

OJ-045-2002
10 de abril del 2002

Licenciado
Frantz Acosta Polonio
Presidente
Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos
Asamblea Legislativa

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, me refiero a su oficio CJ-33-02-02 de 27 de febrero del 2002, mediante el cual se indica que la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos decidió solicitar nuestro criterio en punto al proyecto de ley denominado "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social".

Entendemos que el interés de la Comisión de conocer nuestra opinión del proyecto de ley consultado, es en el tanto está regulando la posibilidad de que la Administración utilice los métodos de resolución alternativa de conflictos, y será a ese aspecto al que nos referiremos.

Los métodos de resolución alternativa de conflictos han venido desarrollándose de manera especial en los últimos años, como la búsqueda de sistemas que permitan facilitar los acuerdos entre las partes, sin necesidad de acudir a la vía judicial; interés que se encuentra plenamente justificado.

Es por ello que los comentarios que se realizarán sobre el proyecto, no significan una negativa al avance de la aplicación de los métodos de resolución alternativa de conflictos, sino a apreciaciones de tipo jurídico, en relación con la participación de la Administración en esos métodos.

Si uno realiza una lectura integral del proyecto, se denota como éste parte del ejercicio de los derechos fundamentales de los particulares, para decidir, libremente, la mejor forma de solucionar sus controversias.

La preocupación nuestra radica en la aplicación del citado cuerpo normativo a la Administración Pública; preocupación que la que hemos venido insistiendo con la actual Ley, pero que se mantiene en el proyecto que tienen en estudio esa Comisión.

Aquí es importante rescatar que, en nuestro criterio, la normativa en estudio por parte de ustedes, la cual parte del principio de libertad de las personas, no necesariamente puede ser de aplicación para el Estado, ya que para éste rige el principio de legalidad, que es precisamente el opuesto al primero. Es más, el hecho de que se obvie esa distinción, hace que su aplicación puede resultar inconstitucional. Aquí es importante recordar la precisión

que realizó la Sala Constitucional en la Resolución N° 1696-92 de 23 de agosto de 1992, en que se declaró la inconstitucionalidad de varios numerales del Código de Trabajo respecto de las administraciones públicas, por considerar que la naturaleza pública de la relación de empleo entre el Estado y sus servidores impedía aplicarle un régimen de Derecho Privado. Asimismo, ha establecido que los principios de Derecho Administrativo contenidos en la Ley General, son principios constitucionales. Consecuentemente, los institutos propios del Derecho Privado no pueden ser, necesariamente aplicados, sin adaptación alguna a las relaciones de la Administración.

Por lo tanto, al estar redactado el presente proyecto de Ley desde la perspectiva de las libertades individuales y bajo principios de derecho privado, su aplicación a la Administración, por disposición expresa del artículo 21 del proyecto, al indicarse que "*Cuando las personas, naturales o jurídicas, **públicas** o privadas...*", puede resultar inconstitucional.

Una regulación para la Administración en esta materia, y en aplicación del principio de legalidad, haría necesario regular aspectos que precisarían de definición expresa para la Administración.

Por ejemplo, el mismo artículo 21 ya citado, dispone que "*Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial o no patrimoniales, sean presentes o futuras, siempre que estén fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición, incluyendo los aspectos patrimoniales de las cuestiones que por ley no pueden someterse a arbitraje.*"

La aplicación de este numeral resultaría cuestionable en el ámbito de la Administración. ¿Sobre qué derechos la Administración tiene plena disposición? En principio habría que afirmar en ninguno, salvo que exista una ley que lo autorice expresamente, en virtud de la aplicación del principio de legalidad. Ahora, el problema es que posiblemente, tal y como ha sucedido con la Ley que rige actualmente esta materia, es tan difícil su aplicación para la Administración, puesto que no se regulan aspectos que por su naturaleza se ocupan, que la hará difícilmente aplicable.

Por lo tanto, hay aspectos que es necesario regular, si se quiere permitir que la Administración participe en procesos de arbitraje, tales como: materia que es susceptible de llevarse a un arbitraje; órganos competentes para tomar la decisión; necesidad de una adecuada motivación del acto mediante el cual se decide acudir a un arbitraje; forma de nombramiento y pago de los integrantes del Tribunal Arbitral; contenido presupuestario para hacerse cargo de la obligación económica que se le pueda imponer; etc. En estos dos últimos aspectos, especialmente, debería recibirse la opinión de la Contraloría General de la República.

La mayoría de nuestras inquietudes han sido planteadas en el pronunciamiento OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000. Por lo tanto, nos permitiremos, aún cuando es muy extenso, hacer una transcripción de éste.

"Como antecedentes de los consultado sobre usted sobre el arbitraje existe jurisprudencia administrativa que ha desarrollado el tema. A pesar de su extensión, se transcribirá el pronunciamiento C-089-99 de 10 de mayo de 1999.

"1. El instituto del Arbitraje y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico

El arbitraje, la mediación, la transacción y la conciliación se presentan como medios alternativos de resolución de conflictos surgidos entre los particulares. El arbitraje puede representar una manera más ágil y expedita de resolver las controversias, y una opción tutelada por el ordenamiento, adicional a la tradicional vía judicial. Así, la Doctrina lo ha definido como:

"...un proceso de carácter jurisdiccional, mediante el cual las partes –o un juez en ausencia de acuerdo– eligen, en forma privada, los sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia y cuya decisión, la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada." (Artavia Barrantes, S. El Proceso Arbitral en Costa Rica, Tomo I, Editorial Jurídica DUPAS, 1996, pág. 45).

La intervención de un tercero en la resolución del conflicto, así como el hecho de que su ejercicio es facultativo para el ciudadano, se presentan como características fundamentales del proceso arbitral. Cabe destacar, que por su carácter facultativo y alterno, su aplicación no excluye el acceso a los tribunales. Es decir, por el hecho de que los particulares sometan la resolución de sus controversias a un árbitro, no significa la renuncia a la tutela judicial efectiva, a su derecho a someter el conflicto ante la jurisdicción común. Ya bien lo indicó la Sala Constitucional, en el Voto N° 2307-95 de 9 de mayo de 1995, al evacuar una consulta judicial de constitucionalidad, al expresar que el arbitraje debe entenderse como medio alterno y no excluyente de la resolución jurisdiccional de los conflictos.

Continuando con las características básicas de este instituto, cabe mencionar la existencia de dos tipos de arbitraje, sea de Derecho y de equidad. En el primero de ellos, los árbitros deciden el conflicto según la normativa jurídica aplicable al caso concreto, es decir, sujetos al ordenamiento jurídico. Mientras que en el segundo, el fallo se dicta sin sujeción a la normativa vigente sino más bien, aplicando los principios de equidad, honradez, prudencia y sentido común.

El laudo arbitral, una vez dictado, goza de los efectos de cosa juzgada material. Tiene carácter definitivo y vinculante para las partes, y es inapelable salvo el recurso de revisión (caso del ordenamiento costarricense, Ley N° 7727).

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, este cuenta con la reciente emisión de la "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social" (Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997), como parte del desarrollo de la norma constitucional del artículo 43, cuyo texto indica:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente." (1) (Norma que garantiza un derecho para los particulares, aunque conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional puede existir duda si cubre a la Administración.)

La citada ley –que derogó las anteriores regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil–, propone también otros medios alternativos a los judiciales para la resolución de los conflictos patrimoniales que surjan entre los particulares, además del ya mencionado proceso arbitral. Se enuncian entonces tres institutos fundamentales: mediación, conciliación y arbitraje.

El proceso arbitral permite también la participación de la Administración en la solución de sus conflictos con el administrado a través de la aplicación de dicho medio alterno. En efecto, el artículo 18 de la citada Ley, dispone:

"Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

Todo sujeto de derecho público, incluyendo al Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública. (El subrayado no es del original).

Con el anterior marco general introductorio, es posible situarnos en el siguiente aparte a desarrollar: la participación de la Administración en un proceso arbitral.

II. La Administración como parte de un proceso arbitral

Tal y como mencionamos en el aparte anterior, la normativa costarricense en torno al proceso de arbitraje incluye la posibilidad de que el Estado y sus entes resuelvan sus controversias a través de tal instituto. Sin embargo, es insuficiente la regulación del arbitraje en el sector público pues aparte de la norma supracitada de la Ley N° 7727, encontramos únicamente el artículo 27 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública (Ley N° 6227 de 2 de mayo de 1978), el cual indica como atribución de los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República "*transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo*" ⁽²⁾ **(Mediante interpretación, tanto de la Procuraduría como de la Contraloría, se ha considerado la aplicación de la autorización de acudir al arbitraje abarca tanto a la Administración centralizada como descentralizada (Al efecto, pueden verse, como ejemplo, el pronunciamiento de esta Procuraduría C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 y de la Contraloría el N° 2239 de 23 de febrero de 1996).)**

Ante la ausencia de más específicas regulaciones, son varias las interrogantes que se presentan en torno a la participación de la Administración como parte en estos procesos. Así las cosas, el arbitraje en el Derecho Público plantea dos problemas principales. El primero en torno a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje y el segundo de ellos, en relación a la capacidad del sujeto público para someter las cuestiones a arbitraje.

En cuanto al tema de la capacidad, la Doctrina ha referido lo siguiente:

"Un órgano administrativo que no es persona jurídica no puede comprometer en árbitros. Cuando la ley no le atribuye capacidad para disponer, tampoco puede someter a decisión arbitral cuestiones que importen actos de disposición. Dentro del órgano administrativo es preciso que los funcionarios tengan también atribución para comprometer en árbitros. Estas atribuciones se dan por las reglas de la representación, es decir, por la competencia que la ley le da al órgano o funcionario para obligar a la entidad administrativa." (BIELSA, R. Derecho Administrativo, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1957, pp 538- 539).

Asimismo, en el reciente "Seminario Iberoamericano de Justicia Administrativa Dr. Eduardo Ortíz Ortíz", el Dr. Luciano Parejo Alfonso señalaba algunas críticas al proceso arbitral desde estas dos anteriores perspectivas de capacidad y materias que pueden someterse a arbitraje. Así, decía el distinguido jurista, que mientras en el ámbito del Derecho Privado domina el principio de autonomía de la voluntad y los particulares tienen amplia posibilidad de someter sus conflictos a arbitraje; la Administración, por su parte, se encuentra sometida al principio de legalidad, siendo su capacidad jurídica la suma de las potestades que le atribuyan las leyes, con lo cual el arbitraje parece ser incompatible si no está expresamente regulado.

De esta manera, en palabras del citado jurista, no existe para la Administración una capacidad universal para someter las controversias a arbitraje, como sí la hay en el Derecho Privado. El arbitraje no es la regla sino la excepción en los casos de derecho público, por ello requiere una norma expresa que lo autorice, aunque pueden darse los casos de autorización genérica para toda la Administración, con los consecuentes problemas de indeterminación e inseguridad que pudieran plantearse si no se definen clara y específicamente todos los supuestos.

En el campo de la disponibilidad de la materia para ser sometida a un proceso arbitral, en efecto hay materias que pueden ser sometidas a transacción y arbitraje en virtud de la potestad discrecional de la Administración y su capacidad efectiva de decisión. Sin embargo, es clara la existencia de ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la aplicación de los procesos de arbitraje o transacción, como lo serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos.

A este respecto se ha referido también la Doctrina señalando:

"...3) No puede someterse a decisión arbitral:

a) la determinación del régimen de prestación de un servicio público, cuando ese régimen se ha organizado en consideración a una necesidad pública; ni la determinación de su objeto; b) la forma de ejercicio del poder de policía general ni del poder de policía del servicio público: por virtud del mismo principio, tampoco las medidas disciplinarias; c) las tarifas básicas de precio del servicio público; d) la forma de contralor que la Administración Pública debe ejercer sobre el otro contratante (concesionario, contratista de obra pública o de suministro; funcionario o empleado especialmente contratado, etc.); e) el declarar la legitimidad o ilegitimidad de actos administrativos; f) la determinación del monto de impuestos o tasas o contribución de mejoras, a menos que respecto de estas últimas sea necesaria la determinación de las prestaciones realizadas por la Administración pública." (BIELSA, R. op. cit., pp 539-540).

En sí, el arbitraje no es permitido en materias que impliquen el ejercicio de una potestad de imperio, al tratarse de potestades irrenunciables de la Administración, tal y como lo señala el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, al decir:

"1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

2. Solo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.

3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes." (*El subrayado es nuestro*).

Por otra parte, y en relación directa con el tema de qué puede ser sometido a arbitraje, como hemos ya señalado, el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, contiene una autorización genérica para que el Estado y los sujetos de derecho público, sometan sus controversias patrimoniales a arbitraje.

Así, en la determinación de estos supuestos, es conveniente recordar lo que la Procuraduría había pronunciado al respecto, cuando mediante estudio realizado por los Procuradores Dra. Magda Inés Rojas Chaves y Lic. Francisco Villalobos González, de fecha 18 de marzo de 1994, se indicó:

"El principio general en orden al arbitraje es que puede acudirse a él para dirimir las controversias patrimoniales. Principio que se desprende del artículo 43 de la Constitución Política...

Excede dicho principio toda proposición de arbitraje que comprenda directa o indirectamente asuntos de derecho público. Circunstancia que es, por sí sola, excepcional, en la medida en que el arbitraje concierne, por principio, pretensiones de índole patrimonial. El concepto de "asuntos de derecho público" abarca toda regulación que involucre los institutos específicos regulados por el derecho público en sí mismo considerados, sean potestades, servicios públicos, o bien el dominio público, etc. y la ejecución de las regulaciones correspondientes en la medida en que exceda el aspecto puramente patrimonial. Regulaciones que son de rango legal por la índole de la materia y que incluso conciernen el orden público institucional, como es el caso de las potestades públicas y su ejercicio o el dominio público.."

Este criterio fue reafirmado en el dictamen C-187-96 de 11 de noviembre de 1996 en un caso sometido a consulta por la Municipalidad de Liberia, en el cual se solicitaba nuestro criterio en cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje los diferendos surgidos en relación al cobro por concesiones otorgadas en la Zona Marítimo Terrestre. En este pronunciamiento se dijo:

"... la pretensión que tendiera a discutir en sede arbitral la corrección del avalúo practicado en una concesión sobre la Zona Marítimo Terrestre, deviene en la renuncia a una competencia de orden público. No son las partes las que establecen la oportunidad de que las concesiones sean onerosas, ni está facultada la Municipalidad interesada en proponer un sistema diferente del prescrito por el bloque de legalidad para llegar a establecer el valor del área física de la concesión. Antes bien, en atención a su naturaleza de dominio público, se emite una normativa detallada en cuanto al sujeto encargado de realizar el avalúo, los plazos en que debe realizarse y los porcentajes aplicables según el destino que se dé al bien objeto de la concesión. Si bien es cierto que lo que cobre la Municipalidad,

es el producto de aplicar la tabla del artículo 49 del Reglamento a la Zona Marítimo Terrestre al avalúo practicado por la Dirección General de la Tributación Directa; ese monto de dinero no es una pretensión de índole exclusivamente patrimonial del Gobierno Local contra un particular; antes bien, es el resultado del ejercicio de las competencias que derivan de la legislación aplicable a la Zona Marítimo Terrestre, que se concretiza en una suma de dinero.

De tal suerte que, con vista en las precisiones apuntadas al principio del presente estudio, estamos en presencia de competencias públicas derivadas de la naturaleza jurídica específica del bien que interesa (dominio público), las cuales no podrían ser sometidas a la decisión de árbitros por no tratarse de un asunto de naturaleza estrictamente patrimonial." (3) (Los anteriores criterios también han sido recogidos por pronunciamientos de la Contraloría General de la República. Puede verse, al efecto, el No.2239 de 23 de febrero de 1996.)

En relación al tema que ahora tratamos, señalaba también el Dr. Eduardo Ortíz Ortíz:

"La regla es que en derecho administrativo y público en general el arbitraje sobre los negocios de la Administración está prohibido, salvo disposición en contrario que sería excepcional y de aplicación restrictiva.

... el compromiso o el arbitraje tienen que recaer, si no versan sobre la conducta de la Administración regulada por el derecho privado, sobre la regulada por el derecho público, dado que estos dos son los únicos segmentos de la actividad de la Administración. Esto es importante entenderlo bien, porque en el campo del derecho administrativo la Administración es titular de competencias públicas irrenunciables, de origen y contenido fijado por ley o por reglamento. Es obvio que la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus funciones públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero (el árbitro) el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio.

Es posible, entonces, trazar una distinción muy clara entre el campo de la actividad de la Administración que puede ser objeto de compromiso y el que no puede serlo: la distinción coincide con la que se da entre el derecho público y el privado, y ya no únicamente entre materia patrimonial y materia no patrimonial. Puede haber múltiples diferencias de tipo patrimonial o con repercusiones de igual índole que, sin embargo, no pueden ser objeto de compromiso ni de arbitraje, por ejemplo: todo lo concerniente al pago del precio de una obra pública, o al cobro y al monto de las tarifas de una concesión. Sólo aquello que es simultáneamente de índole patrimonial y objeto de regulación por el derecho civil, mercantil o laboral comunes, puede ser objeto de un compromiso o arbitraje. Fuera de esta materia ninguna otra puede serlo.

De conformidad, no pueden ser objeto de compromiso ni asuntos privados de la Administración de tipo no patrimonial, ni asuntos de derecho público, sean o no patrimoniales, sobre todo cuando conciernen el ejercicio o a la extensión de una competencia de la Administración." (*Aspectos Legales de Concesiones Ferrocarrileras. 1966. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 27, pp. 221-223*).

Finalmente, el autor Sergio Artavia Barrantes, también es conteste al señalar que "...el Estado y sus Instituciones no pueden someter a arbitraje las funciones o potestades administrativas y regladas, propias de cada institución, como son la organización social, la organización política, las potestades de imperio." (Op. cit., pág. 107).

Como consecuencia de lo anterior debe entonces determinarse –y aquí es donde se presentan los problemas de falta de especificidad e inseguridad– en qué casos el Estado se encuentra ante diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, como únicos casos admitidos para llevar el conflicto a arbitraje, excluyendo la aplicación del mismo en el ejercicio de potestades de imperio y otras facultades indisponibles.

Pero, en todo caso, considera este Organismo Asesor que es necesario realizar algunas consideraciones que se consideran pertinentes con el objeto de orientar a la Administración en la decisión de si debe someter un determinado asunto a arbitraje.

La Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social está estructurada para regular situaciones entre particulares, haciéndose en un único artículo mención al Estado y sus instituciones. Es, por lo tanto, una legislación prevista para regular situaciones entre particulares, que se encuentran cubiertas por el principio de autonomía de la voluntad.

Por el contrario, la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad.

Consecuentemente, mientras no exista una regulación especial en esta materia para la Administración, ésta debe adaptarlas a la naturaleza propia de la Administración.

Así, de previo a la toma de la decisión de la Administración de acudir a un arbitraje, debe valorar la posible existencia de un derecho, o al menos la duda razonable o la apariencia de un buen derecho del particular.

Existen materias, que implican el ejercicio de potestades de imperio, que no pueden ser sometidas a arbitraje.

La decisión de la Administración de acudir a este medio alternativo de solución de conflictos debe estar debidamente motivada, como todo acto administrativo.

Los elementos discrecionales de dicho acto quedan sujetos a los dispuesto en los artículos 15 a 17 de la Ley General de la Administración Pública.

III. Conclusiones

En virtud de la precedente exposición, podemos indicar a manera de conclusión, que nuestro ordenamiento se limita a establecer una autorización genérica para que la Administración someta sus controversias a los procesos arbitrales, sin mayores especificaciones ni claridad en cuanto a los aspectos que deben quedar excluidos de tal posibilidad o la capacidad de los sujetos de derecho público para someterse a este medio alterno de resolución de conflictos.

A pesar de lo anterior, debe tenerse presente la oportunidad y conveniencia del sometimiento de los diferendos a tal proceso, así como el aspecto de fondo de la situación que analizamos. Es decir, si efectivamente el particular tiene un derecho, o al menos la apariencia de un buen derecho que pueda ser reconocido por la Administración y que sea base del conflicto que se pretende llevar a un juicio arbitral. Lo anterior cobra importancia por cuanto, de no existir conexión entre el aspecto patrimonial y la situación jurídica del administrado con la Administración, no habría una relación fundamentada y, por ende, no habría motivo para someter tal situación a un proceso arbitral.

Así las cosas, considera este órgano que el sometimiento de las controversias entre JAPDEVA y las empresas usuarias del muelle a un proceso arbitral, debe ser definido por la institución consultante según criterios de oportunidad y conveniencia. Es a la Administración a quien corresponde determinar las consecuencias del proceso y la aplicación o no de la medida alterna. Eso sí, debe quedar claro que, toda decisión que se tome debe ser en consideración de lo apuntado en este dictamen en cuanto a las materias que definitivamente no pueden ser sometidas a arbitraje en virtud del interés y los bienes tutelados, así como el aspecto de la capacidad del sujeto de Derecho Público para someter tales controversias a un proceso de tal naturaleza. Asimismo, es de suma importancia tomar en cuenta también la sujeción de la Administración al principio de legalidad, en virtud del cual no puede realizar sino los actos que le estén expresamente autorizados por una norma."

Además de lo indicado anteriormente, se ha señalado que "...aún y cuando se trate de un conflicto patrimonial que sí pueda ser sometido a arbitraje, en razón de que no podrían juzgarse o resolverse las actuaciones de la Administración desconociéndose el ordenamiento jurídico como

consecuencia de la aplicación a la Administración del principio de legalidad –que no es renunciable– la Administración siempre debe acudir al arbitraje de derecho, sin que pueda aceptar recurrir a un arbitraje de equidad. La interpretación dada se realiza a la luz de los artículos 18 y 19 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. Lo anterior, para garantizarse la obligación de los árbitros de resolver conforme con nuestro ordenamiento jurídico" (4) y que "...la Administración debe tener muy en claro que es una potestad conferida a ella; en ningún momento puede interpretarse como una obligación. Si la Administración Pública correspondiente no tiene duda alguna en cuanto a la fórmula que utilizó en la determinación de dicho monto, no pareciera necesario someter la controversia a dicha vía alterna. En ese caso, es mejor que los asuntos se ventilen en vía judicial, a efectos de que se resuelva en ella acerca de los reclamos del concesionario, o continuar su trámite ahí, dado el caso que ya se hubiesen elevado a tribunales de justicia" (Dictamen C-094-2000 de 11 de mayo del 2000). **(4) (Ver, en este sentido, OJ-048-99 de 29 de abril de 1999.)**

De esta forma este Organo Asesor ha mantenido el criterio de que, aún en tratándose de fondos públicos, sí es posible someter a arbitraje una diferencia patrimonial de la Administración por existir disposición normativa que lo autoriza. Asimismo, se ha tratado de establecer, a través de nuestros dictámenes y pronunciamientos, una serie de reglas que de alguna manera adecuen el instituto del arbitraje, que fue diseñado para resolver controversias entre particulares, al ámbito de la Administración.

En todo caso, no está de más señalar que, en nuestro criterio, sí se requiere de una regulación especial de todos los medios de resolución alternativa de conflictos, y no solo el arbitraje, cuando estos instrumentos sean utilizado por la Administración Pública, ya que a ésta no se le puede regular, por su propia naturaleza, en forma similar o idéntica que a un particular.

Recuérdese que, precisamente, el artículo 27 en su redacción original, establecía en los incisos 3) y 4) lo siguiente:

"3. Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo. **(5) (Se está refiriendo a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República.)**

4. La transacción y el compromiso sobre asuntos de derecho público requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, los que versen sobre asuntos de derecho privado y excedan en cien mil colones requerirán dictamen favorable de la Procuraduría General de la República."

El inciso 4) fue derogado por la Ley N° 7495 de 3 de mayo de 1995, eliminándose, consecuentemente, tanto la autorización de la Asamblea Legislativa como la de esta Institución, en los supuestos de transacción y compromiso. Valdría la pena que se meditara sobre la conveniencia de

encargar, nuevamente, a algún órgano la vigilancia de la aplicación de esos instrumentos.

El inciso 3) se mantiene vigente y faculta al Poder Ejecutivo, y vía interpretación, a la Administración Pública en general, para utilizar la figura del arbitraje (doctrina del artículo 2, párrafo 2 de la Ley General de la Administración Pública). Lo que a través de nuestros pronunciamientos se ha precisado es la exclusión de ciertas materias, la necesidad de la motivación del acto que lo acuerde, así como la obligada referencia a los límites de la discrecionalidad administrativa, entre otros.

Es necesario indicar que los criterios emitidos parten de la interpretación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos en relación con la citada norma de la Ley General de la Administración Pública, aunque efectivamente existen disposiciones como el artículo 27 de la Ley de Expropiaciones, el 61 de la Ley de Contratación Administrativa y el 4° de la Ley de Concesión de Obras Públicas con servicios públicos, que facultan a la Administración a utilizar el arbitraje. La promulgación de tales disposiciones evidencia un interés del legislador de autorizar a la Administración a recurrir a ese instrumento. Sin embargo, repetimos, no contienen un desarrollo pormenorizado del tema que adecue los instrumentos a los que es la naturaleza propia de la Administración; normativa que este Órgano Asesor extraña y así lo ha dejado evidenciado en sus dictámenes y pronunciamientos.

Finalmente, en cuanto a su interrogante sobre si el Estado puede disponer libremente de los fondos públicos antes de disponerse así en la Ley de Presupuesto, debe indicarle que por ser materia propia de la competencia de la Contraloría General de la República es ésta quien debe pronunciarse al respecto."

Como puede observarse, el tema del arbitraje, cuando una de las partes sea la Administración Pública, debe ser reflexionado con sumo cuidado y debe tener una regulación especial por la propia naturaleza de ésta.

Asimismo, y por las razones ya señaladas, los institutos de la conciliación y transacción también deberían tener una regulación propia, en tratándose de la Administración.

Por la importancia del tema para la Administración, y de considerarlo necesario ustedes, gustosamente realizaríamos una presentación oral para responder a sus interrogantes.

Queda de usted, muy atentamente,

Ana Lorena Brenes Esquivel
Procuradora Administrativa
ALBE/albe