

ESTUDIO SOBRE LAS LEYES DE EMERGENCIA (LEYES 5501, 5518 Y 4374 Y SUS ALCANCES EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE)

*Trabajo presentado al Profesor Rafael González B.
Cátedra de Derecho Administrativo III
por Víctor F. Bulgarelli C., Carlos O. Loaiza M.,
Humberto Piedra H., Carlos Ed. Quesada H.
IV año 1984*

INTRODUCCION

Entre la riqueza de los contenidos, que a su haber tienen las regulaciones del Derecho Administrativo, sobresale el tema de la "Contratación Administrativa", cual garantía de legalidad, oportunidad y tutela de los más legítimos anhelos de interés y servicio público, en la disposición de los fondos del erario público, la protección a los contratistas interesados y el aseguramiento de la calidad, eficiencia y buen precio, en los bienes o servicios contratados.

Es fundamentalmente a través de la figura del "concurso público", en cualquiera de sus manifestaciones, que la contratación administrativa adquiere sus características propias y cumple los propósitos anteriormente dichos.

El ordenamiento jurídico costarricense, en la Ley de Administración Financiera de la República y el posterior Reglamento de la Contratación Administrativa, sienta las bases a través de las cuales se ha de detallar y ser llevado adelante todo procedimiento normal de la administración, que tienda a adjudicar a algún sujeto, ajeno a ella, la satisfacción de alguna de sus necesidades o el cumplimiento de algún servicio público.

Encontramos sin embargo situaciones en las cuales, ha de romperse ese principio de legalidad y juricidad de la Administración, para ceder ante hipótesis de onerosidad, desastre, calamidad o emergencia sobreveniente y que implican una necesidad urgente de la Administración de variar o efectuar sus contrataciones.

En punto a la anterior, la excesiva onerosidad sobrevenida sobre la obra que ejecuta para la Administración un contratista, ha de ser prevista a efecto de poder lograr un nuevo equilibrio económico del contrato, tanto para garantizar la calidad del producto terminado, como también aunque en segundo plano la estabilidad del contratante.

En otras ocasiones cuando la naturaleza o la misma mano del hombre, azotan a canti-

dad grande de administrados poniendo en peligro sus vidas o sus haciendas, es de urgente necesidad también el que la administración pueda tomar medidas de solución prontas y efectivas, para contrarrestar los efectos nocivos, aún cuando ello importe el sacrificio de los sacrosantos procedimientos de contratación, pero lo hagan en aras del más inmediato e insoslayable bien común.

Regular jurídicamente estas hipótesis, es la tarea de las leyes 5501 5518, 4374 y sus respectivos reglamentos, los cuales se pretende analizar en estas breves notas. Luego de un breve comentario introductorio de los orígenes históricos y doctrinarios a que se remonta el espíritu de cada ley, serán valorados cuidadosamente sus alcances en el régimen jurídico de la Contratación Costarricense.

La elaboración de este trabajo ha tomado en cuenta, a más de la doctrina universal, la más destacada producción nacional sobre el tema, los antecedentes legislativos del asunto y la principal jurisprudencia judicial y administrativa.

TITULO I

REGIMEN JURIDICO DE LAS LEYES 5501 y 5518 Y SU REGLAMENTO

La Teoría General del contrato exige, a través de uno de sus principios básicos, la igualdad en las prestaciones de los sujetos contratantes, los contratos administrativos no podían ser la excepción a ese principio. Es así como cuando se produce una desigualdad en la relación jurídica debido a una alteración en los precios que sirven de base al contrato, colocando a una de las partes en desventaja económica respecto de la otra, debe producirse una revisión de esos precios.

En este sentido, se han dictado en nuestro país las leyes 5501 y 5518, ambas en 1974, y que tienden a la revisión de precios en los contratos administrativos, cuando se ha quebrado la ecuación económica entre las partes contratantes (La administración y el contratista). Para el análisis de estas leyes, hemos creído necesario realizar antes una breve mención histórica y doctrinaria sobre el problema (Capítulo I), para entender mejor aún los alcances de estas leyes en nuestro sistema jurídico (Capítulo II).

CAPITULO I

FUNDAMENTO DEL REAJUSTE DE PRECIOS EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Para comprender mejor esta figura, debemos hacer referencia, en nuestra Sección Primera, a las resoluciones del Consejo de Estado Francés fundamentos de las principales técnicas de reajuste de precios en los Contratos Administrativos, que estudiaremos en la Segunda Sección.

SECCION I

RESEÑA HISTORICA

Durante mucho tiempo se sostuvo el criterio de que quien contrataba con la Administración, lo hacía bajo su propio riesgo, de lo cual se derivaron una serie de principios, entre los que se destacan:

- 1 El contratista no puede desligarse del contrato por la mayor o menor onerosidad sobrevenida, ya que éste era su riesgo intrínseco a aquel.
- 2- No puede el contratista pedir modificación correlativa del precio: él debe soportar los riesgos anteriores al pago.

Fue hasta una Resolución del Consejo de Estado Francés, de 11 de mayo de 1910, en donde se esbozaron los primeros lineamientos en cuanto a la revisión de precios en los contratos administrativos se refiere. Se dijo en esta resolución, que en los contratos que realice la Administración debe existir un equilibrio entre ella y el contratista, y que como consecuencia de ese equilibrio tanto los derechos como las obligaciones deben compensarse, para formar, de esta manera, la contrapartida entre ganancias e imprevisiones.

Consideraciones de este tipo marcaron la pauta para que existiera la posibilidad de revisar los contratos, sobre todo por el *ius variandi* y el hecho del príncipe, criterios que estudiaremos más adelante.

Pese a lo anterior, existían situaciones en que las condiciones del contrato cambiaban por causas ajenas a las partes. Este aspecto se vino a considerar en una Resolución del Consejo de Estado Francés: la célebre decisión "*Compagnie Générale d' éclairage de Bordeaux*", conocida como "*Gas de Burdeos*", de 30 de mayo de 1916, que se considera como el principal antecedente histórico y fundamento de la llamada "*Teoría de la Imprevisión*", respecto del reajuste de precios en la contratación administrativa.

Esta jurisprudencia se dictó a consecuencia de los problemas surgidos durante la Primera Guerra Mundial en el suministro de gas, cuyo servicio se vió afectado por un enorme incremento en los precios de carbón, ante lo cual la compañía mencionada argumentó que no podría seguir prestando el servicio si el municipio no le ayudaba a solventar su problema.

Fue así como el Consejo de Estado, lejos de obligar a la compañía a suministrar el gas por el mismo precio, afirmó que el Municipio debía colaborar con ella o realizar un nuevo contrato, todo en aras del imperativo de asegurar la continuidad del servicio y la estabilidad del contratista, para lo cual, a título principal, consideró: "... y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple "*Cahier de Charges*" (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa, que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con la ayuda de todos los medios de producción, y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal, que a este efecto conviene decidir de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de éste período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor ... que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo, ..." (1)

Las resoluciones anteriores sirvieron como punto de partida para establecer la posibilidad de revisar los contratos administrativos, ya que de no ser así, los posibles cambios en las circunstancias harían perder el interés a los futuros contratistas, que deberían sufrir pérdidas a veces sumamente cuantiosas sin posibilidad de reparación. Ante esto, la doctrina se ha abocado a dar diversas soluciones, que se estudiarán en la siguiente sección.

(1) Tomado de García de Enterría "*Curso de Derecho Administrativo*", Editorial Civitas S. A., Madrid, 1980, pp. 629 y 630.

SECCION II

TECNICAS PARA LA REVISION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para que el contratista pueda acogerse a la revisión de precios, y así evitar un desequilibrio económico en la realización de la obra que le ha sido encargada, debe tenerse presente la existencia de un requisito fundamental: que el contrato se esté ejecutando, esto es, que no se haya suspendido o interrumpido, en razón de esa mayor onerosidad sobrevenida, es decir, el contratista debe continuar la ejecución del contrato para poder pedir la revisión de precios. En tal sentido la Contraloría ha dicho: "Requisito imprescindible para el reconocimiento de cualquier reajuste es que el contratista no se encuentre en mora y con mayor razón si es precisamente esa demora la que le permite alcanzar los beneficios..." (2)

A. RIESGO, VENTURA Y FUERZA MAYOR

El principio de riesgo y ventura implica que el contratista debe realizar su labor de acuerdo a las condiciones originalmente pactadas, no pudiendo modificarlas cuando haya dejado de prever alguna circunstancia; el supuesto de partida es el de que el contratista asume el riesgo de obtener beneficios mayores o menores.

Sin embargo, se excluyen de esta circunstancia los casos de fuerza mayor, la cual se da ante imprevisibilidad, inevitabilidad o irresistibilidad.

Referido a los contratos administrativos de obra, que son obligaciones de resultado, se da la aplicación del principio "Res Perit domino", por lo que, durante la ejecución, es el contratista el que asume los riesgos, cuya transmisión a la Administración se produce al finalizar ésta y no en el momento de la recepción, ese ha sido el criterio del Consejo de Estado Francés.

Sin embargo, existe la posibilidad de indemnización del contratista por las pérdidas sufridas a causa de fuerza mayor, ya que el álea es diferente en las hipótesis de hechos extraños, imposibles de evitar; debe entonces la administración compartir dichas pérdidas, para garantizar la equidad en la relación contratista-administración. Debe incluirse esta excepción referida tanto al objeto del contrato, como a los medios de que disponga el contratista para ejecutarlo.

Se excluye el caso fortuito, porque se entiende que éstos son riesgos internos propios de la empresa.

B. IUS VARIANDI

Es el caso menos problemático, por el cual, si la administración modifica unilateralmente el contrato, acción que puede realizar en virtud de sus potestades públicas, debe indemnizar a su cocontratante las consecuencias que le produzca con ello.

Esta técnica de compensación, que engloba tanto al daño emergente como al lucro cesante, se fundamenta en un incremento en los costos, o en una disminución de la retribución, como consecuencia de la modificación del contrato, lo que obliga a compensar económicamente al contratista que sería el perjudicado por la acción de la Administración.

Esta posibilidad de la Administración de modificar el contrato, se da con base en la prevalencia que tiene el interés público sobre el interés privado del contratista.

(2) Contraloría General de la República, Oficio No. 3459, 26 de abril de 1983.

CLAUSULA DE REVISION DE PRECIOS

Es la posibilidad de establecer en el contrato administrativo una cláusula mediante la cual sea posible revisar los precios durante la ejecución del mismo.

La revisión que en ella se estipula puede actuar tanto en favor del contratista, (corrientemente en los casos de inflación), como de la Administración, según el sentido que en cada caso tenga dicha cláusula de variación de precios

Una segunda característica, producto precisamente de esta bilateralidad, es que la cláusula es producto del contrato y como tal es derivación de la autonomía de la voluntad y no de la obligatoriedad normativa; así, García de Enterría indica que: " ..la revisión de precios resulta, pues, ex contractu y no ex lege, es decir del hecho de pactarse en un contrato dado y no de la aplicación automática de la ley" (3)

Finalmente, la cláusula debe estar apegada a la ley, ya que su contenido general viene determinado por ella, para mantener, por el interés público, la buena ejecución de la obra.

D. HECHO DEL PRINCIPE (FACTUM PRINCIPIS)

La figura es tomada del "Absolutismo" en tanto que el monarca puede, por sí, variar los pactos y además cualesquiera otras disposiciones de carácter general, que devienen en imperativas para los administrados.

De esta manera tenemos que el llamado 'factum principis' o hecho del príncipe está referido a medidas de orden administrativo general, que aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato-inclusive sin pensarlo- inciden o repercuten sobre éste, haciéndolo más oneroso para el contratista, sin culpa de éste.

Tal y como su nombre lo indica, se fundamenta en una disposición imperativa y de acatamiento obligatorio, que siendo además general e imprevisible, produce una lesión especial al contratista que debe ser compensada. Encontramos razón de lo anterior en la responsabilidad genérica de la Administración por su funcionamiento normal o anormal, según las modernas tendencias doctrinarias. (4)

Así, se afirma que "el hecho del príncipe obliga a la administración a indemnizar el perjuicio causado, ya que es ella misma quien, con sus decisiones de carácter general, produce la elevación de costos en algunos renglones y la descompensación financiera del contratista, debiéndose liquidar la indemnización dentro del contrato". (5)

Podemos caracterizar el hecho del príncipe así:

1. No es una modificación unilateral del contrato, que varíe la naturaleza o alcance de las obligaciones del contratista, aunque el contrato y tal decisión pudieran emanar del mismo órgano.

2. La decisión tomada por el ente puede revestir tres tipos diferentes:

- a. Decisión individual que no concierne directamente al co-contratante, pero que la afecta;
- b. Decisión individual que sí concierne directamente al co-contratante, pero calidad de administrado;
- c. Decisión reglamentaria que concierne al conjunto de los administrados -y por ende al co-contratante- y que de modo indirecto hace la ejecución del contrato más difícil.

(3) García de Enterría, Op. Cit. p. 633.

(4) Así, Art. 190 de L.G.A.P

(5) Arroyo S. Ana. C. y otros, "La revisión de precios en la Contratación administrativa de Costa Rica" Seminario de Graduación, Facultad de Derecho. U.C.R. 1981 pp. 190-191.

Por ejemplo, el poner un impuesto de consumo a la varilla de construcción, afecta los contratos de obra.

3. Puede ser también una operación material del organismo administrador y que aunque no tenga relación directa con éste, hace más difícil la situación del co-contratante.

E. TEORIA DE LA IMPREVISION O RIESGO IMPREVISIBLE.

Como ya vimos tiene su fundamento histórico en una Jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado Francés: el famoso "Arrêt Gas de Bordeaux" (supra. página 3) en la cual se establece la necesidad de devolverle al contrato administrativo el equilibrio contractual que ha sido roto por la excesiva onerosidad sobreviniente.

En este sentido la doctrina ha dicho: "cuando quiera que la ecuación económica o financiera, base del contrato, se destruye por causas de factores que las partes no pudieron tener en cuenta a la Fecha de la celebración el contrato debe ser modificado en atención a los intereses del contratista o del servicio público" (6)

La onerosidad sobreviniente en el contrato, debe provenir de un hecho anormal, excepcional, imprevisible, (absolutamente ajeno e independiente a la administración) que provoque un descalabro económico importante en el equilibrio del contrato; a ese respecto, García de Enterría opina: "... esa mayor onerosidad sobrevenida capaz de colocar al contratista en una situación insostenible puede resultar también, al margen de la conducta de la administración y con independencia de la buena gestión de aquel, de acontecimientos imprevisos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato". (7)

En las situaciones anteriores, debe la administración, por la necesidad del mantenimiento y buen funcionamiento del servicio público, colaborar con el contratista compartiendo los riesgos que hayan surgido de forma imprevista. En otras palabras la justificación de la indemnización por imprevisibilidad estriba en el principio de la "continuidad del servicio público", en el sentido de que tal desequilibrio puede causar -si no hay auxilio de la Administración- el incumplimiento por parte del co-contratante, lo cual, no obstante ser susceptible de acarrearle responsabilidad, repercute en perjuicio directo del servicio, que es lo que le interesa mantener a la Administración.

Es necesario acotar que las circunstancias de onerosidad son ajenas a la Administración y al contratista, y de este modo responden a una serie de variables internas y externas a ellos. Esas circunstancias son diferentes del caso fortuito y fuerza mayor; así, mientras la imprevisión se establece por el acontecimiento de hechos anormales que son imprevisibles, pero que el contratista, aún con grave lesión para su patrimonio puede resistir; en las hipótesis del caso fortuito y fuerza mayor, esos hechos anormales no solo fueron imprevisibles al momento de realizarse el contrato, sino que también el contratista está en absoluta imposibilidad de resistirlos, por lo cual no surgen obligaciones para ninguna de las partes. Por otro lado, generalmente en las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor se da una imposibilidad absoluta de cumplimiento, mientras que en la imprevisión, ésta es solo temporal en tanto se esté dentro del peligro del desequilibrio económico.

Se puede dar la presencia de otros hechos que aunque lo parezca no hacen aplicable ésta teoría; nos referimos a lo que en doctrina se conoce como hipótesis de imprevisión relativa, que consiste no en el hecho mismo, sino en su gravedad e intimidad, es decir, que si ciertos hechos existen o se preveen, puede también preverse la gravedad e intimidad que son susceptibles de revestir; así, se afirma que en estos casos no hay imprevisión. En este mismo

(6) López Agudelo, Eduardo. "Teoría de la Imprevisión-Reajuste de los contratos Administrativos". Revista Foro Caldense, Colegio de Abogados, Colombia, 1967, p. 57

(7) García de Enterría, Op. Cit. p. 628.

orden de ideas: para la aplicación de la teoría del "riesgo imprevisible", no es suficiente que durante la ejecución del contrato se presente un exceso cualquiera sobre las áleas normales de la empresa, que son incidentes ordinarios dentro de toda economía estatal.

Se requiere que la situación se haya tornado tan gravosa para el contratista, que al ejecutarse el contrato "sufra perjuicios económicos de extremada cuantía y consideración" (8).

Como se dijo antes, la teoría en estudio es aplicable sólo a los contratos en ejecución (9), pues los ya cumplidos no existen como actos jurídicos, y la idea, inspirada en el equilibrio contractual, deviene improcedente en estas hipótesis.

Para concluir debe establecerse que esta teoría es aplicable tanto a favor de la Administración como del contratista, según se presente el desequilibrio en contra de uno de ellos.

El siguiente Capítulo se dedicará al análisis de las regulaciones que dentro de esta teoría hacen las leyes 5501 y 5518, no sin antes acotar el criterio que respecto a la doctrina del hecho del príncipe y a la de la imprevisión, sostiene la Contraloría General de la República (10), al cual dedicaremos estas últimas líneas.

Afirma la Contraloría en este pronunciamiento (oficio No. 909 de 27 de enero de 1981) que, si bien es procedente distinguir en la doctrina entre ambas teorías, ello deviene en baladí en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el artículo 239 del Reglamento de la Contratación Administrativa, dispone claramente que procede la revisión de los contratos, ante cualquier cambio en la economía de los mismos, dando pie a la aplicación de ambas teorías en los casos de revisión de los contratos administrativos, sin distinguir si dichos cambios provienen de la Administración o de hechos ajenos a la voluntad de las partes (hechos imprevisibles).

Ese criterio de la Contraloría es sumamente grave, pues desconoce importantes logros teóricos, producto de la experiencia práctica, que ha hecho la doctrina.

Decimos que es grave por cuanto, si bien el artículo 239 del Reglamento citado dispone lo que la Contraloría indica, sea, la no diferenciación entre las teorías en análisis (imprevisión y hecho de príncipe), desconoce y no entra siquiera a mencionar la existencia de otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Para citar sólo un ejemplo, el artículo 239 permite el pago únicamente del daño emergente, pero si el desequilibrio se produce por una conducta ilegítima de la administración (hecho de príncipe), la Ley General de la Administración pública establece que será resarcible tanto el daño emergente como el lucro cesante que se produzcan al administrado, en estas hipótesis, según la Contraloría, no sería necesario distinguir las teorías, lo que evidentemente es erróneo.

Así, peca el pronunciamiento de parcialidad en su juicio, al ver una norma aislada y no el ordenamiento jurídico como un todo orgánico y coherente.

Al margen del razonamiento anterior, debe destacarse la importancia del oficio, al indicar que cabe la posibilidad de revisar tanto los contratos de ejecución sucesiva, como los de ejecución simultánea y, además, la de enumerar sistemáticamente los requisitos para su procedencia. (de la revisión de los precios).

(8) López Agudelo, Op. Cit. p. 59.

(9) Ver Artículo 239 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

(10) Ver Anexo No. 12.

CAPITULO II

PROBLEMATICA DEL REAJUSTE DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRA EN EL DERECHO COSTARRICENSE

La revisión o reajuste de precios en la Contratación Administrativa de obras, se rige, en punto a la legislación, por los textos de las Leyes No. 5501 y 5518 de 7 de mayo de 1974, que no obstante referirse exclusivamente a los contratos de obra y de suministro de obra, hacen la luz sobre el tema en nuestro derecho y jurisprudencia administrativa.

Aunque de modo supletorio, contamos con el reglamento a tales leyes, que establece las principales fórmulas polinómicas para el reajuste de precios, y, como marco de referencia general de la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

El anterior conjunto normativo nace a partir de la necesidad de regular más específicamente la Contratación Administrativa, así sentida a partir de la promulgación de la Ley No. 1279. (de Administración Financiera de la República), que remata con la Ley No. 4864 de 4 de octubre de 1971, que hizo un primer intento de normativizar este tema (en especial lo referente a revisión de precios), y que es el antecedente inmediato a las leyes de marras, sean las No. 5501 y No. 5518 supra citadas.

SECCION I

LEYES 5501 y 5518

El artículo Primero de la Ley 5501 deja previsto el caso de la revisión de precios en los contratos en que se ha roto su equilibrio financiero, por cualesquiera de los siguientes rubros:

1. Costo de los Materiales
2. Mano de Obra
3. Beneficios Sociales
4. Equipos a incorporar
5. Servicios

Tal revisión podría aludir a un aumento o disminución del precio, logrando, en el primer caso prevenir la excesiva onerosidad sobreviniente en perjuicio del contratista, y en el segundo, el posible enriquecimiento injusto del contratista en perjuicio de la Administración y del interés público.

El espíritu de la Ley, al permitir la revisión pretende tres principios:

- a. Seguridad contractual de ambas partes.
- b. Equidad
- c. Mejor calidad de los contratistas.

Respecto de éste último, la posibilidad de reajuste del precio, da un incentivo al contratista, para que negocie con la Administración; en la seguridad de que el factor aleatorio del negocio, no lo perjudicará extremadamente, hasta hacerle incumplir y afrontar responsabilidad.

Como "Administración Pública" el artículo señala al Estado y sus instituciones autónomas o semiautónomas, lo cual se ha interpretado auténticamente mediante Ley No 6183 de 12 de diciembre de 1977 para que se entienda que el artículo primero de la 5501 se re

fiere no solo al Estado, sino también a toda entidad o corporación de derecho público.

El artículo segundo de la ley es el que se encarga de delimitar el ámbito de acción de la revisión de precios del contrato administrativo, ampliándola a los montos adjudicados en compra de servicios y suministros, de origen local, de la industria de la construcción.

Del beneficio de la revisión del contrato, excluye el artículo tercero de la ley, a las empresas constructoras que no cumplan con los dos requisitos que ella misma enumera, a saber:

- A. No menos del 70% del capital de la empresa, en manos de costarricenses.
- B. Un período no menor de dos años de haberse establecido como empresa constructora y haberse inscrito como tal en el Registro Mercantil.

En punto al primer requisito ha dicho la Contraloría General de la República en su oficio 439 de 14 de enero de 1982, que las normas reguladoras de la revisión de precios (leyes 5501 y 5518) solo "son aplicables tratándose de empresas constructoras nacionales, entendiéndose por tales aquellas en los que por lo menos el 70% del capital social pertenezca a costarricenses y que haya transcurrido un plazo no menor de dos años de haberse inscrito como tal en el Registro Público" (11).

Fundamentada en el anterior razonamiento deniega la Contraloría la posibilidad del beneficio del ajuste de precios en el caso del Contrato asumido por la Constructora Alemana E. Zeublim A.G.

Por otro lado, al prescribir el segundo requisito la necesidad de inscripción en el Registro Público, pareciera inferirse que las empresas a que se refiere, deben estar constituidas bajo la forma de sociedades mercantiles, en punto a lo cual ha dicho la Contraloría General de la República que pueden acogerse a los beneficios de esa ley tanto las sociedades de capitales como las empresas individuales de responsabilidad limitada y los empresarios autónomos contratistas de obras públicas, ya que no es el criterio de sociedad el que priva, sino el de nacionalidad (Oficio No. 6819 de 4 de setiembre de 1974, (Vid, Anexo 11).

La no existencia en Costa Rica de empresa constructora nacional con capacidad suficiente para llevar a cabo la obra, faculta a la Administración para excepcionarse de lo dispuesto por el artículo tercero, es decir, tomar en cuenta a empresas extranjeras, que en ese caso si podrían acogerse a los beneficios de la Ley No. 5501. Requisito previo para el ejercicio de tal facultad es la consulta obligada al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos y a la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, o a la Cámara Costarricense de la Construcción, de acuerdo al artículo cuarto de la Ley 5501.

La empresa adjudicatoria del proyecto, para hacer uso del beneficio que la Ley le concede, debe registrar ante las cámaras supracitadas el correspondiente proyecto, según sea el caso, pagando un derecho de registro equivalente al 1 por 1.000 del valor del proyecto. Tal disposición está contemplada en el artículo quinto de la Ley 5501 y se mantiene en la Ley 5518, que viene a modificar lo anterior en los aspectos referentes a los patrones de índices de precios necesarios para el reajuste.

En su segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 5501, se establece que con el producto de los derechos de inscripción recibidos, las cámaras deberían elaborar un índice de precios de importación y los índices mixtos de precios, los cuales deberían ser enviados al Ministerio de Economía y Comercio (MEIC), con la documentación necesaria para su autorización, dentro del plazo de ocho días hábiles. Si dentro ese plazo el MEIC, no se pronunciaba, los índices se tendrían por válidos y se deberían publicar.

Con posterioridad a la discusión de esta ley el Poder Ejecutivo consideró conveniente sustraer de la empresa privada esa facultad de elaborar los índices de precios, por lo cual remitió a la Asamblea Legislativa, un segundo proyecto de modificación a lo anterior, para que

(11) Contraloría General de la República, Oficio 439, de 14 de enero de 1982.

sea el MEIC el que elabore mensualmente los índices, los cuales deberá consultar con las cámaras, que tendrían un plazo de ocho días para pronunciarse. Luego de dicha consulta el MEIC aprueba y publica.

Con el 50% del producto del derecho de inscripción, más sus recursos propios si fuera necesario, las cámaras elaborarán sus propios índices, remitiendo el otro 50% al MEIC a efecto de que éste lo deposite en cuenta especial con el solo propósito de financiar la elaboración de esos índices.

Caso de que el MEIC no publique los índices dentro del plazo dispuesto para ello, por el perjuicio que implicaría a la industria de la construcción, la cámara correspondiente someterá a la aprobación del MEIC, sus propios índices, con la documentación requerida para que éste lo revise y modifique si fuere necesario dentro del plazo de 8 días hábiles. Si dentro de ese plazo el MEIC no se pronunciase, se tendrán por válidos provisionalmente los de las cámaras, que deberán ser publicados en el Diario Oficial y que podrán ser modificados por los índices oficiales posteriores.

SECCION II

Reglamento a las leyes No. 5501 Y 5518 Y DISPOSICIONES CONEXAS

Luego de numerosos intentos para reglamentar sendas leyes, por parte del Ministerio de Economía Industria y Comercio y otros sectores interesados, se llegó a confluir en el Reglamento 4428 MEIC de 14 de diciembre de 1974.

Este Reglamento, en lo sustancial, dispone, en primer término, que las variaciones en los elementos predominantes del contrato deben ser superiores a un 3% durante el plazo de su ejecución, para que proceda el reajuste.

En segundo lugar el procedimiento de reajuste debe de señalarse en el cartel, o en su defecto se operará el procedimiento analítico que el Reglamento define como: "reajuste de precios iniciales con fundamento en variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes". En todo caso el cálculo del reajuste debe ser presentado por el contratista.

Proceden el aumento del plazo o la actualización de los cronogramas del contrato, en los casos de caso fortuito, fuerza mayor, incumplimiento de la administración, en los términos que dispone el art. 6, inciso b), y cambios en el contrato, trabajos extra o ampliaciones de la obra solicitados por el Estado y que requieran aumento del plazo.

Respecto a esta última el numeral 240 del Reglamento de la Contratación Administrativa, establece que la administración contratante asumirá el 100% de los incrementos experimentados en los costos y prohíbe, a su vez, que se produzcan incrementos, sean directos o indirectos, en la utilidad prevista, excluyendo con ello la posibilidad de resarcir al contratista el lucro cesante. (12)

Así mismo, los artículos 7 y 31 del Reglamento a las leyes 5501 y 5518 disponen que se exceptúa la posibilidad de revisión de los precios cuando por ocasión del atraso se produce un alza en los costos, siempre y cuando dicho atraso sea atribuible al contratista; además, cuando el Estado supla los materiales y equipos.

Cuando el contrato contenga un renglón de imprevistos se deducirá primero, de éste, el importe del reajuste, a menos que el contratista pruebe que tales fondos fueron de previo utilizados en otros rubros.

En cuanto a la solicitud de reajuste, ésta debe ser presentada por el contratista, dentro de los 60 días siguientes a las causas que le dieron origen; éste es un término fatal de caducidad.

(12) A este respecto vease lo dicho en la sección II, parte e. del Capítulo anterior. Supra

En la práctica, los contratistas solicitan dicho reajuste con la presentación de las facturas de cobro mensuales.

Para otros contratos no referidos a obra o a suministros de obra, el régimen jurídico aplicable en materia de reajuste de precios se encuentra en la Ley de Administración Financiera y el Reglamento de Contratación Administrativa, en lo conducente.

TITULO II

LEY NACIONAL DE EMERGENCIA No. 4374-1969: ALCANCES DE SUS DISPOSICIONES EN RELACION CON LOS PROCEDIMIENTOS DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

El presente análisis tiene como objeto hacer una relación sucinta de la aplicación y de los efectos de la "Ley Nacional de Emergencia" (4374-1969) y su respectivo reglamento (4020-T de 13 de agosto de 1974), complementado además con el decreto No. 5 de 17 de enero de 1970, que crea el "Fondo Especial de Emergencia", a los procedimientos de Contratación Administrativa, previstos por el Reglamento del mismo nombre y respaldado en la "La Ley de Administración Financiera" en sus artículos 92 y s. Siguientes.

CAPITULO I

FUNDAMENTO DE SU CREACION

Podemos ubicar el fundamento de creación de dicha ley, en el art. 180 de la Constitución Política y en los antecedentes históricos que, como se podrá apreciar, justifican una regulación eficaz y expedita, capaz de solventar los problemas que se presenten a raíz del advenimiento de emergencias nacionales.

SECCION I

EL ARTICULO 180 DE LA CONSTITUCION POLITICA

El artículo 180 de la Constitución Política (13) dispone en su párrafo tercero, la posibilidad del Poder Ejecutivo de variar partidas o abrir créditos adicionales fuera de lo previsto por el presupuesto de la República respectivo, ya sea ordinario o extraordinario; para los casos que genéricamente podemos ubicar como "emergencia nacional".

La instrumentalización de este precepto constitucional tiene un buen intento en la Ley Nacional de Emergencias y su Reglamento (14), aunque no se agota en estos textos la regu-

(13) Artículo 180. "El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior.

Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento'

(14) Reglamento de Emergencias Nacionales. Decreto No. 4020-T de 13 de agosto de 1974. Publicado

lación que debería tener, para que responda a su espíritu y origen, y no se distraiga en la consecución de otros fines, lo cual veremos con detenimiento posteriormente. (15)

La normativa constitucional presenta sin embargo el problema de que sujeta la posibilidad del Poder Ejecutivo de disponer de partidas, en los períodos en que la Asamblea Legislativa se encuentra en receso, guardando silencio sobre las situaciones que se presenten en los períodos de sesiones ordinarias de dicho órgano.

El reflejo del espíritu del constituyente, que plasmara en el Art. 180, toma cuerpo en esta Ley 4374, al permitirle al Poder Ejecutivo que, en forma reglada, se abstenga de aplicar los procedimientos normales de la Contratación Administrativa.

SECCION II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA LEY

Esta "Ley Nacional de Emergencias", fue producto de las situaciones de catástrofe y calamidad vividas por fenómenos naturales, que causaron destrosos importantes y que denotaron el vacío que existía respecto de las necesidades a cubrir en estos casos. (16)

Los procedimientos de Contratación Administrativa, establecidos ordinariamente para la gestión de la Administración, exigían la desaplicación en estas hipótesis, en aras del interés público superior, que se debe tutelar.

El sentido de lo antes dicho, fue sustraer del ámbito de aplicación de la "Ley de Administración Financiera" y el posterior Reglamento de Contratación Administrativa, los remedios requeridos para cada caso, de modo que se pudiera hacer frente y dar soluciones efectivas a tales situaciones de calamidad.

Se vió entonces la necesidad de crear un organismo especializado en emergencias, y el texto legal que lo respaldara, que pudiera atender con autoridad, eficiencia y celeridad tales casos, dictar medidas urgentes ante los imprevistos para lo cual, como antes se dijo, la acción de rutina del Estado era ineficaz, retrazándolo todo de modo que hacía tardía cualquier ayuda. En este sentido lo afirma nuestra Sala de Casación, en su resolución No. 125 de 23 de noviembre de 1979, "... Una medida lenta es absurda y cumplir con formalidades resulta contraproducente en situaciones apremiantes de desastre y calamidad.

Por ese motivo, dentro del espíritu de esa ley está el facilitar la solución con rapidez. El coordinar la acción de todos los órganos para que actúen en forma racional y adecuada, para obtener financiación con urgencia y no con el lento trámite que es normal en materia presupuestaria, y en prescindir de requisitos y formalidades..." (17)

CAPITULO II

ALCANCES DE LA LEY

Por las características que reviste, esta ley se ha prestado para solucionar verdaderas situaciones de apremio y emergencia, (18) —Cual es su espíritu— como también para disfrazar procedimientos de contratación irregulares, bajo los enunciados de la ley.

en "La Gaceta" No. 159 de 24 de agosto de 1974.

(15) Vid. *Infra* Capítulo Segundo, Sección B.

(16) Recuérdese las emergencias nacionales de Cartago y del Volcán Irazú y la del Volcán Arenal en 1969, que fue la causa eficiente e inmediata de la Ley (N de A.)

(17) Sala de Casación, No. 125 de 14:00 horas de 23 de noviembre de 1979, p. 38.

(18) Tal y como se puede apreciar en los hechos de la sentencia supra citada parte de los cuales se expondrán más adelante.

Dentro de este Capítulo se apreciará tanto el comentario de la letra de la ley y algunos ejemplos de su aplicación defectuosa o antojadiza, así como un sencillo ejemplo que ilustra la concordancia entre un caso y sus verdaderos propósitos.

SECCION I

DISPOSICIONES CONCRETAS

En su Artículo I, se prevee la posibilidad del Poder Ejecutivo de declarar "Zona de desastre" cualquier parte del territorio nacional, cuando por fenómeno natural, epidemia o acto humano lo crea necesario. Esta declaración —tal y como se mencionó— configura el "Estado de calamidad pública" previsto en el artículo 180 de la Constitución Política. Debe verse y valorarse la previsión de "Acto Humano", que más que ninguna otra, ha permitido la aplicación de la ley a situaciones ajenas a su espíritu.

Basado en la declaratoria anterior, el artículo segundo de la ley, faculta al Ejecutivo a realizar ciertos actos o tomar ciertas disposiciones que son extraños a su competencia ordinaria, a fin de evitar la agravación de los perjuicios de la calamidad, como por ejemplo —en lo que interesa— "facilitar la construcción de obras públicas, prescindiendo de los procedimientos obligados en épocas de normalidad".

Toda una problemática se plantea al analizar la potestad de actuación de los poderes públicos y sus instituciones con base en la ley 4374, cuando lo hagan al margen de la Comisión Nacional de Emergencias, tal y como se ha presentado en numerosas oportunidades. En análisis cuidadoso de la ley y su reglamento (19) parece disponerse la imposibilidad de tal actuación, pues precisamente si se desaplica toda la reglamentación sobre contratación administrativa, lo es en base a la seguridad que ofrece la acción según el "Plan regulador" de la Comisión, los criterios técnicos en que ello se ampara y la presunción de oportunidad de sus decisiones.

El artículo tercero, fija la obligación de todas las dependencias del Poder Ejecutivo y la Administración descentralizada, de colaborar y poner sus servicios y prioridades en función del "estado de emergencia" y de la Comisión Nacional. Tal disposición refuerza también el criterio de la vinculación de la gestión de la administración a la Comisión Nacional y su Plan Regulador.

La declaratoria del "estado de emergencia", si bien es cierto es casuístico, debe suponer la concurrencia de presupuestos generales de hecho; tales como los que nuestra jurisprudencia ha anotado:

"...Con relación a los hechos objeto de este juicio se comprobó como cierto que en la época que se refiere el mismo se produjo una excesiva precipitación lluviosa en las zonas de Limón y Turrialba que lógicamente causó serios trastornos allí y que indirectamente afectó al país, que requiere mucha fluidez en el servicio de transporte entre puerto Limón y el resto del país en consideración a que es la vía más importante en materia de importación y exportación de mercadería, a tal extremo que la paralización de esas vías producirá estrangulamiento económico. En una situación así fue promulgado el Decreto No. 21 de 10 de abril de 1970 que declaró "Zona de Desastre" la Provincia de Limón y el Cantón de Turrialba de la Provincia de Cartago..." (20)

La realización práctica de esta celeridad en las medidas de la Administración, faculta al Poder Ejecutivo para crear un "fondo" formado por los aportes, donaciones y préstamos reu-

(19) Vid Artículos números en relación al 2, 4, 5, 6, y 8 de la Ley y numerales 11, 13, 15, 19 inciso 1), 32, 33, de su respectivo reglamento..

(20) Vid. Sentencia de Casación, Cit. Supra 17. pág. 38.

nidos para ese efecto, así como las partidas de presupuesto nacional que ordinaria o extraordinariamente se llegaren a asignar. Este "fondo" se pondrá a disposición de la Comisión Nacional y su manejo estará exento de los trámites previstos en la Ley de Administración Financiera, excepto en lo relacionado con el control posterior periódico de la Contraloría General de la República, que ella misma ha interpretado como consistente en una simple auditoría "a posteriori" de lo actuado. Refuerza esta "autonomía de contratación" que posee la Comisión Nacional, la excepción que de ella se hizo en las reformas de la Ley General de Administración Financiera, mediante ley No. 5901 de 20 de abril de 1976. (21)

En cuanto a la creación del "fondo" que la ley dispone, este fue instrumentalizado mediante decreto No. 5 de 17 de enero de 1970, que en su artículo I literalmente dice:

Artículo I: Se constituye un Fondo Especial de Emergencia en el Banco Central de Costa Rica en una cuenta que se denominará "Comisión Nacional de Emergencia", en la cual se depositarán los fondos obtenidos por aportes, donaciones, préstamos contratados, para cumplir las finalidades de la Ley Nacional de Emergencia, asignaciones presupuestarias y subvenciones que llegaran a crearse para esa misma finalidad". (22)

En cumplimiento de lo anterior, dispone el artículo 5 la permisión para que las Municipalidades y demás instituciones del Estado, aporten sumas para contribuir a la Comisión Nacional de Emergencia, lo cual se refuerza con lo dispuesto en los artículos 13 y concordantes del Reglamento a la Ley.

Los artículos 6 y 7 establecen la formación e integración de la Comisión Nacional de Emergencias. (23), a la que se le asigna la función de planear, dirigir y controlar los programas y actividades de protección, salvamento y reconstrucción de las zonas de desastre declaradas conforme al artículo I. Es interesante observar que también se dispone que el Poder Ejecutivo, a más de nombrar la mayoría de los representantes, puede remover libremente y sin explicación a cualquiera de los miembros de la Comisión, disposición altamente nociva y perjudicial, si se desea conservar la legalidad y moralidad de las contrataciones realizadas sin la protección de las regulaciones de la Contratación Administrativa, que solamente se salvaguardan por la heterogeneidad de los representantes en la Comisión y su libertad de criterio, garantías que se pierden quedando ésta totalmente al arbitrio del Poder Ejecutivo.

El Artículo octavo, determina taxativamente las funciones de la Comisión, entre las cuales nos es de fundamental interés:

Artículo 8— e) Autorizar y supervizar la ejecución de obras realizadas por otras entidades o

(21) La Ley No. 5901; en lo que interesa dispone:

"No obstante lo anterior, quedan vigentes las disposiciones que sobre contrataciones administrativas contiene la ley No. 4374 de 14 de agosto de 1969,..." Artículo segundo, párrafo segundo. "en la discusión de la Ley 5901, se excepcionó, más por casualidad que por conocimiento, a la Ley 4374 de la aplicación de tales reformas, lo que demuestra el desconocimiento profundo no solo de nuestros administradores sino también de los legisladores, sobre la materia. Debemos por lo tanto, a una ocurrencia del Diputado Losilla Gamboa, el que se pueda aplicar, según su espíritu, la debatida ley." N. de R.

(22) Decreto No. 5 de 17 de enero de 1970. "La Gaceta" No. 17 de 21 de enero de 1970.

(23) El Reglamento de Emergencias Nacionales, en sus art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, da la integración definitiva a la Comisión, así como también le impone su organización interna y funcional, determina su competencia general y las atribuciones específicas de cada uno de sus miembros.

por particulares en las zonas afectadas y velar porque su ejecución se ajuste a las normas y fines establecidos en el Plan Regulador que elabore". (24)

Ejemplo de lo anterior expone así la jurisprudencia:

"Así, pudo tomar en arriendo el tractor del demandante, sin las formalidades exigidas por la Ley de Administración Financiera la Propia Comisión Nacional de Emergencia pudo autorizar la ejecución de obras por realizar por otras entidades o por particulares, según lo permite el artículo 8, inciso e)" (25)

Puede inclusive la Comisión requerir los servicios y facilidades de otras dependencias de la administración para cumplir su Plan Regulador de acuerdo al artículo noveno. (26)

Por su parte el artículo 2 de la Ley 5901, publicada en "La Gaceta" No. 108 de 5 de junio de 1976, (27), sólo limitó la potestad del Poder Ejecutivo para decretar y mantener el estado de emergencia, diciendo que puede hacerlo por 30 días, e inclusive extenderlo —en resolución motivada hasta por 30 días más, pero que vencido ese plazo será la Asamblea Legislativa la responsable de disponer su continuación o no, debiendo en su caso indicar concretamente el período por el cual se mantiene. La razón de lo anterior ha de ser el evitar "los estados de emergencia largos e injustificados dictados a capricho y conveniencia del Poder Ejecutivo" (28)

SECCION II

APLICACION PRACTICA

Bastará con echar una mirada somera a los 15 años de vigencia de esta ley, para darse cuenta, sin mucho esfuerzo, que la historia nacional está plagada de situaciones innumerables, en que la aplicación de la ley y la declaratoria del "estado de emergencia", no solo procede, sino que es también una necesidad. Sin embargo, si tales momentos se pudiesen enumerar, resultarían fácilmente triplicados en su cantidad, por las veces en que el estado de emergencia y los favores de la Ley 4374 han sido implantados.

Razón de lo anterior, lo es que la Ley ha sido utilizada a discreción por el Poder Ejecutivo, para salir adelante de modo rápido y sin complicaciones, de situaciones que evidentemente están sustraídas del espíritu y el ámbito de la norma, pero que es muy sencillo solventar so pretexto de "sui generis" declaratorias de estados de emergencia.

Fieles a la verdad, hemos de decir que en sus primeros años de vigencia, se le dio a la ley el empleo para el cual fue promulgada, siendo de excepción los casos anómalos. Esta política, que sí bien es cierto no es recomendable, por lo menos era "moderada en sus excesos", y hoy día a degenerado en lo contrario, para convertir en regla, las situaciones anómalas.

A través de la sección anterior, pudo verse claramente a la luz de una sentencia de Casación, cuales son los supuestos de hecho en que la declaratoria de "estado de emergencia" procede, como los fundamentos de derecho en que las distintas acciones tomadas a su amparo, se justifican y adquieren sustento (29). Es menester ahora ilustrar las hipótesis de

(24) Aplicación de esta disposición se encuentra en los art. 11, 13, 15, 33, 34 y concordantes del Reglamento supracitado.

(25) Vid. Sentencia de Casación, Cit. Supra 4 pág. 39

(26) En este sentido ver: Ibidem pág. 39.

(27) Vid. Supra 21, pág. 30.

(28) Vid. Infra, Capítulo II, Sección B.

(29) Vid. Supra Notas, 22, 25 e infra nota 30.

aplicación defectuosa de la Ley 4374, no solo para respaldar nuestra tesis de su desmedida aplicación extensiva, sino también para comentar los errores en que se puede caer.

El decreto No. 5438 P. de 20 de noviembre de 1975 (30), en su art. 1, dispuso declarar "Emergencia Nacional" la situación que se presentó en cuanto al almacenamiento y conservación de la enorme cosecha de granos en el territorio nacional, cuyas zonas "afrontan por este motivo un estado de verdadero desastre para el país" (31). En el mismo decreto se autoriza a los ministerios y a las presidencias ejecutivas de las autónomas para que tomen las medidas necesarias para superar el "Estado de Emergencia", autorizando especialmente al Consejo Nacional de Producción, para que compre y contrate directamente los bienes y servicios que requiera para solucionar la emergencia, sin los trámites necesarios de cotización o licitación, con la sola obligación de informe "a posteriori" a la Contraloría.

Este decreto adolece, entre otros, de dos vicios fundamentales que no solo echan por tierra lo dispuesto por la Ley 4374 — y en este sentido es ilegal —, sino que además contrae materialmente el espíritu del artículo 180 de la constitución, ya analizado.

De acuerdo al decreto, se asigna el "estado de emergencia" ante los efectos nocivos de una superproducción de arroz, que sí bien es cierto en último análisis se le puede achacar a un fenómeno natural y como tal endosarlo al art. 1 de la Ley, ... en sí mismo es aún discutible pues no se adecúa con la intensionalidad del legislador. Unido a esto, el decreto no determina de modo concreto y específico, el o los lugares de la emergencia, con lo cual viola flagrantemente el artículo 1 de la Ley y además su respectiva reglamentación, de modo expreso el artículo 31 de ese cuerpo legal.

Aún disculpándose tal vicio, si se convierte en intolerable el que se delegue de modo irrestricto a la administración central y descentralizada la facultad de tomar medidas "mutuo propio", y hasta de excluirse de la Contratación Administrativa, para la solución de la "emergencia", excluyendo jurídica y materialmente a la Comisión Nacional que es legal y reglamentariamente el ente establecido a tal efecto, por las razones tantas veces anotadas. (32)

La situación anterior fue reprendida por la Contraloría General de la República, por la contratación y compra de bienes y servicios sin el respectivo procedimiento de licitación y cotización, con base en el decreto de marras que para la misma Contraloría viola la letra de la Ley 4374. Verdaderamente lamentable es la imposibilidad de la Contraloría de tomar acción más directa en contra de tales anomalías, dada su sujeción a la auditoría posterior, (33)

Son también ejemplos claros de Decretos extralimitados y defectuosos con relación a la Ley No. 4374, los dictados bajo los números 4716—P, de 16 de abril de 1975 y 4998—P, de 4 de junio de 1975 (34). En punto a su legalidad es visible, en ambos, la disposición anormal de encargar a organismo diferente de la Comisión Nacional de Emergencia del tratamiento de sendos "estados de emergencia", tal y como se desprende claramente de lo dispuesto por la ley 4374 y su reglamento de acuerdo a todo lo apuntado anteriormente.

Es interesante observar además que en el primero de estos dos decretos, se declara zona de desastre al Area del Territorio Nacional afectado por la grave crisis que afronta el país

(30) Decreto No. 5438-P. 20 de noviembre de 1975, Publicado en "La Gaceta" No. 223, de 22 de noviembre de ese mismo año y reproducida en "la Gaceta" No. 227 de 28 de noviembre del mismo año.

(31) IBIDEM, Art. 1.

(32) Anótese como vicios del Decreto 5438-P, la violación del art. 1 y s siguientes y 8 de la Ley, y los art. 11, 13, 15, 19, e), 32, 33, 34, del Reglamento.

(33) VID. Contraloría General de la República, Oficio No. 1661 de 15 de marzo de 1976.

(34) Decreto No. 4716-P. de 16 de abril de 1975, publicado en "La Gaceta" No. 71 de 7 de abril y Decreto No. 4898-P de 4 de junio de 1975, publicado en "La Gaceta" No. 111 de 14 de junio del mismo año.

con motivo de la paralización de actividades en la provincia de Limón, disposición que también contraviene el artículo de la ley y el numeral 31 del Reglamento -dado que no ubica clara y precisamente la Zona de desastre lo cual se explica, pero no se justifica ni se subsana el vicio

No es necesario un gran despliegue de lógica e interpretación, para darse cuenta de que una aplicación "pura y simple" de los alcances de este Decreto permitiría su validez y eficacia prácticamente en todo el Territorio Nacional, pudiéndose indiscriminadamente desvincularse del régimen de la Contratación Administrativa en todo el país y casi en cualquier supuesto, y lo que es más, apartándonos de la Contratación por un momento, tomar el Gobierno Central, todos aquellos actos prerrogativos que la Ley 4374 prevee.

En el caso del Segundo Decreto, la facultad de solucionar la emergencia se delega en la "Junta Administrativa de Servicio Eléctrico Municipal de Heredia" para que ella, "Asumiendo la Administración, el mantenimiento y control del acueducto y alcantarillado sanitario del Cantón", y tomando las medidas pertinentes, en conjunto con las demás dependencias e instituciones del Estado, asuma el rol que en derecho le corresponde a la Comisión Nacional de Emergencia. Lo que llama aquí más la atención, es que el Poder Ejecutivo no se toma siquiera la molestia, por lo menos para no violar flagrantemente la ley, de hacer uso de la posibilidad que el Reglamento de Emergencia permite de que la Comisión Nacional delegue, libre e indiscriminadamente sus potestades en una Comisión Regional lo cual pudo haber hecho con la JASEMH, evitando el nombrarlos al margen de la ley como se hizo.

La relación anterior da pie a un cuestionamiento de la aplicación de la Ley de Emergencia y su efecto inmediato en la Contratación Administrativa, para tener presente que si bien es cierto, la normativa permite la vía necesaria para solucionar los conflictos o calamidades que frecuentemente nos azotan, permiten también los excesos e incongruencias de nuestros gobernantes.

Recientemente el Gobierno Central ha anunciado la posibilidad de declarar "estados de emergencia" en varias zonas del país, por situaciones que tampoco responden al espíritu de la norma, y que promete ser una nueva y descollante violación a la ya muy ultrajada ley No. 4374, de Emergencias Nacionales. (35)

CONCLUSIONES

Dada la especificidad de las materias aquí analizadas, así como la relatividad que muchos de los conceptos adquieren, por la variedad de supuestos, legislación y sobre todo interpretación judicial y administrativa, es poco prudente, y nada recomendable, extraer postulados que de modo terminante y absoluto pretendan regir los aspectos examinados. En función de lo anterior, se señalarán, más que conclusiones, algunos criterios guías que permitan obtener una idea general de los resultados del trabajo.

SOBRE EL TITULO PRIMERO:

1. Dentro de la Contratación Administrativa, en Costa Rica existe la posibilidad del reajuste de precios en los contratos de obra y de servicio y suministro para obra, como consecuencia inmediata de lo dispuesto por las leyes 5501 y 5518 y sus respectivos Reglamentos.

2. Dicha revisión de precios opera en determinadas hipótesis que la doctrina señala en la teoría de el hecho del príncipe, la cláusula de revisión de contrato, el caso fortuito, riesgo y ventura y el ius variandi

(35) La afirmación anterior resulta una premonición cuando hoy (abril 1985) se hace realidad con la adquisición de 250 vagonetas por el Gobierno Central sin el más mínimo respeto a la Contraloría Administrativa o a los casos de rigurosa excepción de la Ley No. 4374 (N. de R.)

3. En criterio de la Contraloría General de la República es ociosa la distinción entre el reajuste de precios motivados en la "teoría de la imprevisión" o en el "hecho del príncipe" dado que ambas se pueden derivar, con iguales efectos, de la redacción del numeral 239 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

4. A juicio del grupo, no sobra distinguir sobre lo anterior, pues en justicia sí se debe hacer la diferencia entre ambos supuestos, en punto a que según se aplique uno u otro, se excluye o incluye la posibilidad de indemnizar no solo el daño emergente sino también el lucro cesante, lo cual no puede en ningún sentido, dejarse de lado.

5. Es interesante observar el grado hasta el cual puede hacerse nugatoria la posibilidad de revisión de precios, que no solo se sujeta a requisitos que dependen de él: no estar en mora, inscribir su proyecto, etc; sino también, y lo que es más grave, a hechos que no dependen de él, como la oportuna elaboración de los índices de precios por el MEIC y las Cámaras Constructoras.

SOBRE EL TITULO SEGUNDO:

1. La regulación de la Ley 4374 y su Reglamento respectivo, permite en los supuestos de "estado de emergencia" que la administración, por medio de la Comisión Nacional de Emergencias", se exceptione de los trámites de Contratación Administrativa, a fin de solucionar, con celeridad y eficiencia, los conflictos acaecidos.

2. La facultad de sustraerse a lo dispuesto por la "ley de administración financiera" y el "Reglamento de la Contratación Administrativa" son potestades crecientes y exclusivas de la "Comisión Nacional de Emergencias", en cumplimiento exacto de su Plan Regulador y con el control posterior de auditoría de la Contraloría General de La República.

3. Las Administraciones Central y Descentralizada, en todas sus dependencias e instituciones, están obligadas a colaborar y coordinar con la "Comisión Nacional de Emergencias" para que, de acuerdo a sus competencias y posibilidades, concurren a la solución de la emergencia. Es la Comisión quien con anterioridad debe autorizar la actuación de tales entes.

4. De acuerdo a lo dispuesto por la Ley 4374 y el Reglamento de Emergencias Nacionales, la integración y composición de la Comisión, así como la remoción de sus miembros, queda prácticamente a disposición total y absoluta del Poder Ejecutivo, situación nada conveniente para garantizar la legalidad, moralidad y oportunidad de estas contrataciones de excepción.

5. En sus 15 años de vigencia, la Ley a servido como paliativo eficaz a delicadas situaciones, prestándose sin embargo a abusos por parte del Poder Ejecutivo en su aplicación en cuanto a fondo y forma, a problemas no contemplados por el espíritu de la ley o con procedimientos infieles a los preceptuados por la misma norma y su reglamento.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA:

1. **ÁRROYO SABORIO Ana Cecilia y Otros, *La Revisión de Precios en la Contratación Administrativa de Costa Rica*, seminario de graduación, Facultad de Derecho, U.C.R., San José, 1981.**
2. **BREWER CARIAS Allan-R. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia*; publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964**

3. GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*; Reimpresión, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1980.

REVISTAS

1. LOPEZ AGUDELO Eduardo; *Teoría de la Imprevisión-Reajuste de los Contratos Administrativos*, Revista Foro Caldense, Colegio de Abogados, Colombia, 1967.
2. ROMERO PEREZ Jorge Enrique; *Contribución al Estudio de la Selección del Contratista Público en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 25-Facultad de Derecho, U.C.R., San José, Enero-Abril. 1975.
3. ROMERO PEREZ Jorge Enrique, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 48 Facultad de Derecho U.C.R., San José.
4. RODRIGUEZ ARCE Hermann. *La Contratación Administrativa y las Leyes de Emergencia*; Revista de la Contraloría General de la República, Número 20, año IX, San José, Costa Rica, 1975.

LEGISLACION:

1. **Constitución Política de la República de Costa Rica**. 7 de noviembre de 1949. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1980.
2. **Ley de Administración Financiera de la República**, No. 1279 de 2 de mayo de 1951.
3. **Ley No. 5901** de 20 de abril de 1976.
4. **Ley No. 5501** de 7 de mayo de 1974.
5. **Ley No. 5518** de 18 de abril de 1974.
6. **Ley No. 6183** de 12 de diciembre de 1977.
7. **Ley Nacional de Emergencia**, No. 4374, de 14 de agosto de 1969.
8. **Ley General de Administración Pública**, No. 6227, de 2 de mayo de 1978.
9. **Reglamento a las Leyes 5501 y 5518**, Decreto Ejecutivo No. 4428 MEIC de 14 de diciembre de 1974.
10. **Reglamento de Emergencias Nacionales**, Decreto Ejecutivo No. 4020-T de 13 de agosto de 1974.
11. **Reglamento de la Contratación Administrativa**. Decreto Ejecutivo No. 7576-H, de 23 de setiembre de 1977.
12. **Decreto Ejecutivo No. 5** de 17 de enero de 1970.
13. **Decreto Ejecutivo No. 1017-G** de 2 de junio de 1970.
14. **Decreto Ejecutivo No. 4716-P** de 16 de abril de 1975.
15. **Decreto Ejecutivo No. 4898-P** de 4 de junio de 1975.
16. **Decreto Ejecutivo No. 5438-P** de 20 de noviembre de 1975.

RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Sala de Casación No. 125 de 14:00 horas de 23 de noviembre de 1979 Ordinario por cobro de daños y perjuicios de G.H.C. contra el Estado

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

1. Oficio No. 6819 de 4 de setiembre de 1974
2. Oficio No. 909 de 27 de enero de 1981
3. Oficio No. 7306 de 9 de abril de 1981
4. Oficio No. 7820 de 1 de junio de 1981
5. Oficio No. 8883 de 4 de agosto de 1981
6. Oficio No. 489 de 14 de enero de 1982
7. Oficio No. 564 de 22 de enero de 1982
8. Oficio No. 771 de 28 de enero de 1982
9. Oficio No. 3459 de 26 de abril de 1983.

ANEXOS

1. Leyes 5501 y 5518
2. Ley No. 6183 (interpretación auténtica del Art. 1 de ley 5501)
3. Decreto Ejecutivo No. 4428-MEIC (Reglamento a leyes 5501 y 5518)
4. Ley Nacional de Emergencia No. 4374
5. Decreto No. 4020-T (Reglamento de Emergencias Nacionales)
6. Decreto No. 5 de 17 de enero de 1970
7. Decreto No. 1017-G de 2 de junio de 1970
8. Decreto No. 4716-P de 16 de abril de 1975
9. Decreto No. 4898-P de 4 de junio de 1975
10. Decreto No. 5438-P de 20 de noviembre de 1975

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

11. Oficio No. 6819 de 4 de setiembre 1974
12. Oficio No. 909 de 27 de enero de 1981
13. Oficio No. 7306 de 9 de abril de 1981
14. Oficio No. 7820 de 1 de junio de 1981
15. Oficio No. 8883 de 4 de agosto de 1981
16. Oficio No. 489 de 14 de enero de 1982
17. Oficio No. 564 de 22 de enero de 1982
18. Oficio No. 771 de 28 de enero de 1982
19. Oficio No. 3459 de 26 de abril de 1983.