

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

58

SAN JOSE, COSTA RICA
SETIEMBRE — DICIEMBRE

1987



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1988

Presidente:

Dr. Enrique Rojas Franco

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Secretario:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Prosecretario:

Lic. Bernal Ulloa Flores

Fiscal:

Lic. Oscar Fonseca Montoya

Tesorero:

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

Vocal 1:

Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Vocal 2:

Lic. Rafael Valle Guzmán

Vocal 3:

Lic. Pedro J. Beirute Rodríguez

Vocal 4:

Lic. Juan Diego Rojas Araya

Vocal 5:

Licda. María E. Solera Flores

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Director Consejo Universitario:
Dr. Nelson Gutiérrez

Rector:
Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:
Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:
Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rector de Acción Social:
Ms. Sc. Oscar Fonseca

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:
Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:
Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:
Dr. Bernardo Van Der Laat

Vice-Decana Facultad de Derecho:
Lic. Egennergy Venegas Villegas

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:
Dr. Diego Baudrit Carrillo

Director Instituto de Estudios de Posgrado:
Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:
Ing. Mario Murillo Rodríguez



PRESENTACION

Este número de la revista contiene diversos ensayos jurídicos cuya finalidad es contribuir a la cultura de nuestro país.

Este ejemplar está dedicado al profesor español catedrático Dr. Eduardo García de Enterría por su contribución al Derecho Público.

El Director y Editor

SUMARIO

- 1—Generalidades; concepto; condiciones para su validez.
- 2—Parte del salario que puede ser pagado en especie.
- 3—Salario en especie y salario mínimo.
- 4—Modalidades del salario en especie.
- 5—Determinación del valor del salario en especie.
- 6—La sustitución del salario en especie.
- 7—Suspensión de la relación laboral y salario en especie.
- 8—El salario en especie en la jurisprudencia costarricense.
 - a—Uso de vehículo.
 - b—Vivienda.
- 9—Los suministros de carácter indudablemente gratuitos.
- 10—Necesidad de acuerdo expreso.
 - a—Reconociendo el salario en especie.
 - b—Negando el carácter de salario en especie.
 - c—Inconveniencia de aceptar los pactos referidos.

1—Generalidades, concepto, condiciones para su validez

Se pueden clasificar los salarios de diversas maneras. Así, ALONSO OLEA⁽¹⁾, siguiendo a la Ley de Contrato de Trabajo española, los distingue según sea el módulo utilizado para su fijación (unidad de tiempo, unidad de obra y salarios mixtos) y según la cosa o bien que se utiliza como medio de pago (en metálico y en especie). LOPEZ⁽²⁾ hace referencia a monetarios y no monetarios. Por su parte DE BUEN⁽³⁾ al clasificar los salarios por su naturaleza distingue en aquellos efectivos y los que son en efectivo y en especie.

Sin perjuicio de las clasificaciones anteriores, tal como lo reconoce ALONSO OLEA y analizaremos luego⁽⁴⁾ "lo normal es que parte del salario sea siempre pagada en dinero y por lo tanto sólo en especie lo que quiere decir que hay también en este contexto salarios mixtos, y que la dicotomía real tiene por términos salarios en dinero y salarios mixtos".⁽⁵⁾

- (1) Derecho del Trabajo, México, Editorial Porrúa, 2a. edición, 1977, T. II, p. 229.
- (2) El Salario, en Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario L. Deveali, Buenos Aires, La Ley, de 1972, p. 5 y 8.
- (3) Derecho del Trabajo, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho.
- (4) Vid punto 5.
- (5) "Consideración general sobre las clasificaciones del salario", en "Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases", *ob. cit.*, p. 39. La referencia a los salarios mixtos en la doctrina provoca algo de confusión. Del párrafo citado de ALONSO OLEA es claro que existen diversas posibilidades de salarios mixtos e igual criterio sostiene claramente GUIDOTTI, Franco ("La retribuzione", en Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro, dirigido por Luisa Riva Sanseverino y Giuliano Mazzoni, Padova, 1971, Vol. II, p. 344). Sin embargo para un número importante de autores el salario mixto resulta de la combinación de sistemas por tiempo y por unidad de obra; así: MONTOYA MELGAR, Alfredo (Derecho del Trabajo), Madrid, Editorial Tecnos, 5a. ed., p. 359; CESARINO JR. A. F. "Direito Social Brasileiro", Sao Paulo, Edicao Saraiva, Vol. II, p. 174; PLA RODRIGUEZ, Américo, "El salario en Uruguay, Su régimen jurídico", Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1956, p. 99; HERNANDEZ RUEDA, Lupo, "El Salario", en Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Deveali, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1970, p. 427. Para CABANELLAS, Guillermo ("Compendio de Derecho Laboral, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, T. I, p. 598, el salario mixto sería el pagado en metálico y especies.

El presente estudio tiene por objeto el análisis de esa parte del salario pagada con bienes distintos al dinero.

El salario en especie, es la forma más antigua de retribución⁽⁶⁾ y de donde deriva el origen etimológico del vocablo salario⁽⁷⁾. Es aquél "en que el medio de pago es cualquier especie distinta del dinero"⁽⁸⁾, "que satisfaga total o parcialmente un consumo que, de no existir ella, el trabajador sólo hubiera podido procurarse a sus propias expensas"⁽⁹⁾. Sin embargo, la sombra que sobre este tipo de retribución dejó el "truck sistem"⁽¹⁰⁾ hace que se le acepte con reservas⁽¹¹⁾, y que esté sujeto a una serie de condiciones para que su uso sea válido.

- (6) Vid. SANCHEZ-CERVERA SENRA J. M., "Los salarios en especie", en *Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo, Madrid, 1971, p. 218.
- (7) *Ibidem*. "efectivamente la voz salario procede de la latina "salarium", y ésta a su vez de sal, porque fue costumbre antiguamente dar en pago una cantidad fija de sal a los legionarios y servidores domésticos romanos". En igual sentido: LOPEZ, Justo, "El salario" en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Mario L. Devali, Buenos Aires, La Ley, 2a. edición, 1972, p. 640; y CABANELLAS Guillermo, "Compendio de Derecho Laboral", Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, Tomo I, p. 570.
- (8) ALONSO OLEA, Manuel, "Consideración general sobre las clasificaciones del salario" en "Dieciséis lecciones sobre salario y sus clases, *supra* cit., p. 39; en igual sentido: SANCHEZ-CERVERA SENRA, *ob. cit.*, p. 218; BAYON CHACON, Gaspar, "Terminología Salarial", En "Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases", *supra* cit., p. 362. MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Derecho del Trabajo", Madrid, Editorial Tecnos, 5a. edición, 1984, p. 361; ALEGRE LOPEZ, Juan R. "Salarios en dinero y en especie; porcentajes y comisiones en "Estudios sobre la ordenación del salario", Valencia, Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia, 1976, p. 158; HERNANDEZ RUEDA, Lupo, "El Salario", En "Estudios sobre Derecho Individual de trabajo en homenaje al Prof. Mario L. Devali", Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1979, p. 427; DE LA CUEVA, Mario, "El nuevo Derecho mexicano del Trabajo", México, Editorial Porrúa, 1977, p. 298; LOPEZ, Justo, "El salario", *ob. cit.*, p. 640 y CABANELLAS, *ob. cit.*, p. 580.
- (9) LOPEZ, Justo, "El Salario" en *ob. cit.*, p. 640.
- (10) ALEGRE LOPEZ, *ob. cit.*, p. 163 lo describe así "dicha institución de origen inglés consistía en el pago del salario del trabajador por medio de vales que debía canjear necesariamente en determinadas tiendas o comercios, normalmente propiedad del empresario; de este modo el salario quedaba su-peditado a los precios establecidos en dichos establecimientos, quedando pues en manos del empresario el valor real del salario del trabajador a través de la manipulación de los precios de los productos que se adquirirían con los mencionados vales".
- (11) Vid. PLA RODRIGUEZ, Américo, "El Salario en el Uruguay, su régimen jurídico", Montevideo, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1956, T. II, p. 27; ALONSO OLEA, Manuel, "Derecho del Trabajo", Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Octava edición revisada, 1983, p. 233.

PLA⁽¹²⁾ resume éstas en las siguientes: a—consentimiento del trabajador; b—fijación del valor de las prestaciones en especie; y c—relación entre el pago en efectivo y el de las prestaciones en especie. El Convenio 95, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección del Salario, en su artículo 4, señala que éste podrá ser permitido cuando sea una forma de pago de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate y expresamente prohíbe el pago con bebidas espirituosas o con drogas nocivas. Y que las prestaciones en especie deberán ser apropiadas al uso personal del trabajador y su familia y beneficioso para ellos debiendo atribuírsele un valor justo y razonable.

Debidamente regulado se reconoce, sin embargo, que el salario en especie es en ocasiones indispensable y aún favorable al trabajador⁽¹³⁾ y se acepta que tienen una característica importante cual es la de mantener invariable su valor real en épocas de crisis económicas en las que cambian constantemente los valores monetarios⁽¹⁴⁾.

2—Parte del salario que puede ser pagado en especie

Reconocido y aceptado el salario en especie resulta necesario analizar si la retribución de un trabajador puede ser pagada totalmente en especie y si esto no fuera posible, en qué proporción puede serlo con bienes distintos de numerario.

Se sostiene que el pago en dinero tiene como ventaja principal permitir al que lo recibe su libertad personal e independencia al elegir los bienes que desea adquirir de acuerdo con sus motivaciones personales⁽¹⁵⁾ evitando situaciones permanentes de endeudamiento del trabajador, la mala calidad de los productos o su alto precio que eran comunes bajo el sistema del truck⁽¹⁶⁾.

Establecido lo anterior veremos si la prestación en especie puede representar la totalidad de la retribución o ser complementaria.

La doctrina, no obstante reconocer que de conformidad con determinadas leyes, es pensable el pago de la totalidad del salario en especie⁽¹⁷⁾ es coincidente en afirmar que no es aceptable tal posibili-

- (12) *Ob. cit.*, p. 441.
- (13) DE LA CUEVA, Mario, "El nuevo derecho mexicano del Trabajo, México, Editorial Porrúa, 4a. edición, 1977, p. 298. El igual sentido PLA, *ob. cit.*, pp. 27 y 440.
- (14) LOPEZ, Justo, *ob. cit.*, p. 649.
- (15) Vid. LOPEZ, *ob. cit.*, p. 643; y ALEGRE, Juan, *ob. cit.*, p. 153.
- (16) ALONSO OEA, *ob. cit.*, p. 233.
- (17) PLA, *ob. cit.*, p. 439. Para ALONSO OLEA ("Consideración general sobre las clasificaciones del salario", en "Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases, *cit.*, p. 39), "aunque hipotéticamente es pensable un salario pagado

dad.⁽¹⁸⁾ Y más aún, para CABANELLAS⁽¹⁹⁾ "parece indudable, como condición esencial del contrato de trabajo, que una parte de la retribución cuando menos debe ser abonada en dinero".

La legislación costarricense expresamente establece que no es posible el pago del salario únicamente en especie. En efecto, el artículo 164 del Código de Trabajo que establece cómo puede pagarse el salario indica que puede ser "por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, días u horas, por pieza, por tarea o a destajo; en dinero; en *dinero o en especie* (el subrayado es nuestro)...".

Además, y con fuerza superior a la ley por mandato del artículo 7 de la Constitución, el artículo cuarto del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección del salario, ratificado por Costa Rica mediante la ley número 2561 del 2 de junio de 1960, contiene similar disposición cuando permite "el pago parcial del salario con prestaciones en especie".

Ante la inconveniencia del pago total en especie o, en su caso, la imposibilidad legal, surge la necesidad de determinar hasta qué porcentaje de la retribución puede cancelarse en bienes diversos al dinero.

Al respecto no parece existir una línea coincidente en los diversos ordenamientos jurídicos; así, en Panamá, no puede ser superior al veinte por ciento,⁽²⁰⁾ el treinta por ciento en España⁽²¹⁾ y el cincuenta por ciento en la República Dominicana.⁽²²⁾

íntegramente en especie distinta del dinero (es pensable en general, en el contexto de la ley de contrato de trabajo)". GARCIA ABELLAN, Juan ("El contrato de aparcería laboral agraria", en Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, N° 20, octubre-diciembre, 1984, p. 504, se pronuncia por el salario mixto", aunque cuando el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores considere salario, sin más ajustada precisión, "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, disyunción que por sí sola, avalaría la legalidad de la atribución exclusiva. Sin embargo, la fijación de salarios mínimos, sea por categorías mediante la negociación colectiva, o con carácter interprofesional por el Gobierno en base a la disposición que contiene el artículo 27.1 del Estatuto conduce a la conclusión contraria". BAYON CHACON ("Terminología Salarial", en "Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases", cit., p. 362), al definir el salario en especie dice "que es el que se abone total o parcialmente...".

(18) Además de los citados en la nota anterior, BARBAGELATA, Héctor Hugo, (Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Univeritaria, 1978, T. I, p. 212), además de su posición personal sostiene que en el derecho uruguayo no es posible el pago exclusivamente en especie por oponerse a la filosofía de varios artículos constitucionales y al Convenio 95 de la O.I.T. ratificado por ese país. LOPEZ, (ob. cit., p. 644, sólo acepta el salario en especie como complementario.

(19) Ob. cit., p. 580.

(20) HOYOS, Arturo, "Derecho Panameño del Trabajo, Panamá, Vol. I, 1983, p. 300.

(21) SERRANO GIMENEZ, ob. cit., p. 242; ALONSO OLEA, Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 235.

(22) HERNANDEZ RUEDA, ob. cit., p. 428.

El ordenamiento jurídico de Costa Rica no resolvió el punto en forma expresa y debemos pues interpretar cuál es ese porcentaje dado que como hemos establecido en párrafos anteriores no es posible el pago total en especie. Existe, sin embargo, una disposición que nos pueda servir de referencia. Así, el párrafo tercero del artículo 166 del Código de Trabajo, dispone:

"Para todos los efectos legales, mientras no se determine en cada caso concreto el valor de la remuneración en especie, se estimará ésta en equivalencia al cincuenta por ciento del salario que perciba en dinero el trabajador".

Es claro que la disposición citada prevé una situación distinta a la que nos ocupa. Pero, en ausencia de una regulación específica, cabe aplicarle también a este supuesto el cincuenta por ciento, porcentaje que comparado con los indicados de Panamá, España y República Dominicana, resulta alto, pero que ante la ausencia de otros puntos de referencia en la materia parece que es el que procede considerar. Los Tribunales costarricenses han interpretado que dicho porcentaje es el máximo posible.⁽²³⁾

3—Salario en especie y salario mínimo

Otro aspecto que debe ser analizado es el de si el salario en especie puede integrar el salario mínimo. La legislación mexicana optó por exigir el pago en efectivo de la totalidad del salario mínimo pues según refieren DE LA CUEVA⁽²⁴⁾ y DE BUEN⁽²⁵⁾ este es definido por la ley como "la cantidad menor que debe recibir en efectivo el trabajador". En tanto que el Código de Trabajo de Costa Rica contiene una regulación diferente, pues interpretando a "contrario sensu" el párrafo cuarto del artículo 166⁽²⁶⁾ se concluye que sí es válido que el salario mínimo no se integre con pago en especie por supuesto siempre dentro del límite señalado en el punto 3. Lo anterior tiene una excepción y es el caso de los servidores domésticos ya que por disposición expresa del inciso b) del artículo 104 del Código de Trabajo, percibirán un salario en efectivo que en ningún caso será inferior al salario mínimo correspondiente.

(23) TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO, de San José, N° 1047 de las 9:55 horas del 16 de agosto de 1984.

(24) Ob. cit., p. 299.

(25) Ob. cit., p. 178.

(26) "No obstante lo dispuesto en los tres párrafos anteriores, no se computarán como salario en especie los suministros de carácter indudablemente gratuito que otorgue el patrono al trabajador, los cuales no podrán ser deducidos del salario en dinero ni tomados en cuenta para la fijación del salario mínimo".

4—Modalidades del salario en especie

La forma en que se efectúe el pago del salario en especie puede cubrir una variedad grande de posibilidades tales como la transferencia de propiedad de bienes, el disfrute de éstos como también mediante el suministro al trabajador de determinados servicios.⁽²⁷⁾ Las modalidades en que se materializan éstas formas son muy diversas y el artículo 166 del Código de Trabajo de Costa Rica entiende como salario en especie los alimentos, habitación, vestidos y demás artículos destinados al consumo personal inmediato del trabajador y su familia. Además en las explotaciones agrícolas o ganaderas el terreno que el patrono ceda al trabajador para que lo siembre y recoja sus productos. Similar reconocimiento se hace en el artículo 104, inciso b) respecto del salario de los servidores domésticos y en el artículo 118 en el caso de los trabajadores del mar y las vías navegables. Las modalidades reconocidas en nuestra legislación son las más usuales. Así la manutención y el alojamiento son comunes en el personal embarcado, en la industria hotelera y en el servicio doméstico y en la enseñanza.⁽²⁸⁾ La cesión de terreno también y otros bienes dado que el salario en especie tiene especial aplicación en las zonas rurales donde tiene mucha tradición.⁽²⁹⁾ El suministro de bienes y servicios a los trabajadores son formas comunes de pago en especie aunque normalmente estos se dan cuando son producidos por el empleador así, por ejemplo, respecto de la energía eléctrica,⁽³⁰⁾ el carbón⁽³¹⁾ y diferentes alimentos;⁽³²⁾ o el transporte.⁽³³⁾ En la doctrina encontramos que se considera también como salario en especie a los economatos⁽³⁴⁾ y a los comedores que ponen a disposición de sus

(27) SANCHEZ-CERVERA SENRA, "Los salarios en especie" en "Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases", cit., p. 218. En sentido similar GARCIA ABELLAN, (ob. cit., p. 505).

(28) SANCHEZ-CERVERA SENRA, pp. 228, 229, 237.

(29) SERRANO GIMENEZ, Ismael, "Algunas modalidades de salario en especie" en "Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases", cit., p. 242, igual sentido GARCIA ABELLAN, ob. cit., p. 504.

(30) SERRANO GIMENEZ, ob. cit., p. 247.

(31) *Ibidem*, p. 246.

(32) *Ibidem*, p. 249, entre ellos, pan, cerveza, vino.

(33) *Ibidem*, pp. 251-252.

(34) SANCHEZ-CERVERA SENRA, ob. cit., pp. 225-228; define los economatos laborales como "los que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contrato de Trabajo, y sin aportación de capital por parte de sus trabajadores ni ánimo de lucro, se constituyen en una o más empresas para facilitar a éstos y a sus familiares, en las mejores condiciones de calidad y precio, los artículos de consumo más usuales y necesarios, a fin de defender el poder adquisitivo de los sueldos y salarios y colaborar al mantenimiento de los precios; así como, eventualmente, en la ordenación y rápida distribución de dichos artículos".

trabajadores las empresas⁽³⁵⁾ aunque no es claro su carácter retributivo y presentaría mucha dificultad en la determinación de su valor.

5—Determinación del valor del salario en especie

La determinación del valor del salario en especie presenta problemas toda vez que las mismas partes interesadas, empleador y trabajador, según para qué propósito sea, pretenderán darle un valor mayor o menor; así, si se trata de fijarlo para efecto de cotizaciones para la seguridad social o para pago de impuestos, se pretende darle el más bajo; pero si se trata de calcular el monto total del salario para efectos de jubilación o de indemnización por terminación del contrato de trabajo, se buscará considerar su valor más alto.⁽³⁶⁾

Los problemas en la valoración disminuyen cuando el monto está dado por ley, convención colectiva, o convenio de partes, aunque no desaparecen, pues dependiendo del transcurso del tiempo, entre el momento de la fijación y el del pago, puede desactualizarse por sucesos tales como las crisis económicas.⁽³⁷⁾

PLA, en su extraordinaria obra sobre el salario hizo un análisis de cómo la doctrina⁽³⁸⁾ y las diferentes legislaciones⁽³⁹⁾ regulaban lo relativo a la fijación del valor del salario en especie.

(35) *Ibidem*, pp. 231-233. Para el referido autor "resulta obvio que esta modalidad y otras similares supone un salario en especie por cuanto la aportación económica de la empresa en la organización y mantenimiento del comedor implica la atención de un consumo que de no existir sería íntegramente a costa del trabajador".

(36) Vid. BARBAGELATA, ob. cit., p. 214. PLA, ob. cit., pp. 27-28.

(37) Vid. LOPEZ, ob. cit., pp. 648-649.

(38) *Ob. cit.*, pp. 27-28: "Esa cuestión —que se ha discutido especialmente en la doctrina italiana— se refiere a la manera de medir el valor de esas ventajas. Según Pipia, no pueden valorarse las prestaciones en especie por los precios medios locales, porque la empresa, entonces, se beneficiaría con el lucro medio comprendido en esos precios. Al pagarse al trabajador no debería obtenerse ningún lucro, por lo que esas prestaciones debían valorarse por su precio de costo. Pergolesi, en cambio, considera más justo que el lucro medio se divida entre las partes en la proporción que, en cada caso, parezca más equitativa, teniendo en cuenta el mayor o menor beneficio de cada una de las partes".

(39) *Ob. cit.*, p. 241. "En algunos países se fija el valor de acuerdo con el precio de costo de la ventaja percibida por el trabajador; en otros países, partiendo del precio de costo se carga un porcentaje siempre inferior al del mercado; en otros, es el mismo precio del mercado.

A veces se sigue otro sistema fijando para cada ventaja un valor promedial o "forfataire", calculando proporcionalmente ese valor sobre el monto del salario en metálico... Otras veces ese valor —calculado por cualquiera de estas formas—, es determinado en la propia norma que indica el monto de los salarios mínimos".

El legislador costarricense en el párrafo tercero del artículo 166 del Código de Trabajo⁽⁴⁰⁾ señaló el procedimiento para la determinación, al establecer que se debe hacer la valoración en cada caso concreto y en el tanto en que no se pueda hacer, se estimará que el salario en especie representa el cincuenta por ciento del pago en metálico.

El problema interpretativo que ha surgido ha sido el siguiente: en la práctica no se suele dar un valor a la remuneración en especie inicio o durante la relación laboral; entonces se pretende cuando concluye el contrato de trabajo, que es cuando usualmente se presentan los problemas, pretender que como no ha existido una determinación en el caso concreto lo que procede es valorar el salario en especie en el cincuenta por ciento del salario en dinero. Sin embargo, los tribunales acertadamente han establecido que la norma referida autoriza la fijación judicial constituyendo el cincuenta por ciento el máximo que puede ser reconocido.⁽⁴¹⁾

6—La sustitución del salario en especie

Un problema relacionado con el del valor del salario en especie es el de si es posible, para efectos de cumplimiento de la obligación de pago, entregar el equivalente en dinero del salario en especie. Se estima, correctamente, que el pago en moneda sustitutivo es inadmisibles mediante acto unilateral del empleador.⁽⁴²⁾ Mediando consentimiento del trabajador será necesario determinar si la obligación se origina en una disposición imperativa en cuyo caso obviamente no sería posible,⁽⁴³⁾ salvo que la misma norma la autorice y en las condiciones en que ella determine.⁽⁴⁴⁾ Aparte de las consideraciones anteriores, BARBAGELATA pone énfasis en la motivación que justifica el pago en especie. Si tiene

(40) "Para todos los efectos legales, mientras no se determine en cada caso concreto el valor de la remuneración en especie, se estimará ésta equivalente al 500% del salario que perciba en dinero el trabajador".

(41) SALA DE CASACION, N° 66, 1966.

"...el monto por este concepto no puede exceder el valor que en ejecución de sentencias se estime el uso de tal beneficio, ya que si bien la ley estipula que mientras no se determine en cada caso concreto el valor de la remuneración en especie, se estimará ésta equivalente al cincuenta por ciento del salario que perciba en dinero el trabajador, ello debe entenderse en el sentido de que los jueces tienen atribución para estimar el salario en especie". En sentido similar, de la misma Sala, la N° 24 de 1961, N° 48 de 1975; del Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 3343 de las 10:05 del 28 de julio de 1980; N° 1047 de las 9:55 horas del 16 de agosto de 1984; de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia la N° 43 de las 15:10 horas del 14 de noviembre de 1980.

(42) Vid. LOPEZ, *ob. cit.*, p. 649 y BARBAGELATA, *ob. cit.*, p. 214.

(43) Vid. LOPEZ, *ob. cit.*, p. 649.

(44) *Ibidem.*

una motivación social solo sería posible "excepcionalmente y en beneficio exclusivo del trabajador".⁽⁴⁵⁾ Si tiene fundamento en el interés o las necesidades del servicio, "sólo admitiría la sustitución cuando asegurada la posibilidad del trabajador de desempeñar igualmente su cometido y siempre que la ley lo tolerase".⁽⁴⁶⁾ Un caso de excepción a todo lo expuesto resulta ser el de que exista imposibilidad, sin culpa del empleador, de cumplir con la entrega del bien o suministro del servicio de que se trate. En tal supuesto establece LOPEZ, citando a DURAND y VITTU, que salvo una causa de suspensión válida, la obligación subsiste y deberá ser pagada en su equivalente en dinero.⁽⁴⁷⁾

7—Suspensiones de la relación laboral y salario en especie

Las suspensiones disciplinarias, las originadas en fuerza mayor o en causas técnicas y todas aquellas que conllevan el no pago de salario plantean problemas en relación con el salario en especie y especialmente la vivienda cuando tiene este carácter. En efecto, hay prestaciones que pueden suspenderse con mayor facilidad como el uso de un vehículo, el suministro de alimentos pero en cuanto en la vivienda, por ejemplo, una suspensión disciplinaria por ocho días respecto de esta ventaja como implementarla. Son diversas las posiciones al respecto. Así, en una antigua y comentada, aparte de criticada, sentencia argentina se sostuvo que el empleado no tenía derecho durante la suspensión a usar la vivienda.⁽⁴⁸⁾ DEVEALI, al criticar ese fallo señaló que a lo más que podría llegarse sería cobrar al trabajador suspendido el equivalente al alquiler de los días que no laboró, posición que comparte PLA⁽⁴⁹⁾ y considera poco recomendable BARBAGELATA.⁽⁵⁰⁾ LOPEZ, hace un sugestivo análisis de la continuidad imperfecta de la relación laboral frente al carácter continuo, que puede ser perfecto, del uso de la vivienda o habitación y concluye que "la diversidad señalada sugiere que la correlación sinalagmática del salario recibido en uso de habitación no se establece en relación a las sucesivas prestaciones de trabajo cumplidas o a determinados períodos de la relación laboral, sino respecto de toda la duración del contrato de trabajo, de modo que el derecho a él solo cesa cuando éste termina. No lo afectaría, por lo tanto, la suspensión, que no causa la cesación del contrato".⁽⁵¹⁾

(45) *Ob. cit.*, p. 214.

(46) BARBAGELATA, *ob. cit.*, p. 214.

(47) LOPEZ, *ob. cit.*, p. 652.

(48) Referida por PLA, *ob. cit.*, p. 32.

(49) *Ibidem.*

(50) *Ob. cit.*, p. 215, nota 23.

(51) LOPEZ, *ob. cit.*, p. 647.

8—El salario en especie en la jurisprudencia costarricense

El análisis de las resoluciones de nuestros Tribunales permite establecer que las formas más usadas de salario en especie han sido el uso de vehículo y la vivienda.

a—Uso de vehículo

En cuanto al uso del vehículo la línea jurisprudencial ha sido de que cuando se facilita el vehículo al trabajador para uso discrecional en sus labores y además para llenar necesidades de carácter personal y familiar se reconoce como salario en especie pero, con buen criterio, únicamente en cuanto a la ventaja que representa su uso fuera de las labores que desempeña.⁽⁵²⁾ Y no ha reconocido como salario en especie el uso de un vehículo para fines personales por existir en el centro de trabajo una reglamentación que establecía expresamente que el uso del vehículo no se considera una ventaja para el trabajador y por ello se estimó irregular su utilización fuera de horas de oficina.⁽⁵³⁾ En el caso concreto el empleador era una institución pública y por lo tanto, resulta correcta la interpretación de que la costumbre contraria a la disposición expresa del reglamento no podía generar un derecho; pero cosa distinta podría resultar con un empleador privado, si, no obstante alguna disposición reglamentaria, el trabajador usara el vehículo para fines personales con conocimiento del patrono.

b—Vivienda

Los Tribunales han determinado que la calificación de la vivienda como salario en especie debe hacerse en cada caso concreto de acuerdo con las circunstancias del mismo.⁽⁵⁴⁾ En forma general puede apre-

(52) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 4023 de las 13:30 horas del 8 de setiembre de 1980: "Si el salario en especie que reclamó el actor consistía en el suministro de un vehículo que usaba tanto para realizar sus tareas como para su uso personal, es preciso hacer un deslinde que guarda toda equidad con el interés de ambas partes, pues no sería justo acreditar como salario la representación económica que pudo tener el uso del vehículo cuando el trabajador realizaba funciones propias de su trabajo, debiendo tan solo considerarse como tal la incidencia patrimonial que lo benefició cuando lo usaba para su servicio particular". En igual sentido: SALA DE CASACION, N° 66 de las 15:00 horas del 23 de junio de 1976, Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 703 de las 13:20 horas del 26 de febrero de 1979 y N° 750 de las 15:30 horas del 14 de febrero de 1980.

(53) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 4195 de las 14:20 horas del 15 de octubre de 1979.

(54) SALA DE CASACION, N° 115, de las 16:15 horas del 2 de noviembre de 1979, y Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 1566 de las 10:05 horas del 22 de noviembre de 1983.

ciarse que se valoran para ese propósito la actividad del patrono y el lugar en donde se prestan los servicios.

En general han considerado que la vivienda que se suministra a los trabajadores del campo no constituye salario en especie pues "cuando el centro de trabajo está alejado de las poblaciones urbanas y por tal circunstancia proporciona vivienda a sus empleados, dicho suministro deja de ser de carácter indudablemente gratuito, pues ya sería de indispensable necesidad para el desarrollo de las actividades de la empresa el dar alojamiento a sus trabajadores".⁽⁵⁵⁾ En otro fallo se negó el carácter de salario en especie a la vivienda por no haber sido pactada en forma expresa como tal y decirse que en consecuencia tenía un carácter eminentemente gratuito.⁽⁵⁶⁾ Y respecto de las empresas dedicadas a la producción de banano se ha negado el carácter de salario en especie por cuanto el dar vivienda a los trabajadores es una obligación establecida por ley, la número 31 de 10 de diciembre de 1934.⁽⁵⁷⁾ Apreciamos una línea jurisprudencial contradictoria en la materia. En un caso se estableció que no era gratuito sino que era necesario para la prestación y se le negó el carácter salarial en tanto que en otro se dijo que lo mismo era gratuito y por ello también se le negó ese carácter. Y en el tercero por estar establecido en una ley. Consideramos que la obligatoriedad no le quita el carácter salarial y por el contrario, estimamos que dado lo penoso que generalmente resultan las labores agrícolas, el legislador les reconoció a los trabajadores una ventaja adicional. Esta posición encuentra fundamento en la doctrina que estima como salario especie la obligación legal de dar vivienda a los trabajadores de diferentes actividades agrícolas.⁽⁵⁸⁾ La situación apuntada nos lleve a preguntarnos si aparte del trato desfavorable que la legislación laboral costarricense ha dado al trabajador agrícola⁽⁵⁹⁾ también lo han recibido de los tribunales. Para saberlo será necesario hacer un estudio integral del tema pero lo que hemos señalado respecto a la vivienda como salario en especie es sintomático.

(55) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N: 1508 de las 16:15 horas del 8 de noviembre de 1983.

(56) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 631 de las 8:50 horas del 25 de mayo de 1984:

(57) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 1497 de las 16:00 horas del 3 de octubre de 1961.

(58) Vid. PLA, *ob. cit.*, p. 29. BARBAGELATA, *ob. cit.*, p. 213.

(59) Al respecto puede consultarse. VAN DER LAAT ECHEVERRIA, Bernardo, Consideraciones sobre la regulación del trabajo agrario en Costa Rica, *Revista Judicial*, San José, N° 21, Año VI, setiembre, 1981; VAN DER LAAT ECHEVERRIA, Bernardo, El Derecho colectivo de Trabajo y los trabajadores agrícolas en Costa Rica, *Revista Judicial*, San José, N° 25, Año VII, junio, 1983.

En otras actividades se ha reconocido la vivienda como salario en especie;⁽⁶⁰⁾ se ha dicho que no es salario cuando se demostró la obligación que tenía el trabajador de pagar un alquiler.⁽⁶¹⁾

9—Los suministros de carácter indudablemente gratuito

El párrafo cuarto del artículo 166 del Código de Trabajo de Costa Rica tiene un concepto cuya interpretación provoca incertidumbre sobre qué tipo de prestaciones o ventajas constituyen salarios en especie. Dicho párrafo dice lo siguiente:

“No obstante lo dispuesto en los tres párrafos anteriores, no se computarán como salario en especie los suministros de carácter indudablemente gratuito que otorgue el patrono al trabajador, los cuales no podrán ser deducidos del salario en dinero ni tomados en cuenta para la fijación del salario mínimo”.

Este párrafo no aparecía en la versión original del Código de Trabajo sino que fue adicionado pocos meses después, mediante la ley número 31 de 18 de noviembre de 1943, El expediente de esa ley desapareció, probablemente a raíz de la guerra civil de 1948, por lo que no es posible conocer las razones que motivaron su inclusión en el Código. Suponemos que se deben haber presentado dudas sobre lo que era gratuito y no salario en especie que movieron al legislador a aclarar que sólo no se considerarían salario en especie los suministros de carácter indudablemente gratuito, aplicando así el principio protector.

El concepto de lo que es gratuito no es polémico; es lo que se obtiene “de balde, gratis, por mera liberalidad... En derecho se dice a título gratuito cuando se obtiene una cosa de gracia o de balde; esto es sin gravamen ni desembolso, como ocurre cuando se recibe donación o legado...”⁽⁶²⁾ Se dice que un negocio es gratuito “cuando se procura a una de las partes una ventaja pura a costa de la otra parte, no habiendo contraprestación”.⁽⁶³⁾

(60) SALA DE CASACION, N° 98 de las 14:45 horas del 23 de agosto de 1972; N° 115 de las 16:15 horas del 2 de noviembre de 1979; N° 18 de 30 de enero de 1971. Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 4276 de las 15:45 horas del 14 de agosto de 1981.

(61) SALA DE CASACION, N° 153, del 13 de diciembre de 1968.

(62) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 6a. edición, 1968, p. 271.

(63) FIGUERO GONZALEZ, Dora María, *La clasificación de los negocios jurídicos*, San José, Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Lo que es gratuito, por lo tanto, no tiene carácter salarial. No forma parte de la contraprestación del empleador por los servicios que recibe de su subordinado. Pero creemos, que también para que una determinada prestación sea considerada una liberalidad debe ser ocasional y no permanente pues su reiteración a lo largo de toda la relación laboral la convertiría en salario en especie.⁽⁶⁴⁾

El párrafo cuarto del artículo 166 en examen, consideramos que ha confundido a los tribunales respecto de lo que debe entenderse por salario en especie. En efecto, han dicho lo siguiente:

“...La característica esencial del salario en especie la constituye la gratuidad del beneficio que encierra para el trabajador el beneficio de que se trate; es decir, toda aquella ventaja económica del todo innecesaria para la prestación del servicio y que se la brinda el patrono como una atención o consideración del cargo que ocupa, aún cuando el empleado deba y pueda pagarla de su peculio. En la medida pues que el trabajador se ahorre el gasto que debió haber hecho de sus propios ingresos por la índole del trabajo que desempeña, en esa medida se incrementa su salario. Verbigratia en el caso de que, sin que las funciones lo ameriten, se le suministre alimentos al trabajador, se estaría economizando éste los gastos que debió haber hecho para hacer frente a esa necesidad, no habiendo duda de que el valor económico de ese beneficio es parte integrante de su salario”.⁽⁶⁵⁾

Decimos que hay confusión en la jurisprudencia citada cuando define como característica esencial del salario en especie la gratuidad del beneficio; desde el momento en que es salario no se da tal gratuidad, toda vez que la prestación forma parte de la retribución, es decir, la contraprestación que recibe el trabajador por sus servicios.

Además, con fundamento en la norma arriba citada los tribunales laborales de Costa Rica han negado el carácter de salario en especie a situaciones que indudablemente tiene ese carácter como a la vivienda que una empresa agrícola daba a su administrador ya que se interpretó que ésta como sus accesorios fueron dados para comodidad del

(64) Así lo ha estibado la jurisprudencia: “Los suministros de carácter accidental que haga el patrono a su trabajador... no pueden estimarse como salarios en especie” (Casación N° 126 de 1952) “El cuerpo de normas laborales prevía el salario en especie representado por la habitación, vestido, alimentación y demás artículos destinados a la alimentación del trabajador, siempre que esas percepciones sean permanentes durante todo el término del contrato de trabajo”. FIGUERO GONZALEZ, *ob. cit.*

(65) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 1508, de las 16:15 horas del 8 de noviembre de 1983.

trabajador y no con carácter retributivo;⁽⁶⁶⁾ igual situación se presentó respecto de un peón agrícola⁽²⁾. Asimismo se ha negado carácter salarial a los alimentos "que por comodidad se le dan al trabajador en el lugar de trabajo"⁽⁶⁸⁾ y a los billetes aéreos que una institución pública da regularmente y siempre en igual número a cada uno de sus trabajadores⁽⁶⁹⁾ "pues no estaban destinados a satisfacer necesidades inmediatas del empleado y su familia"⁽⁷⁶⁾ y era un suministro de carácter indudablemente gratuito.

Por lo expuesto consideramos que la jurisprudencia no ha apreciado debidamente los alcances del párrafo cuarto del artículo 166 del Código de Trabajo y con ello le ha negado el reconocimiento de "salario en especie" a situaciones que claramente tenían ese carácter.

10—Necesidad de acuerdo expreso

La determinación, en el caso concreto, de qué se entiende por "salario en especie" puede resultar difícil en Costa Rica dada la jurisprudencia que se ha producido en la materia, tal como veremos.

a—Reconociendo el salario en especie

Un primer aspecto que es posible determinar es que, para los tribunales costarricenses, para que una prestación no dineraria sea conceptuada como salario en especie, es necesario que expresamente así se haya pactado;⁽⁷¹⁾ sin embargo, en una ocasión, no obstante insistir el

- (66) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 5026 de las 15 horas del 27 de octubre de 1980.
- (67) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 2310 de las 16:05 horas del 21 de mayo de 1980.
- (68) SALA DE CASACION, N° 40 de las 14:45 horas del 3 de mayo de 1972
- (69) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 442 de las 8:10 horas del 10 de noviembre de 1978; en igual sentido: SALA DE CASACION, N° 27 de las 15 horas del 16 de abril de 1980.
- (70) *Ibidem*. "El obsequio de cuatro pasajes de avión que el Instituto acostumbra hacer cada año a ciertos funcionarios suyos, no constituye salario en especie, pues no estaban destinados a satisfacer necesidades inmediatas del empleado y su familia, sino más bien se trata de un suministro indudablemente gratuito que no forma parte del sueldo".
- (71) SALA DE CASACION, N° 26 de las 10:15 horas del 1 de abril de 1980: "Para que un suministro de habitación, vestido y demás artículos de uso personal pueda considerarse como salario en especie es necesario que así se haya convenido en el contrato u ofrecido al trabajador, y a falta de contrato que se pueda deducir de la clase de servicio que se ejecutava así como de las condiciones de forma o lugar en que se desempeña el servicio o de otras circunstancias que lo ameriten de modo evidente". En igual sentido, de la misma Sala la sentencia N° 117 de las

tribunal en que no podía estimarse el uso de vehículo como salario en especie por ausencia de contrato expreso, indicó que "como constituyó una ventaja, facilitada o prerrogativa, permitida por tal empresa desde hacía varios años, tal elemento o condición, no podría ser suprimido sin responsabilidad patronal, en virtud de que, por el uso, se había incorporado al contrato de trabajo",⁽⁷²⁾ lo que resulta contradictorio. Igualmente contradictoria con la línea señalada resulta otra decisión que reconoció carácter salarial a la habitación dado que había sido suministrada sin ninguna reserva patronal.⁽⁷³⁾ O diversos casos, de altos funcionarios de instituciones autónomas, a los que sin existir pacto, se les reconoció tal uso discrecional del vehículo como salario en especie.⁽⁷⁴⁾

b—Negando el carácter de salario en especie

También han reconocido nuestros tribunales a las partes la posibilidad de determinar unilateral o bilateralmente que determinadas prestaciones no sean consideradas salario en especie "las partes contratantes pueden establecer, sea por reglamento, sea por cláusula convencional, o por cualquier otra forma legítima en derecho, que determinados suministros no señalados taxativamente en el Código de Trabajo; sean considerados como un beneficio gratuito adicional que no se incorpora al contrato o como salario en especie".⁽⁷⁵⁾

c—Inconveniencia de aceptar los pactos referidos

Consideramos muy grave que se deje a la voluntad de las partes o de una de ellas, como sería en el caso de un reglamento, reconocer sea que el disfrute o entrega de un determinado bien o servicio constituye salario en especie o que no lo es, pues, —y utilizando los mismos conceptos de un fallo, lo que además pone en evidencia otra contradicción de la jurisprudencia—, "tratándose de salario en especie, corresponde a los Tribunales calificar la naturaleza del acto, de acuerdo

- 15 horas del 23 de febrero de 1955 y la N° 74 de 1962. Tribunal Superior de Trabajo, de San José, N° 177 de las 15:40 horas del 11 de febrero de 1985.
- (72) SALA DE CASACION, N° 67 de 23 de junio de 1971.
- (73) SALA DE CASACION, N° 74 de 1960.
- (74) SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 32 de las 16:10 horas del 4 de noviembre de 1980. Sala de Casación, N° 66 de las 15 horas del 23 de junio de 1976; Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 3343 de las 10:05 horas del 28 de julio de 1980.
- (75) TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, de San José, N° 4977 de las 15 horas del 5 de diciembre de 1979. En igual sentido: Sala de Casación N° 26 de las 10:15 horas del 1 de abril de 1960; Tribunal Superior de Trabajo de San José, N° 1768 de las 14:30 horas del 26 de diciembre de 1983.

con las circunstancias del caso, pues si tal calificación se dejara a la voluntad de los contratantes, la regla general, que conceptúa salario en especie ese beneficio, se convertiría en excepción, porque sólo en caso de que así lo acordaran las partes se tendría esa característica, la cual se omite generalmente en el contrato, aunque la retribución en especial sea una consecuencia de la ejecución de las labores.⁽⁷⁶⁾

Los convenios para reconocer expresamente una prestación como salario en especie o de no reconocerla, según la jurisprudencia que hemos venido comentando, tendrán plena aplicación, y solo en su ausencia entrarían los tribunales a analizar las circunstancias para determinar si se reconoce o no el carácter salarial. Creemos que sea línea jurisprudencial implica dar un carácter formal al contrato laboral, que no lo tiene, y desconocer el principio de la primacía de la realidad⁽⁷⁷⁾ dándole más valor a lo formal sobre los datos que arroje la realidad de la relación laboral.



(76) SALA DE CASACION, N° 115 de las 16:15 horas del 3 de noviembre de 1979.

(77) PLA, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2a. edición actualizada, 1978, p. 243 ss.

OBJETO Y MATERIA DEL AMPARO EN COSTA RICA

Dr. Rubén Hernández Valle

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica



I) *Introducción:*

El objeto y materia del amparo ha sido un tema poco comprendido por nuestra jurisprudencia y prácticamente carente de desarrollo doctrinario en nuestro país.

En este pequeño ensayo trataré de analizar sus aspectos más relevantes, sobre todo con base en una reciente jurisprudencia de la Sala Primera de Casación y en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional, que actualmente discute la Asamblea Legislativa.

II) *Objeto del amparo:*

1) *El amparo como parte de la jurisdicción constitucional de la libertad:*

Siguiendo la línea de pensamiento jalonada por Mauro Cappellitti podemos afirmar que el amparo forma parte de aquel conjunto de instrumentos procesales o garantías en sentido estricto, que las diversas legislaciones han ido consagrando con el fin exclusivo de tutelar los derechos fundamentales⁽¹⁾, o como los llama un conocido jurista mexicano, los derechos de libertad⁽²⁾.

En efecto, el amparo es uno de aquellos remedios procesales que garantiza a los administrados una esfera jurídica, para protegerlos de las injerencias indebidas del Estado y de terceras personas, a fin de lograr, a través del respeto de su igualdad y dignidad, la plena realización de su destino⁽³⁾.

2) *La naturaleza jurídica del amparo:*

El amparo es una acción dirigida a salvaguardar los derechos fundamentales de los gobernados contra actos ilegítimos del poder pú-

(1) CAPPELLETTI, M. "La jurisdicción constitucional de la libertad" (México, 1961) págs. 111 y sigs.

(2) FIX ZAMUDIO, H. "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina" (en Revista Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1968 pág. 74.

(3) Sobre las libertades constitucionales, véase SANCHEZ VIAMONTE, C. "La libertad y sus problemas" (Buenos Aires, 1961) págs. 136 y sigs.

blico o de particulares; por ello no fiscaliza la justicia del acto reclamado, sino autónomamente restablece el derecho o la libertad conculcados por él. En consecuencia, se puede perfectamente hablar de una acción de amparo, en cuanto ejercita el derecho de jurisdicción, y de juicio de amparo en cuanto la acción pone en movimiento un proceso de tipo jurisdiccional. En efecto, el amparo se ejercita por vía de acción en forma de proceso judicial, en el cual el agraviado se hace parte para reclamar contra un acto lesivo de su derecho o de su libertad, a fin de que constatada su ilegitimidad, su autor sea obligado a restituir al quejoso al goce de aquel derecho o aquella libertad, o bien a cesar en sus amenazas de violación⁽⁴⁾.

En conclusión podemos afirmar que el objeto del amparo, tanto como acción como procedimiento judicial, es el de restaurar el derecho fundamental violado o impedir su violación inminente por acciones ilegítimas del poder público o de particulares. En consecuencia, desde un punto de vista objetivo la finalidad del amparo es reinstaurar el ordenamiento constitucional vulnerado, o evitar su violación inminente⁽⁵⁾.

III) *Materia del amparo:*

1) *Análisis de la legislación vigente:*

El tercer párrafo del artículo 48 de la Constitución Política establece que "Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley". Por tanto, los únicos derechos fundamentales no tutelados por el amparo son las restricciones ilegítimas de la libertad personal y de la libertad de tránsito, que se encuentran protegidas por el tradicional recurso de Hábeas Corpus.

La ley número 1161 de 2 de junio de 1950, reformada por ley número 1495 de 9 de agosto de 1952, regula el funcionamiento del mal llamado "recurso de amparo", pues ya vimos que técnicamente se trata de una acción y no de un recurso.

El artículo 2 señala la materia cobijada por el amparo, al establecer que "...procede el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política. En consecuencia, se dará ese recurso contra toda disposición, acto o resolución y, en general, contra toda acción u omisión que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de esos derechos".

(4) BIDART CAMPOS, G. "Derecho de Amparo" (Buenos Aires, 1961) pág. 288.

(5) Véase GIMENO SENDRA, V. "El recurso de amparo" (Madrid, 1985) págs. 82 y 83.

La normativa se complementa con lo estipulado en el artículo 3 ibídem, al señalar que "No procede el recurso de amparo: a) contra las disposiciones legislativas; b) contra las resoluciones y actuaciones de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales y funcionarios judiciales en materia de su competencia; c) contra la ejecución de resoluciones judiciales encomendadas por ley a las autoridades administrativas; d) contra las resoluciones de los otros funcionarios o entidades, cuando no se hubieren agotado los recursos que la ley establece contra tales resoluciones, salvo que no se resolvieren dichos recursos dentro de los quince días siguientes a su interposición y e) cuando la acción u omisión que viola el derecho hubiera sido consentida de modo expreso o presunto por la persona agraviada. Se entenderá que ha habido consentimiento cuando hubieren transcurrido más de ocho días naturales desde que cesó la violación o amenaza de violación del derecho sin que el agraviado hubiere establecido el recurso de amparo".

En consecuencia, se puede concluir que en la legislación costarricense el amparo es una acción directa y no subsidiaria como ocurre, verbigracia, en Argentina y España⁽⁶⁾.

Por otra parte es necesario agotar todos los recursos administrativos que la ley señala contra el acto o la omisión violatoria o que amenaza violar un derecho fundamental, para poder recurrir por medio del amparo, salvo que el respectivo recurso no se resolviera dentro de los quince días siguientes a su interposición.

Otro aspecto importante es que el amparo costarricense no cabe contra resoluciones judiciales, lo cual es lo típico de la mayoría de las legislaciones que lo acogen. En efecto, en estos países el amparo es una especie de última instancia judicial para remediar el quebranto de un derecho fundamental cuando los demás remedios procesales ordinarios han sido incapaces de hacerlo⁽⁷⁾.

El meollo central del asunto, sin embargo, radica en establecer si el amparo procede contra cualesquier tipo de violación de un derecho constitucional o, si por el contrario, se requiere que la violación constitucional revista alguna característica agravada.

En nuestro concepto el amparo procede en tres clases de situaciones específicas:

- a) Cuando la acción u omisión del servidor público sea el producto de una voluntad viciada de arbitrariedades, es decir, cuando se ha

(6) Dice un autor español sobre el particular: "la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias...", CANO MATA, "El recurso de amparo" (doctrina del Tribunal Constitucional) (Madrid, 1983) págs. 11-12.

(7) CANO MATA, *Ibidem*.

dictado u omitido de dictar el acto sin base en ninguna norma —escrita o no escrita— del ordenamiento. Aquí la violación del derecho fundamental se daría como consecuencia directa de una violación del principio de legalidad que preside toda la actividad pública (doctrina artículos 11 Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública). Estos casos de violación de los derechos fundamentales de los administrados son poco frecuentes, pues la mayoría de las violaciones se produce por ignorancia de los servidores públicos o por mala aplicación, por interpretación indebida, de las normas que sustentan su actividad administrativa.

- b) Cuando la violación o amenaza de violación se perpetra por invocarse una norma no aplicable al caso y que supuestamente sirve de fundamento a la correspondiente actuación administrativa. Por ejemplo, si un reglamento se reforma para prohibir la construcción de nuevos moteles en un determinado cantón, en tal hipótesis la Municipalidad correspondiente no podría invocar esa norma reglamentaria para denegar un permiso de ampliación de un motel ya existente y con varios años de operar en su jurisdicción. El acto administrativo denegatorio del permiso de ampliación de las instalaciones existentes violaría de manera clara la garantía de propiedad privada contenida en el artículo 45 de la Constitución Política y el daño sería reparable por la vía del amparo. Nótese que en esta hipótesis el acto conculcatorio del derecho de propiedad se dictó supuestamente basado en una norma reglamentaria, por lo que en principio el amparo no sería la vía idónea para tutelarlos. No obstante, es evidente que la aplicación indebida de una norma reglamentaria violó un derecho fundamental, por lo que el administrado perjudicado tiene el derecho de lograr la restitución de su situación jurídica por medio del amparo.
- c) La tercera hipótesis se da cuando se interpreta erróneamente la norma que fundamenta la actuación administrativa y se viola directamente, con dicha interpretación indebida, un derecho fundamental consagrado por la Carta Política. Un ejemplo, sería el caso de que se denegara el ingreso a la Universidad de una persona sobre la base de que existe un auto de procesamiento, aduciendo la norma del Estatuto Universitario que prohíbe el ingreso a cualesquier carrera universitaria de aquellas personas que hubieren sido condenadas por algún tribunal represivo. Esta norma estatutaria sólo es aplicable cuando hay sentencia condenatoria firme y no un simple auto de procesamiento. En este caso es evidente que cabría tutelar el derecho vulnerado por medio de una acción de amparo.

En las dos últimas hipótesis el servidor público que violó el derecho fundamental del administrado no actuó sin base normativa, sino que en un caso aplicó mal el reglamento y en el otro interpretó mal los alcances de la norma estatutaria. Por tanto es claro que el amparo debe proceder en ambas situaciones, pues la redacción amplia de nuestro texto constitucional y de la propia ley de amparo, que no exigen requisitos adicionales a la violación o amenaza de violación a un derecho fundamental, nos llevan a tal conclusión.

2) *Las tesis jurisprudenciales:*

La jurisprudencia costarricense puede dividirse en dos grandes etapas: a) de 1950 a 1985 y b) la reciente orientación jurisprudencial establecida por la Sala Primera de Casación.

a) *La tendencia jurisprudencial de 1950-1985:*

Durante este período la jurisprudencia uniforme de nuestra Sala de Casación, de los tribunales penales de provincia, pasando por las Salas Penales y los Tribunales Superiores Penales, fue invariable: el recurso de amparo sólo procedía contra actos arbitrarios de los servidores públicos.

Veamos algunas citas jurisprudenciales a modo de ejemplo:

"La protección que por vía del recurso de amparo otorgan la Constitución y la ley a los ciudadanos, se contrae únicamente a los actos evidentemente arbitrarios o injustificados, dirigidos a impedir o amenazar el ejercicio de los derechos consagrados en nuestra Carta Fundamental"⁽⁸⁾.

"El recurso de amparo sólo procede tratándose de actos evidentemente arbitrarios de cualquier autoridad, funcionario o empleado, que viole o amenace violar los derechos individuales que contiene la Constitución"⁽⁹⁾.

"Se ha sostenido, en forma reiterada, que el recurso de amparo es contra toda disposición, acto o resolución y en general contra toda acción u omisión que viole en forma arbitraria cualquier derecho consagrado en la Constitución Política, destacándose a un tiempo que "...es arbitrario un acto, acción u omisión, cuando es cometido por pura voluntad o capricho, sin poder invocar ninguna regla en apoyo de esa acción, ya que si el acto tiene respaldo en la ley vigente, aunque esta se tilde de inconstitucionalidad, no procede el amparo...". (Sala

(8) Sala Segunda Penal, 10:15 horas, 13 diciembre de 1952.

(9) Sala Segunda Penal, 9:30 horas, 10 de enero de 1952.

Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 11 horas, 10 minutos del 5 de agosto de 1961). En la especie..., de donde que por todo ello, no es posible entrever de lo actuado en este asunto por el recurrido, una actitud arbitraria en los términos requeridos como para que se tenga por cierto la violación del artículo 270 de la Constitución Política, aducida por el agraviado”(10).

Es evidente que nuestros tribunales han malinterpretado el verdadero sentido del amparo, al restringirlo indebidamente por vía jurisprudencial y sin apoyo en ningún texto positivo, a sólo los actos arbitrarios del poder estatal. En efecto, como se demostró supra, existen actos que sin ser necesariamente arbitrarios conculcan libertades públicas fundamentales de los administrados. En todo caso, nuestra legislación exige únicamente que el acto impugnado sea violatorio de un derecho fundamental, lo cual es algo totalmente distinto de un acto que, además de violatorio de una libertad pública es, al mismo tiempo, arbitrario.

La violación no arbitraria —que es la que sanciona nuestra ley de amparo— es aquella que infringe una libertad pública por mala aplicación o interpretación indebida de una norma, como se demostró supra, en tanto que la violación arbitraria de un derecho fundamental se produce cada vez que su quebranto se produce por razones subjetivas del servidor público, es decir, cuando éste actúa por mero capricho, sin fundamento en ninguna norma del ordenamiento.

En todo caso es sumamente difícil entrar a calificar el móvil subjetivo del funcionario público, lo cual pareciera más propio de la Psicología que del Derecho. Lo único que se requiere jurídicamente para que proceda el amparo es que el acto o la omisión impugnada viole o amenace violar un derecho fundamental, sin importar si tal amenaza o violación es o no arbitraria. La mayoría de las veces, como lo vimos en el acápite anterior, las violaciones de los derechos fundamentales se producen por ignorancia o descuido del servidor público, no por arbitrariedad.

b) *La tendencia jurisprudencial después de octubre de 1985:*

En un reciente fallo de la Sala Primera de Casación se declaró con lugar un amparo interpuesto contra un decreto ejecutivo, dictado supuestamente con base en una ley. El Presidente de la República contestó el recurso aduciendo que “el Decreto Ejecutivo N° 16059-G está fundamentado en leyes números 5251 de 11 de julio de 1973 y sus reformas, y 6172 de 29 de noviembre de 1977, de modo que no se está en presencia de una actuación arbitraria o injustificada de su parte, y que la eventual inconstitucionalidad de esas leyes no puede ser re-

(10) Sala Segunda Penal, 15:30 horas, 3 de noviembre de 1970. En el mismo sentido las siguientes: Sala Primera de Casación, 14:20 horas del 31 de enero de 1985; Corte Suprema de Justicia, 10 horas del 5 de agosto de 1971 y numerosas otras que repiten los mismos conceptos.

suelta a través del amparo, de conformidad con el artículo 10 de la Constitución Política”(11).

La sentencia en comentario, sin decirlo expresamente, declaró con lugar el amparo porque tanto el Presidente como el Ministro de Gobernación interpretaron erróneamente los preceptos legislativos sobre los que supuestamente basaron la emisión del decreto, con lo que violaron directamente la garantía de la propiedad privada contenida en el artículo 45 de la Carta Política. Dijo la sentencia en referencia lo siguiente: “Si esas disposiciones legales se hubieran observado en la forma expuesta por el señor Presidente y su Ministro de Gobernación, no se habría presentado el problema que ahora se encara, pero lo cierto es que en el referido decreto no se circunscribe a hacer una delimitación de la reserva indígena, sino que, como se ha tenido por verdadero en la lista de hechos probados que abona este pronunciamiento, manda a inscribir las tierras incluidas en esa Reserva, como fincas independientes y a nombre de la Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena Cabécar de Chirripó, con lo que se priva a su legítimo dueño de la propiedad de su inmueble, sin diligencias de expropiación y sin indemnización previa. Se atenta así contra el mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución Política...”(12).

Como se desprende de la redacción de la resolución, el Poder Ejecutivo sólo estaba autorizado por ley para establecer los límites de la nueva reserva indígena, no para ordenar la inscripción de los inmuebles comprendidos en la reserva a nombre de la Asociación Indígena. En consecuencia, se trató de una interpretación indebida de una ley, acto que violó directamente la garantía constitucional de la propiedad privada, contenida en el artículo 45 de la Constitución Política, lo que hace procedente el recurso de amparo.

Esta jurisprudencia rompe con una tradición de cerca de treinta y cinco años que exigía el requisito de la arbitrariedad para que el amparo fuera procedente. Por ello marca un hito importante dentro del ámbito de la justicia constitucional costarricense.

IV) *El amparo en el proyecto de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:*

1) *Los textos normativos:*

El artículo 28 del proyecto establece que “El recurso de amparo procederá para mantener o restablecer el goce de los derechos públi-

(11) Resolución Amparo de 14 horas, 30 minutos del 11 de octubre de 1985, pág. 2.

(12) Idem, pág. 8.



cos subjetivos consagrados en la Constitución Política y los de carácter fundamental establecidos en los tratados y convenios internacionales a que se refiere el inciso a) del artículo 3, salvo los que se protegen por el Hábeas Corpus y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 35.

Se dará el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción u omisión de los servidores u órganos públicos que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos...".

El inciso a) del artículo 3 de la misma ley se refiere a los convenios y tratados debidamente aprobados, es decir, a los ratificados por la Asamblea Legislativa.

El artículo 29, por su parte, establece los casos en los que no procede el amparo: a) contra las disposiciones legislativas ni los actos con fuerza de ley; b) contra los actos de relación entre los Poderes del Estado ni los que se refieren a las relaciones internacionales de la República; c) contra las resoluciones y actuaciones de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales en asuntos de su competencia, ya se trate de la función jurisdiccional o administrativa; ch) contra las resoluciones y actuaciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral; d) contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que estos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial; f) contra las resoluciones dictadas en los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, cuando el asunto tuviere apelación ante órganos jurisdiccionales o tribunales administrativos; g) contra cualesquiera otras resoluciones, inclusive las que pongan término a un procedimiento administrativo, si no se hubieren agotado los recursos de apelación o reposición, en su caso; h) cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada.

El artículo 35 *ibídem*, por su parte, establece lo siguiente: "Los actos fundados en disposiciones legislativas no son impugnables en la vía del amparo; pero si el interesado considera que la ley es contraria a la Constitución Política en el asunto discutido, podrá interponer la correspondiente demanda de inconstitucionalidad durante la tramitación del amparo, y sobre este se resolverá según sea lo que se decida acerca de la procedencia de dicha demanda o en cuanto a la validez constitucional de la ley.

Si solo fuere aparente el fundamento jurídico del acto, por no ser aplicable la norma legal que se invocó para dictarlo o ser manifiestamente errónea su interpretación, y si en uno u otro caso se produjere lesión a algún derecho público subjetivo del interesado, cabrá el recurso".

2) *Análisis crítico del proyecto:*

Es indudable que el proyecto contiene gran cantidad de aciertos, pero también algunos pequeños defectos que bien podrían subsanarse durante su tramitación legislativa.

a) *Aciertos del proyecto:*

Se precisa mejor la materia del amparo al hablarse de derechos públicos subjetivos, lo que permite extender su tutela también a los consagrados en los tratados y convenios internacionales, debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa. Esto permitirá, por ejemplo, que se pueda recurrir en la vía de amparo cuando se violare alguno de los derechos públicos subjetivos que consagra el Pacto de San José, algunos de los cuales no están expresamente previstos por nuestra Carta Política.

La prohibición de plantear el amparo se extiende contra los actos con valor o fuerza de ley, lo cual es lógico si el amparo no procede tampoco contra disposiciones legislativas.

La prohibición del amparo se explicita contra los actos de relaciones entre los Poderes (veto, convocatoria a sesiones extraordinarias por el Poder Ejecutivo, etc.), y los relativos a las relaciones internacionales de la República. En todos los casos se trata de actos institucionales, que por razones de falta de legitimación procesal, son irrecurribles en la vía judicial.

Se explicita la prohibición de plantear amparo contra los actos del TSE en materia electoral, a fin de hacer efectiva la garantía constitucional del artículo 103, según la cual las resoluciones del TSE carecen de recurso judicial alguno. Como la jurisprudencia de Casación ha precisado que dicha prohibición se circunscribe únicamente a la materia electoral, este artículo, congruente con esa doctrina, recoge ese mismo principio.

Se prohíbe también recurrir en amparo contra las resoluciones dictadas en procedimientos administrativos que tuvieren apelación ante tribunales administrativos o judiciales, como sería el caso de la materia tributaria o la cobijada bajo el régimen del Servicio Civil. Es evidente que tales prohibiciones son lógicas y eran necesarias para evitar la interposición de recursos impertinentes.

Finalmente el artículo 35 abre la posibilidad expresa, ya contenida en la lógica actual de nuestro sistema de amparo, de que éste proceda contra actos cuyo fundamento jurídico es apenas aparente, por no ser aplicable la norma legal que se invocó para dictarlo o ser manifiestamente errónea su interpretación, si en uno y otro caso se produjere lesión a algún derecho público subjetivo del interesado. Este es, sin duda alguna, el principal avance del proyecto, pues realmente

hace operante el amparo y destierra para siempre la perniciosa doctrina sentada por nuestra jurisprudencia.

En efecto, con este nuevo texto se acabó la absurda jurisprudencia de que al amparo sólo procedía contra actos arbitrarios de los servidores públicos.

b) *Pequeños defectos del proyecto:*

El primer defecto consiste en excluir la función administrativa de la Corte Suprema de Justicia del control del amparo. Realmente no es posible sustraer a dicho órgano administrativo de la tutela del amparo, pues como ya ha ocurrido en la práctica, su actividad puede conculcar directamente derechos fundamentales de los administrados.

El otro pequeño defecto está contenido en el artículo 35 al circunscribir el posible fundamento jurídico de los actos a "las normas legales", pues con ello se deja por fuera la mayor cantidad de normas que mal aplicadas o erróneamente interpretadas, produce las principales violaciones de los derechos fundamentales de los administrados: los reglamentos en efecto, casi la totalidad de normas mal aplicadas o erróneamente interpretadas —sobre todo por servidores públicos de estratos jerárquicos inferiores— son de carácter reglamentario. Por ello, bastaría con eliminar la calificación de "legales" en el artículo 35 para que el problema quede debidamente subsanado.

V) *Conclusión:*

La lógica conclusión que podemos extraer de este pequeño trabajo es que el proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional debe promulgarse lo antes posible, a fin de que el amparo pueda convertirse en un verdadero instrumento jurídico de tutela de los derechos públicos subjetivos de los administrados, tanto los consagrados en la Constitución Política como en los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados por la Asamblea Legislativa. El día que ese proyecto se convierta en ley de la República habremos marcado un hito importante en nuestro incesante afán por coronar el Estado de Derecho que actualmente vivimos.

EXAMEN DE LOS INSTITUTOS DE LA JUSTICIA
ADMINISTRATIVA ITALIANA⁽¹⁾

Dr. Paul Woodbridge

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(1) Giannini M.S. "La Giustizia Amministrativa". Jandi Sapi Ed. pág. 7.

SUMARIO:

- 1.—Concepto de justicia administrativa
- 2.—Evolución histórica
- 3.—Derechos subjetivos e intereses legítimos
- 4.—Principales órganos jurisdiccionales
 - a) Consejo de Estado
 - b) Jurisdicción ordinaria
- 5.—Ejecución de sentencia y juicio de cumplimiento
- 6.—Examen de algunas sentencias en cuanto a la inconstitucionalidad de las Juntas provinciales administrativas
- 7.—Tribunales regionales administrativos

1.—Concepto de la justicia administrativa:

En Italia no se habla de "contencioso administrativo" para referirse a aquellos procedimientos que rigen para proteger los derechos e intereses legítimos de los administrados. Como veremos luego, el término que usado en Italia, pero el que ha predominado es el de: "justicia administrativa". El Profesor M.S. Giannini nos da una definición muy completa al decir que: "Justicia Administrativa es una locución adoptada primero en Francia, y sucesivamente en Italia, con la cual se designa el complejo de recursos y de acciones dirigidos a tutelar al privado contra la Administración Pública"⁽²⁾. Es decir este concepto no comprende solamente el momento jurisdiccional de impugnación de los actos administrativos, sino que dentro del mismo se engloban también los recursos que se dan en vía administrativa.

Actualmente el Profesor Giannini se inclina más bien por el término de "actividad justicial", como aquella actividad tendiente a solucionar las controversias que se dan entre las administraciones y los administrados⁽³⁾.

2.—Evolución histórica

Difícilmente podríamos entender el sistema de justicia administrativa si no hiciéramos, aunque sea esquemáticamente una reseña de los cambios introducidos por la legislación para llegar a los institutos que hoy existen en la justicia *administrativa italiana*.

"Históricamente la justicia administrativa ha sido el movimiento de ideas y de hechos a través de los cuales se ha destruído el conjunto de privilegios de los cuales gozaba la administración pública"⁽⁴⁾.

En 1865 fueron suprimidos los Tribunales Contenciosos en Italia; dichos tribunales tenían competencia en controversias de carácter no patrimonial en que fuera parte el Estado. En realidad dichos tribunales no tenían ningún carácter jurisdiccional, ya que sus jueces eran fun-

(2) Giannini M.S. Dispensas del Curso Académico 1971-1972.

(3) No adoptamos aquí el término de "sistemas italiano" porque el Profesor Giannini dice que sería un término impropio, ya que lo que existe es "un conjunto de institutos que sobreponiéndose históricamente han conservado cada uno su propia individualidad". M.S. Giannini. *La Giustizia...* pág. 8.

(4) Giannini M.S. "La Giustizia Amm...", pág. 7.

cionarios de varios Ministerios; no existía independencia sino jerarquía, y no se daba tampoco el principio de contradictorio. Esa misma ley que anuló los Tribunales Contenciosos asignó al juez ordinario todo lo relativo a las controversias en las cuales se debatieran derechos subjetivos de los administrados frente al Estado. En esa época se dijo que no se podía pensar en una verdadera jurisdicción en el ámbito del poder ejecutivo debido al principio de división de poderes.

Surge luego el problema de los "intereses legítimos" de los administrados que quedaban sin una tutela de un órgano jurisdiccional. En 1889 como consecuencia de un movimiento de algunos teóricos del liberalismo se establece la protección de los intereses legítimos con la asignación a dos órganos: el Consejo de Estado a nivel nacional y las Juntas Provinciales Administrativas a nivel local, con el poder de juzgar los actos administrativos que atentaran o lesionaran dichos intereses. El Consejo de Estado se establece como jurisdicción de carácter general y las Juntas Provinciales como órgano de jurisdicción especial, limitándose su conocimiento a aquellas materias que le fueran asignadas por ley.

En 1905 se le dio al Consejo de Estado el poder de conocer y de valorar, en casos taxativamente indicados, el mérito o la oportunidad del acto. En 1923 se le dio a dicho Consejo una atribución nueva: la llamada jurisdicción exclusiva, que comprende aquellos juicios en los cuales se cuestionen derechos subjetivos o intereses legítimos. Esto como consecuencia de que en algunos casos era difícil saber cuándo se estaba en presencia de un derecho subjetivo y cuándo de un interés legítimo, por ejemplo en materia de empleo público.

3—Derechos subjetivos e intereses legítimos

En el presente trabajo nos limitaremos al examen de la jurisdicción ordinaria y de la administrativa, en el entendido de que no son las únicas que existen en el conjunto de institutos de justicia italiana, pero sí las más importantes. Las jurisdicciones que no serán objeto de tratamiento de nuestra parte serán: la jurisdicción tributaria, y las jurisdicciones especiales.

Indudablemente las nociones jurídicas de derechos subjetivos y de intereses legítimos ha sido una creación netamente italiana, instituida y desarrollada por la legislación y la jurisprudencia. Como bien dice el Profesor Giannini "la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos es la base de la justicia administrativa"⁽⁵⁾.

Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo o la potestad, pertenecen a la categoría de situaciones jurídicas. El derecho subjetivo

se puede analizar desde dos puntos de vista diferentes: como un contenido de comportamiento que el ordenamiento da a una persona física o jurídica, o también desde el punto de vista de la protección que el ordenamiento le brinda a la persona titular de ese derecho para restablecer la lesión o violación del mismo.

Con relación a la justicia administrativa italiana la situación jurídica que más relevancia tiene es el interés legítimo por dos razones: a) una razón sustancial, b) una razón atinente a la legitimación. La razón sustancial es que el juez administrativo y la doctrina italiana consideran que los derechos subjetivos se convierten en simples intereses legítimos cuando sobre ellos incide un acto de autoridad. Existió una teoría llamada de los derechos debilitados, no aceptada actualmente, que consideraba que los derechos subjetivos se debilitaban frente al acto autoritativo, hoy se acepta que existen únicamente o derechos subjetivos o intereses legítimos, pero no ese tertium genus de los "diritti afievolitti" que quiso construir parte de la doctrina.

La segunda razón, aquella atinente a la legitimación, es la distinción que se debe hacer entre derechos subjetivos e intereses legítimos para determinar quién es el juez competente para conocer del acto que se impugna. Si se está en presencia de un derecho subjetivo el juez competente es el juez ordinario, y si se está frente a un interés legítimo el juez que conoce del asunto es el administrativo.

Hay la doctrina que no se basa en la Teoría de las normas de acción y normas de relación, ni en la de interés general personalizado, ni en la del interés como derecho subjetivo incompleto, para explicar la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo; sino que éste es visto como una posición jurídicamente relevante del privado de frente a una potestad discrecional. Ya no se considera pues, como se hacía antiguamente, que delante de un acto autoritativo solamente existía una posición jurídica de sujeción, sino que el interés se considera como una situación activa que se puede hacer valer ya sea a través de acciones jurisdiccionales o por medio de diferentes intervenciones en el íter de formación del acto administrativo⁽⁶⁾.

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo se presenta como una interesante construcción teórica que pareciera proteger ampliamente los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados. Pero la realidad es que en la práctica la diferencia se hace muchas veces imposible, y cuando se dan conflictos de jurisdicción entre el juez ordinario y el administrativo, el Tribunal de Casación es quien debe decidir acerca de cuál es el juez competente, tardando tanto esta decisión, que ese retraso casi equivale a una denegación de justicia, creándose por ende inseguridad jurídica.

(5) Giannini M.S. "La Giustizia Amm...", pág. 19.

(6) Ver Giannini M.S. "Diritto Amm...", tomo I, pág. 512.

4—Principales órganos jurisdiccionales

a) Consejo de Estado

Conoce de todas las controversias referentes a un interés legítimo, y se dice que es una jurisdicción de legitimidad general, porque cuando no hay ley que indique cuál es el juez competente para la acción basada en un interés legítimo, el juez competente es el Consejo de Estado. El art. 26 T.U. es de donde se extrae este principio, y ahí mismo se enuncian cuáles serán los vicios que pueden ser declarados por el juez: a) incompetencia, b) violación de la ley, y c) exceso de poder.

De los tres vicios enunciados aquel que ha recibido más atención del Consejo de Estado ha sido el vicio de exceso de poder. Existe toda una elaboración doctrinal de dicho vicio: en una primera fase se tiende a identificarlo con la desviación de poder, luego la jurisprudencia comienza a elaborar las llamadas figuras sintomáticas: manifiesta injusticia, disparidad de tratamiento, ilogicidad manifiesta, tergiversación de los hechos, etc. Todas estas figuras son según Camilli situaciones sintomático-indiciarias "cuando se presentan no comportan para el juez el concluir inmediata y directamente por la presencia del exceso de poder"⁽⁷⁾. El juez deberá indagar a partir de aquellos síntomas, que se revelan por medio de la motivación, si existe la patología del acto, es decir el vicio de exceso de poder.

Algunos autores se inclinan por considerar el vicio de exceso de poder, no como un vicio del motivo, sino como un vicio de la función; el vicio no surge de manera automática sino a través del iter procedimental que realizó la Administración para emanar el acto. Pero si ésta es una tendencia doctrinal importante⁽⁸⁾, no es de manera generalizada la tendencia de jurisprudencia del Consejo de Estado, sino una elaboración de sus sentencias más finas. El poder instructorio del juez administrativo es bastante amplio, y está consagrado en el artículo 44 R.D. 26 junio 1924, No. 1054 T.U., en el cual se establece que si el juez considera que los hechos afirmados en el acto impugnado están en contradicción con los documentos presentados por la administración puede pedir a ésta aclaraciones o nuevos documentos.

El juez administrativo declara la nulidad del acto, y la inopertunidad solamente en aquellos casos taxativamente previstos por la ley. En el caso de la oportunidad o mérito el juez en sentencia puede anular el acto o bien reformarlo.

(7) Corrado Camilli. "Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere". *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1965, pág. 1066.

(8) Sostienen esta opinión Giannini M.S. "Diritto Amm...", tomo I, pág. 632, De Cesare Giovanni "Problematica dell'eccesso di Potere Amministrativo, Cedam, 1970, pág. 141.

El Consejo de Estado tiene también una jurisdicción exclusiva, es decir en relación a ciertas materias indicadas por la ley el juez administrativo conoce de juicios que versen sobre derechos subjetivos. Tal es el caso de las acciones relativas a la relación de empleo público, de las controversias entre el Estado y sus acreedores en relación a contratos de empréstito público, etc.

b) Jurisdicción ordinaria

Es aquella que conoce de los juicios en que se "haga cuestión de un derecho civil o político" decía la ley de 1865, expresión que luego fue interpretada por la jurisprudencia y confirmada por la doctrina, como juicios que versen acerca de un derecho subjetivo.

El juez ordinario debe conocer de aquellas controversias en las cuales: a) las administraciones hayan actuado en su capacidad de derecho privado, b) cuando se trate de obligaciones patrimoniales en las cuales la administración sea deudora o ocreedora; c) controversias relativas a actos ilícitos, d) lesión de derechos de un tercero.

El número de juicios que conoce el juez ordinario en que sea parte la Administración es mucho menor que los que conoce el juez administrativo, ya que las controversias se dan sobre todo cuando existe un acto de autoridad de carácter discrecional, y frente a él no se dan derechos subjetivos, sino intereses legítimos.

El juez ordinario no puede anular los actos de administración, sino únicamente puede declarar la inaplicabilidad del acto impugnado. Lo cual significa que una vez que el juez constate la ilegitimidad del acto lo desaplica, es decir lo deja sin efectos, pero solamente frente al demandante, continuando el acto siendo válido y eficaz en relación a terceros. La desaplicación es considerada como una figura anómala ya que la consecuencia inmediata a la constatación de la ilegitimidad del acto debe ser siempre la declaratoria de nulidad.

La excepción al principio general de que el juez ordinario desaplica el acto ilegítimo es la jurisdicción plena, es decir aquellos casos en los cuales el juez ordinario puede anular y modificar el acto. Ejemplo típico son los actos de certeza pública, que es toda la materia que abarca los registros públicos, el juez puede anular el acto o modificarlo y en último caso puede emitir un acto diverso completamente del mandado por la administración, y se sustituye a ésta.

5—Ejecución de sentencia y juicio de cumplimiento

Cuando el juez ordinario condena a la administración al pago de una suma de dinero, el privado puede proponer una acción ejecutoria en contra de aquella, contra los bienes que constituyen el patrimonio disponible. En los demás casos cuando la Administración debe rea-

lizar un acto, por ejemplo devolver un bien, y se niega a hacerlo, no le queda al privado otro camino que el juicio de cumplimiento. Para que este juicio pueda llevarse a cabo es necesario una declaración de la Administración en la cual se niega a dar ejecución al "iudicato", basada en que existen razones de orden público preeminantes que se lo impiden.

Ya con esa declaración, el privado puede presentar una acción ante el Consejo de Estado a fin de que este órgano constate si existen o no las razones de interés público aducidas por la administración para no cumplir con lo ejecutoriado. Si el juez declara que no existen esas razones, nace para la Administración la obligación, que anteriormente no existía, de cumplir con sentencia. Si el juez constata que existen las razones de interés público debido a las cuales la administración se niega a cumplir la sentencia, el privado no le queda más que irse a la vía ordinaria a pedir un resarcimiento por daños. Pero si ya ha nacido la obligación por parte de la administración de atenerse al iudicato y ésta se negare a darle ejecución, el privado puede presentar una nueva acción ante el Consejo de Estado, en este caso específico el órgano jurisdiccional se puede sustituir a la administración para llevar a cabo el acto que ésta se niega a emanar. El Profesor Giannini nos dice sobre esta sustitución, que si bien es un instituto que existe teóricamente "rarísimos son al contrario los casos en los cuales el Consejo de Estado a venido a sustituirse integralmente a la administración incumpliente"⁽⁹⁾.

Vemos pues, que cuando lo que ordena la sentencia no es el pago de una cantidad líquida de dinero, el sistema de cumplimiento de la sentencia es extremadamente complicado, de manera que aún quien gane el juicio sucumbe a través de todos estos juicios que debe presentar.

Por último cabe señalar que el juicio de cumplimiento se puede dar tanto en los juicios que se presenten ante el juez administrativo, como en aquellos que sean de conocimiento del juez ordinario.

6—Examen de algunas sentencias en cuanto a la inconstitucionalidad de las Juntas Provinciales Administrativas

El artículo 125 de la Constitución Italiana en su segundo párrafo dice: "En las regiones se instituyen órganos de justicia administrativa de primer grado, según el ordenamiento que establezca una ley de la República. Ésta es una norma programática, es decir una norma que necesita ser desarrollada o disciplinada por el legislador. El Profesor Renato Alessi nos dice acerca de la mencionada norma: "La norma

(9) Giannini M.S. "Dispensas del curso del Año Académico 1971-1972", pág. 127.

constitucional quedó inactiva por muchos años problemente porque su actuación no era "sentida" en sede política; y hubiera quedado así por años, si en relación concreta al ordenamiento regional la Corte Constitucional no hubiera declarado la ilegitimidad constitucional de la Junta Provincial en sede jurisdiccional"⁽¹⁰⁾.

Examinemos ahora algunas de estas sentencias. La primera fue la número 30 de 22 de marzo de 1967, en la cual se declara la inconstitucionalidad de un decreto legislativo que se refería a la composición de las Juntas Provinciales en sede jurisdiccional. El fallo hace referencia a otra sentencia anterior en la cual se había discutido de la legitimidad constitucional de disposiciones relativas a la formación de los Consejos de Prefectura en sede también jurisdiccional, en la cual se había dicho que esos funcionarios no estaban en posición de independencia frente al gobierno, sino en una relación de jerarquía. Declara la sentencia que lo mismo ocurre en el caso de las Juntas Provinciales, ya que sus funcionarios "no se encuentran en posición de independencia en relación al gobierno", y luego afirma: "Esto es suficiente para excluir que las Juntas Provinciales Administrativas (no diversamente de cuanto la Corte afirmó para los Consejos de Prefectura) puedan ser considerados órganos jurisdiccionales independientes". El peligro de que la falta de independencia pueda degenerar en falta de imparcialidad no es difícil de intuir, si se considera las materias que competen a la jurisdicción de estos órganos, entre las cuales entran las controversias relativas a las elecciones administrativas, y hasta los mismos actos administrativos de autoridad local"⁽¹¹⁾.

Esta es una sentencia clave, puesto que acaba con las supuestas funciones jurisdiccionales de un órgano como las juntas provinciales que carecían de toda independencia; si lo que existía era jerarquía y no independencia no podía darse jurisdicción.

Veamos ahora la sentencia 9-27 de mayo de 1968. En ella se pidió la inconstitucionalidad de la ley que creó la sección del contencioso electoral de los futuros tribunales administrativos regionales. La corte dijo que no había ninguna inconstitucionalidad pues no existía principio constitucional que prohibiera la introducción gradual de nuevos órganos de justicia administrativa.

El Profesor M.S. Giannini hace el comentario de la anterior sentencia, y la llama "una sentencia puente hacia los Tribunales Administrativos" por las siguientes razones: "si la sentencia en la fachada se ocupa de las Secciones Electorales, en la parte estructural se ocupa de los futuros tribunales, conservando la forma de una sentencia pero

(10) Alessi Renato. "La giurisdizione amministrativa dopo l'Istituzione dei Tribunali Amministrative Regionale". Giuffré 1972, pág. 2.

(11) Sentencia publicada en "Foro Italiano", 1967, Vol. I, pág. 681.

asumiendo la sustancia de un complejo de preceptos de política legislativa" (12).

Los preceptos de que esa sentencia se encarga de enunciar son los siguientes: los Tribunales Administrativos Regionales no guardan ninguna relación con la Institución de las Regiones, también previstas por la Constitución, sino que el término regional indica únicamente el ámbito territorial de su competencia. Estableciéndose que los jueces pueden ser o no profesionales o de carrera lo importante es que cuando obtengan el puesto de jueces tengan independencia y que cuando dejen de formar parte del órgano jurisdiccional administrativo no puedan volver a reasumir los puestos que ocupaban en las administraciones. Se dice también que los Tribunales Administrativos Regionales forman parte de la jurisdicción administrativa y no están dentro de la órbita del orden judicial. Por última la sentencia que comentamos declaró la inconstitucionalidad de las normas de procedimiento, en sede jurisdiccional, relativas a las Juntas Provincias Administrativas.

7—Tribunales Regionales Administrativos

Con la declaración de inconstitucionalidad de las Juntas Provinciales Administrativas el legislador se vio avocado a emanar una ley de regulación de los Tribunales Administrativos Regionales y darle así actuación al artículo 125 de la Constitución.

Entre las innovaciones importantes de la ley objeto de análisis está la generalización del doble grado de jurisdicción. Los Tribunales son órganos de primer grado y el Consejo de Estado órgano de segundo grado. Antes de la institución de los Tribunales Administrativos Regionales existía una evidente injusticia ya que los actos emanados por los órganos centrales del Estado tenían únicamente "recurso" ante el Consejo de Estado, y en cambio los actos de las autoridades locales podían tener primero la impugnación ante las Juntas Provinciales Administrativas y luego la apelación ante el Consejo de Estado.

El generalizar el doble grado de jurisdicción fue objeto de numerosos debates, ya que con ello se prolongarían mucho más, los ya extensos procesos administrativos. El Profesor Mario Nigro sostiene una opinión diversa y opina que: "el prolongarse de la lite no es un efecto inevitable del doble grado de jurisdicción, lo es en el límite o en la medida en la cual la organización judicial sea lenta e ineficiente" (13).

(12) Giannini M.S. "Una sentenza ponte verso i Tribunali Regionali" *Giurisprudenza Costituzionale*.

(13) Nigro Mario. *La legge istitutive dei Tribunali Amministrativi Regionali*. "Consiglio di Stato", I, 1972, pág. 138.

Indudablemente algunas de las normas de la Ley de Tribunales Regionales repercutirán sobre la actividad de revisión de los actos administrativos, específicamente sobre el recurso jerárquico. El Profesor Giannini ha señalado que el artículo 20 de la Ley 1034 significa la muerte del recurso jerárquico, dando a la alternatividad que esa ley establece entre el recurso jerárquico y el "recurso" que se propone ante el Tribunal Regional Administrativo. Ya no es pues requisito esencial que el acto sea definitivo para ser impugnado en vía jurisdiccional. Probablemente esta reforma se debió al descrédito en que había quedado el recurso jerárquico, por ejemplo el Profesor Giannini señalaba hace ya varios años que tal recurso era siempre una pérdida de tiempo, ya que la Administración se limitaba siempre a confirmar el acto impugnado (14). Y el Profesor Sandulli dice: que los recursos jerárquicos "representan más bien un bastón tirado a las ruedas de quien debe recorrer el impenetrable camino de la justicia administrativa" (15).

En cuanto a los poderes dados al juez del Tribunal Administrativo Regional tenemos que en las materias en las cuales dichos tribunales ejercen jurisdicción exclusiva los jueces pueden condenar a la administración al pago de una suma a la cual resulte deudora, pero no puede condenarla al pago de daños, esta es otra innovación a relación a los poderes del juez administrativo.

Indudablemente la Ley de los Tribunales Administrativos Regionales no significa la solución a todos los problemas de los institutos de justicia administrativa italiana. El Profesor Mario Nigro ha señalado que los Consejos de Estado, tanto el italiano como el francés han perdido aquella "viveza de imaginación" que los caracterizaba y afirma que: "La implantación de verdaderos tribunales administrativos, dotados de la más amplia variedad de competencia que la estructura de nuestro país consciente es la vía obligada para volver a darle un arrojo creador a la justicia administrativa" (16). Nosotros esperamos que estas ideas se hagan realidad, porque no hay duda que con ello el derecho administrativo se vería fortalecido y vivificado por una jurisprudencia que se adapte a las necesidades reales de Italia.

(14) Giannini M.S. "La Giustizia Amm.", pág. 49.

(15) Sandulli Aldo, op. cit., pág. 52.

(16) Nigro Mario, op. cit., pág. 140.



LA RESPONSABILIDAD DEL BANQUERO AL OTORGAR
CREDITOS A EMPRESAS EN DEBIL SITUACION
FINANCIERA Y ECONOMICA*

Dr. Fernando Mora Rojas

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

* El autor es Vicepresidente del "Comité de Abogados expertos en Deuda Bancaria" de la Federación Latinoamericana de Bancos y pronunció esta conferencia el 26 de agosto de 1986 en el VI Encuentro Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario, Santiago de Chile.

El Informe Anual de 1985, del Banco Mundial señala que el P.I.B. de los países latinoamericanos aumentó en un 2.8% en 1984, lo cual comparado con el crecimiento de 1981 (1.6) y el de crecimiento constante entre los años 60 a 80 (1960-73=6.1%, 1973-80=5.4), constituye, como reza el informe, "una tregua". Sin embargo, se trata de una tasa de crecimiento muy baja, si se la compara con la tasa de crecimiento de 1983 para el Asia, 6.3, aunque aceptable y mejor comparada con el crecimiento de otras regiones también de países eufemísticamente llamados en la jerga internacional, "países en desarrollo". (Oriente Medio, Norte de Africa 0.4, Africa al sur del Sahara -0.6; Europa Meridional 2.1). Además, es un crecimiento que apenas supera en un 0.2% la tasa de crecimiento demográfico.

El Informe del Banco, en todo caso, agrega: "El desempleo aumentó extraordinariamente en muchos sectores. Una gran parte de la mejora del P.I.B. lograda por los países latinoamericanos, obedeció a aumentos de los superávits comerciales o a disminuciones de los déficits, y no a un incremento considerable del gasto interno. El superávit comercial de los países latinoamericanos aumentó a \$ 40.000 millones, es decir, a casi el 6% del P.I.B. Los países latinoamericanos tuvieron que destinar el aumento del producto al pago de intereses y en cierta medida, a la reconstitución de sus reservas, que se habían agotado; por consiguiente, continuaron limitando el consumo y la inversión interna. Si bien aún no se dispone de indicadores confiables, es probable que el consumo per cápita haya disminuido nuevamente".

Señalo estos indicadores económicos porque es evidente que es en períodos de crisis como el actual, aquéllos durante los cuales se hacen patentes situaciones que, normalmente, no son observados o pasan inadvertidas por la bonanza en que se vive. Un empresario que en período de abundancia afronta un bajo porcentaje de pérdida, por no recuperación del crédito, no tiene interés en plantear complejos y discutibles litigios contra su deudor o contra terceros. Pero un empresario que acumule grandes pérdidas causadas por el no pago, oportuno o total, por parte de su cliente, aguza su ingenio y exige otro tanto a sus asesores legales, porque empieza a sentir, a intuir, a olfatear, que quizá sus pérdidas puedan ser imputadas a terceros que en su propio provecho o buscando su exclusivo provecho, han agravado la situación económica de su deudor.

Como bien señala Vasseur (Michele, "La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France", Banca Borsa e Titoli di Credito, XXXIII-IV, Milano, 1980, 398) refiriéndose a la escalada que en nuestros tiempos ha tenido la búsqueda de la responsabilidad

del banquero, a través de "procesos numerosos y de vivaces discusiones", "Esta situación es la consecuencia del período de crisis económica por el que atravesamos. El número de quiebras ha aumentado considerablemente; ahora bien, los hechos están ahí y demuestran que los acreedores de las empresas declaradas en quiebra, no pueden pretender la recuperación de fracciones importantes de sus créditos. La tentación, en tales condiciones, es grande para acreedores y curador de orientarse contra el o los banqueros de la empresa".

Algunas veces —dice Vasseur— "bajo diversos pretextos", se trata de conseguir la condena en daños y perjuicios contra el banquero, para aumentar así, el acervo de la quiebra repartible entre los acreedores. Otras veces "el acreedor o el cliente de una empresa declarada en quiebra se esfuerza para salir del problema, en negar los derechos que el banquero podría invocar en su contra; dicho de otra manera, trata de hacer repercutir su pérdida contra el banquero, privándolo de la posibilidad de hacerse pagar".

El problema es de graves alcances porque unas veces se le reclama al banquero haber cortado el crédito bruscamente al cliente —no permitiéndole, por ejemplo, mantener una especie de crédito revolutivo mediante sobre giros continuados— provocando con ello la quiebra de la empresa. Otras veces, el "reclamo es el contrario: haber sostenido artificialmente la vida de la empresa mediante crédito continuado, a pesar de conocer la situación financiera desesperada de aquélla. Y algunas veces, como veremos en casos concretos, el reclamo se fundamenta en haberse mezclado el banquero en la administración de la empresa, con el propósito de salvarla —y generalmente, de salvar su crédito— acusándole entonces de haberse convertido en administrador y aún socio, obligado a pagar las deudas.

En términos generales la responsabilidad del banquero (o del banco, en su caso) se desvuelve —como por otra parte sucede para cualquier otro sujeto, sea comerciante o no— tanto en el plano civil o de derecho común, como en el plano penal.

En el plano civil la responsabilidad podría ser contractual o extracontractual. Es contractual la que deriva del incumplimiento de un negocio jurídico contractual, de un contrato, o que proviene de las estipulaciones penales (sin sentido criminal) o cláusula penal, que las partes acuerden. Esta responsabilidad contractual se origina en la voluntad de las partes. Es extracontractual la responsabilidad que un sujeto puede exigir de un tercero por acción u omisión de éste, imputable a dolo o culpa del mismo tercero o la que la ley imputa a un tercero sin que medie culpa o dolo, llamada también en este caso, responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo creado. En este último caso, la responsabilidad nace del mero nexo causal entre la acción u omisión y el daño o perjuicio sufrido por otro sujeto.

Finalmente, la responsabilidad puede ser penal, viéndose el banquero considerado cómplice en algún delito.

Como se podrá ver de la casuística genérica enumerada un poco adelante, existen casos de responsabilidad contractual (cierre violento del crédito concedido tácitamente mediante sobregiro continuado en cuenta corriente), o de responsabilidad civil (el mismo caso anterior en cuanto haya dañado a terceros, o el caso en el cual el banquero, a sabiendas o no de la situación financiera irremediable de su cliente, le concede más crédito, o con la esperanza de salvar lo ya invertido, o simplemente porque considera estar obteniendo garantía adecuada para sí aunque sea evidente que para la empresa gestataria el crédito es ruinoso).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha llegado a considerar, bajo ciertas circunstancias, que el banquero por medio de su acción típica, que es otorgar crédito, puede llegar a ser considerado cómplice en la comisión de determinados delitos, por ejemplo quiebra fraudulenta o culposa.

Toda esta problemática, respecto a la cual existe ya un profusa jurisprudencia, me sugirió la idea de proponer a los organizadores de este "VI Encuentro Latinoamericano de Abogados Expertos en Derecho Bancario" este tema, con el propósito de compartir con ustedes la información y las preocupaciones, en un período particularmente conflictivo y en el que los profesionales del Derecho han jugado y juegan un papel de primordial importancia, como ya fue señalado por nuestro Presidente el Dr. Carlos Muñoz.

Si bien es cierto que los principios del Derecho son universales, cada legislación contiene características propias para llevar a la práctica la aplicación de tales principios. Por otra parte, la materia de quiebra está hoy —y lo viene estando desde hace algunas décadas— en franca transformación y, como hemos esbozado, y como veremos adelante, nuestro asunto, en algunos casos, se refiere, precisamente a distintas defensas planteadas por los acreedores y los curadores en quiebra. En consecuencia, no he querido llevar a cabo una elaboración doctrinaria de conceptos que podrían ser los más variados, según el derecho positivo de cada país, sino más bien un planteamiento de problemas penales, contractuales y extracontractuales y diversas soluciones que tribunales de algunos países le han dado a esos problemas. Revisemos, en primer término, algunos casos penales.

RESPONSABILIDAD PENAL

La sentencia de la Casación penal francesa (Arret de la chambre criminelle de la Cour de Cassation de 13 de marzo de 1978, publicada en el Boletín 91 Gaz. Pal. 19-20 de enero de 1979), confirmó la decisión del "a quo" manifestando con claridad que cuando el banco conoce la situación económica del cliente y sabe que éste ha cesado en sus pagos, los administradores son culpables del delito de quiebra por

haber recurrido abusivamente al crédito. El Tribunal ha considerado que el "director general" y el "director general adjunto", al aconsejar e incluso impulsar al administrador de la sociedad a que mantuviera con una vida artificial la empresa, que evidentemente se encontraba en un irreparable estado de insolvencia, eran responsables penalmente. En este caso el cliente se encontraba claramente en dificultades financieras serias porque incluso había reducido el uso del crédito al mínimo. Y el banco, esperanzado de recuperar el débito-saldo siguió prestando sin preocuparse de una posible acción revocatoria, conforme a la ley.

En algunos casos aún más claros el Tribunal ha considerado que el banquero que pretende salvar una empresa en dificultades económicas y financieras, con el propósito de recuperar sus propios créditos, de no lograrlo puede ser considerado cómplice de bancarrota. En un caso concreto, el banquero fue acusado de haber provisto al cuente "medios ruinosos" de crédito, conforme al artículo 127, parágrafo 3 de la ley de 13 de julio de 1967, de Reglement Judiciaire. El Tribunal de Casación dijo en este caso que consideraba tales medios "ruinosos" porque en la práctica sólo habían servido para "retardar" la comprobación de la cesación de pagos lo que se tipifica como delito de bancarrota simple.

En sentencia del 20 de noviembre de 1978 (Dalloz, 1959, 525), la Corte Suprema consideró que la prueba del elemento psicológico de conocimiento del Banco, en cuanto a la situación difícil del cliente, se puede deducir de hechos tales como conceder nuevas garantías, aceptar altas tasas de interés o por el funcionamiento de la cuenta misma".

El banco, más bien sus administradores, han sido incluso, declarados culpables de bancarrota fraudulenta, en la Sentencia de la Casación francesa de 16 de mayo de 1976 (Dalloz, 1976, 578).

La jurisprudencia belga también se ha ido orientando en el mismo sentido. Como señala Vasseud (Op. Cit. Art. 397), la jurisprudencia más reciente parece por otra parte comprobar un crecimiento en el número de casos en los que se persigue al banquero como cómplice, "nueva manifestación —dice el colega profesor— del aumento del peso de la responsabilidad del banquero".

Lo que queda claro en todos estos casos es que el sujeto que hemos llagado en ellos "el banquero", no suele ser sino un asalariado, un empleado, que no estará en capacidad de pagar las consecuencias patrimoniales del delito, es decir el daño y el perjuicio. Y dados los principios de la culpa in eligendo y de la culpa in vigilando, que suelen existir en todas las legislaciones, el responsable final, el responsable civil, será el patrono, el mandante; es decir, el Banco.

Responsabilidad contractual

Revisamos ahora algunos precedentes relativos a la materia en examen pero en caso de responsabilidad contractual. Considero que

este nuevo tema no necesariamente se relaciona con nuestro asunto principal, pero sí completa el cuadro de la responsabilidad del banquero por acción respecto a un cliente en dificultad económica seria.

Un caso de responsabilidad contractual

La Corte de Casación Francesa, en Sentencia del 8 de Marzo de 1978 (Bull. IV. N. 129 p. 108), consideró que una ruptura intempestiva de crédito (rupture brutale), a un cliente a quien el banco había permitido seguir girando al descubierto, después de vencido el plazo del convenio por el que se le había dado tal autorización, hacía incurrir al banco en responsabilidad por los daños y perjuicios causados con su conducta, impropia de un comportamiento leal entre las partes.

En realidad, el banco cerró la cuenta alegando que desde "fines de marzo pasado" tenía derecho de hacerlo, en virtud de que la autorización de sobregiro o de giro en descubierto, había sido dada sólo para los meses de febrero y marzo.

El Tribunal de Casación, en cambio, considerando que en el caso había habido la concesión de un crédito, estimando además que un cliente de un banco a quien se ha otorgado un crédito en las condiciones dichas y que, vencido el plazo concedido siguen gozando de aquél sin que se le haga una expresa advertencia de cuánto tiempo se le va a permitir ese disfrute, ni se le explique el por qué de esa prolongación, está justificando en considerar que mantiene su derecho al crédito y en consecuencia, puede retirar la suma que proceda.

El Tribunal dijo que: "...si el banco había inicialmente concedido por dos meses las facilidades de caja, pero prolongó su crédito durante otros varios meses, en vista del elevado monto de intereses que se le estaban contabilizando, tuvo fundamento suficiente para pensar que el banco, además de los dos primeros meses, le había acordado una apertura de crédito con una cierta estabilidad".

La Corte de París (7 de mayo de 1979, Dalloz 9, p. 357) en relación con la falta de pago de un cheque en cuenta corriente, consideró que incluso cuando hay una apertura de crédito formalizada a favor del cliente, éste se *siente* con derecho de emitir un cheque contra esa cuenta, pues tiene presente que incluso con anterioridad cheques similares fueron honrados incluso en momentos en que el sobregiro de la cuenta era mayor.

Un comportamiento tal por parte del banco —dijo el Tribunal francés— demuestra la existencia de hecho de una línea de crédito que el banco ha acordado al cliente con anterioridad.

El fundamento jurídico de decisiones de esta índole podemos encontrarlo, principalmente en normas que suelen comparecer normalmente en todos los sistemas jurídicos en términos tales como: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos como a las consecuencias

que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta" (artículo 1023 pro. 1º del Código Civil de Costa Rica, artículo 1135 del Código Civil; 1374 del Codice Civile). Asimismo, un buen fundamento de decisiones como las citadas es el principio de buena fe en la ejecución de los contratos.

Sin embargo, no cabe duda que, desde un punto de vista estrictamente jurídico doctrinario, decisiones como las citadas, han de fundamentarse fuertemente en la doctrina de los actos propios (confrontan, para todos sus alcances en derecho comparado "Luis Díez-Picazo Ponce de León, "La doctrina de los propios actos" Bosch, Barcelona, 1962), con fuertes relaciones con las teorías germánicas de la apariencia y del Verwirkung, y con el estoppel angloamericano.

No se trata en la especie de una voluntad tácitamente manifestada a través del comportamiento sino de un caso típico de aplicación del aforismo "Nadie puede ir válidamente contra sus propios actos" (Adversus factum suum quis venire non potest). "...en el "venire contra factum" el efecto se produce de un modo objetivo, en el cual para nada se tiene en cuenta la verdadera voluntad del autor de los actos. Se protege la confianza que estos actos suscitan en los terceros, porque venir contra ellos constituiría objetivamente un ataque a la buena fe". (Díez - Picazo, op. cit., 151).

En el derecho alemán se dice "Toda persona debe, en sus relaciones contractuales, soportar el riesgo inherente a una determinada situación jurídica, por el hecho de haber producido con sus actos aún sin culpa esta situación jurídica". (op. cit., 89).

Aún más claro que lo anterior, puede resultar la aplicación de la Verwirkung, de creación jurisprudencial en el derecho germánico. (Transcribo por nota al pie de este trabajo la nota 30 de la obra citada de Díez-Picazo acerca del significado de la palabra Verwirkung).(*)

La Verwirkung es un fenómeno que podríamos llamar, con Díez-Picazo, "deseficacia". La Verwirkung es un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del dere-

*(30) El término es de traducción muy difícil. En un sentido muy amplio y vulgar puede equivaler a "caducidad", pero, en rigor, la palabra caducidad expresa entre nosotros una figura jurídica muy concreta y precisa. Podría acaso traducirse por "preclusión" sin expresar tampoco demasiado exactamente esta idea y esta traducción la hemos empleado supra en pág. 38, aunque allí Verwirkung no se utilizaba con el mismo sentido que ahora. Una traducción literal nos llevaría seguramente a hablar de una "deseficacia" ("Wirkung es en efecto, eficacia; el prefijo "ver", que en alemán se utiliza con frecuencia como refuerzo de la raíz, posee aquí un sentido de privación). Ello obligaría a crear un neologismo de muy difícil admisión. Se conserva por ello la palabra en su idioma originario, como lo ha hecho también PUIG BRUTAU en la traducción de BOEHMER, op. cit., págs. 242 y sigs."

cho con un retraso desleal (illoyal verpätteste Rechtsausubung)". Un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse "cuando el titular no sólo no se ha preocupado por mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no ejercitará el derecho". (op. cit. 94).

Finalmente, hay un fuerte parecido entre el derecho que puede tener el sujeto al que se le permite seguir girando en descubierto más allá del plazo vencido convenido y que, repentinamente, "brutalmente" como ha dicho la jurisprudencia francesa, se le cierra el crédito, al reclamar daños y perjuicios (dommages inêret) con la doctrina angloamericana del "promissory estoppel" o del "equitable estoppel".

Estoppel es un mecanismo procesal no sustantivo, que puede usar indistintamente actor o demandado contra su oponente (por lo que no es propiamente una excepción), aplicable sólo a instancia de parte (nunca de oficio); mediante el "estoppel" una parte en un proceso logra impedir que el juez o el jurado tomen en cuenta alegaciones de la otra parte que contradicen la conducta anterior de esta parte. El caso típico es el "agent by estoppel": si un sujeto actúa frente a terceros como si fuera el mandatario de Tizio y Tizio ha creado esa apariencia con su propia conducta, o simplemente no teniendo los controles adecuados para evitar que tal cosa suceda, Tizio no puede oponer a Cayo exitosamente la falta de poder, si Cayo alega una "agency by estoppel".

Un caso interesante, que tendremos oportunidad de revisar más adelante es el de Berkline Corporation vs Bank of Mississippi (Nº 54.939). Sentencia de 25 de julio de 1984. Berkline demandó al Banco por cuanto éste le dio información no verdadera respecto si era merecedora de crédito la firma Furniture City, Inc. Berkline alegó que razonablemente creyó tales afirmaciones dándole créditos en ventas de muebles a Furniture City y a consecuencia de lo cual sufrió pérdidas, demostrándose posteriormente que las cuentas corrientes de ahorro que el Banco dijo tener Furniture, realmente no tenían las sumas que el Banco dijo que había.

El juez rechazó la petición de Berkline y la Corte Suprema de Mississippi revocó la sentencia y ordenó al juez continuar el juicio argumentando entre otras cosas: "Como todos saben... penetrando en lo profundo de nuestro derecho se encuentra el concepto de que una persona debe responder cuando sus afirmaciones o su conducta razonablemente inducen a otra a tener confianza en aquella, derivando de ello un perjuicio. Análoga es la regla del "promissory estoppel" del caso Sanders vs Dantzer (1977). Similar es nuestra doctrina del "equitable estoppel" "(PMZ Oil Co. vs Lucroy 1984)" aquí se citan también los casos Nevada National Bank vs. Gold Star Meat (1973); Anchor Lumber Corp. vs. Manufacturers Trust Co. (1934).

En mi criterio, es claro que todas estas posiciones doctrinarias (el acto propio, el derecho a la apariencia, la Verwirkung, el estoppel) son distintas manifestaciones de la misma preocupación que ha

llevado a franceses y belgas y probablemente a otros sistemas jurídicos también, a decidir como ha sido hecho en los casos citados.

Pasemos ahora al último tema de esta charla, probablemente el más complejo y más escabroso, el de la responsabilidad extracontractual del banquero por otorgamiento de crédito a clientes técnicamente insolventes.

Responsabilidad extracontractual del Banco frente a terceros en relación con clientes insolventes

En términos generales, desde el punto de vista de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, quien recomienda a un tercero como sujeto de confianza para un préstamo, es responsable extracontractualmente frente al mutuante si el mutuario no cumple. Así, por lo menos, lo declaró una sentencia del Tribunal de Nápoles, el 26 de julio de 1957.

Comentando esta sentencia, Angelo Piraino Leto ("La tutela aquiliana del crédito". Banca Borsa e Titoli de Credito, XXX-IV. Giuffrè, Milano, 1977, 442) manifiesta que al principio "neminem laedere" (que es el fundamento de la responsabilidad aquiliana) corresponde una obligación, que, no estando inserta en una relación preexistente entre determinados sujeto y al no relacionarse con una violación a una específica obligación de prestar, tiene como sus presupuestos "un deber de corrección junto con una obligación de cautela, impuestos por imprescindibles exigencias de la convivencia social", deber y obligación que se concretan en una obligación de respeto al derecho ajeno: obligación esta que, si bien no expresamente sancionada por la ley, sin embargo "existe y nace en relación con los llamados "derechos primarios" subjetivos, presupuestos en el sistema del derecho objetivo y que derivan precisamente de la necesidad de una ordenada convivencia social".

"Ahora bien —continúa diciendo Piraino (op. et. loc. cit.)— la declaración inequívoca y precisa acerca de la solvencia de una persona, por parte de otra que sea de estima y consideración, crea en el destinatario "una legítima confianza".

Una semejante afirmación puede haber sido hecha con culpa (si no se tomó en cuenta la posibilidad dañina) o si se hizo con desconocimiento (inocentia) de la realidad; o puede haberse hecho con intención, simplemente para favorecer al tercero, con lo que se viola ese citado "deber genérico de corrección". Al no informarse el presentador acerca de la verdadera condición del presentado, ignorando en realidad aquélla, estaba obligado a manifestar esa ignorancia o su interés de favorecer al tercero. "El no hacerlo —dice Piraino— implica imprudencia o negligencia, las que junto con la impericia, constituyen los supuestos de la culpa en sentido técnico, la que, distinta del dolo, constituye el fundamento jurídico de la responsabilidad aquiliana".

En concordancia con lo antes dicho, una sentencia del Tribunal de Bologna (17 de octubre de 1952, Foro Italiano, 1953, 1422) establece que la declaración escrita para un comerciante a otro, en la que se asegura la solvencia del presentado, si bien no implica una obligación de garantía, sí crea contra el presentante una responsabilidad aquiliana para el caso de que éste incumpla y resulte insolvente.

La Corte de Casación francesa, en sentencia de 9 de enero de 1978 (Boletín IV, 12) reformó parcialmente la decisión del "a quo" de París que había resuelto a favor de dos bancos un caso presentado por un cliente que pedía la indemnización de daños.

El cliente consultó personalmente al Credit Lyonnais, su banco de confianza acerca de la solvencia de un cliente que, con apoyo en el Banco Vernes, presentaba para pagar un título circulatorio. En presencia del cliente Credit Lyonnais llamó por teléfono al Banco Vernes el que contestó que el pago del título "en el momento de su vencimiento no produciría ningún problema".

Sin embargo, al vencimiento, el título no fue pagado y el deudor fue, más bien sometido a "reglement judiciaire", habiéndose comprobado que la cesación de pagos y, aún el estado de insolvencia, eran anteriores al momento en que el banco informó al cliente. El "a quo" rechazó la demanda respecto a los dos bancos.

El Tribunal de Casación, en cambio declaró que el Credit Lyonnais en presencia de su cliente, no había hecho más que transmitir información del Banco Vernes el que sí fue declarado responsable por daños y perjuicios.

El punto de si un banco responde o no por los errores cometidos por un corresponsal ya había sido resuelto negativamente por el Tribunal de Reunes el 21 de mayo de 1974.

En los casos en examen, la casación francesa ha considerado si existió o no violación del secreto bancario, en el que se amparó el Banco Vernes. El Tribunal estableció que no había tal violación, pero que, aunque la hubiese habido, ello no eximía al informante de informar con exactitud ni, aún menos, de su responsabilidad civil por proporcionar informes inexactos.

Examinemos a continuación, tres casos importantes de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica: "Peterson Industries, Inc. vs. Lake View Trust & Savings Bank (584 F. 2d 166 (1978)); Berkline Corporation vs. Bank of Mississippi, (453 So. 2d 699 (Miss. 1984) y Central States Stamping Co. vs. Terminal Equipment Company Inc. (727 F. 2d 1405 (6th cir. 1984)).

En el caso Peterson, la Corte de Illinois encontró que no había razón para que el actor depositara confianza en afirmaciones escritas oficiales que un banco le había mandado, respecto a la situación financiera del deudor del actor.

El suplidor demandó al banco para recobrar los daños sufridos por fraude y engaño. El juez Sam Perry J. de la Corte de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de Illinois, División Este, falló a favor del acto. La Corte de Apelaciones sostuvo que no se justifica que un suplidor de aves destazadas (Peterson) para un mayorista haya creído en opiniones o en afirmaciones que alega que eran inexactas y contenidas en una carta que recibió el banco, en la que éste le indicaba que había aprobado un crédito resolutive para el mayorista con \$ 150.000 de capital de trabajo y que el banco tenía confianza en la administración del mayorista, ya que el suplidor había sabido, antes de su decisión de extender el crédito al mayorista, que el préstamo del banco se había consumido y también el suplidor había obtenido información independiente con la cual pudo evaluar la capacidad financiera del mayorista; por otra parte, la Corte consideró que el Banco no estaba obligado a enmendar sus afirmaciones respecto a la viabilidad del mayorista cuando se hizo evidente que el mayorista no andaba tan bien como se esperaba. El fallo fue revocado y reenviado.

En el caso *Berkline* contra el Banco Mississippi, la Corte Suprema, en fallo de julio 25 de 1984, consideró, en cambio, que la información errónea suplida por un banco como respuesta a una solicitud de información crediticia, sí es base suficiente para un acción fundamentada en negligente información falsa. En el caso el juez de circuito, apoyando la posición del Banco, manifestó que *Kerkline*, para tener, "prima facie", un caso por afirmaciones fraudulentas, debía haber probado "los elementos de un caso por fraude".

La sentencia del juez fue revocada y el juicio devuelto para que se diera al actor la oportunidad de probar el fraude.

En todo caso la Corte dijo, como ya lo habíamos señalado: "como todos saben...", penetrando en lo profundo de nuestro derecho, se encuentra el concepto de que una persona debe responder cuando sus afirmaciones o su conducta razonablemente inducen a otra a tener confianza en aquella, derivando de ello un perjuicio" (ver cita de otros casos sobre este punto, supra, p. 14).

En el caso *Central State Stamping Co. vs. Terminal Equipment Company Inc.* se consideró que el Banco era responsable por información falsa respecto a la situación financiera de un cliente del banco, lo que indujo a un tercero a contratar una obra con el cliente del banco y a hacer dos pagos adelantados hasta por un total de \$ 50.000, pagados directamente a favor del banco, para cubrir deudas del cliente de éste.

Se afirmó en el caso que la obligación de rectitud al hablar no depende de la existencia de un nexo jurídico contractual de confianza entre las partes; la obligación de rectitud al hablar surge en cualquier situación en que una parte deposita confianza en otra a causa de la posición de esa persona y ésta sabe de esa confianza.

En el caso *Seneca Communications, Inc. vs. International Bank of California*, en que el actor pidió una indemnización de daños, pues

LIBRERIA, FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CALIFORNIA

dio crédito a un comprador basado en informes orales que el IBC le proporcionó, la Corte Superior de los Angeles aplicó el artículo 1974 del Código de Procedimientos Civiles que reza: "No se admitirá ningún tipo de prueba para responsabilizar a una persona por información que haya dado respecto a la solvencia de un tercero, al menos que tal información o algún memorando al respecto, aparezcan por escrito y suscrito o manuscrito por ese tercero..."

Con los casos anteriores, he querido dejar una clara imagen de jurisprudencia comparada, de la responsabilidad que se imputa al banquero que, bajo diversas condiciones según cada sistema jurídico, da información acerca de la solvencia de terceros, que luego resulta falsa o inexacta.

También se puede producir responsabilidad civil del banquero cuando éste se mezcla en la administración de la empresa, en modo tal que puede llegar a ser considerado socio o responsable civilmente por haber asumido prácticamente el control de la empresa y las decisiones.

Iniciemos la revisión con el sistema jurídico francés.

En Francia el caso al menos en parte, está resuelto por la ley de 13 de julio de 1967, de quiebra, cuyo artículo 99 dice:

"Cuando el *réglement judiciaire* o la liquidación de bienes de una persona moral revela una insuficiencia del activo el Tribunal puede decidir, a solicitud del curador o aun de oficio, que las deudas sociales sean soportadas en todo o en parte... por todos los administradores, de derecho o de hecho..."

Es pues, claro, que en Francia los bancos que se mezclen en la administración de las empresas de sus clientes, arriesgan ser responsabilizados en caso de procedimientos de liquidación y como afirma *Vasseur* (op. cit. 408) este artículo tiene aterrorizados a los bancos. ¡Dios guarde a Italia de nuestro artículo 99! exclama *Vasseur*.

En todo caso, la jurisprudencia (París, 17 marzo 1978, *Dalloz*) se ha orientado por afirmar que no convierte al banquero en administrador de hecho, el dar consejos a la empresa en dificultades o el organizar su salvamento o la designación de un observador para asistir a las reuniones del consejo de administración. Para ser considerado dirigente de hecho es necesario que se haya ejercido una efectiva actividad de gestión y dirección.

Para el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica dice *Margaret Hambrecht Douglas-Hamilton* ("Some problems associated with creditor control of debtor companies". *Resource materials - Banking and Commercial Lending*, s.ed., s.f.ed.): "Una de las áreas en las que principalmente surge el asunto del control por el acreedor, del deudor, es el del control de la administración de los negocios del deudor por el acreedor.

Procedimientos en la búsqueda para responsabilizar al acreedor (en tales casos) surgen en varios contextos, tres de los cuales podemos discutir aquí".

La autora se refiere a los casos de "instrumentality rule": el acreedor asume una dominación total y un control de tal magnitud de los negocios de su deudor, que el deudor se convierte realmente en un alter ego del acreedor.

Otro caso: "Representantes del acreedor en los negocios del deudor: estos representantes del acreedor buscan salvaguardar los intereses de su representado.

El tercer caso: Retención de sumas destinadas al pago de impuestos. Este es un caso muy particular relativo al Internal Revenue Code.

En estos casos se ha dicho que un acreedor al que se le compruebe que ha ejercido un dominio total de los negocios de su deudor, no sólo corre el riesgo de una "posposición equitativa" de sus créditos respecto a los demás acreedores (especialmente en caso de quiebra: equitable subordination) sino que también puede incurrir en responsabilidad frente a terceros por deudas o por las pérdidas de su deudor, dominado en tal forma que se le considera no más que el "alter ego" del acreedor.

Los Tribunales han considerado, en todo caso, que no hay responsabilidad del acreedor que se inmiscuye en los negocios de su deudor cuando ello se realiza de buena fe y se limita a la supervisión del pago de la deuda.

La mayor parte de los casos en los cuales de una manera u otra, han sido considerados los anteriores aspectos, se refieren a acreedores bancarios.

En cuanto al control mediante la dominación financiera se señalan dos indicadores básicos:

- 1) Intervención del acreedor en la administración de la empresa de su deudor.
- 2) Acuerdos para gravar bienes o liquidación de activos del deudor que no son en beneficio de los negocios del deudor.

En relación con tal fenómeno el fiduciario en el caso de aplicación del Chapter XI a W. T. Grant Co. comprobó que los bancos acreedores de Grant ejercieron control y dominación de Grant cuando le obligaron a gravar sus activos en favor de los créditos suyos; que como consecuencia de esto, los negocios de Grant se dañaron irreparablemente a un punto tal, que la capacidad de Grant para obtener inventario de mercadería para sus operaciones al detalle se vió a su vez severamente dañada con la consecuencia de un perjuicio a los demás acreedores y a los socios de Grant. El fiduciario señaló que a causa del control y del dominio sobre Grant, de los bancos acreedores, los gravámenes sobre sus activos fueron realizados sin causa justa y para defraudar, dañar o posponer a otros acreedores de Grant. En 1978 el fiduciario transó con los bancos acreedores por \$ 650.000.000 y fue-

ron pospuestos los créditos de los bancos frente a acreedores a quienes se declaró con un derecho de prioridad a ser pagados.

En lo que se refiere a gravámenes forzados o liquidación de activos, la jurisprudencia de los Estados Unidos, Bélgica y Francia ha llevado a soluciones similares a las vistas antes.

Finalmente nos queda el caso de responsabilidad civil en lo que se ha llamado "concesión abusiva de crédito".

La responsabilidad por otorgamiento "abusivo" de crédito

Señalan Gavalda y Stoufflet (droit de la banque, París, 1974-584) que "no hay duda que el crédito en general y particularmente el crédito destinado al financiamiento de actividades económicas plantea peligros. Un banquero imprudente puede, con sus créditos, sostener una empresa ineficiente, favorecer inversiones excesivas y evidentemente nocivas y causar así un daño real a los acreedores del financiado, engañado por una prosperidad artificial".

Este es el tema más espinoso, en relación con la responsabilidad civil del banquero por otorgamiento abusivo del crédito y por prolongación artificial de la vida de la empresa.

El punto de partida de una nueva discusión del asunto fue la sentencia de la Casación francesa de 7 de enero de 1986, que no solamente reiteró el concepto de la responsabilidad del banquero frente a terceros por otorgar el crédito con abuso, prolongando generalmente la agonía de la empresa, pero permitiéndole con ello presentar una fachada sana, sino que declaró que la acción civil, reservada hasta entonces a los acreedores, puede ser planteada por el curador.

La sentencia reza, en lo que a nosotros interesa: El banquero que concede crédito a una empresa, si ésta posteriormente quiebra puede ser considerado responsable, en vía extracontractual frente a los acreedores de la empresa financiada anteriores y posteriores al otorgamiento del crédito. Frente a aquellos anteriores porque la inyección energética financiera del crédito retrasó la declaración de la quiebra y en relación con los acreedores posteriores al crédito, porque éstos se han confiado en la aparente solvencia de la empresa. (Ver la sentencia en Banque, 1976, 367 y en Revue des sociétés, 1976, 126).

Vasseur y en general la doctrina francesa, se han opuesto a la orientación de la jurisprudencia, aceptando como únicos casos a aquellos en que el banquero conoce el objeto ilícito de la empresa o resulta ilícita la operación llevada a cabo para el financiamiento.

Sin embargo, a pesar de tal posición de la doctrina, el argumento en Francia y la inclinación jurisprudencial tienen ya un cierto abolengo en vista de que los primeros argumentos parecen haberse dado ya en el siglo pasado y, durante los últimos 20 años, como se cita en el número I, 1985 de Banca Dorsa e Titoli di Credito, la doctrina y la

jurisprudencia francesa se encuentran empeñadas en una fuerte labor sobre el argumento.

Al margen de tales disquisiciones más o menos prácticas no hay duda que el argumento de la concesión abusiva de crédito con la consiguiente prolongación de la vida de la empresa y su posible resultado práctico: aumento del pasivo, disminución del activo, es una tesis sugestiva jurídicamente a la luz de las disposiciones legales que regulan la responsabilidad extracontractual y apetecible para los demás acreedores que, frente a su empresa deudora insolvente ven surgir al posible chivo expiatorio; el banco solvente.

Ni siquiera Vasseur (op. cit. 402), el más claro y decidido opositor a la tesis en examen, escapa a la sugestión del argumento jurídico de la responsabilidad extracontractual. Vasseur afirma "que la quiebra de una empresa sea la causa de perjuicio para sus acreedores, es innegable, pero para que el banquero sea obligado a indemnizarlos, hace falta todavía que haya habido un comportamiento de falta por su parte y que la falta que él haya cometido al conceder el crédito y prolongando artificialmente la vida de la empresa, haya sido la causa del perjuicio". Sin embargo, párrafos adelante, el mismo Vasseur dice que, aunque la quiebra pueda haber sido causada por debilidad natural de la empresa, por ejemplo, por falta de fondo propios; o causada por imprudencia de sus dirigentes en las políticas de ventas seguidas; o producida por impericia de tales dirigentes; o, simplemente producida por la desfavorable evolución de la coyuntura económica mundial, o por el cierre de algunos mercados, o por la quiebra de clientes importantes de la empresa. "Cada una de estas razones —dice Vasseur— no excusa necesariamente la falta eventualmente cometida por el banco, pero debe necesariamente tener como consecuencia *atenuar la consideración que se dé a la falta que él pudo haber cometido*". Hablar de atenuación de la falta es un discurso completamente distinto a hablar de inexistencia de responsabilidad.

En Italia no se había planteado siquiera el problema, ni en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia (Nigro pág. 226) pero como el mismo autor lo señaló hace varios años (pág. 229), existían nuevas tendencias en Italia en el campo de la responsabilidad civil, incluso por influencia de otros ordenamientos.

Tradicionalmente en Italia la culpa fue considerada esencial para la existencia de responsabilidad extracontractual. Las nuevas tendencias, que por otra parte son bien conocidas en nuestras latitudes, consideran la culpa sólo como un posible elemento de unión entre la conducta dañosa y el sujeto responsable, elevando a la misma categoría otras especies fácticas, entre ellas "el riesgo del ejercicio de la empresa", que lleva a criterios de responsabilidad objetivo o de responsabilidad por riesgo creado, teorías estas, sin duda, desarrolladas en nuestros sistemas romanistas, bajo la influencia del Common Law, en conexión con la teoría económica de la distribución del costo-beneficio. Asimismo, como lo señala la doctrina prevaleciente en Italia, el criterio tradicional de que el único daño

por culpa resarcible era el que se hubiere producido cuando se violan derechos absolutos, que no los relativos o de crédito, se ha derrumbado para abrir la vía —con algunas sentencias de casación— a un concepto de derecho absoluto que, en el fondo comprende la existencia, relevancia y tutelabilidad frente a terceros, de los derechos tradicionalmente llamados relativos o de crédito. "La doctrina italiana, inclusive ha ido aun más lejos considerando susceptibles de resarcimiento las lesiones de cualquier interés en alguna forma protegido por el ordenamiento jurídico". (Nigro 231).

Y los ordenamientos belga y francés, han podido desarrollar la responsabilidad aquiliana hasta el ámbito que aquí examinamos precisamente porque desde hace mucho tiempo admitieron la responsabilidad extracontractual de todo derecho o interés legítimos. De modo que podemos estar seguros que en Italia pronto surgirá una nueva jurisprudencia en el sentido ya examinado, francés y belga, puede ser que ya existía, pues nuestra información no abarca el año en curso, de 1986.

En cuanto a Alemania, existe también ya una cierta tendencia a superar ciertos conceptos jurídico-formales y develar determinadas realidades en aplicación del concepto de justicia. Comentando un cambio en tal sentido la disposición de la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana que considera, en sede de liquidación, los créditos de los socios contra la sociedad, como aportes, dice Carlo Angelici (la novela tedesca *Sulle Società a Responsabilità Limitata*, Riv. Dir. Comm., 1981, 192). "...Piénsese... por ejemplo a las sugerencias que podrían derivar de una comparación con la orientación jurisprudencial... discutida también en Alemania, según la cual habría una responsabilidad frente a los acreedores del Instituto Financiero que haya, artificialmente, mantenido en vida una empresa en estado de descomposición".

Veamos ahora, para finalizar, cómo ha sido manejado el asunto por el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica.

Ya observamos cómo en los Estados Unidos se pueden producir fenómenos que nosotros clasificaríamos en nuestros sistemas romanistas como responsabilidad civil cuando los bancos dan información falsa o tuercen la información para beneficiarse, o cuando los bancos asumen el control del cliente o lo obligan a dar nuevas garantías o a vender activos, en el solo beneficio de ese acreedor bancario controlante, o cuando los bancos se mezclan profundamente en la administración de sus clientes, convirtiéndose los clientes en meros mandaderos, en el alter ego del banco.

Debo aceptar que no localicé ningún caso, en los Estados Unidos, que sea equivalente o igual, a los casos franceses o belgas. En el caso *Dubos vs. Jones* (Corte Suprema de La Florida, Dec. 18 de 1894) se declaró: "3 personas que no pueden ser consideradas socios entre ellos pueden sin embargo, bajo ciertas circunstancias, a partir de sus actos, manifestaciones y tratos, ser consideradas por terceros como so-

cios. En consecuencia, una persona que se haga aparecer como socio o que permita que lo tengan por tal, *será considerado, frente a terceros, responsable*, cualquiera haya sido su verdadera relación con la firma o con sus socios. Alguien que no sea de hecho socio, sin embargo, no puede ser tenido como responsable frente a terceros, aunque estos por sus actos, crean que sí lo es, excepto con base en el principio de que, cuando terceras personas hayan sido desorientadas por tal concepto, aquél está equitativamente impedido (equitably estopped) de negar que era un socio; y, consecuentemente, debe ser ahora considerado responsable, por regla general, sólo frente a aquellas personas que fueron desorientadas o que actuaron conforme a aquella conducta”.

Como se puede ver, tales afirmaciones y otras hechas en diversas sentencias de los tribunales norteamericanos que analizamos, son absolutamente concordantes con las doctrinas del acto propio y demás, que en este ensayo hemos expuesto, y sin duda, en cualquier momento desembocarán, frente a un caso concreto, en soluciones similares a la belga o la francesa.

El tema aquí tratado, creo que no ha recibido de mi parte, una organización o sistema adecuados. Ello se debe a dos causas, principalmente. La primera es la gran cantidad de material existente y el tiempo a nuestra disposición para el desarrollo hecho, más el período de preguntas y respuestas. La segunda, es el método que aquí he querido seguir.

He preferido dar una casuística de jurisprudencia y de doctrina, que permita aferrar de inmediato el problema para que cada quien lo someta a su propia legislación y realice la construcción doméstica que corresponda.

Antes de concluir, creo de honestidad hacer notar que Vasseur, encarnizado enemigo de las nuevas decisiones jurisprudenciales francesas y belgas que aquí hemos citado, en sus diversos escritos ha venido siempre diciendo que la jurisprudencia parece estar volviendo sobre sus pasos, pero sin citar ninguna prueba concluyente que demuestre tal. Y en cambio, parece que la tesis se abre campo en Italia y en Alemania.

Pienso, en todo caso, que es preferible que en nuestro medio profundicemos el tema y determinemos qué posibilidades podría tener frente a cada uno de nuestros derechos positivos.

EL SILENCIO POSITIVO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA ASPECTOS DOCTRINALES — JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

Dr. Virgilio Calvo Murillo

Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

- 1—Introducción
- 2—Origen y evolución de la Institución
- 3—El silencio positivo de la Administración
- 4—El silencio positivo y el ordenamiento jurídico costarricense
 - A) Análisis Legal
 - B) Jurisprudencia Administrativa
 - C) Jurisprudencia Judicial
- 5—Conclusiones

1—Introducción

La Administración Pública tiene la obligación de manifestar su voluntad, cuando ha mediado un reclamo, consulta, petición, queja o recurso planteado por los particulares. Esto es lo "regular, ordinario y debido"⁽¹⁾, en virtud de tener competencia: lo que le supone una situación de deber y, porque en la situación actual del Estado de Derecho, de tipo democrático y social, el administrado tiene un derecho inherente a su personalidad, para que se resuelvan sus peticiones, solicitudes y recursos.

La obligación administrativa de decidir las consultas, peticiones, recursos y reclamos del administrado es expresiva del concepto funcional de la actividad administrativa, de su objetividad y de su orientación finalista a servir al interés general. Como la competencia como deber público es irrenunciable⁽²⁾, no es potestativo de los jefes abstenerse de ejercer la función que les compete. Y, esto cobra especial relieve e importancia en nuestro Estado Social de Derecho, en que se prestan innumerables servicios públicos o sociales, pues su omisión supondría la posibilidad de enfermedades o miseria a determinados individuos.

Sin embargo, no siempre se cumple la regla anterior. Más bien, es bastante frecuente que por exceso de trabajo en unos casos, desidia en otros y, cálculo en otros, la Administración Pública omite resolver en forma expresa en un plazo determinado, lo que hace aparecer la morosidad administrativa y, en forma consiguiente la omisión de una obligación.

No obstante lo cual, nuestro ordenamiento jurídico prescribe la obligación de dictar resolución expresa dentro del año siguiente a la desestimación de la solicitud, reclamo, queja, consulta o solicitud hecha⁽³⁾.

Así planteado el problema, es obvio que quedaría en manos de la Administración y, a su entero arbitrio, hacer nugatoria la garantía establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tendiente a garantizar la legalidad de la función administrativa; pues, a través del expediente del silencio o la no decisión, se haría imposible para el

(1) Dromi, José Roberto, *El Procedimiento Administrativo*, edición mimeografiada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1968, p. 120.

(2) Ley General de la Administración Pública, número 6227, del 2 de mayo 1978, artículo 66. Y, artículo 329, párrafo 1º, que establece el deber de resolver.

(3) Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, número 3667 de 12 de marzo de 1966, artículo 19, párrafo 2º.

particular afectado tener la vía expedita, para acudir al ámbito jurisdiccional en defensa de sus derechos subjetivos e intereses legítimos violados.

Es así, como la ciencia jurídica debió abocarse a la resolución de tal problema, que resolvió a través de la institución denominada silencio administrativo, tanto negativo como positivo; según que, para los respectivos efectos se considerara que en la hipótesis se debía entender denegada o aceptada la gestión realizada por el particular.

2—Origen y evolución de la institución

El origen y la evolución de esta institución va paralela con la noción de acto administrativo. En efecto, ambos, sobre el esquema de la teoría pandectística del negocio jurídico, trataron de resolver el problema referente a la admisibilidad de los denominados negocios tácitos⁽⁴⁾. Concretamente, si el problema referente a un comportamiento omiso por parte de una autoridad pública y, el correspondiente silencio podía dar lugar a un "acto tácito"; de modo que así se tuviera una figura similar a la de la manifestación tácita de la voluntad, admitida por la teoría del negocio jurídico en derecho privado.

La teoría del negocio jurídico del derecho privado —en efecto— ya había establecido que un comportamiento omiso, rodeado de circunstancias especiales podía ser fuente de efectos jurídicos; exactamente igual como si los mismos provinieran de un acto expreso de volición. De modo que, se arribaba a tal situación a través de considerar esa voluntad expresada como de modo tácito o, que se considerara una responsabilidad para quien debió haber actuado y no lo hizo.

En Italia, donde como ya es costumbre esta institución mereció una aguda atención de los estudiosos del problema, se dio un gran empuje, a través de la jurisprudencia, a la teoría del procedimiento tácito⁽⁵⁾. La doctrina —inicialmente— no dio mucho apoyo a la figura, pues interpretaba que a través de ella, se creaba una especie de "acto fantasma", en donde no se podía hablar en forma sensata de existencia de acto, ya que lo que había era un mero incumplimiento; y así se concluía que se llegaba a un acto de rechazo (silenzio-rifiuto) en los casos de comportamiento omiso seguido como consecuencia de una instancia formal de un particular. Se concluye —en consecuencia— que a través del silencio rechazo, entonces el "no acto", llega a ser un "acto", aunque fuera de contenido negativo⁽⁶⁾.

(4) Alessi, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, Vol. I. Giuffrè, Milano, 1971, p. 287.

(5) Alessi, Renato, op. cit. p. 288.

(6) Alessi, Renato, op. cit. p. 289.

3—El silencio positivo de la administración

El silencio negativo, de acuerdo a la doctrina no es un acto administrativo⁽⁷⁾. Su fundamento principal es de tipo procesal: expeditar la vía y, permitir al particular afectado con la inacción administrativa poder iniciar en la vía judicial las acciones pertinentes en defensa de sus derechos e intereses lesionados. No expresa, por tanto, la voluntad de la Administración.

El silencio negativo es la regla o principio general en materia de silencio;⁽⁸⁾ de modo que el silencio positivo se conceptúa como un caso de excepción a la regla. Esto —como consecuencia— implica decir que sólo procede el silencio positivo donde en forma expresa se señale; lo que es acorde, como se verá más adelante con la solución dada por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 330 de la Ley General de la Administración Pública.

El silencio positivo es justamente lo contrario del silencio negativo; configura, en primer lugar un verdadero acto administrativo⁽⁹⁾; o sea tiene el valor de acto expreso, lo que implica la imposibilidad para la administración de dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto dictado a través del silencio, salvo los casos en que el mismo ordenamiento, en vista de circunstancias especiales, le permita hacerlo; tal y como en forma clara preceptúa el artículo 331, párrafo segundo de la Ley General de la Administración Pública.

El silencio positivo es una técnica tutelar; que trata de evitar perjuicios al particular que en circunstancias determinadas realiza una gestión ante la Administración y, ésta omite cumplir con la obligación de decidir. Por tanto, como sí ocurre en el silencio negativo, su objetivo no es de tipo procesal; es decir, permitir al particular tener abierta la vía judicial, no obstante la no decisión expresa de la Administración.

Lógicamente para que se entienda realizado, el particular a través de la gestión, debe haber cumplido todos y cada uno de los requisitos

(7) Existe unanimidad doctrinal en este sentido. Al respecto puede verse: García de Enterría, Eduardo y, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I. Civitas, Madrid, 1980, p. 499; Mortati, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Vol. I. Cedam, Padova, 1969, p. 240; Dadi, Guido y Potenza Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1971, p. 185; Díez, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Vol. II, Omeba, Buenos Aires, 1965, p. 246. Véase, igualmente el artículo 139 de la Ley General de la Administración Pública.

(8) Marienhoff, Miguel, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, Vol. II, p. 323.

(9) García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, op. cit., p. 504; Fernández Vázquez, Emilio, *Diccionario de Derecho Público*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 710; *Revista de la Contraloría General de la República*, número 9, diciembre de 1969, *Comentarios al Proyecto de Ley General de la Administración Pública*, p. 50.

exigidos por la norma; porque, de otro modo, faltaría en la especie requisitos esenciales de existencia. Esto es: que la autoridad administrativa respectiva sea competente; que los documentos necesarios se acompañen; que la actividad cuyo permiso o autorización se solicita esté comprendida dentro de las que la norma permita y no sea ajena o prohibida por ésta.

El silencio positivo se configura en forma clara en dos hipótesis principales:

- a) en el caso de actos de autorización o aprobación de las autoridades superiores sobre los actos de los inferiores, ejercidas en actos de fiscalización y de tutela; y
- b) cuando un particular haga solicitud de permiso, licencia o autorización. En el primer caso, generalmente se establece un término dentro del cual debe emanarse la autorización o aprobación de los actos del inferior; por lo que, si no se expresa la voluntad en ese plazo, se da la caducidad del ejercicio de la facultad de fiscalización o tutela, lo que equivale a tener por aprobada la conducta del inferior a través del silencio positivo así operado.

En el segundo caso, el particular es ya titular de un derecho, pero —necesita de una manifestación de la administración tendiente a remover un obstáculo para que ese derecho se ejercite en forma plena; por lo que la lógica exige, que se presuma la existencia de un acto positivo, si no se da manifestación de voluntad administrativa en contrario dentro del plazo fijado. El silencio positivo —por tanto— ante la presencia de situaciones determinadas establecidas en forma expresa por la ley, suple la falta de diligencia de la administración y, permite a un particular que ha gestionado la realización de una actividad; o, a un órgano o ente público que ha solicitado la autorización o aprobación de una conducta, tener por permitidas las mismas para todos los efectos consiguientes.

Como en forma acertada lo ha expuesto nuestro más preclaro tratadista en la materia: "En consecuencia, el silencio positivo modifica e innova el ordenamiento, con igual efecto constitutivo que el acto expreso equivalente. El silencio positivo puede reputarse como acto expreso, para todo efecto, y sobre el mismo puede aplicarse las normas que regulan los actos, con las mismas consecuencias (estabilidad, invalidez, impugnación, etc.)."⁽¹⁰⁾

(10) Ortiz Ortiz, Eduardo, Los Privilegios de la Administración Pública, edición mimeografiada, Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica, 1973, p. 121.

4—El silencio positivo y el ordenamiento jurídico costarricense

A) Análisis legal:

No obstante que antes de la promulgación de la Ley General de la Administración Pública ya existían algunas disposiciones especiales en materia de silencio positivo⁽¹¹⁾, es lo cierto que fue esta ley la que a través de los artículos 330 y 331, vino a establecer la institución como principio general del ordenamiento.

El artículo 330 consagra el silencio positivo; establece, a continuación que la hipótesis se presenta en los siguientes casos:

- a) cuando se establezca expresamente;
- b) cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela;
- c) cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones; obviamente referidas a las que hagan los particulares a organismos públicos.

El artículo 331 establece el plazo de un mes para que opere el silencio; lo que se contará a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia *con los requisitos legales*; finalmente estatuye que acaecido el silencio positivo, no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto, salvo en casos especiales previstos por ley. O sea, establece una prohibición expresa para dictar un acto que es extemporáneo, ya que el transcurso del plazo implica una pérdida de competencia en razón del tiempo.

Es importante dejar claro, que la solicitud debe tener todos y cada uno de los requisitos exigidos para que exista la posibilidad de obtener la autorización a aprobación solicitadas a través del silencio positivo; ya que, de otro modo, se desnaturalizaría la finalidad de la institución en detrimento del interés público que la administración debe tutelar.

De acuerdo a lo anterior —entonces— dentro del plazo del mes, debe el órgano competente comunicar al particular la falta del o los

(11) En tal sentido el artículo 18 de la Ley de Construcciones, número 833 de 2 de noviembre de 1949, establece la obligación para quien vaya a construir o reconstruir, de pedir a la Municipalidad que fije el alineamiento y el nivel oficial que corresponda a la propiedad; tal fijación debe hacerse dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud; si no se hiciera quedará de pleno derecho como línea de construcción el límite de la propiedad con la vía pública. Y, el artículo 32 de la Ley de Planificación Urbana número 4240 de 15 de noviembre de 1968, establece la obligación de resolver dentro del mes siguiente lo relativo a la autorización de los proyectos de urbanización; caso contrario se considera autorizado el proyecto para efectos de su ejecución.

requisitos que a su juicio falten; es lógico que los requisitos que a juicio del órgano falten, deben ser establecidos por la norma de que se trate y no fruto del criterio particular del funcionario encargado; de modo que, comunicado en tiempo la falta de tales requisitos, se interrumpe el plazo ya recorrido; y, para efectos del transcurso del mes, continúa el plazo a partir del momento en que el particular cumpla con la prevención hecha.

Así —acorde con el planteamiento de un importante sector de la doctrina—, el plazo no empieza nuevamente sino que se interrumpe; de modo que, cumplida la prevención sólo deberá transcurrir lo que falte para completar el mes indicado en la norma de ley⁽¹²⁾.

Para que el plazo se interrumpa válidamente, es necesario que la prevención que se haga al particular lo sea por autoridad competente; no es posible, con el fin de interrumpir el plazo, que se haga por autoridad no competente, pues se prestaría para que la administración —a través de un mecanismo espurio— interrumpa un plazo de modo irregular. En este caso, la lógica jurídica aconseja no tener por interrumpido válidamente el plazo, por las razones indicadas.

Acaecido el plazo del mes y no resuelto nada por la Administración se opera el silencio; pues se considera, que ésta estuvo en posibilidad cierta de resolver y no lo hizo por causas sólo imputables a ella.

4.A.1.—Aplicación de la institución a procedimientos excluidos

Como se sabe, los Decretos Ejecutivos 8979-P de 28 de agosto de 1978 y, 9469-P de 18 de diciembre de 1979, ambos del Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia, excluyeron de la aplicación del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública una serie de leyes, con un criterio bastante divorciado de juridicidad. La misma ley, en su artículo 367 estableció una serie de excepciones también en materia de procedimiento.

La anterior situación, ha llevado a algunos a mantener el criterio —a todas luces equivocado— que en tales procedimientos excluidos no se aplica el procedimiento de la ley general. Esta situación cobra importancia decisiva, cuando se trata de la aplicación del silencio administrativo positivo; en casos en los que aun con la intervención de un órgano público que debe dar la autorización o aprobación, el pro-

(12) En tal sentido por todos Garrido Falla, Fernando, La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo, Revista de Administración Pública número 16. año 1955, Madrid.

cedimiento excluido se encuentra regulado en muchos casos a través de normas de derecho privado⁽¹³⁾.

La situación debe resolverse en el sentido de aplicar el procedimiento de la ley general, en forma supletoria, cuando el procedimiento especial de que se trate, no tenga disposición expresa que regule la hipótesis de facto. Esta solución tiene amparo, en primer lugar en la misma ley: el artículo 364 establece:

- 1) Que la ley es de orden público;
- 2) Que en caso de duda, sus principios y normas prevalecerán sobre los de cualquier otra u otras disposiciones de rango igual o inferior;
- 3) Que tales principios y normas serán criterios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico administrativo del país.

Concordante con lo anterior, a partir de 1978 la Procuraduría General de la República —a través de sus dictámenes y pronunciamientos— ha establecido ese criterio⁽¹⁴⁾.

Además, no sería jurídicamente congruente un criterio distinto, desde que es la misma Administración Pública la que actúa a través de su función fiscalizadora y de control; en uso de todas sus prerrogativas y de su competencia. Así las cosas, no importa que el procedimiento se regule a través de normas de derecho privado; lo decisivo e importante es que la Administración la que ejercita los instrumentos jurídicos que el ordenamiento le ha dado, por lo que una conclusión distinta estaría divorciada de criterios jurídicos.

Será necesario, obvio es decirlo, que se esté en presencia de uno de los dos casos que la doctrina acepta: a) que la autorización a aprobación deba darse en ejercicio de funciones de fiscalización o tu-

(13) Un ejemplo es el procedimiento para obtener la autorización para el funcionamiento de Bolsas de Comercio, que se regule en el Código de Comercio, artículos 398 a 410.

(14) En relación con lo dispuesto en el artículo 367-2-f) de la Ley General y, a través del dictamen número 1-23-80 bis la Procuraduría dijo: "No obstante que los procedimientos en materia de registros públicos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LGAP (art. 367.2 inc. f), al no existir en la Ley de Propiedad Intelectual, número 40 de 27-6-1896 disposición alguna que expresamente regule el modo o la forma de comunicación del acto, que admita o desestime una oposición, cosa que tampoco existe en las disposiciones reglamentarias que la complementan, tal falta de regulación procedimental debe ser integrada por las normas genéricas del procedimiento administrativo, en lo pertinente, para evitar que un acto de tal trascendencia quede sin la debida comunicación ya que es con ésta que nace la posibilidad de impugnarlo en vía administrativa o jurisdiccional".

tela; b) que en al solicitud de permiso, licencia o autorización exista un derecho anterior o preexistente a favor del solicitante, cuyo ejercicio se encuentre restringido por alguna circunstancia especial.

B—*Jurisprudencia administrativa:*

En general, la jurisprudencia dictada en el ámbito administrativo, salvo casos especiales, ha sido conteste en aceptar la procedencia del silencio positivo cuando se está en presencia de circunstancias ya analizadas.

Así, en dictamen u oficio C-039-83 (02), luego de un estudio doctrinario, se analiza el caso de una institución, cuya ley —excluida de la aplicación del Libro Segundo de la ley general— no contempla expresamente la figura del silencio positivo. Así las cosas, estableció la Procuraduría:

“...Ello trae como consecuencia el hecho de que únicamente puede admitirse la resolución afirmativa implícita, por silencio positivo, en los casos genéricos que prevé la Ley General de la Administración Pública, sea en aquellos en los que lo que el Consejo debe dar es una autorización a aprobación basado en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela (situación que jurídicamente no es susceptible de presentarse en el caso que se examina), o en aquellos en los que deba resolver solicitudes de permisos, licencias o autorizaciones, con la advertencia —en este último caso— de que para tales permisos, licencias o autorizaciones puedan darse jurídicamente en forma válida, la doctrina exige que exista un derecho preexistente del particular, cuyo ejercicio se encuentre restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, o la economía del país (véase, al efecto, a Gabino Fraga, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, decimoséptima edición, 1977).”

El anterior criterio establece —en consecuencia— que se da el silencio, aunque la normativa aplicable esté excluida de la aplicación del procedimiento de la ley general, si se da el caso de encontrarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela; y, cuando el permiso, licencia o autorización suponga la existencia de un derecho preexistente del particular, cuyo ejercicio esté restringido; no obstante que —en el caso concreto de la consulta— se estimó improcedente el silencio por no darse la primera hipótesis; esto es, faltar en la especie la función de fiscalización o tutela. Finalmente, se estableció claramente que aunque la ley especial no contemple expresamente el silencio, éste se da por aplicación de la ley general.

En otros casos⁽¹⁵⁾, la Procuraduría ha admitido la procedencia del silencio positivo, en razón de haber pasado el plazo previsto sin que se hubiera hecho uso de la competencia respectiva; o sea, por pérdida de competencia en razón del tiempo.

Existen —sin embargo— casos, en que equivocadamente se ha considerado por la administración respectiva⁽¹⁶⁾ la improcedencia del silencio positivo, porque la normativa especial aplicable en el caso concreto se había excluido de la aplicación de la ley general; y, porque la materia propia de aplicación se rige por principios propios de ella. Criterio éste, totalmente divorciado de la corriente doctrinaria, jurisprudencial y legal imperante; y, que da lugar a la arbitrariedad administrativa y, a la inercia en el cumplimiento de obligaciones; todo lo cual redundante en perjuicio a los particulares. En lo que interesa, la resolución de mérito señala:

“Que las argumentaciones que agrega la interesada a su recurso de reconsideración, no desvirtúan la tesis formulada por la resolución recurrida en el sentido de que, dadas las consecuencias que para la Administración tiene silencio administrativo positivo, su aplicación debe estar reconocida por ley expresa y terminante. Esas razones se avalaron con citas de administrativistas de nota, españoles y latinoamericanos. A ello se agrega que los decretos números 8979-P de 28 de agosto de 1978 y número 9469-P de 18 de diciembre de 1978, exceptúan de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública los procedimientos administrativos contemplados, entre otras leyes, en el Código de Comercio. La aprobación previa que este Despacho debe dar al proyecto de escritura constitutiva de una sociedad anónima que vaya a dedicarse a operar una Bolsa de Comercio, la dispone el artículo 399 del Código de Comercio, dado el interés público que priva por parte del Estado para ejercer su control sobre el funcionamiento del mercado de capitales en el país. De manera que el procedimiento de la aprobación por éste despacho del proyecto de escritura constitutiva de una sociedad

(15) Véanse concretamente los oficios C-209-81 de 16 de setiembre de 1981 y, C-136-86, de 9 de junio de 1968; en el primero se solicitó a la Dirección General Forestal la verificación de comprobantes relativos a inversiones hechas en el programa de reforestación; y, en el segundo el IDA no resolvió en el plazo estipulado (de treinta días según art. 60 del Reglamento a la ley número 6043, Ley Sobre Zona Marítimo Terrestre) la aprobación que le sometió una Municipalidad, de cesiones de derechos en la zona dicha. Tampoco en el primer caso la Dirección Forestal resolvió en el plazo de ley.

(16) Resolución del Ministro de Hacienda, de las 11 horas del 8 de julio de 1986, confirmatoria de la de las 9 horas del 27 de junio de 1968, relativa a la solicitud de autorización para actuar como bolsa de comercio de la empresa Bolsa Internacional de Valores, Sociedad Anónima.

anónima que va a operar como Bolsa de Valores, está previsto en el Código de Comercio, expresamente excluido de la aplicación de la Ley General de la Administración Pública, dado que la materia mercantil se rige por principios y normas propios de ella. Por eso este Despacho insiste en que el silencio administrativo positivo no puede operar tratándose de la aprobación de un proyecto de escritura de una sociedad anónima que va a operar una Bolsa de Valores, dado que el Estado tiene que ejercer su contralor sobre esos entes auxiliares del comercio para ordenar el mercado de capitales del país y garantizar a los ciudadanos que inviertan sus ahorros en las operaciones bursátiles. Si se estudia el Derecho Mercantil comparado, se advertirá que todas las legislaciones contienen disposiciones sobre la vigilancia de las bolsas de comercio por el Estado, en lo único que se diferencian es el grado de control; en nuestra legislación más débil y en la de los países capitalistas importantes, bastante acentuado”.

La resolución que se comenta consideró no realizado el silencio positivo en la hipótesis concreta, porque a su juicio —errado por cierto— no se aplicaba la normativa de la ley general, Libro Segundo del Procedimiento; ya que existía ley especial en la que no se contemplaba ni se disponía nada en relación al silencio administrativo; y, porque la materia mercantil se rige por principios y normas propios de ella. No entró a conocer —sin embargo— cómo debió hacerlo, si se cumplían los requisitos legales respectivos. Concretamente: si la autorización solicitada estaba o no comprendida dentro de los límites autorizados por ley, sea, dentro de lo que la norma habilitante permite autorizar y, no fuera en consecuencia, ajena o prohibida por ésta. Si el órgano autorizante tenía la competencia para autorizar la gestión en el caso concreto; y, si la documentación pertinente se había adjuntado en forma completa, para sólo citar los más importantes.

La aplicación de la Ley General de la Administración Pública, tiene su fundamento en la medida que es el Cuerpo Normativo más completo que existe en nuestro ordenamiento, en lo que atañe al objeto de su regulación. Al ser —entonces— un instrumento orgánico y sistematizado, debe ser el que con idea de conjunto y unidad regule las situaciones que caigan dentro de su objeto propio. En consecuencia, debe llegar el día en que sólo se aplique el procedimiento de la ley general; lo que será más beneficioso para todos y, redundará especialmente, en la consecución de la idea de la regulación única, que en este momento es sólo un ideal a alcanzar dentro del marco procedimental administrativo.

C—Jurisprudencia judicial

La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, ha ido bastante pareja a la de la Procuraduría. Sin embargo, en general ha ido fijando directrices y el alcance de la institución, en forma un poco más precisa que la de las resoluciones administrativas.

Interesa comentar una resolución⁽¹⁷⁾, que por la alta investidura del Tribunal y, los alcances de la misma ha marcado pautas importantes en el tema objeto de este trabajo.

Un particular solicitó al Gobernador de San José la autorización para instalar una sala de juegos; este funcionario —fuera del plazo de ley— rechazó la solicitud. Por incompetencia del Ministro de Gobernación se solicitó pronunciamiento del Presidente de la República (artículo 232 de la Ley General de la Administración Pública), el cual no se emitió. Así las cosas, el particular entendió concedida la autorización solicitada y, pidió a la Municipalidad de San José la patente respectiva, la cual le fue otorgada. Posteriormente, funcionarios de Gobernación y Policía irrumpieron en el Casino, revisaron el inmueble, decomisaron diversos objetos y, el Gobernador planteó denuncia ante la Alcaldía de Faltas y Contravenciones. Con este “cuadro de hechos”, el particular afectado presentó Recurso de Amparo contra el Gobernador de San José.

La Corte Interina, con base en planteamientos doctrinarios de la Escuela Española y, de un análisis de los artículos 330 y 331 de la Ley General, en cuanto al fondo, estableció:

“El problema realmente decisivo es el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenida por silencio positivo en aquellos supuestos en que la pretensión ejercida por el particular oente público que promueve el procedimiento no es conforme a Derecho. Tres son las soluciones posibles en principio: la primera y más radical consiste en considerar autorizado o aprobado en sus propios términos el proyecto presentado; la segunda solución, postula en favor de limitar los efectos autorizatorios o aprobatorios del silencio positivo a lo que, según la ley es posible autorizar o aprobar; la tercera remite a una modulación de los efectos del silencio positivo en función de la clase de defectos del proyecto base. Pero la verdad es que después de analizar en doctrina esas tres posibles soluciones, cabe considerar que en todas y cada una de ellas no es posible entender adquiridas por silencio positivo facultades en contra de las prescripciones de la ley, porque no puede admitirse que tal silencio positivo pros-

(17) Resolución número 3-85 de la Corte Interina, de sesión de las 10:00 horas del 7 de febrero de 1985 —que declaró sin lugar Recurso de Amparo—.

pere cuando lo que resulta concedido no puede autorizarse con arreglo a la ley. En resumen, el silencio positivo suple el acto expreso, pero sólo dentro de los límites autorizados por la ley...".

Para la jurisprudencia —entonces—, en razón de considerar como "requisito legal" la "circunstancia o condición necesaria para una cosa", debe necesariamente pedirse la autorización a aprobación de una actividad "de las que expresamente puede autorizar la ley", para que jurídicamente pueda considerarse que opera en la especie el silencio positivo. Lógicamente que —además— debe cumplirse los otros requisitos formales necesarios al efecto. Pero, es lo cierto, que aun cumpliéndose esto, no se opera el silencio si lo solicitado no está comprendido dentro de lo que la ley permite autorizar al órgano respectivo

5—Conclusiones

El silencio positivo tiende —fundamentalmente— a ser un remedio contra la inercia administrativa; en tal sentido, se estima que en los casos en que procede, se configura un verdadero acto administrativo en favor del particular, que la Administración no puede desconocer, sea extinguiendo el acto o, dictando otro denegatorio de la instancia, salvo en casos especiales y, con base en autorización expresa en tal sentido del ordenamiento, como caso de excepción que es.

La jurisprudencia administrativa y judicial existente ha ido delineando poco a poco la figura; tal vez con un poco más de precisión la última. Sin embargo queda aún camino por recorrer, de modo que a través de otras resoluciones y con base en hipótesis de facto concretas, se configuren sus verdaderos alcances a esta figura jurídica, creada en beneficio de los administrados.

LA REVISION DE PRECIOS EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Lic. Rosa Iris Cervantes Gamboa

Abogada costarricense

SUMARIO

Introducción

Capítulo Primero: Resumen de la doctrina del equilibrio financiero

Sección A: La teoría del hecho del príncipe

Sección B: La teoría de la imprevisión

Sección C: La revisión de precios

Capítulo Segundo: Revisión de precios en la contratación administrativa costarricense

Sección A: Normativa aplicable

Sección B: Exposición práctica de la revisión de precios

Sección C: Jurisprudencia administrativa

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Uno de los derechos del cocontratante de la Administración Pública, es el derecho al equilibrio financiero del contrato, el cual se traduce en una indemnización cuando la ejecución del contrato se ve afectada por ciertos acontecimientos, que la hacen más difícil y onerosa.

A este equilibrio financiero se puede llegar por dos vías:

1.—La teoría del hecho del príncipe.

2.—La teoría de la imprevisión.

En la primera parte de este pequeño trabajo, esbozaremos los aspectos teóricos, para luego, en la segunda parte, analizar cómo se aplican esas técnicas en nuestro medio.

Finalmente, en las conclusiones, daremos nuestra opinión al respecto.

CAPITULO PRIMERO

Resumen de la doctrina del equilibrio financiero

La doctrina del equilibrio financiero se manifiesta en la realidad a través de la revisión de precios.

Esta revisión de precios tiende a evitar que el contratante de la Administración soporte el daño producido a consecuencias de cambios producidos en la realidad económica.

Como dice Jesús González Pérez: "Cuando tales circunstancias impliquen la posibilidad de que el contratista realice su prestación, a no ser a coste muy superior al previsto al perfeccionarse el contrato, no es justo que el mismo soporte la diferencia de coste de beneficio de la Administración Pública; y en último término de la propia comunidad nacional"⁽¹⁾.

Y, para el autor López Rodó, "lo importante es que el contrato se cumpla, que la obra o el servicio público se realice, y para ello es preciso poner al contratista en condiciones de poderlo realizar. De ahí la necesidad de que la Administración compense, a través del pago del equivalente económico, la perturbación producida en las cláusulas inmutables"⁽²⁾.

(1) y (2) Citados por Moreno Gil, Oscar. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1980.

Para que pueda obtenerse la revisión y ajustar el contrato a las nuevas circunstancias, a petición de la parte interesada, son necesarios 3 requisitos:

- 1.—que ésta no sea culpable del cambio y carezca de cualquier otro procedimiento para remediar el perjuicio que le supondría la inmutabilidad del contrato;
- 2.—que la alteración de las circunstancias, entre el momento de la celebración y el cumplimiento, sea extraordinaria e imprevisible;
- 3.—que dicha alteración produzca una desproporción exorbitante, un desequilibrio enorme, entre las prestaciones de las partes.

De seguido, veremos los dos caminos para llegar a esta revisión de precios, procedimiento tan utilizado en la actualidad.

SECCION A

La teoría del Hecho del Príncipe

Hecho del Príncipe

"Medida tomada por la Administración Pública que tiene por consecuencia hacer más difícil y onerosa la ejecución de un contrato al contratista particular. Aquí, "príncipe" significa, por extensión, autoridad pública, habida cuenta de la transformación operada en los regímenes políticos por el moderno Estado de Derecho"⁽³⁾.

Aquél que concluyó con la Administración un contrato administrativo, tiene derecho a ser indemnizado íntegramente de las consecuencias pecuniarias que resulten para él, del hecho del príncipe; es decir, una medida tomada en nombre del órgano con el cual se contrató, que tuvo por efecto dejar sus obligaciones indirectamente más difíciles.

Características del Hecho del Príncipe

1.—El fundamento de la indemnización es diferente al de la decisión de modificación unilateral del contrato, aunque las dos decisiones —hecho del príncipe y modificación unilateral— emanan del mismo órgano.

(3) Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1985.

2.—Es una decisión, individual o reglamentaria tomada en nombre de un órgano administrativo que es parte del contrato; pero en el ejercicio de sus competencias generales.

3.—Puede ser una operación material del órgano administrativo que es parte del contrato y que aunque no tenga relación directa con éste, tiene por efecto hacer más difícil la situación del cocontratante⁽⁴⁾.

La teoría del Hecho del Príncipe (*factum principis*) surge frente a los poderes exorbitantes de la Administración y nace para el contratista el derecho a ser indemnizado.

Se le identifica con la referencia particular a las medidas, propias de la Administración, que tomadas en un momento dado, producen una elevación general de costes (de la mano de obra o de los materiales) y colocan a los contratos en fase de ejecución en situación económica descompensada onerosamente hacia el empresario.

Cláusula rebus sic stantibus

Significa "mientras que no haya alteraciones".

Es un principio fundamental de origen civilista y que se ha aplicado a los contratos administrativos, para exceptuar la inalterabilidad de los mismos.

Esta cláusula se sobreentendía establecida en los contratos a los cuales podía afectar la alteración de circunstancias, según la cual "Contractus qui habent successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligentur". (Los contratos que tienen tracto sucesivo y dependencia del futuro, se entienden mientras que estén así las cosas, o sea, mientras que no haya alteraciones).

La responsabilidad que desencadena para la Administración el hecho del príncipe es de naturaleza objetiva, pero se liquida en el seno del contrato que es el que delimita el daño sufrido.

El hecho del príncipe es considerado de interés público, pero en contrapartida, para evitar el perjuicio causado, obliga a indemnizar al contratista lesionado.

Para que sea operante esta cláusula es necesario que durante la vigencia del contrato se produzcan alteraciones extraordinarias y anómalas de los precios pactados.

Es una cláusula sobreentendida, defendida como puntual necesario del restablecimiento de las equivalencias económicas.

(4) En esta exposición se ha seguido a Torán, Mario. *El contrato administrativo en el Derecho Francés*, en Rev. de Ciencias Jurídicas N° 26, 1975.

Tiene su base o fundamento, más que en la teoría del enriquecimiento sin causa de la Administración; en el empobrecimiento de la otra parte y en el principio de equidad.

La cláusula *rebus sic stantibus* implica una revisión limitada en razón de la previsibilidad.

SECCION B

La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión

"Es éste un medio suministrado por la ciencia jurídica mediante el cual el contratista particular puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado a fin de superar la situación crítica por que atraviesa, producida por circunstancias extraordinarias o anormales e imprevistas —pero temporales o transitorias— con posterioridad a la celebración del contrato con la Administración, que alteran la ecuación económico-financiera de éste, desequilibrándola en su perjuicio. Se sobreentiende que tales circunstancias deben ser ajenas a la voluntad de quien las invoca y que la superación de ellas tiene por objetivo cumplir o seguir cumpliendo el contrato (MARIENHOFF)⁽⁵⁾.

El riesgo imprevisible

En principio, en los contratos es riesgo imprevisible todo aquel que no se puede prever.

Trata de paliar los riesgos económicos no precalculados en el contrato, riesgos que son la única razón de existir de esta doctrina.

Siguiendo a Moreno Gil, conviene distinguir en:⁽⁶⁾

1.—*Riesgos funcionales*: que son los integrantes de la fuerza mayor y del caso fortuito.

Estamos en presencia del caso fortuito cuando se trata de riesgos internos a la actividad de la empresa y provenientes de fallos propios de ésta.

Por el contrato, se da la fuerza mayor cuando se ocasiona externamente, y para que sea considerada como tal debe reunir los siguientes tres requisitos: imprevisibilidad, inevitabilidad e irresistibilidad.

(5) Fernández Vázquez, Emilio, Op. cit., pág. 384.

(6) Moreno Gil Oscar: Op. cit.

2.—*Riesgos de inestabilidad monetaria*: han sido el objeto de la doctrina del riesgo imprevisible, con especial referencia a los contratos de prestación continuada.

La teoría del riesgo imprevisible considera que procede indemnizar al contratista, cuando éste experimente trastornos económicos graves, razonablemente imprevisibles.

En Derecho Administrativo surgió, por medio de la revisión de precios, el recurso técnico procedente para lograr restaurar el equilibrio financiero del contrato, en cuanto a las prestaciones, en el contrato de obras.

La teoría de la imprevisión se mantiene y combina, eventualmente, con la cláusula de revisión de precios.

SECCION C

La doctrina de la revisión de precios

Esta doctrina tiene su origen en la teoría del riesgo imprevisible, de la cual es una culminación, pero se sitúa en el extremo opuesto: el de la previsión; ya que justamente lo que hace es prever, de manera que, naciendo, pasó automáticamente a un terreno, no sólo distinto, sino opuesto al concepto de lo imprevisible, dando lugar, al agotamiento, en su campo de acción, a la doctrina que le dio luz.

Esta curiosidad, es lo que el autor español Moreno Gil llama "la paradoja de la revisión de precios"⁽⁷⁾.

La doctrina del riesgo imprevisible trata de disminuir los riesgos económicos no precalculados en el contrato; mientras que la de la revisión de precios, trata de prever el riesgo.

En el contrato de obras y servicios, la revisión de precios es una brecha al principio del riesgo y ventura del contratista. Veremos por qué.

Principio de riesgo y ventura

Para García de Enterría, el principio de riesgo y ventura es un principio básico de la contratación administrativa en virtud del cual "la onerosidad mayor o menor que la prevista, que al contratista cueste realizar la obra prometida, queda exclusivamente a su cargo, sin que pueda afectar a la economía contractual"⁽⁸⁾.

(7) Moreno Gil, Oscar. Op. cit., pág. 48.

(8) García de Enterría y Carande, Eduardo. *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*. En Revista de Administración Pública N° 2, 1950, págs. 83 a 108.

“Los riesgos no los sufre solo el contratista; los sufre o puede sufrir, en su caso, la Administración, pues viene a incidir en el contrato con el mismo riesgo y ventura por lo que hace a su propia prestación: la onerosidad en el cumplimiento de ésta (diferencia del valor monetario en el momento del pacto y el pago, disminución en el mercado del valor de las obras)”.

Lo que ocurre es que estamos acostumbrados al aumento incesante de los precios, pero y si fuera al revés, no sería la Administración la perjudicada, que ha contratado para una obra o servicio por un precio que luego ha bajado? Esto es verdad en teoría, pero en la práctica, debido a la inflación galopante y fatal —verdadera plaga de las sociedades modernas—, el riesgo quien lo corre es el contratista.

Se ha querido hacer al riesgo y ventura algo exorbitante, un privilegio inaudito de la Administración, y no hay tal cosa, pues lo encontramos en la vida empresarial privada constantemente⁽⁹⁾.

Por lo anterior, es que la revisión de precios es un quiebre al principio del riesgo y ventura del contratista.

Podríamos decir que en nuestro ordenamiento jurídico sobre contratación administrativa, este principio de riesgo y ventura está contemplado en el artículo 87 del Reglamento de la Contratación Administrativa, el cual exige un precio cierto, firme y definitivo; y el de la revisión de precios en el artículo 49, complementado por el 239, ambos del mismo Reglamento.

La revisión de precios es un mecanismo justo siempre y cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

- 1.—que lo solicite el contratista;
- 2.—que no haya demora en el cumplimiento de las obligaciones del contratista, pues si la hubiera no sería lógico pedir aumento de precio cuando de haber hecho la prestación en su momento no le hubiera afectado; y
- 3.—que el precio de los materiales o de los jornales haya aumentado por precepto dictado por el poder público y con carácter totalmente obligatorio.⁽¹⁰⁾

La legislación revisora implica para la Administración el reconocimiento de un derecho irrenunciable.

El empleo de la cláusula de revisión o de variación de precios se generalizó después de la decisión del Consejo de Estado Francés, en

(9) y (10) Balbín Pechuan, Vicente. *Los contratos municipales*. Ed. Civitas S. A.; 1ª edición, 1976.

1916, de adoptar la teoría de la imprevisión (Arret del “Gaz de Bordeaux”): “a los contratistas se les reconoció el derecho a recibir del Estado y de las colectividades públicas, en ausencia de cláusula contractual específica, una indemnización cuando sobrevinieren circunstancias, imprevisibles en el momento de la perfección del contrato, que alterarían la economía”. (Traducción personal, en lo conducente, de la Sentencia N° 34 de “Les grans arrets de la jurisprudence administrative”, de Long, Weil et Braibant. 8ª ed., 1984, págs. 129 a 136).

El término revisión se refiere a la inadecuación del precio.

La revisión de precios se da en un contrato perfecto y que desde su nacimiento tenía vocación de permanencia hasta su ejecución en todas sus cláusulas. Es decir, quienes contrataron no previeron que habría de experimentar variaciones, y por ello, no hicieron estipulaciones específicas de variación, pero en el plazo de ejecución de la prestación por el contratista surgieron alteraciones que, con base en la doctrina del riesgo imprevisible, hacen considerar a las partes la necesidad de revisar el contrato, esto es de enmendarle porque no se adecúa a la nueva e imprevisible situación. Si la situación se hubiera previsto no haría falta revisar lo que se previó.

La revisión llevará a la modificación o la extinción de la relación contractual, es por eso que la revisión de precios es una innovación objetiva del contrato.

Como ya sabemos, los requisitos que hacen posible las modificaciones son dos:

- 1.—que haya realmente algún cambio;
- 2.—que no impliquen la extinción de la obligación.

Y ambos requisitos se dan en la revisión de precios.

La cláusula de revisión de precios tiene una función estabilizadora. Cuando la cláusula de revisión opera, el contrato continúa en las mismas condiciones que antes. El contrato ni siquiera ha variado respecto de los precios, que siguen siendo idénticos.

Lo que ha aumentado, aunque eventualmente podría disminuir (cambio) es el valor de la parte de prestación cumplida, lo que se manifiesta en el addendum respectivo que se debe hacer al contrato original.

En definitiva, las adiciones producidas por revisión son meros ajustes de precios, que pueden realizarse de una sola vez, al final, o en sucesivas ocasiones, según el contrato va siendo cumplido por el contratista.

En cada contrato puede haber unos ajustes parciales, que siempre serán previos, y un ajuste final o definitivo.

Umbral de la revisión

Umbral por su etimología significa expectativa.

Debe tenerse identificado con la zona enmarcada con toda clase de límites cuyo desbordamiento condiciona el nacimiento del derecho revisor.

La variación económica constituye el mínimo elemento del presupuesto de hecho para que se dé la revisión de precios.

CAPITULO SEGUNDO

La revisión de precios en la contratación administrativa costarricense

SECCION A

Norma aplicable

En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos las siguientes disposiciones sobre revisión de precios:

1.—*Ley de la Administración Financiera de la República*, N° 1279 de 2 de mayo de 1951.

Esta Ley (LAF), en su artículo 113 establece:

Artículo 113.—La Administración asumirá, a gestión del contratante, un porcentaje del daño emergente, que éste sufra, cuando el contrato, pendiente o en curso de ejecución, no suspendido, se viere severamente afectado por medidas de la propia administración contratante, generales o de orden económico, que de modo directo incidan en la economía del contrato. La Contraloría General deberá autorizar el pago conforme a los principios anteriores y al reglamento respectivo.

2.—*Reglamento de la Contratación Administrativa*. D.E. N° 7576-H de 26 de octubre de 1977.

Este Reglamento (RCA), viene a desarrollar los artículos 92 a 114 de la LAF. Por ser tan amplio, debería convertirse en una Ley de Contratación Administrativa, que tanta falta hace en nuestro país.

a) *Artículo 87.*—Los precios que contenga la oferta deben ser firmes y definitivos e invariables, sin sujeción a condición alguna no autorizada por el cartel. Sin embargo, resulta admisible el establecimiento de descuentos, respecto a los precios unitarios cotizados, en razón del número progresivo de unidades o de renglones que se llegaren a adjudicar, dentro de los límites del pliego; así como fórmulas precisas de revisión de precios, conforme a lo dispuesto por el artículo 49.

b) *Artículo 49.*—Podrá el cartel autorizar ofertas con cláusula de reajuste, con sujeción a una fórmula matemática determinada, a base de factores económicos, a fin de reconocer diferencias de precios que excedan el 5% de lo cotizado, respecto a contratos de servicio, de suministros y de arrendamiento no referido a edificios.

c) *Artículo 239.*—Cuando el contrato, pendiente de iniciarse o en curso de ejecución, mas no interrumpido ni suspendido, se vea severamente afectado por medidas de la propia Administración contratante, generales o de orden económico que inciden directamente en la economía del mismo, aquélla asumirá el 100% del daño emergente y hasta el 50% de utilidad prevista.

Igual conducta se seguirá respecto al impacto de la economía del contrato de fenómenos económicos u otros, imprevisibles que trastornen seriamente los presupuestos financieros del negocio bajo las condiciones dichas. A tales efectos las cotizaciones originalmente presentadas deberán contener el desglose de los rubros correspondientes, incluyendo la utilidad estimada.

Los convenios respectivos requieren aprobación de la Contraloría General y estarán precedidos de estudios económicos sólidos, realizados por economistas o contadores públicos incorporados al respectivo colegio. Mas de existir incumplimientos legales, negligencia u otras irregularidades que ilegitimen al contratista para tal beneficio, la Administración denegará el reconocimiento de los reajustes que se pretendan”.

3.—*Leyes 5501 y 5518?* Ambas del 7 de mayo de 1974, reglamentadas por el D.E. N° 4428-MEIC de 14 de diciembre de 1974.

Estas leyes tienen por objeto liberar al contratista de la influencia de los aumentos en el costo de los materiales, equipo y mano de obra; y proteger al Estado y a sus Instituciones de un alza desproporcionada en el costo de las obras.

De ellas y de su Reglamento, tenemos conceptos como los siguientes:

a) *Empresa constructora nacional*: es aquella que reúna conjuntamente los siguientes requisitos:

a—no menos del 70% del capital de la empresa constructora debe pertenecer a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores si las tuviere; y

b—un período no menor de dos años de haberse establecido como empresa constructora o inscrito en el Registro Público.

El contrato debe ser registrado en la Cámara Costarricense de la Construcción o en la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, según sea el caso, debiendo pagar el contratista interesado a la Cámara respectiva un derecho de inscripción equivalente al uno por mil del valor del contrato; suma que se destinará a medias para que las propias Cámaras elaboren los índices de precios y a financiar al MEIC para que este Ministerio haga lo propio. Pero ya sabemos que por indolencia administrativa, el Ministerio encargado de esa labor, espera a que la Cámara prepare sus índices y con fundamento en ese índice confeccionado por los interesados, es que la Administración reconoce los ajustes de precios.

b) *Reajuste de precios*: es la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos predominantes siempre y cuando se registre un aumento superior al 3% en un renglón de pago.

c) *Renglón de pagos*: unidad de trabajo específicamente descrita, para la cual se fija un precio en el contrato.

ch) *Índice de Precios*: es un número o índice específico que indica la variación periódica del precio de los elementos que determinan el costo de la obra. Para cada tipo de obra habrá índices especiales.

d) *Pago*: es la compensación económica del valor correspondiente a cada medida, avalúo o etapa definida de la obra ejecutada.

Además, el artículo 4 de la Ley 5501 contempla la posibilidad de que aquellas empresas que no reúnan los requisitos establecidos para ser reputada empresa constructora nacional, podrán acogerse a las disposiciones de la presente ley, cuando de previo a la presentación de las ofertas respectivas en la licitación de que se trate el Estado y sus instituciones hayan determinado la no existencia en el país de empresas constructoras nacionales con capacidad suficiente para ejecutar dichas obras. Lo anterior, previa consulta al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, la Cámara Costarricense de la Construcción y la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes.

4.—*Circular de la Contraloría General de la República*, del 3 de noviembre de 1982, publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre de 1982.

Esta Circular desarrolla la doctrina del artículo 49 del Reglamento de la Contratación Administrativa sobre revisión de precios.

SECCION B

Exposición práctica de la revisión de precios

Reajuste de precios

El Reglamento de la Contratación Administrativa contempla dos caminos por los cuales se puede incrementar el precio de un contrato celebrado con la Administración Pública. Estos son los dispuestos por los artículos 49 y 239 ya citados literalmente supra.

Reajuste del artículo 49 RCA

Permite introducir una cláusula de reajuste, con sujeción a una fórmula matemática, para reconocer la diferencia en el precio que exceda del 5% del monto cotizado (este sería el umbral de la revisión en nuestro medio).

El Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República emitió una Circular sobre la aplicación de este artículo, el 3 de noviembre de 1982, publicada en La Gaceta Nc 232 del 2 de diciembre de ese año, la cual incluye una fórmula matemática tipo de variación de precios, a manera de ejemplo, sin perjuicio de que para cada caso, se elabore una fórmula diferente, a satisfacción de la Administración.

La cláusula debe ser autorizada por el cartel, o bien incluida en la oferta, aunque el cartel sea omiso en este sentido, y si la Administración la acepta y si ninguno de los demás oferentes la impugna por vía de recurso, puede adoptarse. Incluso, también puede adoptarse estando en ejecución el contrato, por convenio de las partes, con vigencia hacia el futuro.

Esta cláusula puede invocarse cuántas veces sea necesario durante la vigencia del contrato, según las situaciones de encarecimiento de costos que presenten, siempre y cuando ese encarecimiento exceda la primera vez del 5% del monto original del contrato, o del 5% del último reajuste concedido.

Se permite una revisión que cubra el 100% de las diferencias de precios, con efecto retroactivo a la fecha en que el contratista presente su reclamo debidamente justificado.

Si la cláusula de reajuste está contemplada en el cartel, debe establecerse el tiempo que empleará la Administración para el estudio y aprobación de la gestión debidamente formulada; y si no lo dijere, se estimará como razonable el plazo de un mes.

El oferente debe incluir en su oferta una fórmula matemática mediante la cual se puede efectuar la revisión del precio fácilmente, con el desglose de los elementos que componen el precio.

Los componentes del precio varían según el tipo de contrato celebrado: de servicio, de suministro o de arrendamiento.

La fórmula matemática debe setar fundamentada en los índices de precios, aunque no necesariamente deben ser los índices oficiales, sea del Ministerio de Industria y Comercio, sino que también se pueden usar los de la Cámara de la Construcción y de la Cámara de Constructores de Puentes y Carreteras, o de otro ente; incluso los elaborados por el propio contratista; cuando cuenten con un estudio serio que los respalde, y el aval de un contador público debidamente incorporado a su Colegio; porque si se hubiere querido que solo se usaran los índices oficiales, la misma Circular hubiera hecho esa advertencia, pero dejó la posibilidad de emplear otros, siempre que sean los vinculados con el objeto del contrato.

Una vez que la Administración acepte el reclamo sometido a su consideración, deberá suscribir un addendum al contrato original, y enviarlo para refrendo al Departamento Legal de la Contraloría, sin intervención alguna del Departamento de Licitaciones, a partir de dicha Circular.

Supuesto del artículo 239 del RCA

Contiene conceptos diferentes al de la "revisión de precios", pues se aplica únicamente para satisfacer un lucro cesante o un daño emergente, provocados por medidas tomadas por la propia Administración, en uso de su potestad de imperio; pudiéndose reconocer hasta un 100% del daño causado y un 500% de la utilidad prevista, según reforma introducida por el D.E. N° 13019-H del 2 de octubre de 1981, publicado en La Gaceta N° 202 de ese mismo mes y año. (Antes por daño emergente se reconocía el 80% únicamente).

Conviene recordar los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que son diferentes.

Por *daño emergente* se entiende la pérdida de la cosa, o deterioro que sufra la cosa en sí misma considerada. A este concepto

es al que hace mención el artículo 113 de LAF expresamente; pero de la redacción del mismo artículo, se desprende que también se incluyen los principios de la revisión de precios y del hecho del príncipe.

En cambio, *lucro cesante* es la pérdida de la utilidad que produce la cosa. Por este concepto, se reconoce hasta el 50%, pero a partir de que se haya consumido ya el 50% de la utilidad prevista por el contratista.

También es responsabilidad de la Administración el verificar que el reclamo esté precedido por un estudio económico serio, realizado por economistas o contadores públicos, que demuestre las pérdidas sufridas por el contratista; y si lo acepta, debe suscribirse un addendum al contrato original, y enviarlo para el trámite de refrendo al Departamento Legal de la Contraloría General.

Este artículo se puede aplicar en un contrato pendiente de iniciación o en vías de ejecución, pero que no esté interrumpido ni suspendido.

SECCION C

Jurisprudencia administrativa

Los diferentes pronunciamientos aquí aportados, son dados por la Contraloría General de la República, tanto del Departamento de Licitaciones como del Departamento Legal. Fueron tomados del copiador personal de la autora del presente trabajo.

1.—Revisión de precios

Resolución N° 80-84 de 14 horas del 12 de junio de 1984, del Depto. de Licitaciones de la Contraloría General. Recurso de apelación de Leogar S. A. contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 1-83 de la Universidad Nacional, adjudicada a Macal S. A.

En lo que nos interesa, esta resolución dijo:

"...III.—Para el análisis de este argumento, el Reglamento de la Contratación Administrativa, contempla como una facultad de la Administración, la introducción de una cláusula de reajuste de precios, según la doctrina del artículo 49 del mismo, desarrollada por nuestra Circular del 3 de noviembre, publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre, ambas fechas de 1982, y con sujeción a la fórmula matemática ahí dada, cuando se trate de nua revisión de precios. Y en el caso en estudio, por el contrario, la UNA negó toda posibilidad de revisión de precios (hecho probado 11-a), y exigió que fueran firmes, definitivos, y no sujetos a revisión, aún durante la ejecución del

contrato. Además, la cláusula de reajuste debe ser autorizada por el cartel, o bien incluida en la oferta cuando no esté autorizada si la Administración la acepta y si ninguno de los demás participantes la impugna por vía de recursos; y aquí, el cartel expresamente la prohibió, aunque la UNA contraviniendo sus propias decisiones, la aceptara al contestar la audiencia final, alegando que es un derecho del contratista la posibilidad de revisión de precios. Y esta, precisamente fue la finalidad perseguida por Perfiles Ranurados S. A., al decir que sus precios "aunque firmes y definitivos, los hemos concretado en base al costo actual de las materias primas, por lo que solicitamos que cualquier aumento en los costos motivados por causas ajenas a nuestra voluntad, nos sea estudiado el acuerdo estipulado en la reforma del artículo 239 RECA, del 22 de octubre de 1981. Por lo tanto, en caso de aumento en las materias primas antes o durante la realización del contrato, nuestra oferta sería objeto de revisión y como es natural sufrirá el aumento proporcional que nuestros costos demanden". (Hecho probado 7-a). Y decimos que la observación de Perfiles Ranurados está encaminada a la revisión de precios contemplada por el artículo 49 del RCA por el sentido de su nota y por el Principio General de Derecho "Iura Novit Curia" (El Juez conoce el Derecho), a pesar de haber dado una vigencia de noventa días hábiles, como lo estipuló el cartel, y estimamos conveniente aclarar que el artículo 239 del mismo Reglamento contiene conceptos absolutamente diferentes del de "revisión de precios" pues es aplicable únicamente para satisfacer un lucro cesante o un daño emergente, provocados por medidas tomadas por la propia Administración, que es lo que en doctrina se conoce como "Hecho del Príncipe" (Teoría del "Fait du Prince"), pudiéndose reconocer hasta un 100% del daño causado, según reforma introducida por el D.E. N° 13019-H del 2 de octubre de 1981, publicado en La Gaceta N° 202 de ese mismo mes y año. En consecuencia, lleva razón la recurrente en su alegato sobre este extremo, pues la adjudicataria se apartó evidentemente de las bases interpuestas por la Administración en el cartel lo que obliga necesariamente a dictar la anulación del acto de adjudicación recaído en su favor, no obstante este grave vicio que la invalidaba...".

2.—Teoría de la imprevisión

Oficio N° 909 de 27 de enero de 1981 del Departamento de Licitaciones.

"...se ha discutido y se sigue discutiendo en doctrina sobre la vigencia de la teoría de la imprevisión respecto a contratos que implican una sola prestación, a diferencia de aquéllos sobre prestaciones sucesivas o diferidas, en que sin discusión se acepta su aplicación, según los supuestos que a la identifican. Este Despacho estima, en cuanto a tal extremo, que si la equidad es la que debe orientar todo tipo de

soluciones relacionadas con los problemas sobrevinientes en la ejecución del contrato administrativo, no existe razón alguna para excluir de la aplicación de una u otra teoría determinado tipo de contratación, si en la misma ocurren los supuestos necesarios para configurarlas".

3.—Reajuste de precios para empresas constructoras extranjeras

Oficio N° 81-CO-83 del 22 de febrero de 1983. Con este oficio el señor Contralor abrió las puertas del sistema de revisión de precios, al decir:

"...Si hasta lo aquí dicho agregamos dos aspectos esenciales, la garantía constitucional que pone en pie de igualdad a los extranjeros y a los costarricenses y a las previsiones de la Ley General de la Administración Pública (artículos 11, 12 y 13 en relación con el resto de las disposiciones del título primero) que exigen que a los casos concretos que existen se les aplique para su solución el ordenamiento administrativo —escrito o no escrito—, no cabe duda de que en las condiciones en que la propia administración formuló el concurso donde tenía una exigencia como es el compromiso con el Banco que financió parcialmente el proyecto, de dar igual trato a todos los concursantes, independientemente de su nacionalidad, no podía válidamente desoctrar la aplicación del sistema de "reajuste de precios" porque, aunque originalmente dichas normas no hubieren sido de aplicación genérica (5501 y 5518), la legislación posterior incorporó solución a esas situaciones, al emitir el Reglamento de la Contratación Administrativa, que la propia Ley de la Administración Financiera le reconoce rango de ley, la solución al referido problema al dictar el artículo 49, es indudable que por esa vía se puede actualmente introducir en el contrato público todo el sistema de ajustes de precios o procedimiento de reajuste que contienen aquellas leyes y su reglamento, sin que con ello se incurra en infracción del ordenamiento y sin que se violente el principio de legalidad que rige la conducta de la administración y que a la luz de los artículos 14, 13 y 12 de la Ley General de la Administración Pública no dudamos se ha cumplido en este caso.

Por lo expresado, no hemos encontrado base para denegar el refrendo al contrato que esa Cámara cuestiona".

4.—Precios oficiales y fórmula matemática para reajuste de precios

Oficio N° 9926 DLIC-1883-84) de octubre de 1984 del Departamento de Licitaciones.

"Por consiguiente, la implementación de la fórmula matemática que permite el artículo 49 del RCA resulta innecesaria en tales ca-

tos, salvo que el límite máximo a reajustar coincida con el máximo del precio oficial.

Finalmente hemos de advertir que si no se pactó sobre la base de una fórmula matemática, sino solamente con la aplicación de un descuento respecto de los precios oficiales, en la medida en que se produzcan variaciones de dichos precios oficiales, éstas pueden reconocerse pero manteniendo el porcentaje de descuento previsto en el contrato inicial".

5.—*Rajuste de precios. Precio modal y promedio*

Oficio N° 11557 (DLIC-2137-84) de 19 de noviembre de 1984, del Departamento de Licitaciones.

"...vista la especial naturaleza del objeto de esa licitación y habiendo previsto el cartel la cláusula de reajuste, este Despacho no tiene objeción para autorizar el procedimiento sometido a nuestro conocimiento por considerar que el mismo tiene cabida dentro de esa cláusula. No obstante, si debemos advertir, que el mecanismo de "precio modal" que se pretende utilizar, debe ser sustituido por el de "precio promedio" concepto, en nuestro criterio, más equitativo, además de que éste deberá ceder cuando exista fijación oficial de precios, la cual es de acatamiento obligatorio. En lo que al transporte se refiere se deberá proceder con estricto ajuste a los términos del cartel y de la oferta adjudicada, de tal forma que si se previó la revisión de su costo con base en una fórmula matemática, tal revisión no será posible si no es con observancia de lo dispuesto en nuestra circular publicada en La Gaceta N° 232 del 2 de diciembre de 1982".

6.—*Reajuste de precios. Renglón de imprevistos. Costo a cargo del contratista*

Oficio N° 13293 (DLIC-2214-85) del 18 de diciembre de 1985, del Departamento de Licitaciones:

"...el aumento en el gasto de materiales empleados por la mencionada compañía, no puede conceptuarse como un imprevisto, sino como un riesgo que debe asumir el contratista, derivado de una mala planificación de la obra a ejecutar. Por otra parte, advertimos que, si bien la labor efectuada por la empresa adjudicataria de este concurso, en la especie puede conceptuarse como un contrato de obra pública, definido por la doctrina administrativa como aquel mediante el cual "el cocontratante construye, demuele, conserva o prepara una obra pública mediante un precio que debe pagar el Estado (el subrayado no es del original. Véase DROMI, Instituciones de Derecho Administrativo, Vol. IIIQB, p. 507 y ss), no puede decirse que el mismo sea un contrato

de "construcción" de obra, por lo que al ser específicas para este último tipo de contrato las disposiciones de las leyes 5501 y 5518, concluye este Despacho que los reajustes pagados a la citada compañía amparados a estas leyes, son irregulares, por lo que corresponde a esa Institución gestionar el reintegro de los mismos".

7.—*Reajuste de precios*

Oficio N° 11577 (DLIC-1842-86) de 23 de octubre de 1986 del Departamento de Licitaciones.

"...en aquellos contratos de objeto continuo, sucesivo o periódico y en general, todos aquellos cuya ejecución no se agote en un solo tracto, para lograr mantener su ecuación financiera, nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto dos excepciones a la regla de comentario, que son las contempladas por los artículos 49 (reajuste de precios) y 239 (daño emergente) del supra citado cuerpo reglamentario, por cuya virtud pretende resolverse, en términos de justicia, el desequilibrio provocado por los fenómenos surgidos por motivos de la Administración o de índole económica, que tienen incidencia directa en la economía del contrato. Cada uno de estos institutos requiere, para su admisibilidad, la concurrencia de una serie de requisitos y condiciones que deben quedar fehacientemente demostrados de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

Ahora bien, en punto al reajuste de precios propiamente tal, el artículo 49m dicho, cuya vigencia data desde el 26 de diciembre de 1977, establece la posibilidad de que en el pliego de condiciones se autorice a los oferentes para que incluyan en sus plicas, cláusulas de reajuste...

Finalmente, si el Tribunal Supremo de Elecciones considera que el contenido de la circular de referencia es inaplicable para el presente asunto, criterio que este Despacho no comparte en razón de que, como ha quedado expuesto, estimamos que los efectos de la misma se extienden aún a aquellos contratos que surgieron a la vida jurídica antes de su publicación, pues lo que nos interesa es mantener el equilibrio financiero de la relación y así asegurarse la satisfactoria ejecución del contrato, visto el interés público que está de por medio, u no existiendo ningún otro medio autorizado por nuestro ordenamiento jurídico para incrementar el precio de este tipo de contratos que nos permita acceder, en este caso, a la solicitud planteada, mantenemos nuestro anterior criterio. Todo sin perjuicio, de que si se dan los supuestos u requisitos previstos en el artículo 239 del Reglamento supra citado, Clima Ideal pueda gestionar el reconocimiento del daño emergente que se le haya causado, hasta el momento en que, si así lo acepta ese Tribunal, se incluya la fórmula matemática y se haga efectiva su aplicación".

8.—Daño emergente

Oficio N° 1391-L-82 del 26 de mayo de 1982, del Departamento Legal.

"...lo que la norma que se cuestiona autoriza es el reconocimiento del daño emergente que afecte el equilibrio financiero o económico del contrato, así como parte del lucro cesante; en manera alguna esa norma o cualesquiera otra del reglamento de contratación o de la ley, autorizan la revisión de precios; por el contrario, el artículo 87 del referido reglamento, en su filosofía, informa que los precios son irrevisibles en el plazo de ejecución del contrato, con las salvedades que en dicha norma se establecen, en relación con el artículo 49 del mismo reglamento. Precisamente para mantener la ecuación financiera del contrato y partiendo de un aspecto de justicia, de equidad, el artículo 113 de la ley y 239 del reglamento, recogen teorías desarrolladas en otros países, que fueron formuladas para resolver con justicia, —ya que en las contrataciones públicas universalmente se ha reconocido que los precios son invariables y definitivos—, problemas que en tales teorías definieron como sucesos que afectan la economía del contrato, en virtud de "hechos del príncipe" o de la "teoría de la imprevisión". Ahora bien, planteado el asunto así, y conscientes de que la situación anormal que vive el país indudablemente ha puesto a los cocontratantes de la administración pública en estado casi ruinoso, ya que tal situación ha afectado seriamente la ecuación financiera de todos los contratos elaborados por dicha administración, el legislador, muy sabiamente estableció en nuestro ordenamiento aquellas teorías en el artículo 113 de la ley, más al hablar de un porcentaje no señaló quantum del mismo, que es hasta dónde puede la administración activa llegar. En otras palabras, según la naturaleza del contrato la administración podrá negociar con el cocontratante en relación con el reconocimiento del daño emergente que afecte el contrato, incluso, en la negociación puede llegar a excluir el pago del lucro cesante".

9.—Daño emergente

Oficio N° 1346-L-82 (4959) del 24 de mayo de 1982, del Departamento Legal.

"Lo que la legislación autoriza es el cobro del daño emergente, el cual se determina tomando del precio cotizado los diversos elementos que lo integran, entre los cuales debe incluirse la utilidad. Si esos elementos han variado en el curso de la ejecución del contrato, hay que probar la variante ocurrida de forma que el daño será la diferencia que haya entre el costo, del elemento original y su variante. Determinado el daño emergente se entra a considerar, caso de

que la administración lo acepte; el reconocimiento del lucro cesante del que solo se está autorizando a compensar la mitad!".

Ver en igual sentido Oficio N° 1210-L-82 del 13 de mayo de 1982.

CONCLUSIONES

De la teoría y de la práctica administrativas expuestas, podemos desprender las siguientes conclusiones:

1.—El precio justo es el precio real en dinero que los bienes y servicios van teniendo periódicamente en un mercado de libre competencia. A través del sistema de revisión de precios se pretende llegar a la consecución de éste.

2.—Aceptado este sistema —el de revisión del precio— vemos que no es tal el principio de intangibilidad del precio, establecido en el artículo 87 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

3.—Las teorías para revisar el precio son la del hecho del príncipe y la de la imprevisión.

4.—El hecho del príncipe surge por las medidas dictadas por la Administración Pública en ejercicio de su potestad de imperio, y de él se desprende un derecho indemnizatorio para el contratista.

5.—La teoría de la imprevisión se fundamenta en la cláusula rebus sic stantibus (mientras no sufra alteración lo pactado), y también da lugar a una indemnización para el cocontratante de la Administración.

6.—La revisión de precios es un mecanismo que surgió para mantener el equilibrio financiero del contrato.

BIBLIOGRAFIA

- Balbín Pechuan, Vicente. *Los contratos municipales*. Ed. Civitas, Madrid, 1ª edición, 1976.
- Fernández Vázquez, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.
- García de Enterría y Carande, Eduardo. *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*. En Revista de Administración Pública, N° 2, Madrid, 1950, págs. 38 a 108.
- Moreno Gil, Oscar. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. Ed. Civitas S. A., Madrid, 1ª edición, 1908.

—oOo—

Leyes

Ley de la Administración Financiera de la República.

Reglamento de la Contratación Administrativa.

Leyes 5501 y 5518, del 7 de mayo de 1974.

D.E. N° 4428-MEIC, del 14 de diciembre de 1974.

Pronunciamientos de la Contraloría General de la República.

Circular de la Contraloría General de la República, de 3 de noviembre de 1982.

DE DERECHO

LA CONSTITUCION POLITICA DE 1871:
UN REGIMEN PRESIDENCIALISTA

Dr. Orlando Salazar Mora

Profesor de la Universidad de Costa Rica

Introducción

Antes de examinar las características esenciales de la Constitución de 1871 es importante destacar la influencia del pensamiento individualista y liberal del S. XVIII sobre los constituyentes de 1871. Para constatar esta influencia, es suficiente observar que está precedida de de una larga declaración de derechos o garantías individuales, inspirada en la Declaración Francesa de Desechos del Hombre y de la Constitución de los Estados Unidos.

Esta Carta Fundamental fue aprobada por una asamblea nombrada después del golpe militar del 27 de abril de 1870. La Constitución fue una tentativa del general Tomás Guardia, jefe del golpe de Estado, de respetar las libertades fundamentales y de legitimar su poder. El origen de esta Constitución puede explicar también la forma presidencialista del gobierno costarricense a partir de 1871. En realidad, en un período de crisis y de transición, como el que vivía el país en esos momentos, los constituyentes consideraron indispensable dotar al Poder Ejecutivo de la autoridad necesaria para hacer frente a situaciones difíciles. Ellos tomaron al Constitución Norteamericana como modelo y transpusieron sus instituciones constitucionales sin tomar en cuenta las grandes diferencias entre estas dos sociedades. La consecuencia fue la imposibilidad de poner en funcionamiento la democracia liberal en una sociedad que no estaba todavía madura para aplicar las reglas del modelo democrático.

A decir verdad, los miembros de la constituyente se inspiraron en el régimen presidencial norteamericano, pero como esta modalidad no convenía a nuestra realidad política, ellos supieron adaptarla a nuestras necesidades creando un régimen presidencialista.

En las páginas que siguen intentaremos explicar esta deformación o quizá esta adaptación del régimen presidencial clásico a nuestra realidad política.

Durante el gobierno autoritario del general Guardia (1870-1882), las instituciones presidenciales eran en realidad un verdadero camuflaje de una simple dictadura. Después de la muerte de Guardia, sus sucesores inspirados en las doctrinas liberales intentaron poner en vigencia un modelo democrático. Sin embargo, ellos fueron apartados del poder a causa de una inverosímil alianza entre un grupo liberal de oposición y la Iglesia, y el país conoció de nuevo un período (1890-1902) de gobiernos autoritarios. Una coalición electoral entre el gobierno y los liberales moderados, permitió a éstos retomar las riendas del poder en 1902 manteniéndose en él hasta 1914.

El retorno de la élite liberal al poder en 1902 se acompaña de una nueva tentativa de poner en funcionamiento las instituciones democráticas constitucionales. Pero si bien los miembros de esta élite respetaron por regla general el orden constitucional y sobre todo las libertades públicas, ellos continuaron con ciertas prácticas poco democráticas como la manipulación de los procesos electorales.

Vamos a examinar la Constitución en sí misma, tal como está inscrita en la ley de 1871, pero también tal como fue practicada por los políticos de la época. El análisis formal nos permitirá conocer la forma de gobierno y la organización del sistema política, mientras que el estudio del funcionamiento del gobierno nos permitirá observar el carácter real del sistema.

1.—Las Garantías Constitucionales

Siguiendo el modelo francés y norteamericano, la Constitución enuncia una serie de derechos individuales que el gobierno se compromete a respetar. Eran los derechos individuales lo que en realidad preocupaba a los miembros de la asamblea de 1871. En efecto, ellos consagran sobre todo el derecho a la propiedad, las libertades de la persona física, la libertad de pensamiento y de expresión. Afirmar el principio de igualdad ante la ley, la libertad de palabra y de imprenta, la libertad de conciencia y de propaganda religiosa, la libertad de la persona y la protección de sus bienes.

La Constitución establece que todos los habitantes de la nación pueden trasladarse a cualquier punto de la República o fuera de ella y volver cuando les convenga, de publicar sus ideas por medio de la imprenta sin previa censura, de usar y de disponer de su propiedad, de profesar libremente su culto, de enseñar y de instruirse. La Constitución precisa las garantías contra el arresto arbitrario, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y la no retroactividad de la ley. En resumen, se nota la gran preocupación por garantizar la libertad de la persona y el libre gozo de sus bienes legítimamente adquiridos, según el discurso jurídico de la época.

Para hacer respetar las libertades individuales, la Constitución asegura la independencia del Poder Judicial y da a todos los ciudadanos el derecho de "Hábeas Corpus". Según Lambert este es un punto esencial pues

"el valor de las garantías acordadas depende antes que nada de la naturaleza de los recursos judiciales abiertos a los beneficiarios, y de la independencia de los magistrados delante los cuales ellos pueden ser llevados"⁽¹⁾.

(1) Lambert, Jaques. *Amérique Latine, Structures Sociales et Institutions Politiques, Politiques*, París, 1968, p. 368.

El recurso de "Hábeas Corpus" ofrecía una protección importante contra la coacción física y sobre todo contra la prisión arbitraria, así como también contra la violación de las diferentes libertades individuales.

2.—Un Régimen Presidencialista

La Constitución define el gobierno como democrático, representativo, alternativo, responsable y ejercido por tres poderes diferentes e independientes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Si bien la Constitución establece la separación y la igualdad de poderes, en la práctica se observa la ruptura del equilibrio de poderes en beneficio del Presidente de la República. En efecto, el equilibrio no está realmente asegurado y el Ejecutivo logra mantener una verdadera preponderancia. Hegemonía presidencial que permite al Poder Ejecutivo escapar a la vigilancia del Congreso.

Ya señalamos que los constituyentes de 1871 tomaron como modelo el régimen presidencial clásico, sin embargo el funcionamiento de este régimen en nuestro país estaba muy lejos de la pureza de sus principios, por lo cual hablamos de un régimen presidencial deformado o simplemente de presidencialismo.

Duverger afirma que el presidencialismo constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, debido al debilitamiento de los poderes del Congreso y a la hipertrofia de los poderes del Presidente de la República⁽²⁾. Compartimos este criterio y sostenemos también que los rasgos esenciales del régimen presidencialista son la hegemonía del Presidente y el debilitamiento del Congreso.

2.1.—Hegemonía del Presidente de la República

El Poder Ejecutivo era ejercido por el Presidente de la República en su condición de jefe de la Nación. Para poder ser elegido Presidente la Constitución exigía ser costarricense por nacimiento, del estado seglar, haber cumplido la edad de treinta años, ser ciudadano en ejercicio, saber leer y escribir y ser propietario de cantidad que no baje de 500 pesos, o tener una renta anual de doscientos. La duración del mandato presidencial se fijaba en cuatro años y el Presidente no podía ser reelecto sin que hubiese transcurrido otro período igual después de su separación del mando. Sin embargo en 1897 el Presidente Iglesias se aprovechó de la facilidad de modificar la Constitución por el Congreso, para utilizar su influencia sobre éste con el fin de suspender la cláusula de no reelección en su favor.

(2) Duverger, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, París, 1968, p. 368.

En lo que concierne al reemplazo del Presidente, la Constitución adopta el procedimiento del Designado. En efecto, la ley confía al Congreso la obligación de nombrar en su primera sesión tres personas, con la denominación de 1º, 2º, y 3º, para ejercer el Poder Ejecutivo en las faltas temporales o absolutas del Presidente. El Presidente era a la vez, el Jefe del Estado y el Jefe del Gobierno. Dirigía la política del país y ejercía efectivamente sus poderes pues los Secretarios de Estado eran simples consejeros. Era competente para nombrar y revocar libremente los Secretarios de Estado y todos los funcionarios públicos. Disponía de las finanzas públicas, convocaba al Congreso o sesiones ordinarias y extraordinarias, nombraba los gobernadores, decretaba la suspensión de las garantías constitucionales durante los recesos del Congreso, dirigía los asuntos diplomáticos y disponía de la fuerza armada para la defensa y seguridad de la República y para mantener el orden y la tranquilidad de ella.

El Presidente era responsable por los abusos que cometiera en su conducta oficial cuando tendieran a impedir las elecciones populares o coartar la libertad electoral, cuando tuvieran por objeto impedir que el Congreso se reúna o continúe sus sesiones o cuando impidiera que los Tribunales conozcan de los negocios que son de su competencia, o se coarte la libertad con que deban juzgar. Sin embargo todos estos contrapesos previstos no fueron suficientes para asegurar un equilibrio entre los diferentes poderes, y ellos no fueron en realidad ni dependientes ni iguales.

En síntesis, la Constitución fortaleció el Poder Ejecutivo de manera acentuada y dio al Presidente un rol preponderante en la estructura estatal: un sólo órgano, el Poder Ejecutivo, y un solo hombre, el Presidente de la República, concretaron un poder excesivo. La Constitución le dio las atribuciones necesarias para dirigir toda la función administrativa. Estaba asistido por seis Secretarios de Estado que eran nombrados y podía ser revocados libremente por él. La reunión del Presidente y sus Secretarios constituía el Consejo de Gobierno encargado de conocer únicamente los asuntos propuestos por el mismo Jefe de Estado. A decir verdad, los Secretarios de Estado eran funcionarios completamente dependientes del Presidente, pues él conducía todos los asuntos públicos y las decisiones eran de su exclusiva incumbencia. En la organización de su gabinete el Presidente gozaba de completa libertad, pues el nombramiento de sus colaboradores no estaba sometido a la aprobación de los otros poderes.

Si bien es cierto que la ley establecía la formalidad de firmar por cada Secretario los acuerdos, resoluciones y órdenes del Presidente de la República, sin cuyo requisito no serían válidos, esta formalidad no reducía la libertad de acción de este funcionario, porque él podía revocar libremente los miembros de su gabinete.

Por otra parte el Presidente tenía la atribución de nombrar y destituir todos los funcionarios públicos. Este derecho confería una in-

fluencia desmesurada al Presidente que la empleó como una arma política, sobre todo en los períodos electorales. Esta atribución subordinada la nominación de todos los funcionarios a su decisión personal y provocaba numerosos abusos, porque el aspecto técnico de selección no contaba para nada. Se utilizaban otros criterios como el padrinazgo político, el cumplimiento de promesas electorales y la concesión de empleos públicos a los más incondicionales y serviciales. En efecto, sin la existencia de un reglamento de la función pública, el Presidente distribuía libremente los empleos a la clientela electoral de sus amigos. Este sistema era un factor muy importante en las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, pues la distribución de los puestos públicos a título de favor para los políticos que le eran fieles, le permitía más fácilmente hacer aceptar sus deseos por el Congreso.

La importante función del sufragio era también controlada por el Poder Ejecutivo. Todo el proceso electoral estaba dirigido efectivamente por el Secretario de Gobernación y Policía. Todas las asambleas electorales encargadas de organizar el proceso electoral eran nombradas directa o indirectamente por el propio Presidente. Así tenemos que las asambleas provinciales eran presididas por los gobernadores, las cantonales por el jefe político; es decir que eran controladas por funcionarios nombrados directamente por el Presidente. Por esta razón las elecciones presidenciales, al igual que las legislativas y municipales, se hacían bajo la presión del gobierno. Esto explica también la preponderancia del Presidente al controlar el Congreso y las municipalidades.

Otra causa importante de la hegemonía presidencial rea la constante intervención del Poder Ejecutivo en el proceso legislativo. En efecto, a pesar de la separación de poderes la Constitución permitía al Presidente intervenir activamente en la elaboración de las leyes, e incluso elaborarlas sin la participación del Congreso.

El Presidente tenía el derecho de iniciativa legislativa y la posibilidad, bajo ciertas condiciones, de recurrir a los decretos ley. Aunque prohibida en principio, la delegación del poder legislativo estaba prevista por la Constitución en casos excepcionales.

El Poder Ejecutivo tenía también el derecho de tomar conjuntamente con el Congreso la iniciativa de legislar, y nosotros constatamos que los proyectos presentados por el Ejecutivo tenían más oportunidad de convertirse en ley que las proposiciones de los diputados.

La Constitución también reconoce al Presidente el derecho de veto, es decir la negación de firmar una ley votada por el Congreso. Sin embargo el Congreso tenía la posibilidad de resellar una ley vetada por el Ejecutivo con el voto de dos terceras partes de sus miembros. En general, nosotros no pudimos constatar la existencia de grandes conflictos entre el Presidente y el Congreso, pues en la mayoría de los casos un proyecto presentado por el gobierno era un proyecto aprobado.

Debemos señalar también que la Constitución daba al Ejecutivo un medio de acción sobre la legislación muy completo y eficaz: el

veto parcial. La práctica constitucional autorizaba al Presidente a oponer su veto a un artículo o incluso a una palabra de una ley aprobando el resto de la misma. Por medio de sus vetos parciales el Presidente podía enmendar una proposición de ley emanada del Congreso sobertodo, restaurar sus propios proyectos en su forma original librándose de las enmiendas. No obstante, nosotros constatamos que el Presidente no tenía necesidad de servirse de veto para imponer su voluntad al Congreso, pues la existencia de una mayoría legislativa muy sumisa al gobierno aseguraba la disciplina del Congreso y volvía excepcional el recurso al veto.

El Presidente no sólo ejercía una influencia dominante en la elaboración de las leyes por el Legislativo, sino que buena parte de la legislación era la obra directa del Ejecutivo independiente del Congreso.

La existencia de una gran actividad legislativa del Presidente provenía sobre todo de la práctica de los decretos ley. Esta práctica era el resultado de la utilización de las cláusulas constitucionales que proveían la posibilidad, en caso de urgencia, de suspender el orden constitucional y que permitían al Congreso otorgarle al Ejecutivo poderes omnímodos, incluyendo la facultad de legislar por medio de decretos ley, para hacer frente a las situaciones de emergencia.

Por otra parte el Presidente tenía la facultad de suspender las garantías constitucionales, de acuerdo con la Comisión Permanente, cuando el Congreso no estuviese en período de sesiones. Si tomamos en cuenta que el Congreso se reunía ordinariamente durante tres meses al año, esto da como resultado que la suspensión del orden constitucional tenía lugar con mayor frecuencia cuando el Congreso estaba en receso.

La Comisión Permanente era una institución que, en principio, tenía como fin mantener en permanencia una representación del Congreso. Estaba compuesta por cinco diputados nombrados por el Congreso al final de sus sesiones ordinarias. Esta comisión podía realizar algunas de las funciones del Congreso en el intervalo de sus sesiones. Por ejemplo, tenía el derecho de suspender las garantías constitucionales de acuerdo con el Presidente de la República y a solicitud de éste; interpretar la ley y emitir, a propuesta del Poder Ejecutivo decretos urgentes; debiendo someterlos al Congreso en su próxima reunión para que los apruebe, reforme o derogue.

En la práctica la Comisión Permanente se convirtió en un simple instrumento en las manos del Presidente para aprobar las leyes de difícil aceptación por parte del Congreso. En realidad la Comisión manifestó una tendencia a abusar de su derecho a emitir decretos ley y a suspender las garantías constitucionales.

En 1910 los diputados del Partido Republicano abolieron la Comisión Permanente y reglamentaron la suspensión del orden constitucional, para evitar la intervención excesiva del Presidente en el proceso legislativo y para restringir su derecho a suspender las garantías constitucionales. El nuevo texto constitucional establece que sólo parte de estas

garantías podía ser suspendidas; además señala la obligación del Ejecutivo de informar al Congreso, en su próxima sesión, de las medidas tomadas para salvar el orden público y mantener la seguridad del Estado. Por otra parte las disposiciones acordadas por el Presidente durante el estado de sitio, no tenían más efecto después del restablecimiento de las garantías constitucionales. Finalmente esta reforma establecía que el decreto de suspensión del orden constitucional equivalía, "ipso facto", a la convocatoria del Congreso. En efecto, el Congreso debía reunirse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, pudiendo por mayoría de votos restablecer las garantías.

En cuanto al Poder Judicial, las afirmaciones constitucionales sostienen que es independiente y que sólo está sometido a la Constitución y a las leyes. La Constitución confía a la Corte Suprema el poder de declarar la inconstitucionalidad de una ley y a los tribunales de derecho común la tarea de apreciar la legalidad de los actos de la administración. Sin embargo, se ha constatado que los tribunales casi siempre se declaraban incompetentes al estimar que la cuestión que les era presentada era la de orden político. No sólo tendían a reconocer en este caso que no les incumbía juzgar la corrección constitucional de los actos del legislador, sino que incluso dudaban reconocer la legalidad de los actos del Presidente, pues con facilidades reconocían que el Ejecutivo gozaba de un poder del Congreso que estaban en contradicción con la Constitución. También el Poder Judicial toleraba interpretaciones muy amplias del poder reglamentario por parte del Presidente. Además observamos que los tribunales nunca se mostraron en desacuerdo con el Poder Ejecutivo en materia de suspensión de las garantías constitucionales.

En principio, los constituyentes de 1871 se preocuparon por asegurar la independencia de los tribunales bajo un régimen de separación de poderes; pero en la práctica esto no se logró, aunque el Poder Judicial gozó de mayor independencia que el Congreso.

Debemos destacar que la Corte Suprema tenía el poder disciplinario sobre todos los tribunales y nombraba los jueces de jurisdicciones inferiores. Es decir, que toda la organización judicial descansaba en la Corte Suprema y la independencia de los tribunales dependía esencialmente de la de los magistrados. Por esta razón, y para evitar la ingerencia del Presidente de la República en el nombramiento de los magistrados, la Constitución atribuyó esta importantísima función al Poder Legislativo.

Para los efectos de la administración general de los negocios nacionales el territorio de la República estaba dividido en provincias, estas en cantones, y los cantones se dividían a su vez en distritos. En cada provincia había un gobernador agente del Poder Ejecutivo y de nombramiento de éste. Finalmente, en la capital de cada provincia había una municipalidad, a quien correspondía la administración, cuidado y fomento

de los intereses y establecimientos de la provincia. Por un decreto del 26 de abril de 182 se establecía que en lo sucesivo habría una municipalidad en la cabecera de cada cantón.

Los regidores municipales eran electos por sufragio indirecto de dos grados por períodos de cuatro años. La ley establecía que la administración y la inversión de los fondos municipales era un derecho exclusivo de las municipalidades. Sin embargo, en la práctica, no se puede hablar de municipalidades independientes, pues, a pesar de su carácter de asambleas electas, los gobiernos locales no estaban dotados de una competencia suficientemente amplia y de funcionarios responsables ante ellos y no ante el Presidente de la República. En realidad el Poder Ejecutivo controlaba las municipalidades debido a la existencia de una oficina dependiente del propio Presidente: la Inspección General de las Finanzas Municipales. Por esta razón las municipalidades se convirtieron en simples consejos ante funcionarios del gobierno central. Además debemos de tener en cuenta que entre el Estado y los gobiernos locales se encontraban los gobernadores, funcionarios nombrados y revocados directamente por el Poder Ejecutivo.

2.2.—Debilidad del Poder Legislativo

El Poder Legislativo estaba constituido por una asamblea electa por sufragio indirecto por un período de cuatro años. Toda provincia tenía el derecho de nombrar un propietario por cada 8.000 habitantes, o por un residuo que no exceda de 4.000 y un suplente por cada 12.000. Sin embargo, por la reforma constitucional del 8 de octubre de 1909 el Congreso quedó constituido por 43 diputados titulares y 18 suplentes electos en razón de un titular por cada 15.000 habitantes.

Los diputados duraban en sus cargos cuatro años debiendo ser revocados cada dos años, por mitades y pudiendo ser reelectos indefinidamente. Los miembros del Congreso eran absolutamente irresponsables por las opiniones y votos que emitiesen en él y gozaban de inmunidad en sus personas. Gracias a esta inmunidad los legisladores no podían ser demandados civilmente ni detenidos o presos por motivo criminal sin que previamente hayan sido suspensos por el Congreso; excepto el caso infraganti delicto. Sin embargo nosotros constatamos que los efectos de esta inmunidad no fueron siempre muy felices, porque no pudo proteger a los diputados contra la arbitrariedad y las persecuciones de los dictadores y gobiernos autoritarios.

La atribución fundamental del Congreso era la de dar las leyes, reformarlas, interpretarlas y derogarlas. Tenía además el derecho de votar el presupuesto general, suspender las garantías constitucionales, nombrar los suplentes del Presidente de la República y los magistrados de la Corte Suprema, y examinar los informes anuales de los Secretarios de Estado. En lo concerniente a la seguridad nacional el Congreso

fijaba anualmente el máximo de la fuerza armada de mar y tierra, y autorizaba al Ejecutivo para declarar la guerra.

Correspondía al Congreso una serie de importantes atribuciones en el plano electoral. En efecto, el Congreso debía hacer la apertura de las actas electorales, la calificación y escrutinio de los sufragios para Presidente de la República y declarar la elección de éste. Esta intromisión directa del Congreso en materia electoral, trajo graves consecuencias en nuestra vida política, por lo menos rasta el año de 1949.

En el contexto de un régimen presidencialista, la hegemonía del Presidente de la República y su intervención frecuente en el proceso legislativo, dio como resultado un Poder Legislativo débil frente a un Ejecutivo fuerte. Es decir, la contrapartida de la preponderancia del Poder Ejecutivo fue sin duda la debilidad del Congreso.

Esta debilidad del Poder Legislativo, característica esencial de nuestro régimen presidencialista, se explica también por la influencia de tres hechos importantes: la brevedad de las sesiones parlamentarias, la débil organización de los partidos políticos en el seno del Congreso y las condiciones de trabajo del personal parlamentario.

En general el Congreso se reunía solamente tres meses al año en sesiones ordinarias, pues el Presidente de la República prefería llamar a la Comisión Permanente que convocar al Congreso a sesiones extraordinarias. Por otra parte, la inexistencia de partidos políticos permanentes y bien organizados, puede también explicar la debilidad del parlamento. En efecto, sobre todo antes de 1906, no observamos la participación de partidos organizados y disciplinados en el Congreso. En otros países latinoamericanos, se ha invocado a la mala calidad del personal parlamentario para explicar la debilidad del Congreso; pero este no es el caso de nuestro país donde las funciones legislativas atrajeron los miembros más brillantes de la élite intelectual. Encontramos en el Congreso una gran cantidad de miembros de las profesiones liberales, abogados sobre todo. Lo interesante es que se ha demostrado que muchos de ellos eran a la vez cafetaleros y diputados, que obtenían sus principales ingresos de la actividad cafetalera⁽³⁾. En realidad, los miembros del Congreso no eran funcionarios dedicados exclusivamente a las funciones legislativas. Los diputados no disponían tampoco de un personal administrativo adecuado y la dieta parlamentaria era un poco elevada. En efecto, después de 1882 los diputados ganaban 200 pesos mensuales durante tres meses de sesiones ordinarias⁽⁴⁾. En 1892 el Congreso aprueba las siguientes retribuciones: 200 pesos mensuales a los diputados residentes en la capital y 240 pesos por mes a los parlamentarios residentes en provincia durante el período de sesiones ordinarias⁽⁵⁾. A decir verdad la función de diputado no era un cargo bien remunerado.

(3) Stone, Samuel. *La Dinastía de los Conquistadores*, p. 42.

(4) Obregón L., Rafael. *El Poder Legislativo en Costa Rica*, San José, C. R., 1966, p. 391.

Al estudiar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo se pueden distinguir dos períodos: el primero de 1890 a 1902 y el segundo de 1902 a 1919.

El primer período se caracteriza porque el Congreso fue completamente dependiente del Poder Ejecutivo, pues estamos frente a dictaduras apenas disimuladas y no frente a regímenes presidencialistas o constitucionales.

El gobierno de José J. Rodríguez (1890-1894), salido de la primera elección popular libre en la historia del país, se convirtió en dictadura a causa de un conflicto entre el Presidente de la República y el Congreso. El origen de este conflicto fue la negativa categórica del Presidente Rodríguez de entregar al Congreso la sumaria seguida contra el general Carazo, quien había sido acusado de haber participado en proyectos subversivos contra el gobierno. Estos intentos por derrocar, supuestamente, al Presidente Rodríguez dieron lugar a la suspensión de las garantías constitucionales el 30 de abril de 1891⁽⁶⁾. El orden constitucional fue restablecido el 27 de junio siguiente y el Presidente de la República acordó una amnistía a todos aquellos que habían sido condenados por causas políticas⁽⁷⁾.

Sin embargo el general Carazo había presentado al Congreso una acusación contra el señor Rodríguez por su exilio ilegal. Los diputados acogieron la petición y pidieron al Presidente toda la información sobre este asunto y la sumaria seguida contra el señor Carazo. El Presidente Rodríguez se negó aduciendo que la expulsión había sido en el momento en que las garantías constitucionales estaban suspendidas, por lo que él tenía el derecho de hacerlo; y además manifestó que no estaba obligado a informar al Congreso de su actuación. Es importante recordar que antes de ser electo Presidente de la República, el Lic. Rodríguez había ocupado el alto cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Frente a esta actitud, el Congreso dio un voto de censura al Presidente Rodríguez y levantó sus sesiones ordinarias, en señal de protesta, el 25 de julio de 1892⁽⁸⁾. El señor Rodríguez respondió con el decreto del 31 de agosto por el que disolvió el Congreso y convocó a elecciones para el 18 de setiembre próximo⁽⁹⁾. Sin embargo, el 11 de setiembre el Presidente, bajo pretexto que se quería subvertir el orden público, suspendió nuevamente las garantías constitucionales, por el tiempo exigido por las circunstancias, asumió plenos poderes y dejó sin efecto la convocatoria a elecciones legislativas⁽¹⁰⁾.

(5) Ibid., p. 411.

(6) La Gaceta, 30 de abril de 1891, pp. 2-3.

(7) Ibid., 18 de setiembre de 1891, p. 1051.

(8) Ibid., 27 de julio de 1892, p. 875.

(9) Ibid., 1º de setiembre de 1892, p. 1031.

(10) Ibid., 13 de setiembre de 1892, p. 1081.

De manera inconstitucional, la suspensión de garantías se prolongó arbitrariamente hasta el 14 de setiembre de 1893 y el señor Rodríguez gobernó sin Congreso hasta el final de su mandato presidencial, convirtiéndose en virtual dictador.

A pesar de su dureza, el Presidente Rodríguez acordó el 1º de enero de 1893 una amnistía general a todos aquellos que habían sido condenados por razones políticas.⁽¹¹⁾

Una fuerte oposición obligó al señor Rodríguez a restablecer las garantías constitucionales, para gozar de verdadera libertad en las elecciones que pronto debían realizarse para renovar los poderes públicos.⁽¹²⁾ En la primera ronda electoral el partido de gobierno fue claramente derrotado por la oposición. Esto hizo que Rodríguez decretara una vez más la suspensión de las garantías constitucionales bajo pretexto que:

"La tranquilidad pública estaba seriamente por un movimiento revolucionario que, según fuentes dignas de fe, debía estallar próximamente"⁽¹³⁾.

Bajo el estado de sitio, el gobierno impuso el candidato oficial arrebatándole el triunfo a la oposición. Pero además, manipulando los resultados electorales, el gobierno hizo elegir una gran mayoría legislativa para el período 1894-1898. Este nuevo Congreso fue dócil a la voluntad del Presidente Rafael Iglesias quien gobernó de 1894 hasta 1902.

El nuevo gobernante, que llegó al poder sin el apoyo de una mayoría, constituye un caso típico de la personalización del poder. Sin lugar a dudas podemos afirmar que Iglesias fue la encarnación misma del poder.

Es interesante citar el pensamiento del cónsul de Francia en nuestro país sobre el señor Iglesias:

"El señor Rafael Iglesias, quien es un gran trabajador y goza aquí del más absoluto poder, normalmente hace todo por sí mismo"⁽¹⁴⁾.

El cónsul lo calificaba de "autócrata de la República" y lo define como un hombre:

"Inteligente, trabajador, jefe absoluto, todo se hace por su mediación. Los Ministros y el Congreso solo existen formalmente. El no consulta a nadie, el mismo hace toda su

(11) Ibid., 1º de enero de 1893, p. 1.

(12) Ibid., 15 de setiembre de 1893, p. 1275.

(14) M.A.E., A.D., Correspondance Consulaire et Commerciale, San José de C. R., T. II, Fol. 105.

política, pues solo confía en sí mismo. "Yo me siento muy bien en este sistema" —me dijo un día:— "Pues es el único verdadero y posible en estos países"⁽¹⁵⁾.

Los calificativos de "autócrata" y de "jefe absoluto" están muy bien empleados, por alguien que conoció al señor Iglesias, para designar al Presidente de la República en aquellos momentos. La opinión de este diplomático corrobora nuestra afirmación sobre el carácter formal del papel del Congreso y de los Secretarios de Estado.

Según este mismo funcionario, antes de su viaje a Estados Unidos y a Europa en noviembre de 1898, el Presidente Iglesias

"...se hizo otorgar plenos poderes para firmar... cualquier acuerdo, contrato o arreglo que pudiera interesar a la República de Costa Rica"⁽¹⁶⁾.

Más adelante dice el cónsul francés a su ministro:

"Si él va a París, el señor Rafael Iglesias, que tiene en realidad el poder absoluto en este país todo lo que él decida en Francia será aceptado gustosamente por el Congreso a su regreso. El hará todo por sí mismo y nosotros sólo tendremos que ocuparnos de él"⁽¹⁷⁾.

Examinando la relación entre el Presidente Iglesias y el Poder Legislativo observamos que el primero suspendió siete veces las garantías constitucionales utilizando la Comisión Permanente. En efecto, el 17 de setiembre de 1894 Iglesias decretó el estado de sitio tomando en cuenta un atentado contra su propia persona, lo que probaba "la existencia de un plan de agitación del orden público"⁽¹⁸⁾. Dos meses después las garantías constitucionales fueron restablecidas.

En realidad, el objetivo de esta medida era hacer desaparecer de la escena política al Lic. Félix A. Montero, ex-diputado y líder del Partido Independiente Demócrata. El señor Montero ya había sido expulsado del país por el dictador Rodríguez en febrero de 1893, pero pudo regresar al país después de la amnistía general del 15 de setiembre la candidatura presidencial de su partido.

Félix A. Montero había sido acusado de dirigir el atentado contra el Presidente Iglesias y después de catorce meses de prisión, fue declarado culpable y expulsado del país al cual no pudo regresar jamás.

En 1899 uno de sus partidarios, el entonces diputado Faustino Montes de Oca, denunció en el Congreso la comedia puesta en práctica

(15) Ibid. El subrayado es nuestro.

(16) Ibid. T. II, Fol. 110.

(17) Ibid. T. II, Fol. 97.

(18) La Gaceta, 18 de setiembre de 1894, p. 1209.

en setiembre de 1894 para deshacerse del Lic. Montero quien era el más importante líder de la oposición.

Según el diputado Montes de Oca esta suspensión del orden constitucional se hizo para:

"ejercer a mansalva venganzas personales y, sobre todo, concluir con un adversario temible por su prestigio y por sus levantadas ideas, por su independencia de carácter, por su honradez republicana y por el valor cívico con que emprendió guerra contra la usurpación que manchaba la frente a todos los que nos resignábamos a sufrirla sin protesta. Esa suspensión dio origen a un simulacro de proceso para castigar al patriota eximio que cayó en extranjero suelo a los golpes de una persecución tenaz e implacable y de amargas hondas causadas por el espectáculo de la patria vilipendiada y esclava sin esperanza de redención: el Licenciado don Félix A. Montero"⁽¹⁹⁾.

La segunda suspensión de las garantías constitucionales se produjo el 14 de setiembre de 1897 en plena campaña electoral para elegir al sucesor del Presidente Iglesias. En esta ocasión la Comisión Permanente consideró que era necesario suspender el orden constitucional para aumentar los poderes del Ejecutivo "para mantener la paz y la tranquilidad públicas"⁽²⁰⁾. Aprovechando el estado de sitio, la policía tomó prisionero al Dr. José J. Flores, presidente del recién fundado Partido Republicano y futuro candidato de la oposición. Junto con el Dr. Flores fueron a la cárcel casi toda la dirigencia del Partido Republicano. En octubre del mismo año salían desterrados del país don José J. Flores y los principales dirigentes de su partido: don Andrés Venegas y don Joaquín Gutiérrez entre otros.

A pesar de que las garantías constitucionales fueron restablecidas el 6 de noviembre siguiente, una semana antes de las elecciones de primer grado, el Partido lanzó la consigna de no votar⁽²¹⁾. De esta manera tan arbitraria el Presidente Iglesias, candidato oficial y único, fue reelegido para un nuevo período de cuatro años (1898-1902). Cabe señalar que al abstenerse de participar en estas elecciones el Partido Republicano, todos los diputados electos pertenecían al partido del señor Iglesias, llamado Partido Civil.

Según el diputado Montes de Oca, esta "suspensión de garantías careció... de todo fundamento y sólo tuvo en mira dar el triunfo a la reelección"⁽²²⁾.

El 11 de abril de 1898, una vez más, la Comisión Permanente suspendió el orden constitucional para dar al Ejecutivo la libertad de actuar, indispensable para resolver un conflicto internacional con la Re-

(19) A.N.C.R., C.C., N° 2498, p. 2.

(20) Ibid.

(21) La Gaceta de 1897, p. 487.

(22) A.N.C.R., C.C., N° 2498, p. 2.

pública de Nicaragua.⁽²³⁾ El 29 de abril el Poder Ejecutivo restableció el orden constitucional, pero sin embargo mantuvo la suspensión de las garantías individuales.

En la sesión ordinaria del Congreso, inaugurada el 1º de mayo, el diputado Montes de Oca denunció que el conflicto con Nicaragua no se trataba de diferencias entre dos naciones sino de agravios personales; que aquella guerra empaparía nuestro suelo en sangre de inocentes, aniquilaría el porvenir de la Nación y la asolaría moral y materialmente. Para evitar esta catástrofe el diputado Montes de Oca pedía que el Presidente Iglesias renunciara el mando. La respuesta del gobernante fue violenta:

"Suspenso el Orden Constitucional —decía Montes de Oca— mi inmunidad de diputado, aquí donde la Constitución se interpreta al gusto del gobernante, era nada más que una palabra vana. Se me encalabozó y se me desterró en seguida, sin que uno solo de mis colegas recordara su deber y su juramento de defender la Constitución y las leyes"⁽²⁴⁾.

El 25 de febrero de 1899 hubo una conspiración para derrocar al Presidente Iglesias. Al día siguiente la Comisión Permanente decretó la suspensión de las garantías individuales y la policía encarceló a varias decenas de inculpados, entre ellos el diputado Montes de Oca. El 22 de abril la Comisión Permanente prolongó la suspensión del orden constitucional. Frente a esta actitud, el señor Montes de Oca publicó una hoja suelta dirigida a los "Señores Diputados" que inauguraban un nuevo período de sesiones ordinarias el 1º de mayo.

En esta publicación se lee:

"La política actual, el sistema implantado por el señor Iglesias es abominable: centralización del poder en las manos de un solo hombre que lleva la corrupción desde el Congreso, instrumento ciego de todos sus errores y cómplice de las ilegalidades e infracciones de la Constitución, hasta el Poder Judicial; muerte de las libertades públicas: en primer término la del sufragio, que es la base de todas las demás; la seguridad individual no existe aquí, pues con cualquier pretexto se aprisiona o se envía a San Lucas a ciudadanos honrados en pleno vigor de la Carta Fundamental; la libre emisión del pensamiento no se respeta como derecho inherente a la personalidad"⁽²⁵⁾.

(23) La Gaceta, 12 de abril de 1898, p. 369.

(24) A.N.C.R., C.C., N° 2498, p. 2.

(25) Ibid.

A causa de esta publicación Montes de Oca fue acusado de delito de ultraje a los poderes supremos de la República.

El 12 de julio del mismo año el Congreso decretó la suspensión de las garantías individuales, bajo pretexto de una conmoción política interna y dos semanas después suspendió de sus funciones al diputado Montes de Oca para ser juzgado por delitos comunes⁽²⁶⁾.

Finalmente el 17 de febrero de 1900 la Comisión Permanente suspendió las garantías constitucionales:

"...por las fidedignas y verosímiles noticias aquí recibidas de una próxima invasión a nuestro territorio por parte de emigrados costarricenses auxiliados con elementos extranjeros..."⁽²⁷⁾.

En resumen, durante el período 1882-1902 el Congreso fue realmente oscurecido por el Poder Ejecutivo. El Presidente de la República, gracias al control de las elecciones legislativas, se aseguró la existencia de un Congreso siempre obediente a su voluntad. En los casos en que el Congreso se opuso fuertemente al Ejecutivo, por el ejemplo en 1892 durante el gobierno de José J. Rodríguez, el Presidente respondió arbitrariamente disolviendo el Congreso. Por otro lado debemos recordar que la Comisión Permanente del Congreso fue también un instrumento en manos del Presidente de la República, para emitir los decretos urgentes que éste proponía; pero sobre todo para suspender las garantías constitucionales al momento de las elecciones o cuando el Presidente quería deshacerse de sus opositores.

Durante el período siguiente, 1902-1919, las relaciones entre estos dos poderes fueron diferentes. Si bien es cierto que el Congreso continuó dependiendo del Poder Ejecutivo, observamos que éste toleró la existencia de una oposición legislativa sin recurrir a métodos de fuerza como la suspensión del orden constitucional; exceptuando el período 1917-1919 donde hubo un gobierno dictatorial.

En contraste con el período precedente, de 1902 a 1917 las garantías constitucionales sólo fueron suspendidas en una ocasión, del 7 de marzo al 20 de junio de 1906, con la aprobación de la Comisión Permanente.

El nacimiento de nuevos partidos políticos y su efectiva participación en la vida electoral y parlamentaria a partir de 1902, es un factor muy importante que ayuda a comprender el cambio de las relaciones entre ambos poderes; pues de aquí en adelante el Presidente debía tomar en cuenta la presencia de una oposición nada despreciable.

(26) La Gaceta, 29 de julio de 1899, p. 14.

(27) A.N.C.R., C.C., N° 2638, p. VII.

Esta oposición se organizó en torno al Partido Republicano de 1902 a 1910; y cuando este partido llega al poder en 1910 asistimos a la aprobación de una serie de reformas constitucionales que hicieron posible una mayor democratización de nuestra vida política. Entre estas reformas podemos citar como las más importantes, la abolición de la Comisión Permanente y la reforma del sistema electoral que puso en práctica el sufragio directo.

Ya desde 1890 el diputado Félix A. Montero había propuesto en el Congreso la supresión de la Comisión Permanente. Esta importante reforma también estuvo incluida en el primer programa de gobierno del Partido Republicano en 1901. Este nuevo partido se reconocía heredero de las luchas del Partido Independiente Demócrata que había dirigido el señor Montero.

En mayo de 1906 trece diputados republicanos, don Ricardo Jiménez entre ellos, de nuevo en la oposición, presentaron un proyecto de ley para abolir la Comisión Permanente. En su proyecto de ley los republicanos argumentaban:

"El organismo de la Comisión Permanente está definitivamente desacreditada. No hay una sola voz que se levante en su defensa. Es una rama podrida que urge cortar de la constitución cuanto antes"⁽²⁸⁾.

Contrariamente a lo que pensaban los diputados republicanos, su proyecto fue desechado el 7 de junio de 1906 por una votación de 20 votos contra 19.

Antes de terminar el período como diputados de oposición, el 22 de setiembre de 1909, 21 diputados republicanos encabezados por don Ricardo Jiménez, presentaron de nuevo el proyecto para suprimir la Comisión Permanente.

"La experiencia nos ha demostrado —decían los republicanos— sin que de lugar a duda de ninguna especie, que la Comisión Permanente es un organismo inútil del cual puede prescindirse perfectamente... en provecho de las instituciones republicanas, a las que afea ese *barrón de las antiguas dictaduras*..."

"La Comisión Permanente ha sido únicamente una *salvaguardia de la tiranía y una amenaza para las libertades públicas*".

"No tiene razón de existir, y por lo mismo debe desaparecer cuanto antes"⁽²⁹⁾.

(28) *Ibid.*, N° 4512, p. 1.

(29) *La Gaceta*, 28 de setiembre de 1909, p. 310. El subrayado es nuestro.

El propio Presidente González Víquez en su último mensaje al Congreso el 1° de mayo de 1910 reconoció que:

"...en la historia de nuestras administraciones, se acusa a la Comisión de haber abusado de la facultad de emitir decretos urgentes y aún leyes generales que nunca debieron ser consideradas como decretos y menos urgentes, y de la de suspender el orden constitucional de acuerdo con el Poder Ejecutivo... La idea de los constituyentes no fue seguramente que la Comisión luciese leyes... pero en el hecho vino a consagrarse una corruptela tal, que las leyes de difícil aceptación por parte del Congreso se implantaron mediante el funcionamiento de la Permanente, dejando al Congreso la tarea de reverlas tal vez cuando ya habían producido sus efectos"⁽³⁰⁾.

En lo relativo a la suspensión de las garantías constitucionales, González Víquez explicó que la Constitución establecía la posibilidad de suspender el orden constitucional, pero que algunos gobiernos habían creído que esto implicaba algo más que la suspensión de las garantías individuales y llegaban incluso hasta el absurdo de decretar la suspensión de la Constitución. El gobernante señaló también que durante la suspensión del orden constitucional, el Presidente cometía el abuso de tomar medidas y de dictar, unilateralmente y sin la intervención de los tribunales judiciales, condenas contra los revolucionarios que mantenían todo su valor incluso después del restablecimiento de las garantías constitucionales⁽³¹⁾.

(30) *Ibid.*, 3 de mayo de 1910, p. 384.

(31) *La Gaceta*, 3 de mayo de 1910, p. 384.

ALGUNAS IDEAS SOBRE LA EVOLUCION DEL DERECHO
INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN
EL DOMINIO MARITIMO

Dr. Rafael González Ballar

Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

*"Querría ver un mundo en el cual la educación
tiende a la libertad mental en lugar de encerrar
la mente de la juventud en la rígida armadura
del dogma, calculado para protegerlo durante toda
la vida contra los dardos de la prueba imparcial.
El mundo necesita mentes y corazones abiertos y
estos no pueden derivarse de rígidos sistemas, ya
sean viejos o nuevos".*

Beltrand Russel

Al maestro GARCIA DE ENTERRIA
con aprecio y admiración.

INTRODUCCION

En alguna ocasión manifestamos nuestro deseo de contribuir al derecho del medio ambiente⁽¹⁾, escribiendo algunos pequeños aportes para que se conociera la evolución de esta normativa sobre todo en Costa Rica⁽²⁾.

El presente estudio no pretende ni puede ser exhaustivo. Tiene la intención de ser sobre todo explicativo de la evolución del derecho internacional del medio ambiente. No entramos por cuestión de espacio y porque merecería una obra aparte el hacer valoraciones sobre la aplicabilidad de muchos de estos instrumentos internacionales. Se analizarán esencialmente los tratados y proyectos de tratado. Por las limitaciones de espacio se impone señalar los aspectos principales que pretenden regular.

Es posible afirmar que en estos momentos es a nivel internacional, con la O.N.U. y sus organismos especializados, y el esfuerzo de muchos países, que se han logrado las creaciones jurídicas más importantes en el derecho ambiental en general. Por otro lado, algunos países subdesarrollados han comprendido que su desarrollo depende de la conservación racional de los recursos naturales que están protegiendo⁽³⁾.

La mayoría de los organismos más importantes de la O.N.U., como la F.A.O., la O.M.S., la A.I.E.A., tienen incorporados dentro de sus programas usuales, investigaciones relacionadas con la protección del medio ambiente.

Por otra parte, ya existen organismos y programas específicos como el P.N.U.M.A. y el U.I.C.N.⁽⁴⁾ dedicado a las investigaciones científicas y promoción de políticas y tratados sobre el medio ambiente⁽⁵⁾.

Las conclusiones derivadas de conferencias importantes como la Conferencia sobre la Biosfera de 1968, la de Estocolmo de 1972, la

(1) Revista CIENCIAS JURIDICAS, N° 46, 1982, p. 54.

(2) Idem.

(3) DECLARACION DE ESTOCOLMO, Principios 9, 1a, 11 y 12, 19.

(4) Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Unión Internacional para Conservación de la Naturaleza.

(5) Estrategia mundial para la conservación de los recursos naturales, O.N.U.

Declaración de Kenya, todos han proclamado principios y directrices necesarias para la elaboración de cualquier política y legislación eficaz sobre el medio ambiente. Sin embargo, es de lamentar de que a pesar de existir legislación (tratados) ya negociada y ratificada por muchos países, se continúa a nivel interno buscando políticos y normas para regular aspectos del medio ambiente ya regulados por un tratado. Y más grave aún, una gran mayoría no los respeta.

En la evolución del derecho internacional del medio ambiente es posible notar que existe una importancia creciente del derecho del mar. Por ello, veremos el Derecho del Mar y el uso y protección de especies marinas y ciertas zonas marinas (I parte), y por otro lado el Derecho del Mar y la lucha contra la contaminación (II Parte) (6).

(6) Para una segunda publicación y por motivos de espacio, dejaremos el análisis de otros Tratados y acuerdos sobre el medio ambiente no relacionados con el Derecho del Mar.

Es preciso hacer ver que existen otra serie de tratados sobre el Derecho del Mar pero relacionados con aspectos comerciales, de seguridad marítima, comunicaciones, etc., que también tienen importancia dentro del Derecho del Mar. Sin embargo, vamos a omitir el análisis de los mismos, porque ellos no van directamente a aspectos sobre protección y explotación de especies marinas ni tampoco directamente a contribuir a lo que es la lucha contra la contaminación. Algunos de estos tratados son:

Convención para la protección de cables submarinos, 1884, París.

Declaración relacionada con la anterior para la protección de los cables submarinos, 1986.

Declaración para el reconocimiento al derecho a bandera para los Estados que no tienen costas, 1921, Bruselas.

Convención sobre el régimen de vías internacionales navegables, 1921, Bruselas.

Convención sobre el régimen internacional de puertos marítimos, Ginebra, 1923.

Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas sobre naves marítimas pertenecientes a algunos países, 1934.

Convención sobre el régimen de los estrechos, Montreux, 1936.

Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas sobre jurisdicción penal en relación a incidentes de navegación, 1952, Bruselas.

Convención internacional sobre ciertas reglas relacionadas con la aviación civil en materia de incidentes de navegación, 1952, Bruselas.

Lo anterior únicamente a efectos de citar algunas de ellas.

EL DERECHO DEL MAR Y LA EXPLOTACION DE ESPECIES
MARINAS Y CIERTAS ZONAS MARINAS

En nuestro país existe en este aspecto una obra de gran interés sobre la evolución reciente y en relación a Costa Rica (7).

(7) ROMERO, (Jorge E.), *El derecho del mar*. Además de esta obra podemos citar la bibliografía más reciente, interesante, a la cual puede recurrir el lector:

Colección de Tratados Multilaterales y Convenios, O.N.U.

SCOVAZZI, (Tullio), *GLIACCORDI BILATERALI SULLA PESCA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1977.

TREVES, (Tullio), PISILLO, (R.), *LA RICERCA SCIENTIFICA NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL MARE*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1978.

STARACE, (Vincenzo), FILIPPO, (Antonio), *LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE DEL MARE CONTRO L'INQUINAMENTO*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1979.

AMATO, (Luciano), DE CESARI, (Patrizia) y otros, *LA GIURIS PRUDENZA ITALIANA SUL DIRITTO DEL MARE*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1979.

MIGLIORINO, (Luigi), *FONDI MARINI E ARMI DI DISTRUZIONE DI MASSA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1980.

BASTIANELLI, (F.), Queneudec, (J-P) y otros, *LO SFRUTTAMENTO DEI FONDI MARINI INTERNAZIONALI*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1982.

PICONE, (Paulo), HANDI, (Gunther) y otros, *DIRITTO INTERNAZIONALE E PROTEZIONE DELL'AMBIENTE MARINO*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1983.

CONFORTI, (B.), SCOVAZZI, (T.) y otros, *LA ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1983.

SCOVAZZI, (Tullio), *LA PESCA NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL MARE*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1984.

DEL CESARI, (P.), MIGLIORINO, (L.) y otros, *INDEX OF MULTILATERAL TREATIES ON THE LAW OF THE SEA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1985.

Aún cuando no hemos entrado al análisis de lo conocido como "parques marinos", sin embargo señalamos de gran interés la revista número especial *REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT*, abril, 1980, Publications Periodiques Specialisees, Lyon, France.



Nos permitimos señalar que uno de los recientes pasos más importantes que se han dado en relación al Derecho del Mar ha sido la de unificar los esfuerzos (convenciones, tratados, reuniones, etc.) de los aspectos sobre explotación y protección, así como la lucha contra la contaminación en el Derecho del Mar⁽⁸⁾.

Para los efectos de conocer los principales tratados que tienen que ver con el Derecho del Mar nos parece importantes analizarlos en su orden cronológico para que se pueda notar que desde hace ya algunas décadas atrás se venía dando una preocupación creciente en este dominio.

1) El 2 de diciembre de 1946 se adoptó en Washington la *Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena*⁽⁹⁾. Nuestro país la ratificó según Ley N° 6591 aparecida en La Gaceta del 24 de agosto de 1981.

a) *Objetivos*

El objetivo fundamental de la Convención es proteger todas las especies de ballena. Su principal finalidad es acabar con la explotación marina, tratando de salvaguardar una población de las mismas que garantice su normal reproducción y evitar su extinción. Debe existir una emisión constante de reglamentos sobre los aspectos mencionados.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr sus objetivos*

Es preciso saber qué crea la Comisión Internacional sobre la Ballena⁽¹⁰⁾. La misma debe promover las investigaciones, encuestas y todo tipo de análisis sobre la caza de la misma y las poblaciones de especies. A la reunión anual de la Comisión es importantes pues en ella se toman los reglamentos necesarios para:

- a) conocer poblaciones de especies;
- b) las épocas de caza;
- c) las zonas autorizadas y prohibidas;
- d) los límites en el tamaño para cada especie;
- e) el número de especies por época de caza y por último;
- f) el tipo de material a utilizar.⁽¹¹⁾

(9) Entra en vigor hasta el 10 de noviembre de 1948. Idioma inglés. De diciembre, 1982.

(8) Entra en vigor hasta el 10 de noviembre de 1948. Idioma inglés. Depositario: Estados Unidos de América. En un sentido similar podemos citar el Convenio Regional sobre la investigación y manejo de las Tortugas Marinas del Pacífico Occidental, el cual ha sido suscrito por Costa Rica en Diciembre de 1985.

(10) Ver art. 3 de la Convención.

(11) Ver arts. 4 y 5 de la Convención.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Es preciso que tomen medidas para que se aplique la Convención y los reglamentos que se emitan. Asimismo, la obligación se señalar a la Comisión cualquier infracción a las disposiciones existentes.

2) *Convención para la pesca en la parte noroeste del Mar Atlántico*

El 8 de febrero de 1949 se adopta esta Convención.⁽¹²⁾

a) *Objetivos*

Realizar los estudios para proteger y conservar la pesca en el noroeste del Mar Atlántico. Lo anterior para mantener un nivel de pesca en esta región.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Se crea la Comisión Internacional sobre la pesca en el noroeste del Mar Atlántico⁽¹³⁾. Se dispone que la zona específica de protección comprende, sin incluir los mares territoriales, todas las aguas situadas aproximadamente al norte 39 grados de latitud y al oeste 42 grados. Su delimitación es esencialmente en las costas de Groenlandia, los Estados Unidos de América y Canadá. Por otro lado, el anexo de la Convención hace una división en cinco subregiones y existe un grupo de trabajo especial por cada subregión⁽¹⁴⁾.

c) *La Convención y los gobiernos que ratifican*

La Comisión creada debe difundir a los gobiernos e interesados la información sobre la pesca en la región. Ella puede recomendar a las partes la adopción de medidas comunes y de reglamentos sobre la prohibición de la pesca durante ciertas épocas o en ciertas zonas. Puede, asimismo, limitar el tamaño de las especies que pescan, los utensilios utilizados y el número de especies⁽¹⁵⁾.

3) Otra convención significativa es la relativa a la *protección de las poblaciones de atún de pinta amarilla y de atún bonito con vientre rayado en el Océano Pacífico del Este*⁽¹⁶⁾.

(12) Se adoptó en Washington. Entró en vigor el 3 de julio de 1950, redactada en inglés. Depositario: Estados Unidos de América.

(13) Ver art. 3 de la Convención.

(14) Ver arts. 1 y 4 de la Convención.

(15) Ver arts. 6 y 8 de la Convención.

(16) Lugar de adopción de la Convención: Washington. Entró en vigor el 3 de marzo de 1950. Depositario: Estados Unidos de América.

a) *Objetivos*

La Convención tiene como objetivo fundamental mantener las poblaciones de atún de pinta amarilla y de atún bonito con vientre rayado en el Océano Pacífico del Este. Persiguiendo la convención un volumen máximo de capturas a lo largo de los años.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Al igual que en muchas otras convenciones internacionales se pretende como primer punto la creación de una Comisión Interamericana sobre el Atún Tropical⁽¹⁷⁾.

Los mecanismos básicos son realizar a través de estadísticas específicas estudios sobre la abundancia, las características biológicas y ecológicas del atún. Asimismo, de los peces utilizados como carnada en la pesca del atún. Se pretende, entonces, el análisis y publicación de todo tipo de información para realizar recomendaciones a las partes, en relación a las medidas comunes que se deben tomar para precisamente mantener las poblaciones de atún⁽¹⁸⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Es evidente que todos los gobiernos que adopten y ratifiquen la Convención están obligados a cooperar, para que primero que nada lograr junto con la Comisión que se crea tener las estadísticas y los estudios más precisos posibles en relación al atún tropical.

Por otro lado, necesariamente las medidas y recomendaciones que la Comisión haga a las partes son de acatamiento necesario e importante, si se quiere lograr el objetivo básico de la Convención, cual es la de necesariamente una población máxima que permita lógicamente que la pesca del atún pueda realizarse a través del tiempo sin que se produzca su extinción y mantener la población de los mismos, necesaria para mantener una pesca aceptable para aquellos países que exploten el atún tropical.

4) El 7 de marzo de 1952⁽¹⁹⁾ se firma por varios gobiernos interesados un acuerdo relacionado con *las medidas necesarias a tomar para la protección de las poblaciones de camarones grandes (pandalus bolialis) de la especie europea homarus vulgaris de langostinos (nephrops norvegicus) y de los cangrejos (cancer pacurus)*.

(17) Ver art. 1 de la Convención.

(18) Ver art. 2 de la Convención.

(19) Fue adoptada en Oslo. Tiene un Protocolo que modifica el acuerdo de fecha 14 de octubre de 1959.

a) *Objetivos*

Como todo acuerdo de esta índole, el objetivo principal del mismo es lograr que las poblaciones de estas especies ya citadas mantengan un equilibrio razonable en cuanto a la cantidad existente para la pesca.

Lógicamente, aunque no se desprende directamente del acuerdo, se trata por igual de evitar la extinción o disminución exagerada de alguna población específica de estas especies citadas anteriormente.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr el objetivo*

Es preciso señalar que este acuerdo es específico para la región de los mares situados entre Dinamarca, Suecia y Noruega⁽²⁰⁾.

Este acuerdo entre los mecanismos básicos y obligaciones que exige a los países firmantes del acuerdo, está la de lograr utilizar dimensiones específicas en las redes y mallas utilizadas para la pesca y en el tamaño mínimo de los crustáceos que se van a pescar.

Las especificaciones anteriores las da el tratado en los artículos 2, 3 y 4. Al igual que la mayoría de los acuerdos sobre estas materias que se dan a nivel internacional, se da énfasis a las investigaciones en relación a la pesca de los crustáceos ya mencionados.

5) El 9 de mayo de 1952 se adopta la *Convención Internacional sobre la Pesca de Altura en el Océano Pacífico del Norte*⁽²¹⁾.

a) *Objetivos*

El objetivo de la Convención es asegurar un rendimiento sostenido del recurso de la pesca en el Océano Pacífico del Norte. Pretende coordinar las investigaciones y las medidas que deben tomarse sobre la pesca de las especies y las medidas *de las especies que se pretenden proteger*.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Como la mayoría de estas Convenciones crea una Comisión Internacional para la Pesca en el Pacífico del Norte⁽²²⁾.

Por otro lado, es preciso hacer hincapié en que las recomendaciones van dirigidas para tener aplicación en las aguas del Océano Pacífico del Norte y en los mares adyacentes, pero nunca dentro de las aguas territoriales⁽²³⁾.

(20) Ver art. 1 de la Convención.

(21) Entró en vigor el 12 de junio de 1953. Lugar: Tokio. Depositario:

(22) Ver art. 2 de la Convención.

(23) Ver art. 1 de la Convención.

La Comisión está encargada de hacer las investigaciones sobre las poblaciones de pescado de la zona. Toma las decisiones que considera necesarias y formula recomendaciones sobre las medidas de conservación que es necesario tomar por parte de los países firmantes de la Convención⁽²⁴⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Es preciso señalar que esta es una de las Convenciones que señala medidas de aplicación bastante estrictas⁽²⁵⁾. Esto es preciso señalarlo, pues como hemos visto en las otras Convenciones, se deja la mayoría de las veces a que sea la Comisión que se crea la que recomienda medidas específicas. Sin embargo, en esta Convención están específicamente señaladas. Y, por otro lado, un anexo a esta Convención señalada medidas más específicas aún, que deben respetar los países para las especies señaladas en ese anexo mencionado.

6) *Convención Intermarítima sobre la Conservación de las Focas de Piel del Pacífico Norte*

Fue adoptada el 9 de febrero de 1957⁽²⁶⁾.

a) *Objetivos*

Desea obtener un rendimiento máximo en un término largo, de los recursos de la foca de piel del Pacífico Norte. Es así, que se inclina entonces por la realización de investigaciones científicas apropiadas para lograr lo anterior.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Primero que nada la Convención persigue que la investigación científica la realicen las partes interesadas en estricta coordinación en lo que se refiere a los programas específicos sobre esta especie ya citada. Con ello, por lo tanto, determina en conjunto, las medidas necesarias para maximizar el rendimiento a largo término de los recursos de la foca de piel, que les permita establecer las relaciones entre esta especie y los otros recursos biológicos marinos.⁽²⁷⁾

(24) Ver art. 3 de la Convención.

(25) Convención cit.

(26) Tiene varias reformas del 8 de octubre de 1963 y del 3 de setiembre de 1969. Entró en vigor el 14 de octubre de 1957. Adoptada en Washington. Depositario: Estados Unidos de América.

(27) Ver art. 2 de la Convención.

Se crea una Comisión de la Foca de Piel del Pacífico del Norte que va a ser la encargada de coordinar los programas de investigación, de estudiar los resultados de esas investigaciones y de recomendar a las partes sobre la base de las conclusiones que se obtengan con la adopción de las medidas tendientes a realizar los objetivos de la Convención⁽²⁸⁾.

c) *Obligaciones y aclaraciones para los gobiernos que ratifican*

Es preciso indicar que la Convención adopta medidas coercitivas cuando existe la sospecha de que han sido violadas disposiciones de esta Convención⁽²⁹⁾. Es interesante hacer notar que la Convención declara que no se aplica a las poblaciones indígenas que practican la caza de esta foca según métodos tradicionales⁽³⁰⁾.

7) El 24 de enero de 1959 se adopta la *Convención sobre la Pesca en el Atlántico del Noreste*⁽³¹⁾.

a) *Objetivos*

Se persigue asegurar la conservación y explotación racional de las poblaciones en el Atlántico del Noreste y sus aguas adyacentes. Al igual que en su homóloga convención sobre la pesca en el Atlántico del Noroeste, la misma tiene una intención esencialmente cuantitativa.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Es preciso aclarar que esta Convención es en relación a los mares situados aproximadamente entre los 36 grados de latitud norte y 42 grados de latitud oeste, 51 grados longitud este, con la excepción del Mediterráneo y del Mar Báltico. Asimismo, la zona está dividida en varias regiones⁽³²⁾.

Se crea una Comisión sobre la pesca en el Atlántico del Noroeste y esta Comisión es la que está encargada de revisar las medidas así como de adoptarlas, que sean necesarias para la conservación de las poblaciones de peces y recomienda a las partes implicadas la base de los resultados de todas las investigaciones y encuestas científicas que se realizan para la conservación de las especies en estudio⁽³³⁾. Esta Con-

(28) Ver art. 5 de la Convención.

(29) Ver art. 6 de la Convención.

(30) Ver art. 7 de la Convención.

(31) Lugar de adopción: Londres. Entró en vigor el 27 de junio de 1963. Depositario: Reino Unido.

(32) Ver art. 1 de la Convención.

(33) Ver art. 6 de la Convención.

vención está referida esencialmente a los peces de mar y crustáceos, pero no a los mamíferos marinos⁽³⁴⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Esencialmente está referido no sólo a la adopción de las medidas que la Comisión ordena, sino a respetar y obligar que se respeten las dimensiones de los tipos, tamaños de las especies que se capturan, las épocas y las zonas de prohibición, así como la reglamentación en general sobre los equipos de pesca.

8) El 7 de julio de 1959 se adopta un *acuerdo relativo a la pesca en el Mar Negro*⁽³⁵⁾.

a) *Objetivos*

Se pretende la utilización racional de los recursos pesqueros y el desarrollo de la pesca dentro del Mar Negro.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Como en la mayoría de estos acuerdos y tratados se crea una Comisión mixta para elaborar las medidas y reglamentación de la pesca en dicha porción del Mar Negro. Asimismo, esta Comisión puede modificar, si es necesario, algunos artículos para lograr el intercambio de información entre los Estados. La Comisión tendrá por obligación el definir la talla mínima de los pescados que pueden ser capturados⁽³⁶⁾.

c) *Obligaciones de los Gobiernos que ratifican*

Cada Estado queda en la obligación de crear puertos de refugio para lograr dar acogida a los barcos de pesca de cada uno de los Estados que ratifican, en los casos en que se den malos tiempos en el Mar Negro.

Por otro lado, los países cooperando uno con otro, deben mejorar las técnicas de pesca y la investigación científica. Asimismo, debe existir obligatoriamente entre los Estados intercambio de información so-

(34) Ver art. 7 de la Convención.

(35) El mismo año entró en vigor. Lugar de adopción: Varna. Depositario: Bulgaria.

Existe en un sentido parecido a esta Convención, la Convención sobre Pesca y Conservación de Recursos Biológicos en el Mar Báltico. Adoptada el 13 de setiembre de 1973 en Gdansk. Entró en vigor el 28 de junio de 1974. Sus disposiciones, muy parecidas a las de la Convención en comentario, se aplican específicamente al Mar Báltico y los Belts.

(36) Ver arts. 5, 8 y 9 del acuerdo.

bre las migraciones de peces, sobre la investigación científica y también el avance en las técnicas de pesca⁽³⁷⁾.

9) El 24 de setiembre de 1959 se llega a un *acuerdo relacionado con la creación de un Consejo General de Pesca para el Mediterráneo*⁽³⁸⁾.

a) *Objetivos*

El objetivo de este acuerdo está esencialmente relacionado con la pesca en el Mar Mediterráneo, tal y como el título del mismo acuerdo lo dispone. Sin embargo, debe aclararse que en el objetivo fundamental está implícito, o más bien directamente, *se busca la utilización racional del recurso pesca en el Mediterráneo y en las aguas adyacentes al Mar Mediterráneo*. Lógicamente, a través del mismo se busca la cooperación internacional para lograr ese objetivo.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Dentro del marco de la Organización Mundial para la Alimentación (F.A.O.) se persigue con este acuerdo la creación de un Consejo General de la Pesca en el Mediterráneo.

Al igual que en la mayoría de los acuerdos analizados, las recomendaciones básicas tienden a unir esfuerzos en lo que respecta a la investigación que será realizada esencialmente por el Consejo General creado, para tratar de lograr un máximo de publicaciones y estudios que permitan proponer las medidas relacionadas con la normalización de las posibilidades de pesca dentro del Mar Mediterráneo. Además, se pretenden recomendar técnicas y lograr una nomenclatura de los recursos acuáticos que permitan precisamente la utilización racional de los mismos.

Teniendo el Mar Mediterráneo características especiales como son el de ser un mar interno, sus recursos acuáticos son específicos a esa zona y la intención de lograr una nomenclatura es la de saber específicamente cuál especie se puede pescar en un período de tiempo determinado, cuál en otro, y cuál es el número de especies que los pescadores podrán utilizar sin agotar el recurso.

10) *Convención sobre la pesca en el Mar Negro*⁽³⁹⁾.

a) *Objetivos*

(37) Ver arts. 1, 2, 6 y 7 del acuerdo.

(38) Entró en vigor el 3 de diciembre de 1963. Tiene enmiendas que es le han realizado. El lugar de adopción es en Roma. Depositario: F.A.O.

(39) Día de adopción el 7 de julio de 1959 en Varna. Entró en vigor el 21 de marzo de 1960. Los únicos países que se han suscrito son Rumania, Bulgaria y U.R.S.S.

La utilización racional y el desarrollo de la pesca en el Mar Negro.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Como sucede en la mayoría de las Convenciones se crea una Comisión mixta para elaborar las reglamentaciones de la pesca y para modificar, si es necesario, todos los aspectos técnicos relacionados con el tipo y tamaño de las especies explotables⁽⁴⁰⁾.

Otros puntos se refieren a que cada Estado debe crear puertos de refugio para los barcos de pesca que se vean afectados por el mal tiempo⁽⁴¹⁾.

Además del tamaño mínimo de las especies que señala la Comisión, las partes que suscriben intercambian información sobre la migración de los peces, la investigación científica y las técnicas de pesca. Todos ellos se obligan al mejoramiento de las técnicas de pesca y al desarrollo de la investigación científica en este campo⁽⁴²⁾.

11) El 29 de abril de 1968 se adopta la *Convención sobre la Pesca y la Conservación de los Recursos Biológicos de la Alta Mar*⁽⁴³⁾.

a) *Objetivos*

Básicamente pretende, a través de la cooperación internacional resolver los problemas que intervienen en la conservación de los recursos biológicos, pero específicamente en relación a la alta mar. Esto, estableciendo la diferencia fundamental con lo que podrían ser las aguas territoriales y las aguas patrimoniales. El objetivo es realizar esta conservación, tomando en cuenta que la puesta en marcha de técnicas modernas de pesca traen aparejados riesgos de sobre explotación para ciertos recursos.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Es preciso decir que al igual que la mayoría de las otras Convenciones, existe una Comisión Especial que es la encargada de arreglar todos los conflictos que se pudieran presentar en lo que respecta a las medidas que los Estados está obligados a adoptar y en los conflictos que

(40) Ver arts. 8 y 9 de la Convención.

(41) Ver art. 2 de la Convención.

(42) Ver arts. 1, 5, 6 y 7 de la Convención.

(43) Adoptada en Ginebra. Entró en vigor el 20 de marzo de 1966. Depositario: La Secretaría General de la O.N.U. Costa Rica la ratificó por Ley N° 5032 de 27 de julio de 1972.

se pueden presentar en alta mar, en relación a la conservación de los recursos ahí existentes⁽⁴⁴⁾.

Además, los Estados costeros que pueden tener un interés particular sobre la alta mar, pueden adoptar unilateralmente para esas regiones, medidas de conservación que se aplican a otros Estados si las mismas tienen un carácter imperativo. Lógicamente las medidas aplicables tienen que estar fundadas sobre la investigación científica y no en la simple discriminación en relación a los pescadores extranjeros⁽⁴⁵⁾.

c) *Obligaciones de los Gobiernos que ratifican*

Los Estados que ratifican la Convención están en el deber de adoptar o de cooperar con los otros Estados en relación a la adopción de las medidas que se pueden aplicar a las personas de cada país que se dedican a la pesca, o que pueden llegar a tener relación directa con la conservación de los recursos biológicos en la alta mar⁽⁴⁶⁾. Es por ello, que las decisiones imperativas que toma cada Estado en relación a esta conservación tienen fuerza obligatoria para los Estados afectados, y en todo caso, las medidas que se adopten van a ser tendientes a que cada uno de los Estados que haga uso de los recursos biológicos de la alta mar se asegure una cantidad suficiente de productos para alimentar su población⁽⁴⁷⁾.

12) *Convención sobre la conservación de los recursos biológicos del sureste Atlántico*⁽⁴⁸⁾.

a) *Objetivos*

Se relaciona con la cooperación para la explotación racional de los recursos biológicos en el sureste del Atlántico.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Esta Convención, tiene mucho interés, el hecho de haber creado una Comisión Internacional para la pesca en esta parte del Atlántico⁽⁴⁹⁾. La importancia de la Comisión radica en que se le hace responsable de:

(44) Ver arts. 9 y 11 de la Convención.

(45) Ver arts. 6 y 7 de la Convención.

(46) Ver art. 1 de la Convención.

(47) Ver art. 2 de la Convención.

(48) Fue adoptada el 23 de octubre de 1969 en Roma. Entró en vigor el 24 de octubre de 1971. Depositario: F.A.O.

1. La investigación sobre la ecología, biometría, la abundancia y el medio ambiente de los recursos biológicos de la zona.

2. Realiza el análisis y publicaciones de investigaciones científicas en relación al objetivo de la Convención⁽⁵⁰⁾.

3. La Comisión debe establecer comités regionales y comités de poblaciones en relación a algunas de las especies de recursos biológicos que se considera necesario proteger. Estos comités deben realizar encuestas y recomendaciones sobre las medidas aplicables en la región y a la especie asignada al grupo.

c) *Obligaciones de los Gobiernos que ratifican*

Los países signatarios deberán al máximo respetar las recomendaciones que haga la Comisión en materia de pesca. Lo anterior en relación al tamaño de los peces, la apertura y el cierre de las épocas de pesca, la reglamentación sobre el material de pesca, tamaño de redes, tipo de instrumentos, etc., y además las cantidades a pescar.

II PARTE

EL DERECHO DEL MAR Y LA LUCHA CONTRA LA CONTAMINACION

1) *Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación del Mar por Hidrocarburos*⁽⁵¹⁾.

a) *Objetivos*

Básicamente es tratar de tomar las medidas para evitar la contaminación de las aguas marinas en general por los hidrocarburos que son arrojados por naves marinas.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Se aplica a todas las naves registradas en el territorio de un Estado parte, o de naves que tengan la nacionalidad. Existe la excepción de los petroleros de menos de 150 toneladas y de menos de 500

(49) Ver art. 4 de la Convención.

(50) Ver art. 6 de la Convención.

(51) Se adoptó el 12 de mayo de 1954 en Londres. Entró en vigor el 26 de julio de 1958. Tiene reformas realizadas el 11 de abril de 1962 que entraron en vigor el 18 de mayo de 1967.

toneladas. Asimismo, las naves pertenecientes a la marina y las naves balleneras⁽⁵²⁾.

En el anexo a) de la Convención se da una lista de zonas en las que es prohibido a los petroleros descargar. Asimismo, las naves de más de 20.000 toneladas construidas después de la entrada en vigor de esta Convención no tienen derecho de descargar, y cualquier otra nave no puede descargar, si no es a una distancia lo más alejada posible de las costas⁽⁵³⁾.

Las únicas excepciones a lo fijado en el artículo 3 son los estados den ecesidad y urgencia para la seguridad de la nave y de vidas humanas, o para evitar que alguna mercadería sufra daños.

En los casos de fugas inevitables solamente se dará esta excepción si todas las medidas se han tomado para minimizar los riesgos⁽⁵⁴⁾.

Las partes deberán ofrecer instalaciones portuarias acondicionadas para recibir los productos residuales y las mezclas de hidrocarburos.

Por otro lado, la obligación no solamente se da en los puertos sino también en los puntos de carga de petróleo⁽⁵⁵⁾.

Las reformas a esta Convención realizadas en 1971 van dirigidas a reglamentar el tamaño de los petroleros para evitar las posibilidades de grandes accidentes de petroleros en el mar. Su aplicación va dirigida a todos los petroleros que entrarían en funcionamiento a partir del 1 de enero de 1977 y a aquellos cuya solicitud de construcción fue hecha después del año 1972.

Todo petrolero que haya respetado las normas dadas deberá poseer un certificado autorizado por el gobierno respectivo.

Por último, es necesario agregar que el anexo c) de estas reformas a la Convención contiene las normas detalladas aplicables en lo que respecta al tamaño de los petroleros.

Otras reformas realizadas dos años antes, pretenden evitar al máximo el escape de hidrocarburos en el mar. Se reforma, entonces, el artículo 9 de la Convención para hacer más estrictas las disposiciones de los registros de hidrocarburos. Se reforma el art. 7 para dar un término de doce meses para que todos los barcos petroleros sean equipados de tal forma que el hidrocarburo no tenga posibilidad de escape, aún en las aguas poco profundas.

(52) Ver art. 2 de la Convención.

(53) Ver art. 3 de la Convención.

(54) Ver art. 4 de la Convención.

(55) Ver art. 8 de la Convención. Las naves objeto de esta Convención tienen la obligación de tener un registro de carga de hidrocarburos que se describe en el anexo b) y que debe llenarse cada vez que estas operaciones tienen lugar.

También se reforma el art. 3 en lo que respecta a las excepciones sobre posible vertimiento, a ciertos petroleros, haciendo más estrictas las medidas⁽⁵⁶⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Todas las partes firmantes enviarán a las Naciones Unidas los textos de las leyes, decretos y resoluciones judiciales que *se hayan aplicado internamente* en cumplimiento de la Convención. Además, existe la obligación de expedirle a las naves petroleras el certificado de estar acorde con la reglamentación nueva, fijada en las reformas ya citadas.

2) *Convención sobre la Plataforma Continental*⁽⁵⁷⁾.

Fue adoptada el 29 de abril de 1958⁽⁵⁸⁾. Fue ratificada por Costa Rica, Ley N° 4936 de 28 de diciembre de 1971.

a) *Objetivos*

Básicamente trata de definir y delimitar los derechos de los Estados en la exploración y explotación de los recursos naturales existentes en la Plataforma Continental.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

La intención fundamental es la de lograr que las actividades de exploración y de explotación no provoquen ninguna interferencia injustificada con la navegación. Por otro lado, ni la pesca ni la conservación de los recursos biológicos del mar, ni tampoco la investigación científica debe verse afectada por las actividades exploratorias o de explotación que los países miembros realizan⁽⁵⁹⁾.

(57) Entró en vigor el 10 de junio de 1964. Fue adoptada en Ginebra. Depositario: Secretaría General de la O.N.U.

(58) Es preciso señalar, aunque no se va a analizar, que existe la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, adoptada el 29 de abril de 1958, en Ginebra. Entró en vigor el 10 de setiembre de 1964. Costa Rica la ratificó por Ley N° 5031 de 26 de julio de 1972. Su relación con la Convención comentada en el texto, tiene que ver con aspectos relacionados con la soberanía del Estado en sus costas cercanas, fuera de su territorio y de sus aguas interiores. Tiene relación con la modificación del art. 6 de nuestra Constitución actual. Un aspecto importante de señalar estriba en que al extender nuestro mar territorial a 12 millas, lógicamente esto implica posibilidad de tomar disposiciones de orden administrativo, legal, dentro de las mismas. Todo lo anterior, para efectos de lucha contra la contaminación y protección de especies marinas.

(59) Vert. art. 5 de la Convención.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Básicamente los Estados costeros tienen como derecho el de ejercer sus derechos soberanos y exclusivos sobre la plataforma continental. Lógicamente los derechos van dirigidos a la exploración y explotación de los recursos que en ella se encuentran⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, estos derechos de los Estados costeros tienen como limitación la no interferencia con las actividades que en general vayan dirigidas, sobre todo, a la conservación de los recursos biológicos del mar, y necesariamente, entonces, a los que se encuentran específicamente y sobre todo en la plataforma continental.

3) *Convención sobre la Alta Mar*⁽⁶¹⁾.

a) *Objetivos*

Codificar las reglas del Derecho Internacional relacionadas con la Alta Mar.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Los Estados elaborarán los reglamentos para impedir la contaminación del mar por hidrocarburos transportados por mares y en los oleoductos o como resultado de la exploración y explotación de los fondos marinos⁽⁶²⁾.

Los Estados deberán tomar medidas para impedir la contaminación de las aguas del mar por el vertimiento de desechos radioactivos; asimismo, velarán por lograr en el espacio aéreo la protección contra esas sustancias u otros agentes nocivos⁽⁶³⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Deberá existir una cooperación con las instituciones internacionales en la toma de las medidas relacionadas con la contaminación de los mares y el espacio aéreo, por las sustancias y agentes nocivos ya citados en la presente Convención.

(60) Ver art. 1 de la Convención.

(61) Adoptada el 29 de abril de 1958 en Ginebra. Entró en vigor el 30 de setiembre de 1962. Depositario: Secretaría General de las Naciones Unidas.

Existe un entendimiento provisional sobre materias relacionadas con el lecho marino profundo, adoptado el 3 de agosto de 1984 en Ginebra. Nótese que está en el estado de un simple entendimiento y no de Convención ni Tratado.

(62) Ver art. 24 de la Convención.

(63) Ver art. 25 de la Convención.

Además, la elaboración de los reglamentos para tratar de evitar la contaminación por los hidrocarburos.

4) *Convención sobre la prohibición de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio y comprendiendo también bajo el agua*

Fue adoptada el 5 de agosto de 1963⁽⁶⁴⁾. Ratificada por Costa Rica, según Ley N° 3641 de 16 de diciembre de 1965.

a) *Objetivos*

La posibilidad de un acuerdo de desarme general y completo que esté conforme con las finalidades de la O.N.U. y controlado internacionalmente. Lleva como intención el finalizar con la carrera armamentista y toda la producción de ensayos nucleares de todo tipo.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Las partes se comprometen a impedir y abstenerse de efectuar cualquier explosión experimental de armas nucleares o cualquier explosión nuclear dentro de los límites de su jurisdicción. Los límites que se ponen a los ensayos abarcan la atmósfera y más allá de sus límites, aún comprendiendo el espacio extratmosférico, bajo el agua, tomando en cuenta no sólo las territoriales sino también el alta mar. Además, los países deben respetar el realizar las explosiones en lugares que aunque no estén dentro de su jurisdicción pudieron provocar la caída de desechos radioactivos fuera de los límites territoriales del propio Estado.

5) *Acuerdo para la cooperación en materia de lucha contra la contaminación de las aguas del Mar del Norte por hidrocarburos.*

Fue adoptado el 9 de junio de 1969⁽⁶⁵⁾.

a) *Objetivos*

Básicamente se trata de lograr la cooperación de los Estados costeros aportando la mano de obra, el material y el equipo así como los

(64) Entró en vigor el 10 de octubre de 1963, en Moscú. Depositario: U.R.S.S. En igual sentido podemos citar la Convención o Tratado sobre Prohibición de Emplazar Armas Nucleares y otras Armas de Destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo; ratificada por Costa Rica por Ley N° 6361 de 5 de agosto de 1979. Además, el Tratado Latinoamericano para prohibición de las Armas Nucleares, ratificado por Ley N° 4369 de 13 de agosto de 1969.

(65) Entró en vigor el 9 de agosto de 1969. Se adoptó en Bonn. Depositario: República Federal de Alemania.

consejos técnicos en los casos de derrame de hidrocarburos o de otras sustancias nocivas en el Mar del Norte.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos.*

Se divide el Mar del Norte en zonas. En cada una de las cuales va a existir responsabilidad para cada una de las partes. Se señala que el Mar protegido está comprendido al sur a la latitud 61 y La Mancha al este en una línea situada a 50 millas náuticas al oeste de una línea que se junta con las islas de Sicilia y Quessant⁽⁶⁶⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican.*

Sobre todo se trata para las partes de cooperar manteniéndose informadas sobre los accidentes en los cuales los derrames de hidrocarburos permitan determinar las responsabilidades de los capitanes y navíos desde los cuales se han producido, y para que estos también alerten sobre posibles derrames a los países afectados. Los países solicitarán ayuda de cualquier otro país que pueda ser tocado por el derrame.

6) *Convención Internacional para la responsabilidad civil por los daños debidos a la contaminación de hidrocarburos.*⁽⁶⁷⁾ *Convención sobre la responsabilidad civil en el dominio del transporte marítimo de materiales nucleares*⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾.

Estas dos convenciones es preciso verlas juntas, en virtud de que ambas tienen principios básicos sobre la responsabilidad derivada de accidentes relacionados con los hidrocarburos, con la materia nuclear⁽⁷⁰⁾.

(66) Ver arts. 2 y 6 de la Convención.

(67) Adoptada el 29 de noviembre de 1969 en Bruselas. Entró en vigor el 19 de junio de 1975.

(68) Se adoptó el 17 de diciembre de 1971, en Bruselas. Entró en vigor el 15 de julio de 1977.

(69) Existe además una Convención sobre responsabilidad civil por contaminación por hidrocarburos resultante de la exploración y explotación de recursos minerales en los lechos marinos, adoptada el 17 de diciembre de 1976, abierta a las firmas en mayo de 1977. Lugar de adopción: Londres.

(70) Existe una Convención Internacional para la Creación de un Fondo Internacional derigido a la indemnización de daños por la contaminación de hidrocarburos. Fue adoptada el 18 de diciembre de 1971 en Bruselas. En realidad esta Convención tiende a completar la Convención del 29 de noviembre de 1969, todo con la finalidad de poder asegurar que exista una compensación adecuada a las personas que han sufrido por la contaminación resultante de la fuga y vertimiento de hidrocarburos. La Convención crea el fondo, precisamente para compensar los montos no indemnizados en virtud de la Convención de 1969 ya citada. Con el

En la Convención sobre responsabilidad civil por hidrocarburos:

a) *Objetivos*

Asegurar una compensación adecuada a todas las personas víctimas de daños causados por la contaminación, por fugas, vertimientos provenientes de barcos petroleros, y además unificar la reglamentación y los procedimientos internacionales para determinar en forma adecuada la responsabilidad y la compensación en cada uno de los casos.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos.*

Esta Convención tiene un avance importante, cual es el de consagrar un tipo de responsabilidad objetiva. Todo propietario de una nave que cause daños por hidrocarburos es responsable ante los afectados. Solamente se prevén las siguientes eximentes:

- a. Acto de guerra.
- b. Un fenómeno natural excepcional.
- c. Acto criminal de tercero.
- d. La negligencia de un gobierno u otro organismo en el mantenimiento de las ayudas a la navegación.⁽⁷¹⁾

Además, se prevén otros límites a la responsabilidad en el artículo 5 de la Convención. También se excluyen las naves de guerra (art. 11).

Por otro lado, en los casos en que dos o más naves fueran causantes del daño, los propietarios son responsables solidariamente⁽⁷²⁾.

Por último, las naves que transportan un cargamento de más de 1000 toneladas de hidrocarburos deben estar aseguradas⁽⁷³⁾.

En el caso de la Convención sobre Responsabilidad sobre materia nuclear:

fondo no se podrán pagar, eso sí, daños causados por actos de guerra u hostilidad diversos, ni por los vertimientos provenientes de un navío de guerra. El fondo tiene un límite de 450 millones de francos para todo accidente. Pagan la contribución las personas que utilizando el transporte marítimo de petróleo, en el año civil anterior a la entrada en vigor de la Convención, hayan recibido cantidades de petróleo superiores a 150.000 toneladas. La contribución se calcula por tonelada de hidrocarburo y por una Asamblea Especial del Fondo (ver art. 10 a 12 de la Convención).

(71) Ver art. 3 de la Convención.

(72) Ver art. 4 de la Convención.

(73) Ver art. 7 de la Convención.

a) *Objetivos*

Siguiendo los pasos de la Convención de París de 29 de julio de 1960 y la Convención de Viena de 21 de mayo de 1963, esta Convención tiene como objetivo tratar de asegurar que los responsables de una instalación nuclear sean exclusivamente responsables del daño causado por un incidente nuclear al momento del transporte marítimo de la materia nuclear.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

La Convención va en el sentido de anular las Convenciones de París y de Viena, al tratar de garantizar al máximo los daños causados al transportista y a la instalación. Además de que excluye de responsabilidad a muchas personas que están relacionadas con el transporte marítimo de materia nuclear.

7) *Convención Internacional sobre la intervención en Alta Mar en casos de accidente que puedan acarrear la contaminación por hidrocarburos*⁽⁷⁴⁾.

a) *Objetivos*

Permitir a los países la toma de medidas en la región del Alta Mar, en caso de accidente marítimo que podrían acarrear peligros derivados de una contaminación del mar, o de las costas, por hidrocarburos. Dejando claro que estas medidas no pueden afectar el principio de libertad de la alta mar.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Se le otorga al Estado costero la libertad de tomar medidas para la alta mar, que van desde los casos de extrema urgencia en que no se pueden tomar las medidas de inmediato; a los casos en que antes de tomarse las medidas el Estado debe notificar a los demás Estados de los petroleros abanderados, sobre las medidas que se van a tomar, o sobre la consulta de expertos independientes⁽⁷⁵⁾.

Las medidas no pueden ir más allá de lo que es racionalmente, y todas en relación al objetivo básico de la Convención⁽⁷⁶⁾.

Las medidas mencionadas deben ser dirigidas sobre todo a prevenir, pero también a eliminar un peligro grave que amenace al país.

(74) Adoptada el 29 de noviembre de 1969 en Bruselas. Entró en vigor el 6 de mayo de 1975.

8) *Convención para la prevención de la contaminación marina por las operaciones de inmersión efectuadas por naves marinas y aeronaves*⁽⁷⁷⁾.

a) *Objetivos*

Controlar las operaciones relacionadas con la inmersión de sustancias que pudieran afectar la vida en el mar, provocada por naves marinas y aeronaves. Es aplicable a los océanos Atlántico y Artico del Norte, de los 36 grados de latitud norte, al este de 42 grados de longitud oeste y al oeste de 51 grados de longitud este.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

En el anexo primero hay una enumeración de materias que están prohibidas su inmersión en el mar⁽⁷⁸⁾.

Por otro lado, la inmersión de las materias enumeradas en el anexo dos sólo es permitida con un permiso especial⁽⁷⁹⁾.

El anexo tercero contiene las disposiciones que se relacionan con los procedimientos para obtener los permisos y sobre las características de los desechos, así como los sitios en que se puede realizar la inmersión y los métodos.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Están obligados a aplicar medidas para evitar operaciones de inmersión en zonas que no sean las delimitadas⁽⁸⁰⁾.

Asimismo, las naves están obligadas a respetar las disposiciones para las naves marítimas y aeronaves inmatriculadas, cuyas materias deberán ser descargadas en su territorio.

9) *Convención para la prevención de la contaminación del mar como resultado de la inmersión de desechos*⁽⁸¹⁾.

a) *Objetivos*

(75) Ver art. 3 de la Convención.

(76) Ver art. 5 de la Convención.

(77) Adoptada el 15 de febrero de 1972 en Oslo. Entró en vigencia el 7 de marzo de 1974.

(78) Ver art. 5 de la Convención.

(79) Ver art. 6 de la Convención.

(80) Ver art. 3 de la Convención.

(81) Adoptada el 29 de diciembre de 1972. Entró en vigor el 30 de agosto de 1975. Costa Rica la ratificó por Ley No. 5566 del 26 de agosto de 1974.

Es fundamental la lucha contra la contaminación del mar, resultante de la operación de inmersión de desechos en su carácter más general. Asimismo, pretende brindar impulso a la conclusión de acuerdos regionales que completan la presente Convención.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

La Convención tiene la importancia de que se aplica a todos los mares y cualquier tipo de inmersión deliberada de desechos que no sean los del funcionamiento normal de las naves y aeronaves.

En el anexo primero se encuentran las materias cuya inmersión es prohibida del todo. En el anexo segundo se encuentran las que son autorizadas solamente con un permiso especial, y las enumeradas en un anexo tercero, por permiso general⁽⁸²⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

Las partes deberán establecer órganos (autoridades designadas específicas) que serán los encargados de otorgar los permisos, de tener los registros y de mantener un control sobre la condición de los mares.⁽⁸³⁾

Asimismo, las partes están obligadas a tomar medidas para todas las aeronaves y naves marítimas con matrícula del país específico y para las aeronaves que cargan sobre un territorio o mar territorial⁽⁸⁴⁾.

Por último, en los casos en que existan intereses particulares en ciertas regiones marinas, se impulsa la conclusión de acuerdos regionales para prevenir la contaminación del mar, así como la formación de personal, el intercambio de material de investigación y sobre todo, el material relacionado con la eliminación y tratamiento de desechos⁽⁸⁵⁾.

10) *Convención Internacional para la prevención de la Contaminación Ambiental por las naves*⁽⁸⁶⁾.

a) *Objetivos*

Lograr preservar el medio marino, asegurando la eliminación total de la contaminación intencional por hidrocarburos y otras sustancias nocivas, tratando de minizar el vertimiento accidental de cualquiera de estas sustancias.

(82) Ver art. 4 de la Convención.

(83) Ver art. 6 de la Convención.

(84) Ver art. 7 de la Convención.

(85) Ver arts. 8 y 9 de la Convención.

(86) Adoptada el 2 de noviembre de 1973 en Londres.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Esta Convención es en realidad el instrumento que se ha utilizado para poner en vigor protocolos y anexos sobre sustancias cuyo vertimiento es negativo para la vida marina, y sobre reglamentación que se debe tener para cumplirla.

Así vemos que el anexo 1 contiene la reglamentación para la prevención de la contaminación por hidrocarburos, conteniendo una lista detallada de los mismos. El anexo dos contiene las disposiciones para las sustancias líquidas nocivas; otras que no sean hidrocarburos. El anexo tres, para sustancias transportadas en containers, cisternas portátiles o vagones, cisternas de cualquier tipo. El anexo cuatro sobre las aguas usadas por naves marítimas. El anexo cinco relacionado con las basuras provenientes de las naves.

11) *Convención para la prevención de la contaminación marina de origen telúrico*⁽⁸⁷⁾.

a) *Objetivos*

Es uno de los tratados que se han dado para conseguir progresivamente la protección del medio marino contra la contaminación marina.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Primero que nada se crea una Comisión para supervisar la puesta en vigor de la Convención. La misma deberá vigilar los mares que son cubiertos por esta Convención. Esta estará integrada por las partes firmantes del presente Convenio. Es preciso agregar que tiene también un carácter técnico pues estará encargada de elaborar los programas y medidas necesarias para la reducción de la contaminación marina. Asimismo, reformará las listas contenidas en el Anexo A de esta Convención⁽⁸⁸⁾.

La Convención se aplicará en los océanos Atlántico y Artico del Norte 36 grados de latitud norte, al este de 42 grados de longitud oeste y al este de 51 grados de longitud este con excepción del Mar Báltico y el Mediterráneo⁽⁸⁹⁾.

Las partes se comprometen a eliminar la contaminación de origen telúrico por sustancias que por considerarse nocivas están enumeradas

(87) Adoptada el 4 de junio de 1974, en París. Esta Convención abierta para ser firmada por todos aquellos que participaron en la Conferencia de París para la prevención de la contaminación marina por las operaciones de inmersión por aeronaves y naves marinas en 1972.

(88) Ver art. 16 de la Convención.

(89) Ver art. 2 de la Convención.

en el Anexo A de la presente Convención. El Anexo se divide en dos. Las sustancias enumeradas en la primera parte del anexo, las partes se comprometen a eliminar las mismas por completo, y a limitar al máximo las contenidas en la segunda parte del mismo⁽⁹⁰⁾.

c) *Obligaciones de los gobiernos que ratifican*

La primera obligación es la de reducir cualquier tipo de contaminación de origen telúrico; pero además, se comprometen a reducir al máximo la existente. En los casos de contaminación grave de origen telúrico, deberán firmarse acuerdos para consulta y negociación. Todo tendiente a lograr una cooperación satisfactoria en estos campos.

Debe existir como complemento a todo lo anterior programas dirigidos a la investigación científica y técnica en los campos que afecte el convenio. Es preciso además, lograr una vigilancia continua⁽⁹¹⁾.

12) *Convención para la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación*⁽⁹²⁾.

a) *Objetivos*

Lograr la cooperación internacional para la protección del medio marino en el Mediterráneo. Los países que por limítrofes con el mismo, buscan lograr una acción coordinada para la protección del mismo⁽⁹³⁾.

b) *Recomendaciones y mecanismos para lograr los objetivos*

Las partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para prevenir la contaminación en este mar que sea causada esencialmente por:

- a) operaciones de inmersión causada por naves marinas y aeronaves.
- b) inmersión de naves y aeronaves causadas por la explotación del fondo de los mares o de su subsuelo.
- c) por la contaminación proveniente de los principales ríos de cada país.
- d) por establecimientos costeros de cualquier otra fuente costera que pueda generar contaminación telúrica⁽⁹⁴⁾.

(90) Ver arts. 4 y 9 de la Convención.

(91) Ver arts. 10 y 11 de la Convención.

(92) Sobre este mar existen cuatro protocolos: dos en 1976, uno en 1980 y otro en 1982.

(93) Adoptada el 16 de febrero de 1976 en Barcelona.

(94) Ver arts. del 5 al 8 de la Convención.

c) Obligaciones de los gobiernos que ratifican

Lo primero es la toma de las medidas que sean necesarias contra cualquier tipo de contaminación, para ello tratarán de incrementar la investigación científica y técnica sobre todos los tipos posibles de contaminación marina. Asimismo, deberá darse la cooperación para establecer los procedimientos para determinar la responsabilidad, la compensación en materia de daños resultantes de las violaciones a la Convención y a los Protocolos⁽⁹⁵⁾.

CONCLUSION

Es innegable que en los últimos 4 años el Derecho Internacional relacionado con el Medio Ambiente ha tenido una evolución rápida. Asimismo, las creaciones jurídicas que se han analizado dentro de este campo muestran ya la preocupación que existe desde los años 40's, por dar una respuesta a un problema que afecta ya no sólo a un país, sino al planeta Tierra en su conjunto.

Por otro lado, es interesante advertir cómo la mayor parte de los Tratados en el campo del Derecho Internacional del Medio Ambiente se han dado para la protección en el dominio marítimo.

Por un lado, la necesidad de regular la pesca, en cuanto a la forma, la cantidad de algunas especies y algunas áreas marítimas que por su localización ameritan un mayor control. Por otra parte, la preocupación también ha sido canalizada en torno a la lucha contra la contaminación de los mares en general.

Debemos advertir también, que Costa Rica ha ratificado algunos Tratados importantes. Sin embargo, existen algunos otros que ameritaría estudiarlos para que Costa Rica los ratifique.

Si bien es cierto se discute bastante sobre la aplicabilidad o no de muchos de estos instrumentos, en realidad permanece siempre la interrogante sobre la efectividad del Derecho Internacional. Creemos en la importancia de que se vaya creando conciencia de la necesidad de un Derecho Ambiental del planeta Tierra; suena extraño, tal vez, pero ya muchos hablan de que los problemas ambientales tienen tanta trascendencia internacional en relación a las economías, la posibilidad de desarrollo, utilización de tecnologías, etc., que podría irse pensando en una conciencia mundial y en autoridades mundiales para realizar una óptima protección del Medio Ambiente. Debemos lograr un equilibrio del hombre con su medio, que le permita al planeta Tierra seguir siendo lo que hasta ahora, mal que bien, el único refugio de la especie humana hasta hoy conocido.

(95) Ver arts. 11 y 12 de la Convención.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- 1) ROMERO, (Jorge E.), *El Derecho del Mar*, Imprenta Nacional, San José, 1985.
- 2) SCOVAZZI, (Tulio), *GLIACCORDI BILATERALI SULLA PESCA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1977.
- 3) TREVES, (Tulio), PISILLO, (R.), *LA RICERCA SCIENTIFICA NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL MARE*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1978.
- 4) STARAGE, (Vicenzo), FILIPPO, (Antonio), *LA PROTEZIONE INTERNAZIONALE DEL MARE CONTRO L'INQUINAMENTO*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1979.
- 5) AMATO, (Luciano), DE CESARI, (Patrizia) y otros, *LA GIURIS PRUDENZA ITALIANA SUL DIRITTO DEL MARE*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1979.
- 6) MIGLIORINO, (Luigi), *FONDI MARINI E ARMI DI DISTRUZIONE DI MASA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1980.
- 7) BASTIANELLI, (F.), QUENEUEDEC, (J. P.) y otros, *LO SFRUTTAMENTO DEI FONDI MARINI INTERNAZIONALI*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1982.
- 8) PICONE, (Paulo), HANDI, (Gunther) y otros, *DIRITTO INTERNAZIONALE E PROTEZIONE DELL'AMBIENTE MARINO*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1983.
- 9) CONFORTI, (B), SCOVAZZI, (T.) y otros, *LA ZONA ECONOMICA ESCLUSIVA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1983.
- 10) SCOVAZZI, (Tulio), *LA PESCA NELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL MARE*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1984.

REVISTAS:

REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT, Abril, 1980, Publications Périodiques Spécialisee, Lyon, France.

LEGISLACION:

- 1) Colección de Tratados, Convenciones y otros instrumentos de la ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS.
- 2) DE CESARI, (P.), MIGLIORINO, (L.) y otros, *INDEX OF MULTILATERAL TREATIES ON THE LAW OF THE SEA*, Dott. A. Giuffré Editore, Studi e Documenti sul Diritto Internazionale del mare, Milano, 1985.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO:

Sus directrices básicas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático Universidad de Costa Rica
Profesor de Derecho Administrativo
Miembro del Instituto
de Investigaciones Jurídicas

Sirva este pequeño trabajo como un medio para renovar mi agradecimiento al Maestro Eduardo García de Enterría, fundador y guía de la Escuela de Madrid, a la cual tuve el privilegio de ser miembro activo y ponente, en los años 70's.

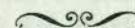
El Dr. García de Enterría no solo fue mi director real y efectivo de mi Tesis de Doctorado (a la que le escribió una brillante Presentación), sino que me brindó su amistad leal y sincera, su tutoría, sus magníficas clases, sus seminarios y la Revista de Administración Pública.

SUMARIO

- Siglas más usadas
Resumen
Presentación
Introducción
- 1) Qué es el contrato?
 - 2) Contratos del Estado
 - 3) Principios del contrato
 - 4) Particularidades del contrato administrativo
 - 5) Definición del contrato administrativo
 - 6) Elementos rectores
 - 7) Principios propios del contrato administrativo
 - 8) Formalización
 - 9) Interpretación
 - 10) Ejecución
 - 11) Cesión y subcontratación
 - 12) Finalización
 - 13) Clases o tipología
 - 14) Mecanismos de selección del contratista público
- A modo de conclusión
Bibliografía consultada.

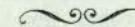
Siglas más usadas:

RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
CC	Código Civil
LAFR	Ley de la Administración Financiera de la República
RCA	Reglamento de la contratación administrativa
CA	Contrato administrativo
RJ	Revista Judicial
UCR	Universidad de Costa Rica
UNED	Universidad Estatal a Distancia



RESUMEN

En este escrito se hace una presentación breve y simple del contrato que celebra la Administración Pública bajo un régimen de derecho público. Concepto, elementos, clasificación y características se ubican aquí para configurar esa clase de negociación que lleva a cabo el Estado. No se trata de un tipo de contrato nuevo, al contrario, su historia tiene, por lo menos cuatro siglos, con la gestación del Estado moderno, a partir —por ejemplo— del Renacimiento europeo. Claro está, que conforme el Estado ha ido creciendo, tanto cualitativa como cuantitativamente, la importancia de sus contratos es cada vez mayor.



PRESENTACION

Interesa aquí hacer una presentación didáctica, sencilla y esencial de esta clase de contrato. En la bibliografía de referencia indicaremos varias obras, entre las muchas escritas, donde el interesado puede (sin duda alguna) ampliar lo que se esboza en este documento.

En nuestro país la cantidad de contratos del Estado, sus montos, complicaciones y alcances se torna particularmente relevante, de ahí que su estudio mantiene una vigencia permanente.

INTRODUCCION

Desde la emisión del Código Fiscal en 1885, numeral 747, se estableció que el Estado puede contratar seleccionando a su contratante mediante el procedimiento del concurso o licitación pública. Recientemente, se promulgó una reforma a la Ley de la Administración Financiera de la República (LAFR), en la parte relativa a esta materia, y se decretó un reglamento. Sin embargo, las partes interesadas claman por una ley de contratos del Estado y la eliminación de una serie de carteles de licitación, decretos, reglamentos especiales, etc., que forman una maraña heterogénea, compleja, repetitiva y con frecuencia ilegal

1) ¿Qué es un contrato?

La definición clásica, tradicional y repetida es aquella que afirma que un contrato es un acuerdo de voluntades, libremente expresado, sobre cosa y precio, y del cual nacen derechos y obligaciones recíprocos (ver artículos 1007 a 1021 del Código Civil).

2) Contrato del Estado

Obviamente actúa en el mundo del derecho *como si fuera* (claro está que no lo es en la realidad) un particular. En el caso concreto puede contratar con los particulares y con los entes que conforman la propia Administración Pública.

En términos generales, se puede decir que el contrato que celebra el Estado es administrativo. Si ese negocio lo regula el derecho privado, se trata de un contrato administrativo privado; si la normativa aplicable es pública, se dice que es un contrato administrativo público. Así, pues, no todos los contratos del Estado están normados por el derecho público.

3) Principios básicos del contrato

Todo contrato está regido, básicamente, por estos principios:

a) *Lex inter partes*

Todo contrato es ley entre las partes que lo acuerdan. (Ver artículo 1022 del Código Civil, CC). De acuerdo con ello, cuando un contrato se realiza, juega o se impone a sus contratantes con la fuerza de una ley o norma jurídica promulgada por el Estado.

b) *Pacta sunt servanda*

Este apotegma, aforismo, brocardo o principio jurídico expresa que el contrato, durante toda su vida, se debe cumplir o ejecutar de conformidad con lo que originalmente se pactó o se convino entre las partes.

c) *Rebus sic stantibus*

Aquel principio rígido (*pacta sunt servanda*) fue modificado o atenuado, con el otro que le daba entrada a las circunstancias reales de la vida de un contrato.

Este brocardo afirma que el contrato, en su ejecución, debe subordinarse a las modificaciones que la realidad negocial le imponen y que por tanto, las partes contratantes deben estar anuentes a efectuar las renegociaciones inherentes al desarrollo de la vida contractual, para entre otras cosas, mantener (aunque sea en términos relativos) una cierta igualdad o paridad con el espíritu, circunstancias y elementos propios de la gestación del contrato.

4) Peculiaridades del contrato administrativo

En este campo existe mucha discusión doctrinal. Es decir, una serie de corrientes y escuelas de juristas presentan sus puntos de vista sobre lo que caracteriza este contrato.

En este apartado, haremos un esbozo —entre otros posibles— de estas peculiaridades, modulaciones, características o elementos configuradores de esta clase de negocio. De ahí, pues, que se deben tomar estos apuntes como mera referencia dentro de un marco muy amplio y complejo.

a) *Cláusulas exorbitantes del derecho privado*

Se dice que el contrato administrativo público, al tener como una de sus partes al Estado, con su poder de imperio, impone en el contrato cláusulas, condiciones o requisitos que no están ni son propios del contrato de derecho privado. De ahí, que se hable de cláusulas exorbitantes respecto del contrato civil o comercial.

La crítica que se hace a este criterio, consiste en afirmar que las partes, en un contrato privado pueden admitir condiciones, de esas

que se las califica de "exorbitantes" en el terreno del negocio administrativo. Lo que se está afirmando es que tales requisitos no tienen nada de "exorbitantes", porque el contrato privado también las puede presentar, a voluntad de las partes contratantes.

b) *Tráfico masivo*

Este criterio afirma que los contratos del Estado tienen la característica de ser masivos; es decir, de celebrarse diariamente una enorme cantidad de ellos.

Este criterio tampoco es muy esclarecedor para diferenciar el contrato privado del administrativo, porque también los contratos civiles y comerciales, al día, constituyen una masa o cantidad enorme (dentro del marco de cada país, por supuesto).

c) *Alteración o rescisión unilateral del contrato por parte del Estado*

El Estado puede, de modo unilateral y porque así lo decide modificar o rescindir el contrato que celebró con un particular.

Esta cláusula no es frecuente en un contrato privado, pero podría establecerse en una negociación civil o comercial que una de las partes pueda modificar o rescindir el contrato de modo unilateral, al tenor del principio civilista o privatista de que el contrato es un acuerdo de voluntades.

d) *Equilibrio financiero o ecuación financiera del contrato*

También se expresa que el contrato administrativo está regido por la modulación o peculiaridad de mantener la ecuación financiera establecida en él.

Por esta modulación, el contrato que celebra el Estado, debe mantener el equilibrio o ecuación financiera de tal modo que el cocontratante no salga perjudicado en sus intereses financieros, como tampoco la Administración.

Lo anterior dentro del criterio, de una equivalencia honesta en el interior del contrato, de tal modo que la relación entre la Administración y su colaborador contratante no se torne desigual o inequitativa.

e) *Reajuste de precios*

En vista de la inflación presente y de las devaluaciones constantes que se dan en los "países del Tercer Mundo" (la expresión no es exacta, pero ilustra algo), se han emitido legislaciones para reajustar los precios. El problema, que se observa en nuestro país, por ejemplo, en el caso de la construcción de obra pública, es quien determina esos aumentos, es la Cámara de la Construcción, que es una organización privada de aquellos empresarios privados que se dedican a la construcción.

No es correcto ni adecuado a los intereses públicos, que sean los propios interesados los que fijen esos aumentos. Debería ser un organismo oficial, burócratas del Estado capacitados para esa tarea, teóricamente ajenos e imparciales a los negocios que se están ejecutando.

f) *Aplicación de penalidades contractuales*

En la fase de ejecución del contrato, la Administración puede aplicar penalidades o sanciones financieras al contratista que ha incumplido el pacto. Esas sanciones suelen denominarse *multas* y se establecen de conformidad al tipo de contrato.

También, otra clase de sanción puede ser la *rescisión* unilateral del convenio por parte del Estado. Asimismo, la declaratoria de ofe-
rente y contratista no conveniente a los intereses de la Administración.

En resumen, tales sanciones, por ejemplo, pueden ser:

- i) multas
- ii) rescisión unilateral del contrato por el Estado
- iii) declaratoria de contratista inconveniente para el Estado.

Cabe hacer aquí la indicación que los anteriores criterios, a voluntad de las partes, pueden estar presentes en el contrato civil, comercial o privado. Por ello, se puede decir que no hay una diferencia tajante y exacta entre contrato privado y el público.

5) *Definición del contrato administrativo*

El contrato del Estado se denomina administrativo (para distinguirlo del contrato de la Administración Pública celebrado bajo los cánones del derecho civil o comercial) cuando lo regula el derecho público.

Por supuesto que existen una gama multicolor de criterios y de escuelas para matizar esta conceptualización, sin embargo de acuerdo a la naturaleza de la presentación de esta problemática, basta indicar aquella definición, entre otras.

6) *Elementos rectores*

Interesa aquí destacar los elementos rectores del contenido financiero del pacto. O sea, lo pertinente a lo que se ha denominado (Gaspar Ariño) *teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (ver punto 4d de este escrito).

En este apartado señalaremos: el hecho del Príncipe y la teoría de la imprevisión.

a) Hecho del Príncipe

La doctrina y la jurisprudencia francesa puso de relieve este principio, que informa que cuando se dan en el contrato circunstancias provocadas o generadas por el Estado ("Príncipe"), éste deviene en responsable ante el contratista por esas modificaciones.

b) Tesis de la imprevisión

Aquí, el contratista debe ser también indemnizado ya que se han dado circunstancias ajenas a la voluntad de éste que produjeron una alteración grave en la ecuación financiera del convenio, de tal modo que el contratista está sufriendo pérdidas o ganando menos de lo que originalmente se había establecido en el convenio original.

Lo anterior da lugar a la conocida *revisión de precios*.

c) Revisión de precios

En los dos casos anteriores, el contratista debe ser indemnizado por parte de la Administración Pública.

Oscar Moreno llama a la tesis de la *revisión de precios*, una *paradoja*, ya que esta respuesta al rompimiento del equilibrio financiero del contrato nace porque se dan situaciones imprevisibles (que perjudican al contratista), pero ya se establece (de *antemano*, en forma *previsible*) que pueden ocurrir esos factores que alteren la ecuación económica o financiera del contrato en beneficio del co-contratante con la Administración, al tenor del principio que indica la *buena fe del colaborador del Estado que es el contratista público*.

d) Riesgo y Ventura

En este aparte García de Enterría ha escrito uno de los más elaborados trabajos sobre el riesgo y ventura en el contrato administrativo. Según esta corriente jurídica, el contrato que se celebra con la Administración, no corre a *riesgo y desventura del contratista*, como se creyó en la primera etapa de esta contratación, sino que modernamente se afirma que los *riesgos y las desventuras* de la vida del contrato pueden compartirse entre el Estado y el contratista, no llevando la peor parte el particular que negocie con el Estado.

Se debe entender que estos *elementos rectores*, se dan porque, entre otros principios contractuales, se sostiene la *continuidad* en la ejecución del convenio así como la *terminación* feliz del contrato. En otras palabras, el Estado no contrata para declarar desiertos los concursos, para rescindirlos o para dejarlos sin terminar, persiguiendo a su contratista. Todo lo contrario, existe un prioritario interés público en que los contratos del Estado se celebren y lleguen a su más y mejor realización.

7) Principios propios del contrato administrativo

El contrato que realiza el Estado para realizar el interés público (que no el privado o particular), está regido por estos principios:

a) Continuidad y regularidad

El contrato administrativo una vez nacido a la vida jurídica debe tener una *continuada* ejecución para cumplir así con el interés de la comunidad, que tiene prioridad. El Estado debe poner de sí todo lo que pueda, así como contractual, ya que la sociedad tiene un interés directo en ello.

Asimismo, debe haber una *regularidad* o permanencia en la ejecución del contrato, así lo demanda el interés general.

b) Mutabilidad

El contrato administrativo puede ser modificado por el Estado en beneficio de la sociedad y del interés público. Aquí el principio *pacta sunt servanda* (según lo pactado) cede frente al otro de *rebus sic stantibus* o de mutabilidad y mudabilidad del convenio de acuerdo al interés público en juego. Así la tesis del *contractus lex* (el contrato es ley entre las partes y no puede ser variado) se torna subordinado a la tesis del *ius* (derecho) o de las *potestas* (facultad o potestad) de modificación unilateral a cargo de la Administración (*ius variandi*).

c) Colaboración

Al inicio de la historia del contrato administrativo se partió de la tesis de que el contratista tenía intereses diversos y antagónicos con el Estado e incluso que era un enemigo de la Administración. Por lo tanto, el Estado debía ver con desconfianza al contratista y debía sancionarlo fuerte y continuadamente. Posteriormente, ante la evolución de los hechos, se fortaleció la tesis de que el contratista es un colaborador con el Estado en la realización del fin público. Y, que, por consiguiente, debía ser ayudado a terminar el contrato, se le harían revisiones de precios para favorecerlo, entre otras medidas positivas. El cuadro contextual de esta idea fue la visión de la *economía concertada* (después de la Segunda Guerra Mundial), por la cual el Estado y los particulares habían "firmado" un "pacto social" para restaurar la economía y la sociedad como un todo.

Con este principio se quebró la idea:

- i) de la *desconfianza y antagonismo con el contratista público*; se partió del *supuesto* de la
- ii) *diligencia y buena fe del cocontratante* con el Estado y se elaboraron técnicas eficientes de

iii) *apoyo administrativo, financiero y económico al contratista de la Administración.*

8) *Formalización*

El contrato administrativo, al igual que el contrato civil, se perfecciona y tiene validez con el acuerdo entre las partes. Al momento en que la Administración, mediante la adjudicación en firme de la licitación (por ejemplo) selecciona a su contratista.

No se requiere, por lo tanto, un contrato escrito adicional para que exista la perfección y la validez del respectivo convenio. Salvo, que las partes así lo acuerden, se procede a la documentación o formalización del convenio correspondiente, mediante la escritura ante el notario público del caso; o, simplemente en un documento privado firmado por las partes.

9) *Interpretación*

El contrato administrativo (en el ejemplo de una licitación pública usada como mecanismo de selección del contratista público) puede ser interpretado a partir y desde la base de los instrumentos legales que lo integran, como del marco global de la normativa aplicable directa como supletoriamente. Así, por vía de ilustración: cartel o pliego de bases, oferta adjudicada, reglamento de la contratación administrativa, código civil.

Y, sin duda la aplicación de los principios rectores del derecho y de la contratación administrativa (buena y sana administración, interés general y público, colaboración negocial, ecuación financiera del convenio, etc.).

10) *Ejecución*

El contratista debe ejecutar el contrato de acuerdo a lo *pactado* (plica, cartel, legislación y principios generales de la negociación administrativa) ya que existe un evidente interés público en que se lleve a cabo lo convenido. Por ello existen:

a) *derechos y deberes* inherentes al contratista y a la Administración, pues ambos quedan sujetos al interés público y a los generales intereses de la sociedad en punto a la adecuada y buena ejecución del respectivo convenio. De ahí, que puedan incurrir en:

b) *responsabilidad civil y penal*, tanto los contratistas como los administradores públicos, en dicha ejecución contractual de conformidad o de consumo con el Ordenamiento Jurídico.

Por ejemplo, ya sea por omisión o por acción que dañe o perjudique los intereses públicos y/o las finanzas del Estado. De ahí que sea importante no sólo la revisión y la fiscalización de los procedimientos, trámites y requisitos propios de la selección del contratista público, sino también (y de igual manera) todo lo relativo a la fiscalización cuantitativa y cualitativa de la ejecución del convenio administrativo.

11) *Cesión y subcontratación*

A pesar de que originalmente se partió de la tesis de que el contrato administrativo era *intuitu personae* (se le adjudicaba a una persona, física o jurídica, en virtud de ser ella y no otra; en vista de sus cualidades contractuales: buena fe, responsabilidad, atestados excelentes, etc.), ya está admitida la posibilidad de:

a) *ceder (cesión)* en todo o en parte la responsabilidad en la ejecución de un contrato, con las autorizaciones y fiscalizaciones estatales respectivas; y, también, la

b) *subcontratación* de aspectos parciales de la ejecución del convenio administrativo, con las autorizaciones y fiscalizaciones de la Administración correspondientes.

Estos aspectos son muy polémicos, ya que *podría darse el caso* de empresas constructoras o consultoras que se presten a desempeñar el papel de oferentes en las licitaciones y una vez que se les adjudica un concurso de obra pública venden esa adjudicación a otras empresas o a un *pool* o *cartel* (complejo empresarial), saliendo burlado el Estado ante estas maniobras. De todos modos, el mundo de lo fáctico presenta situaciones dignas de análisis más complicados o intrincados. *De ahí la importancia de las autorizaciones y fiscalizaciones de los órganos del Estado*, para evitar esas maniobras o insanas prácticas empresariales.

12) *Finalización*

El contrato administrativo puede terminar en una forma:

a) *regular o normal*:

cuando el convenio se ha cumplido correctamente, satisfaciéndose así el interés público.

b) Irregular o anormal:

en el caso en que el contratista ha incumplido con la ejecución del contrato; o, por su parte el Estado, ha violado sus obligaciones poniendo y exponiendo al contratista en imposibilidad material de terminarlo. También puede darse por terminado el contrato cuando se da una

c) Expiración del plazo.

En este supuesto, el contrato no se ejecutó dentro el plazo pactado porque el contratista no pudo finalizar el convenio por responsabilidad suya y/o del Estado. Lo que procede aquí es:

prorrogar la vigencia del contrato, si los intereses públicos, el Ordenamiento Legal y la Administración así lo estiman necesario y conveniente.

13) Clases o tipología contractual

Los contratos administrativos pueden tener esta clasificación, entre otras:

a) obra pública

Es el contrato de mayor trayectoria y el que presenta mayor atención de parte de los tratadistas, ensayistas, legislaciones y administradores. La razón es sencilla: en esta clase de contratos el Estado invierte una suma gigantesca de recursos financieros, administrativos y técnicos.

Puede definirse como contrato de obra pública aquel que realiza la Administración para la construcción, montaje, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público.

b) Concesión de servicio público

Este contrato es aquel por el cual el Estado le da a un particular, por los trámites de ley, la concesión en la explotación de un servicio público (educación, transporte remunerado de personas, restaurantes, lugares de deportes y de higiene mental, etc.).

c) Suministros

En este contrato, la Administración negocia la adquisición de bienes muebles (máquinas de escribir, medicinas, papelería y útiles para oficina, etc.).

La entrega de tales muebles (algodón y gasa para hospitales, por ejemplo) puede ser hecha de una sola vez o en entregas sucesivas, de acuerdo a lo que el memorial de condiciones o cartel mandó.

d) De empréstitos y donaciones

Esta clase de contratos o de relaciones contractuales se han puesto muy de moda en virtud de la crisis económica que sufren y padecen los "países del Tercer Mundo".

Efectivamente, los organismos financieros internacionales han girado una gran cantidad de millones de dólares hacia esos países, configurándose así esta clase de contratos administrativos, cuyas cláusulas (en su mayoría y por lo general) vienen preestablecidas, dándose así contratos de adhesión, pues la debilidad estructural y financiera de los países receptores de los préstamos no le dan otra alternativa (o los toman o los dejan).

Por supuesto, que la historia de estos contratos no comienza con la de los petrodólares y la de la deuda externa (por ejemplo, se pueden recordar los empréstitos durante el Gobierno de Tomás Guardia y aquellos cuya figura central fue Minor C. Keith), pero sí se han intensificado durante estos años de la crisis de los años 80.

Por lo que respecta a las donaciones, se puede decir que operan en el campo de la salud, educación, por ejemplo.

El análisis contractual de los documentos respectivos es sumamente interesante en la configuración de los modernos contratos del Estado.

Igualmente, hacemos la observación de la existencia de licitaciones públicas, que se pueden hacer mediante el sistema de:

i) empréstitos,

cuando el oferente o concursante le propone al Estado las fuentes de financiamiento y pago del objeto del concurso o policitud (licitación). Es decir, el particular le ofrece al Estado no sólo construir la autopista (objeto de la licitación), sino también además le proporciona (cotiza) el financiamiento para pagar esa obligación.

ii) Trueque

En este caso, lo que la Administración necesita (objeto de la licitación) y saca a concurso (aviso e incitación a licitar), se indica como forma de pago el trueque. Así, se pagaría con café, banano, flores u otros productos de exportación, ya sean tradicionales o no tradicionales, de acuerdo a los trámites legales respectivos.

e) De servicios profesionales

Esta clase de contratos, se denominan concursos de antecedentes, por los cuales, el Estado contrata tales servicios adjudicando a personas

físicas o a personas jurídicas, tareas como asesorías, consultorías, elaboración de diseños, planos, etc.

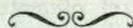
f) *De transporte de agentes públicos*

Conforme el Estado crece, cuantitativamente, el número de agentes públicos (empleados y funcionarios) es mayor, haciéndose necesario el traslado de tales *agentes* a sus centros de trabajo. Esa necesidad de transporte (ya no de particulares, que constituye el contrato administrativo de concesión del servicio público de transporte remunerado de personas) de los burócratas del sector público se subsana mediante la firma de convenios con los transportistas correspondientes.

14) *Mecanismos de selección del contratista público*

En otros trabajos que se indican en la *bibliografía de referencia*, damos cuenta de los medios o procedimientos de que se vale el Estado para seleccionar a su cocontratante. Tales vías de selección son las siguientes:

- a) licitación o concurso público
- b) licitación o concurso privado
- c) contratación directa
- d) concurso de antecedentes ("de servicios profesionales")
- e) remate o subasta



A modo de conclusión

En este escrito hemos efectuado un rápido y esquemático *resumen* del tema de la contratación administrativa regida por el derecho público. O, de modo simple: del contrato que celebra la Administración Pública con instrumentos y normas del derecho público. Así, la temática del *contrato del Estado*, deviene en problemático, toda vez que los sectores interesados (Administración y oferentes regulares) claman por reformas a la legislación y normativa actual. En este sentido ya se han hecho borradores de documentos orientados hacia esa meta.

Sin duda la negociación administrativa requiere una actualización y modernización, y para ello se hace imprescindible una revisión profunda de sus instituciones, tanto en forma global como en el detalle (es decir, a un nivel *macro* y *micro*).

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ARIÑO, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968).
- BADAQUI, Saroit *Le Fait du Prince dans les contrats administratifs* (París: LGDJ, 1955).
- BARRA, Rodolfo *et al Contratos administrativos* (Buenos Aires: Astrea, T. I y II, 1982).
- BERCAITZ, Miguel. *Teoría general de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Depalma, 2da. ed. 1980).
- BEZZI, Ovaldo. *El contrato de obra pública* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982).
- BOQUERA, José María. *La selección del contratista* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963).
- DE LAUBADERE, André. *Traité theorique et pratique des contrats administratifs* (París: LGDJ, T. I, II, III, 1956).
- ESCOLA, Héctor. *Tratado integral de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Depalma, T. I, 1977).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 4ta. ed. 1983). *La figura del contrato administrativo* (Madrid: RAP, N° 41, 1963). (San José: RCJ, N° 26, 1975). *Riesgo, ventura y fuerza mayor* (Madrid: RAP, N° 2, 1950).
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Vol. II, 1974).
- GONZALEZ-BERENGUER, José Luis. *La contratación administrativa* (Madrid: Municipalia, 1966).
- LANDI, G.-POTENZA, G. *Manuale di diritto amministrativo* (Milano: Dott A. Giuffrè, 1974).
- LOPEZ MEIRELLES, Hely. *Licitação e contrato administrativo* (Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 7ª ed. 1987). *Direito administrativo brasileiro* (Sao Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 13a. ed. 1987).
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, T. III A y B, 1970).
- MORENO, Oscar. *La revisión de precios en la contratación administrativa*. (Madrid: Civitas, 1980).
- ORTIZ, Eduardo. *Curso de derecho administrativo* (San José: Facultad de Derecho, UCR, 1973).

- PALASI, José Luis. *Lecciones sobre contratación administrativa* (Madrid: Facultad de Derecho. U. Complutense, 1969).
- RODRIGUEZ, Gustavo. *Contratos administrativos y de derecho privado de la Administración* (Bogotá: Eds. Librería el Profesional, 1983).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique
1. *La licitación pública en Costa Rica*
(San José: Universidad de Costa Rica, 1975, tesis de doctorado, agotada)
 2. *Contribución al estudio del contratista público*
(Madrid: Revista de Administración Pública, N° 71, 1973, agotado;
San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, agotado)
 3. *El concurso de antecedentes*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 40, 1980, agotado)
 4. *La contratación administrativa*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 48, 1982, agotado)
 5. *Reformas al reglamento de la contratación administrativa*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 52, 1985)
 6. *La oferta en el contrato administrativo*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 53, 1985)
 7. *Las garantías en la licitación pública*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 54, 1985)
 8. *El cartel del concurso*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 55, 1986)
 9. *La adjudicación del contrato público*
(San José: Revista Judicial, N° 40, 1987)
 10. *La contratación administrativa directa*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 57, 1987)
 11. *El recurso de apelación ante la Contraloría General de la República del acto adjudicatario de un concurso público*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 56, 1986)
 12. *El contrato administrativo*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 58, 1987)
 13. *El contrato del Estado y la licitación*
(San José: UNED, 1988)
 14. *La deuda externa: otra cara de la crisis.*
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 59, 1988)
(San José: Editorial Esenias, 1988)

INDICE

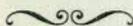
	Pág.
Presentación	9
El salario en especie.	
<i>Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría</i>	11
Objeto y materia del amparo en Costa Rica.	
<i>Dr. Rubén Hernández Valle</i>	29
Examen de los institutos de justicia administrativa Italiana.	
<i>Dr. Paul Woobridge</i>	41
La responsabilidad del banquero al otorgar créditos a empresas en débil situación financiera y económica.	
<i>Dr. Fernando Mora Rojas</i>	53
El silencio positivo de la administración pública: aspectos doctrinales, jurisprudenciales y legales.	
<i>Dr. Virgilio Calvo Murillo</i>	71
La revisión de precios en la contratación administrativa.	
<i>Lic. Rosa Iris Cervantes Gamboa</i>	85
La Constitución Política de 1871: un régimen presidencialista.	
<i>Dr. Orlando Salazar Mora</i>	107

Algunas ideas sobre la evolución del derecho internacional del medio ambiente en el dominio marítimo.

Dr. Rafael González Ballar 127

El contrato administrativo: sus directrices básicas.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez 157



Impreso en San José de Costa Rica
por Litografía e Imprenta LIL, S. A.
Apartado 75-1100 Tibás