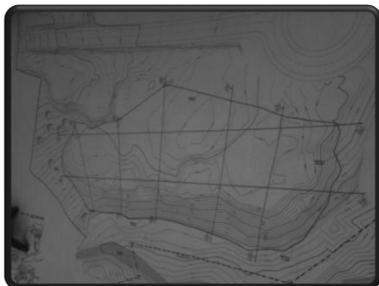
- 1 Área para la Asociación de Estudiantes, con oficina, sala de reuniones y una sala de descanso.
- Casa de Justicia y Resolución de Conflictos (recepción, dirección y tres salas de mediación).

43

Proyecto Nuevo Edificio Facultad de Derecho



44



45



46

Otras actividades desarrolladas por la Decanatura

- En coordinación con la jefatura administrativa se lograron las siguientes mejoras en infraestructura:
 - *Remodelación de la Decanatura con presupuesto ordinario asignado a la Facultad y un apoyo dado por la rectoría.
 - *Remodelación de la sala de defensa de tesis en el quinto piso.
 - *Pintura del edificio en el primer piso y gradas al costado este y oeste.
 - *Sistema de monitoreo de circuito cerrado, supervisado desde la Oficina de Servicios Generales, con cámaras desde el primero al quinto piso.
 - *Se puso a disposición del estudiantado el Laboratorio de Cómputo

47



48

Actividades académicas de la Decanatura

ACTIVIDADES FACULTAD DE DERECHO 2011			
FECHA	ACTIVIDAD	Nombre Conferencia /Charla	Expositores
9 / marzo	Lección Inaugural I ciclo lectivo 2011	Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos	Lic. Manuel Ventura R.
7 y 8 abril	S i m p o s i o Internacional	Desarrollo y Perspectivas de Armonización de : Legislación Internacional sobre Economía y Comercio	Expertos Nacionales e internacionales
11 /agosto	Conferencia	Los casos de Costa Rica ante la Corte Internacional de Justicia	Lic. Sergio Ugalde Godínez / Lic. Carlos Roverssi Rojas
18/agosto	Lección Inaugural II ciclo lectivo 2011	Retrospectiva Histórica de la Facultad de Derecho de la U. C.R.	Lic. Tomás Federico Arias Castro

49

ACTIVIDADES FACULTAD DE DERECHO 2011			
FECHA	ACTIVIDAD	Nombre Conferencia /Charla	Expositores
31/ agosto 01/setiembre	Conversatorio	¿Cómo Evaluamos en Derecho?	Expertos Nacionales e internacionales Conferencia
01/ de julio 05/setiembre	Remodelación	Concluye remodelación del Decanato	
14/setiembre	Conferencia	Historia político-jurídica de la independencia de Costa Rica (190 Aniversario)	Lic. Tomás Federico Arias Castro
26/setiembre	Mesa Redonda	El funcionamiento y respuestas del sistema	Expertos Nacionales e internacionales

50

ACTIVIDADES FACULTAD DE DERECHO 2011			
FECHA	ACTIVIDAD	Nombre Conferencia /Charla	Expositores
26/setiembre	Mesa Redonda	El funcionamiento interamericano en la defensa de los derechos humanos	Expertos Nacionales e internacionales
27/setiembre	Asamblea	Asamblea de ramas Asociación Americana juristas	
28/setiembre	Mesa Redonda	Los delitos informáticos en Costa Rica	Asamblea Legislativa
29/setiembre	Conferencia	Experiencia del Proceso de Autoevaluación para la Acreditación ante el SINAES de la carrera de Derecho de la UCR	Dr. Daniel Gadea Nieto Colegio de Abogados y abogadas
14/noviembre	Informe	Presentación del Informe de Acreditación	Ante el Cea

51

Lección de Bienvenida



52

Lección Inaugural



53

Feria Vocacional



54

Firma Carta de Intenciones con el Consejo General del Notariado de España



55

Actividades 15 de Setiembre



56

Acreditación

57

GRANDES TOTALES

- Se ha trabajado con 4 dimensiones, 21 componentes, 171 criterios, 34 estándares y 348 evidencias.
- Se resalta que cada criterio tiene su respectiva evidencia a la cual se le adjunta el correspondiente anexo. (en este momento mas de 400 anexos)

58

PRESENTACION DEL INFORME FINAL ANTE EL SINAES

- El primer informe de acreditación fue revisado y devuelto por el CEA con una serie de observaciones que había que incorporar al mismo.
- Estas observaciones fueron atendidas por el personal administrativo asignado a acreditación y un grupo de docentes, Una vez finalizada la revisión, se procedió a la recolección de información faltante y a la revisión y corrección del mismo.

59

PRESENTACION DEL INFORME FINAL ANTE EL SINAES

- El pasado 14 de noviembre se entregó el informe al CEA (Centro de Evaluación Académica), el trámite siguiente es recibirlo, si procede atender alguna observación y finalmente con el aval de la Rectoría enviarlo al SINAES.
- Se entregó con tecnología de punta (mediante Tarjeta SD) y los anexos con sus respectivos enlaces (link), entre otros.

60



- Como última noticia se les informa que la Rectoría nos ha informado que se cuenta con los primeros \$500 que hay que depositar al SINAES para la lectura del informe por parte del par anónimo.

DOCUMENTO

**LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA E INDEPENDENCIA
JUDICIAL EN COSTA RICA^(*)**

Licda. Rosaura Chinchilla Calderón^()*

Abogada costarricense

*Vicios en la composición estructural
del Poder Judicial ponen en riesgo
la legitimación básica de la justicia
costarricense: la independencia*

(*) Versión modificada de la conferencia dada en el II Foro Interinstitucional, Universidad de Costa Rica, noviembre 2011. Publicado en el Diario Extra, el martes 31 de enero del 2012, en la página de opinión.

e-mail: rosaura.chinchilla@gmail.com

Teléfono: 8830-7348

A mi madre, in memoriam

La legitimación de la justicia de un país se basa en la independencia de la judicatura, que surge de la consolidación del Estado Derecho, es decir de que el poder político se subordine a las normas para que estas lo regulen. Los/as funcionarios/as asumimos una división de funciones, en donde el crear, aplicar y ejecutar la ley, son actos separados, regidos por principios esenciales como los de legalidad (la judicatura está sometida al Ordenamiento Jurídico, sin que pueda hacer nada que previamente no le haya sido autorizado), independencia (no estamos subyugados a otros intereses) e imparcialidad, que permite que la ciudadanía deposite su confianza en un tercero, sin interés en el asunto sobre el que se pronuncia.

Decadencia. Sin embargo, tenemos indicios para estimar que nos hemos ido apartando de tales postulados. Repasemos acontecimientos:

- Finales de los años 90: Un magistrado suplente de la Sala Constitucional renuncia al haber suscrito la resolución de un recurso que interpuso.
- 2004: Guido Sáenz (Piedra azul) transcribe la conversación (luego se dijo era un recurso literario) que tuvo con un expresidente de la República quien refirió: “yo estaba cien por ciento seguro de que me pasaban la reforma, tenía la promesa de cuatro magistrados, uno me traicionó”, en referencia a la reelección presidencial, que se rechazó en la Sala Constitucional con un voto de diferencia y que, dos años más tarde, también en una estrecha votación y habiendo cambiado la composición de la Sala, se aprobó.
- 2008: La magistratura plantea la discusión del “aumento de salario de Alta Gerencia” que le beneficiaba. Simultáneamente se conoce que un magistrado suplente de la Sala Constitucional fungía como asesor del Poder Ejecutivo en torno a la agenda complementaria del TLC y había intervenido votando asuntos relacionados con ese tema. Mientras la Corte aprueba el aumento salarial, rechaza abrir una investigación por el citado caso.

- 2009: El Informe del Estado de la Nación refiere que los rendimientos en la justicia pronta fueron decrecientes, pese al aumento de la inversión en el P.J.
- 2010: Se denuncia que otro magistrado suplente de la Sala Constitucional, había ayudado a redactar el Plan de Gobierno de un partido político.
- 2011: Surgen rumores de cómo podría ser el voto de los magistrados penales en un caso con incidencias políticas que se conocía. Mientras, Corte Plena archiva una denuncia contra el Fiscal General (a quien se le atribuía haber paralizado, sin asumir el cargo, la indagatoria de un exministro de gobierno) pero le abre un proceso a dicho funcionario, de forma atípica, por ordenar un rastreo de llamadas a algunos de los magistrados, para verificar si los rumores sobre contactos con políticos a raíz de aquel caso penal, eran ciertos. Finalmente, se archiva la denuncia.
- 2009-2010: Jueces/ezas se oponen a un proyecto para variar la estructura competencial de la Sala III, por, entre otras cosas, los costos y la duración procesal que implicaba. El proyecto fue aprobado, aunque ha requerido leyes posteriores para solventar defectos. En 2011, se saca el concurso para magistrados suplentes en la sala penal. Curiosamente quienes se opusieron a aquel proyecto y participaron en el concurso (no me incluyo), son excluidos, sin explicación, a pesar de ocupar, por méritos, las posiciones más altas de carrera judicial. La lista de magistrados suplentes penales va y viene entre la Asamblea Legislativa y la Corte pues, aunque aquel órgano la rechazó por sospechar que existían irregularidades en su confección y no incluir la paridad de género (cuya Política fue aprobada por el Poder Judicial y exigida a otros Poderes), la Corte la ratificó en un primer momento, para luego rectificar algunos nombres planteados. A esta fecha no se ha efectuado el nombramiento.
- 2011: Se da una nueva renuncia de un magistrado suplente en el marco de la filtración del borrador de una sentencia de la sala civil a litigantes.

Vicios estructurales. Además del irrespeto a normas del Ordenamiento (vgr. la prohibición a jueces de participar en procesos político-electorales, la insinuación del voto, la motivación de los actos

administrativos, etc.) estos hechos, en que no siempre intervienen las mismas personas, tienen como denominador común el revelar vicios en la composición estructural del Poder Judicial que ponen en riesgo la legitimación básica de la justicia costarricense: la independencia. Todos son actos que deslegitiman a la institución frente a la sociedad. Es cierto que este Poder no está en función de la popularidad y, por el contrario, muchas veces resuelve a contrapelo de criterios mayoritarios, pero los casos anteriores hacen muy difícil, sino imposible, dar alguna explicación razonable ante una sociedad que exige transparencia en la función pública.

Hoy no tenemos reglas estables sobre los nombramientos para la magistratura, titular o suplente, sino que, conforme cambia la composición parlamentaria, varían los criterios de elección. Han existido algunas donde, a candidatos objetivamente idóneos para un puesto, se les califica su entrevista con un 0, con tal de promocionar criterios político-partidistas. Similar ocurre a nivel de la Magistratura, donde la interferencia partidaria genera daños institucionales más sensibles, máxime que muchos acontecimientos nacionales se deciden jurisdiccionalmente, por lo que la cooptación judicial resulta estratégica. Además, para aspirar al cargo es necesario desplegar un lobby parlamentario... desfilarse ante los y las diputados/as, no para discutir un curriculum o evaluar ideas jurídicas, de país o de sociedad, sino, simplemente, para mostrar otros criterios.

A lo interno del Poder Judicial, a nivel de magistrados suplentes, la elección y "sorteo" se ha dado sin explicitarse los criterios reales de selección o veto: ¿cómo era que, entre varios suplentes, una persona resultaba electa con más frecuencia que los restantes y lo hacía por períodos más largos? Ante estos cuestionamientos, se reglamentaron los sorteos y hoy se intenta hacer lo mismo con la proposición de suplentes, pero no se le ha dado ninguna participación a otros sectores sociales, como si la composición judicial fuera de mero interés doméstico y no de primer orden nacional. Además, en uno de los planteamientos que se hace, se mantiene la reserva de un importante porcentaje de la puntuación para la entrevista y se aspira a que no se respete estrictamente la lista de los objetivamente mejor nominados, sino que la puntuación obtenida sea solo un indicador para los electores, con lo que siguen siendo determinantes los criterios subjetivos.

En cuanto a la magistratura titular, las funciones administrativas y de gobierno se han confundido con (y privilegiado respecto de) las

jurisdiccionales. Desde finales de los años 80, Carlos José Gutiérrez determinó que un magistrado ocupaba aproximadamente un 80% en lo administrativo. Aunque en 1994 se reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial para trasladar estas funciones al Consejo Superior, hoy la situación es similar pues cada magistrado participa en múltiples comisiones (hay más de 70). Además, no solo hay que combinar lo jurisdiccional con lo administrativo, sino que aquella función ya no se hace de propia mano, sino basada en proyectos que redactan letrados/as, limitándose el/la magistrado/a, en el mejor de los casos, a leer y corregir el proyecto que se le hace, lo que se asemeja a una justicia delegada.

Tampoco existen limitaciones estrictas, ni publicidad adecuada, sobre los actos discrecionales de la cúpula judicial que, para no ser arbitrarios, deberían estar motivados, en tópicos tan variados como viajes, uso efectivo del tiempo, combustible, vehículos, choferes, criterios para las designaciones que les competen, etc.

Lastimosamente no se han tomado decisiones en clave institucional y de largo plazo, sino que se achican los criterios decisorios y predominan las visiones personalistas o cortoplacistas, sin ponderar el daño social que se le efectúa a un Poder esencial en la vida democrática.

En lo tocante a la judicatura 'rasa', se ha perdido buena dosis de idoneidad, estudio, mística, responsabilidad y respeto hacia las personas a las que va dirigido nuestro trabajo y se actúa más para la carrera (judicial), es decir, para ascender y llegar a posiciones que permitan reproducir aquellos patrones.

Retos. Sabemos que hay una enorme presión (política, económica, social y mediática) sobre la judicatura y que algunos se han plegado a ella y han sido dóciles a intereses ajenos a la misión o vocación fundamental del cargo. Pero no todo está perdido. ¿Qué podemos hacer? En primer lugar repensarnos y aceptar los errores, propios y ajenos, presentes y pasados. Si queremos hacer Justicia para la Patria hay actos que ya podemos realizar: exigir que se regule, para desterrar los criterios partidarios o subjetivos, la selección y permanencia de magistrados suplentes y propietarios; rectificar los errores cometidos en tópicos que, ante una sociedad empobrecida y cada más desigual, suenan (y se parecen mucho) a privilegios; autocontenernos en las (exiguas o pingües) cuotas de poder que cada uno pueda ejercer

y motivar todos los actos, pues aquellos que no se pueden explicar, difícilmente se puedan entender.

Es cierto que los vicios son profundos, añejos y trascienden a personas concretas, pero cada uno/a alguna diferencia puede hacer. *Albert Camus*, en *La Peste* señalaba: *“Aquí no se trata de heroísmo, se trata solamente de honestidad, es una idea que pueda que le haga reír, pero el único medio de luchar contra la peste es la honestidad.”* Uno de los personajes le preguntaba al narrador ¿qué es la honestidad? y este contestó: *“no sé qué es en general pero, en mi caso, sé que no es más que hacer mi oficio”*.

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Fernández Ruiz, Graciela. **Argumentación y lenguaje jurídico** (México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 226 páginas, 2011).



En la *Introducción*, la Dra. Fernández Ruiz afirma que el Derecho, lenguaje y argumentación son realidades intrínsecamente ligadas entre sí. Esta obra analiza qué es la argumentación jurídica y la manera en que ésta se realiza en el discurso jurídico, así como los aspectos del lenguaje que resultan más pertinentes al analizar este tipo de discurso.

El contenido de esta obra está dividido en los siguientes capítulos:

Primero: ¿Qué se entiende por “argumentación”?

Segundo: La argumentación analítica o necesaria

Tercero: La argumentación probable o “persuasiva”

Cuarto: La argumentación falaz

Quinto: La argumentación jurídica

Sexto: Consideraciones lingüísticas útiles en el análisis de textos jurídicos

Séptimo: Análisis de caso. Sentencia sobre el amparo en revisión 02352/1997-00, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 6 de marzo del 2006.

– o –

León Guzmán, Marlen; Hugo Muñoz Ureña (compiladores) ***Aspectos jurídicos de la valorización de los productos alimentarios*** (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 254 páginas, 2011)

Este libro compila los trabajos de investigación en este campo, en ocasión del Coloquio Internacional realizado en la Universidad de Costa Rica, durante los días 29 y 30 de noviembre del 2010, con el apoyo del Programa Lascaux (<http://www.droit-aliments-terre.eu>) y del Consejo Europeo de Investigación.



La *Presentación* y la *Conclusión* está a cargo del Profesor Dr. François Collart Dutilleul; y, contiene investigaciones publicadas en francés y español.

Los trabajos académicos se presentaron en las siguientes mesas redondas:

Primera: la apropiación de los conocimientos en los acuerdos internacionales.

Segunda: los conflictos entre los modos de valorización y las posibles derogaciones a los monopolios en los acuerdos internacionales.

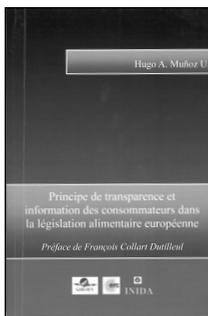
Tercera: la valorización de los productos agroalimentarios y la segmentación de los mercados.

Cuarta: la valorización de los productos agroalimentarios y la regulación de los mercados.

Además de un estudio de casos: la valorización de los productos agrícolas por medio de los circuitos de comercialización.

– o –

Muñoz Ureña, Hugo. ***Principe de transparence et information des consommateurs dans la législation alimentaire européenne*** (Charleston, S.C, USA: Instituto de Investigación en Derecho Alimentario, 458 páginas, 2011).



Esta obra es la Tesis de Doctorado del Dr. Hugo Muñoz Ureña, presentada en la Universidad de Nantes, Francia, bajo la dirección del Profesor Dr. François Collart Dutilleul, Director del *Programme Lascaux* (<http://www.droit-aliments-terre.eu>), el cual escribió el *Prefacio* de esta Tesis.

El *Sumario* de esta Tesis es el siguiente:

Introduction

Partie I. La transparence sur les denrées alimentaires

Titre I. L'information au carrefour des intérêt des consommateurs et des professionnels

Chapitre I. L'approche formelle de l'information

Chapitre II. Le caractère contraignant de l'information

Titre II. L'information es consommateurs modelée par les échanges internationaux et régionaux

Chapitre I. L'information des consommateurs soumise aux techniques de réduction des obstacles au commerce

Chapitre II. Les obstacles au commerce réduits par l'information des consommateurs

Partie II: La transparence sur les risques alimentaires

Titre I. La communication dont l'obrectif est d' assurer la transparence de l'analyse des risques

Chapitre I. L'information des consommateurs issue de la procedure de I analyse des risques

Chapitre II. La participation des consommateurs dans
l'étape de l'évaluation des risques

Titre II. La communication dont l'objectif est d'avertir sur la
présence d'un risque dans les aliments

Chapitre I. L'information fournie afin d'éviter la
consommation d'une denrée dangereuse

Chapitre II. L'information fournie afin que les
consommateurs puissent maîtriser les
risques

Conclusion générale

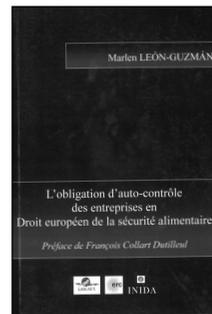
Bibliographie

– o –

León-Guzmán, Marlen. ***L'obligation d'auto-contrôle des entreprises en Droit européen de la sécurité alimentaire*** (Charleston, S.C, USA: Instituto de Investigación en Derecho Alimentario, 518 páginas, 2011).

Esta obra es la Tesis de Doctorado de la Dra. Marlen Guzmán-León, presentada en la Universidad de Nantes, Francia, bajo la dirección del Profesor Dr. François Collart Dutilleul, Director del Programme Lascaux (<http://www.droit-aliments-terre.eu>), el cual escribió el *Prefacio* de esta Tesis.

El *Sumario* de esta Tesis es el siguiente:



Introduction

Partie I. l'existence de l'obligation d'autocontrôle

Titre I. La mise en evidence d'une obligation autonome

Chapitre I. Les indices

Chapitre II. La consécration

Titre II. Le cadre juridique

Chapitre I. La détermination du contenu

Chapitre II. La détermination du rôle de l'exploitant

Partie II. La mise en œuvre de l'obligation d'autocontrôle

Titre I. Les modalités de mise en œuvre

Chapitre I. Les modalités imposées par la loi

Chapitre II. Les modalités volontaires

Titre II. Les effets de la mise en œuvre de l'obligation

Chapitre I. La sanction de l'inexécution

Chapitre II. Les limites potentielles à l'exécution

Conclusion générale

Bibliographie

– o –

Boletín jurídico virtual Ius doctrina. Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica. Enero-junio 2011. 131 páginas.
Directora: Licda. Anahí Fajardo Torres. iusdoctrina.fd@ucr.ac.cr

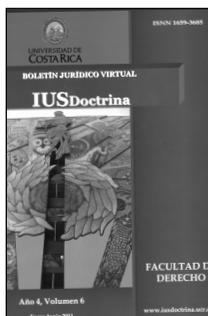
Artículos:

Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil.

Dr. Javier Llobet Rodríguez

Comentarios sobre los criterios objetivos de fiscalización en materia tributaria.

Máster José Roberto Garita Navarro



El procedimiento electoral en España: reforma de la Ley electoral de Castilla-La Mancha.

Dra. María Martín Sánchez

Algunas consideraciones acerca de la discriminación laboral.

Licda. Anabí Fajardo Torres

El derecho constitucional al trabajo.

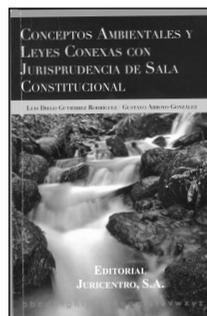
Máster Hubert May Cantillano

– o –

Gutiérrez Rodríguez, Luis Diego; Gustavo Arroyo González. **Conceptos ambientales y leyes conexas con jurisprudencia de la Sala Constitucional** (San José: Editorial Juricentro, 360 páginas, 2011).

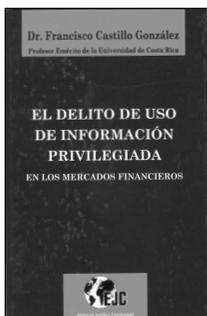
La *Presentación* indica que este libro de conceptos pretende crear a manera de diccionario la unificación de conceptos de leyes ambientales que son de nuestra aplicación y de este modo manejar al unísono un vocablo legal y ambiental.

Este diccionario ambiental, incluye al final del libro una gama relevante de sentencias de la Sala Constitucional en esta materia.



– o –

Castillo González, Francisco. **El delito de uso de información privilegiada en los mercados financieros** (San José: Editorial jurídica Continental, 109 páginas, 2011).



En la *Introducción*, su autor el Dr. Francisco Castillo González sostiene que la experiencia penal costarricense con los delitos bursátiles es realmente precaria. Esperamos que el presente trabajo, que se basa en posiciones doctrinales de autores extranjeros, represente un aporte para el estudio de tales delitos (p. 9).

Los temas de este libro son:

- I.- Conceptos generales
 - A.- Historia y Derecho comparado
 - B.- Bien jurídico tutelado por el delito de uso de información privilegiada. Diferentes teorías sobre el bien jurídico tutelado.
- II.- Tipo objetivo del delito de uso de información privilegiada
 - A.- Características de la información privilegiada
 - B.- Sujetos activos del delito
 - C.- La conducta punible
 - D.- Consumación y tentativa
- III.- El tipo subjetivo del delito de uso de información privilegiada
 - A.- El dolo
 - B.- La finalidad de obtener un beneficio indebido para sí o para un tercero
- IV.- Conclusiones y proposiciones de *lege ferenda*

– o –

Olmos, Belén (editora) ***Medio ambiente, cambio climático y derechos humanos*** (Bogotá: Diké, 235 páginas, 2011).

Los temas de esta obra son los siguientes:

- I.- *La exigibilidad de las obligaciones medio-ambientales: la jurisdicción constitucional y el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.*



1. El principio de precaución, un criterio hermenéutico en la jurisprudencia sob el medio ambiente. El caso colombiano.
Dra. Martha Cecilia Paz
 2. La tutela del ambiente en la jurisprudencia de la sala constitucional: límites a desarrollo turístico.
LL.M. Haideer Miranda B.
 3. La protección constitucional del medio ambiente en Argentina: reflexiones a la luz del caso “Cuenca Riachuelo”.
Dr. José Manuel Belisle
 4. La tutela medioambiental en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.
Dr. Enrique Ulate Chacón
- II. *Medio ambiente, cambio climático y derechos humanos*
5. El cambio climático y su impacto en la protección de los derechos humanos.
Dra. Ma. Belén Olmos Giupponi
 6. Obligaciones de las empresas en el marco del derecho humano al agua.
Dr. Jernej Letnar Cernic
 7. Seguridad humana, derechos humanos y medio ambiente: una sana relación.
LL.M Dorothy Estrada-Tanck
- III. *Cambio climático, desarrollo sostenible e integración energética*
8. La naturaleza y el alcance de la obligación de estabilizar las emisiones de Gases de efecto Invernadero (GEI) en el derecho internacional.
Dr. Ottavio Quirico
 9. La integración regional y el desarrollo sostenible: un análisis del desarrollo sostenible en la acción exterior de la Unión Europea y el caso de sus relaciones con el MERCOSUR.
LL.M. Fabiano de Andrade
 10. Integración energética en la Unión Europea y en América Latina: una visión comparada.
Dr. Ernesto Bonafé y Dra. Ma. Belén Olmos Giupponi

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel* científico.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".
Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora o de arbitraje.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilicr.com
Tel. (506) 2235-0011
386129