

O. J.-070-2001

12 de junio del 2001

Lic. Danilo Chaverri Soto
Ministro
Ministerio de la Presidencia

Estimado señor Ministro:

Con aprobación del señor Procurador General de la República, doy respuesta a su Oficio DM-434-2001, del treinta de mayo último, mediante el cual manifiesta que el Decreto ejecutivo 29417-MINAE, publicado en la Gaceta N° 72 del 16 de abril del 2001, encomendó a una comisión coordinada por el Ministerio de la Presidencia elaborar una propuesta de acuerdo arbitral entre el Gobierno de la República y la empresa S. A. Toro Rojo.

En vista de esto, agrega, se elaboró el borrador de dicho acuerdo, del que nos remite copia con el fin de que le hagamos llegar nuestras observaciones, teniendo en cuenta el plazo que fija el citado Decreto para la suscripción del documento.

Al respecto, se hacen los siguientes comentarios:

A) ALCANCE DE ESTE PRONUNCIAMIENTO

Como aspecto preliminar, al igual que en otras oportunidades, se aclara que el criterio a verter tiene carácter de opinión jurídica, sin los efectos vinculantes de un dictamen, por tratarse de un caso concreto y con el afán de colaborar en las atribuciones asignadas a ese Ministerio.

Ello por cuanto a tenor de nuestra Ley Orgánica (art. 5) están excluidos del trámite de consulta los asuntos propios de los órganos administrativos que tienen una jurisdicción especial, supuesto en que se encuentran los casos pendientes de resolver antes las diversas instancias, pues por vía de un dictamen de acatamiento obligatorio sustituiríamos la voluntad de la Administración activa, funciones que a esta Institución no le es dable asumir.

B) CONSULTA DEL PROYECTO ANTERIOR

Según es de su conocimiento, la Procuraduría, en la Opinión Jurídica O. J.-006-2000, dirigida a la señora Ministra del Ambiente y Energía, se pronunció

sobre un primer proyecto de compromiso arbitral entre S. A. Toro Rojo y el Gobierno de la República, relativo a los mismos hechos y reclamos.

En esa oportunidad fijamos nuestra posición en torno a este asunto y emitimos una opinión desfavorable a que se suscribiera un compromiso arbitral si recaía sentencia favorable al Estado –como en efecto sucedió- en el proceso que se tramita entre las partes en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, pues la cuestión habría sido dilucidada en vía jurisdiccional e incumbiría a la vencida revertir lo resuelto por los medios impugnaticios.

Ello además de la inconveniencia de reabrir el debate desde el inicio y de brindar a la contraparte otra oportunidad de cambiar la suerte que corrió en sede judicial, contando con los alegatos y pruebas ofrecidos por el Estado. Explicamos con amplitud –el pronunciamiento consta de veintiséis folios- que en nuestro parecer a la actora en ese proceso no le asistía derecho a la reclamación que ventila, e hicimos en detalle las apreciaciones que estimamos pertinentes incluir o corregir en el texto del compromiso, si la voluntad política del Poder Ejecutivo era dirimir el diferendo por medio de arbitraje.

Con posterioridad, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó la sentencia de las N° 172-2000, de las 10 horas del 9 de marzo del 2000, en la que declaró inadmisibile la demanda e impuso el pago de ambas costas a S. A. Toro Rojo. Del fallo apeló la perdidosa, encontrándose a la fecha el expediente en conocimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y, por las razones que ahí expresamos, en nuestro criterio el recurso tiene escasas posibilidades de prosperar.

Así las cosas, a falta de justificantes que lleven a otro tipo de consideraciones, el nuevo proyecto se confronta con esos antecedentes, pues no hay elementos para variar la opinión vertida, la que por el contrario, se reafirma con la sentencia que recayó.

C) ACUERDO ARBITRAL NO DEBE PERJUDICAR INTERESES DEL ESTADO

Ante todo cabe recordar que el caso se trataría de un arbitraje derivado de la exclusiva voluntad de las partes, sin cláusula compromisoria previa o disposición legal que permitan exigirlo. Esta circunstancia, aunada a la oportunidad en que se pretende estipular el compromiso, mediando ya sentencia favorable al Estado, hace especialmente aconsejable tomar los necesarios resguardos para que no redunde en desmedro de los intereses estatales y evitar que so pretexto de dar celeridad a la resolución de la controversia, como lo requiere la adversaria, se

convierta el procedimiento en un mecanismo para sustraerse de la decisión judicial emitida y eludir sus efectos acudiendo a la instancia extraordinaria de "jueces" particulares, con reinicio de las actuaciones.

En este sentido, cobra particular énfasis la libertad de que disponen los compromitentes para convenir, dentro del ámbito que establece la ley, las condiciones del compromiso arbitral, cuyo contenido puede variar a su voluntad, siempre que no se afecte el orden público o involucre materia insusceptible de arbitraje.

Se sabe que los términos de ese acuerdo, comprensivos de las cuestiones propuestas a la decisión de los árbitros, deben ser consensualmente concertadas. Y su redacción ha de ser objeto de singular atención, a fin de no comprometer por anticipado la defensa de los intereses estatales con expresiones deficientes u omisivas, pues el compromiso arbitral es útil herramienta de interpretación en las decisiones de los árbitros.

De ahí que a la vez que refleje la pretensión deducida, ha de consignar las razones que tiene el contendor para adversar su procedencia, a quien no se le debe dejar indefenso de antemano. Igual celo debe ponerse en la designación de árbitros imparciales, honestos y capaces. No ha de olvidarse que la desconfianza difundida con relación al instituto del arbitraje descansa, en gran parte, en este aspecto, máxime en procesos de importancia.

Aclarado lo que antecede, se anotan las observaciones hechas al texto propuesto:

D) NUEVO COMPROMISO ARBITRAL

I.- FUNDAMENTO JURÍDICO

El compromiso arbitral fija el marco de actuación de los árbitros y los consiguientes efectos del laudo (Sala Constitucional, voto N° 1079-93). Acuerdo en que las partes tienen la posibilidad jurídica de determinar las normas de fondo que deberán seguirse para resolver la disputa.

Esto con ajuste a la Ley N° 7727 del 4 de diciembre de 1997, sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Gaceta N° 9 del 14 de enero de 1998). El tribunal arbitral debe aplicar la ley sustantiva que las partes hayan seleccionado (artículo 22), y a éstas se les faculta a hacer constar expresamente los términos y condiciones que regirán el arbitraje, conforme a esa ley (23, párrafo segundo)

El compromiso, además de su función constitutiva, en tanto presupuesto necesario del proceso arbitral, cumple también una función integrativa, al proporcionar las materias vivas del conflicto, que llenarán de contenido la estructura jurídica bajo la que operará y, eventualmente, las normas procesales complementarias (Dante Barrios, El juicio arbitral, Montevideo. Facultad de Derecho de Montevideo, 1° edic., pgs. 202 y 203).

A fin de preservar el principio de igualdad procesal y no demeritar desde ahora la defensa que pueda hacer la Procuraduría en el proceso arbitral, tal como se recomendó en la OJ 006-2000, insistimos en la necesidad de insertar al texto del compromiso, en su fundamento jurídico, las normas que apoyan los derechos y la posición del Estado, como lo son: artículos 13 y 14 de la Ley Forestal, 11 de la Ley Tierras y Colonización; 58 de la Ley de Biodiversidad; 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, 2 y 15 (doctrina) de la Ley de Informaciones Posesorias, y 198 de la Ley General de la Administración Pública.

II.- HECHOS EN QUE LAS PARTES ESTÁN DE ACUERDO

La redacción del hecho N° I.A.i.-3 no se comparte. Dice: "Con posterioridad S.A. Toro Rojo, no ha sido indemnizado ni expropiado en relación con el área antes indicada."

Como el punto es idéntico al de la propuesta original, se reitera la sugerencia de suprimirlo, por cuanto la forma en que se redacta presupone el derecho de S.A. Toro Rojo –no demostrado- sobre las 1587,62 hectáreas, y reemplazarlo por: "Con posterioridad, S.A. Toro Rojo planteó demanda ordinaria contra el Estado ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda para que se le reconociera el derecho de propiedad sobre esas 1587,62 hectáreas y se fijara la indemnización correspondiente".

III.- OTROS ASPECTOS EN QUE LAS PARTES ESTÁN DE ACUERDO

Entre los extremos en que las partes están además de acuerdo, punto b, al indicarse que el Estado puede adquirir por compra directa o por expropiación inmuebles de particulares dentro de las áreas silvestres protegidas, se cita la Ley de Expropiaciones N° 7495, artículo 27, que autoriza a someter a arbitraje sus diferencias en cualquier etapa de los procedimientos, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos vigentes del derecho internacional, o con apego al artículo 22 y la legislación procesal costarricense cuando el arbitraje sea de peritos.

Si la controversia versare sobre el derecho o bien a expropiar, la discrepancia se resolverá antes de determinar el justo precio, a través de un arbitraje de derecho, con los gastos a cargo de ambas partes.

Aunque en el presente caso no nos hallamos en presencia de un proceso expropiatorio para fijar el monto de la indemnización y la causa en que S. A. Toro Rojo funda su petitoria son presuntas actuaciones materiales del Estado, lo que conduciría a sugerir la supresión de la cita del artículo en mención, no habría inconveniente en mantenerla, siempre que se añada el fundamento normativo que sustenta la defensa del Estado y lo lleva a rehusar el derecho a la indemnización.

En este orden de ideas, se recomienda adicionar un punto que diga: "Se reconoce el derecho de dominio público sobre el Patrimonio Natural del Estado, su constitución por los bosques y terrenos forestales que enumera el artículo 13 de la Ley Forestal, y la ineficacia de la posesión particular sobre los mismos (art. 14 ibid.)".

Se sugiere eliminar el punto II d), que permite a los árbitros revisar los procesos seguidos contra los propietarios y poseedores que vendieron inmuebles o derechos al Estado, de manera directa o por intermedio de la Fundación de Parques Nacionales, ya que implicaría dar al laudo un alcance más allá de la órbita de las partes y afectar terceros, sin haber intervenido en el proceso arbitral, amén de invalidar actuaciones administrativas, de declarar implícitamente la falsedad de las pruebas que se recibieron administrativamente para respaldar esos derechos de terceros y dejar insubsistente el carácter de dominio público que ahora ostentan los bienes incorporados al Patrimonio Natural del Estado; para todo lo cual no es apto el proceso arbitral.

Por lo demás, daría al traste con la defensa del Estado, en tanto admite la posibilidad de un mal pago sobre presupuestos que la Administración constató debidamente.

Justo la demanda interpuesta por S. A. Toro Rojo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo se desestimó, porque la cuestión no podía resolverse sin participar en el proceso esos terceros que se verían afectados con el fallo, por tener una relación jurídica común o paralela al Estado.

Y si el punto no puede resolverse en lo judicial a espaldas de dichos terceros, tampoco será posible hacerlo en un proceso arbitral.

IV.- PRETENSIONES DE LAS PARTES

En virtud de que el Tribunal Arbitral resolverá las controversias sometidas a su conocimiento con arreglo a las estipulaciones del acuerdo arbitral, ha de quedar clara la posición del Estado, para garantizar el equilibrio procesal en la definición del petitorio. En el punto IV-A-i), se recomienda mantener la propuesta de la Opinión Jurídica O. J.-006-2000, pág. 22:

"Sin perjuicio de la prescripción, caducidad y otros medios extintivos operados, y de los derechos estatales de dominio público dentro del Parque Internacional La Amistad, a tono con los artículos 13 y 14 de la Ley Forestal y concordantes, así como de las restricciones legales para titular y poseer terrenos de las reservas nacionales con cabida superior a las trescientas hectáreas (arts. 2 y 15 de la Ley de Informaciones Posesorias), S.A. Toro Rojo no es, ni ha sido propietaria agraria o legítima poseedora agraria de las 1587,62 hectáreas que dice pertenecerle y tampoco tiene derecho a ser indemnizada por su incorporación al Parque Internacional La Amistad. Además, con la localización dada por la reclamante, ese inmueble se superpone en gran parte a los terrenos o derechos inmobiliarios adquiridos por el Estado de sus legítimos titulares".

En el punto IV-iii), después de "prescripciones", intercalar seguido de una coma: "caducidades o cualquier otro medio extintivo de la acción o del derecho".

V.- ASPECTOS SOMETIDOS A ARBITRAJE

Pese a que la redacción de este apartado difiere del proyecto original, es válida la sugerencia que entonces se hizo de: "Aclarar que si el Tribunal Arbitral reconociera daños y perjuicios a pagar a S.A. Toro Rojo, su fijación se hará con base en la prueba pericial evacuada ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, dentro del proceso pendiente entre las partes (expediente N° 95-000194-CA; dictamen pág. 22 y 23).

VI.- PROCEDIMIENTO Y CUESTIONES DE TRÁMITE

En el punto VI-a), la frase "el juez competente lo nombrará" no especifica el juez a que se refiere y contravienen los principios razonables de los artículos 26, pfo. 2°, 27, pfo. 3°, y 29, pfo. 3°, de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en consonancia con los cuales ante el desacuerdo prevén la designación del árbitro por la Corte Suprema de Justicia o del Colegio de Abogados. Se recomienda el nombramiento por la Sala Primera de la Corte, modificando lo expresado.

En el VI-d), después de "Costa Rica" adicionar: "los principios jurídicos y la jurisprudencia que las informan".

En el VI-g), la primera parte dice: "El Tribunal decidirá el presente arbitraje, con base en la prueba recibida por el Juzgado Tercero de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, dentro del proceso ordinario tramitado entre las partes en el expediente N° 194-95-15, la que quedará sujeta a la valoración que de ella haga el Tribunal Arbitral". Suprimir "Tercero" después de "Juzgado", y corregir el número del expediente. El correcto es "95-000194-179-CA".

Sí se objeta la segunda parte: "Las partes, dentro del plazo que establezca el Tribunal, podrán ofrecer nueva prueba, la que deberá ser valorada por el Tribunal, tanto a efecto de admitirla, como para la resolución final".

La objeción radica en que es contrario al fin perseguido de dar celeridad a la resolución de fondo, retrotraer el proceso a su comienzo, brindando a la contraparte una fase complementaria para suplir y allegar prueba que no aportó en su momento en estrados judiciales, contradiciendo la ya recibida. Esta representación vería con desconfianza las nuevas pruebas que la contraria podría ofrecer y que siendo de su conocimiento, dejó de presentar sin justificación.

Vale recordar que ambas partes tuvieron en el proceso judicial tramitado amplia oportunidad de ofrecer todo tipo de probanzas y de participar activamente en su recepción, con asesoría de letrado, que en el caso de S. A. Toro Rojo es también su personero.

VII.- CONDICIONES FINALES

Acorde con el Proyecto, para el evento de que se acoja la indemnización, total o parcialmente, el pago por parte del Estado se condiciona a que S. A. Toro Rojo firme las escrituras de traspaso –libre de gravámenes e impuestos- ante la Notaría del Estado.

Para salvaguardar los intereses estatales, habida cuenta de que se ha negado a S. A. Toro Rojo la posesión y titularidad sobre los terrenos que reclama y de la disputa de sus derechos con terceros, se reitera la conveniencia de agregar la cláusula que obligue a "S.A. Toro Rojo a garantizar la existencia y legitimidad de su dominio sobre el inmueble que trasmite, la posesión real y goce pacífico- de hecho y de derecho-, naturaleza, cabida e inscripción a nombre del Estado..."

D) CONCLUSIONES:

De lo expuesto se concluye:

1) El criterio que se vierte sobre el proyecto de compromiso arbitral consultado lo es con carácter de opinión jurídica, no vinculante, por tratarse de un caso concreto respecto del cual el Poder Ejecutivo tiene competencia exclusiva e insustituible.

2) Como la Procuraduría fijó su posición con relación a este asunto al pronunciarse acerca del primer proyecto de compromiso arbitral entre S. A. Toro Rojo y el Gobierno de la República, en la Opinión Jurídica O. J.-006-2000, y no hay justificantes que lleven a otro tipo de consideraciones o a variar el criterio emitido, el que -por el contrario- se reafirma con la sentencia judicial que recayó, el nuevo proyecto se confronta con esos antecedentes.

3) Tratándose de un arbitraje derivado de la exclusiva voluntad de las partes y mediando ya sentencia judicial favorable al Estado, se hace especialmente aconsejable subrayar la libertad de que disponen las mismas para establecer los términos y condiciones del acuerdo, dentro del marco que consiente la ley, y tomar los resguardos necesarios para que no redunde en desmedro de los intereses estatales o comprometa por anticipado su defensa con expresiones deficientes u omisas.

4) Así, se recomienda modificar el nuevo Proyecto de Compromiso en los siguientes acápite:

- *Fundamento jurídico.*- Incluir las normas que apoyan los derechos y la posición del Estado: artículos 13 y 14 de la Ley Forestal, 11 de la Ley de Tierras y Colonización, 58 de la Ley de Biodiversidad, 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, 2 y 15 (doctrina) de la Ley de Informaciones Posesorias, y 198 de la Ley General de la Administración Pública.

I.- Hechos en que las partes están de acuerdo. Sustituir en el punto I.A.i-3, lo escrito por: "Con posterioridad, S. A. Toro Rojo planteó demanda ordinaria contra el Estado ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda para que se le reconociera el derecho de propiedad sobre esas 1587,62 hectáreas y se fijara la indemnización correspondiente.

II.- Otros aspectos en que las partes están de acuerdo. Punto b, la cita del artículo 27 de la Ley de Expropiaciones está fuera de contexto. Sin embargo, no habría inconveniente en mantenerla, siempre que se agregue el fundamento normativo que sustenta la defensa del Estado y lleva a rehusar el derecho a la indemnización.

En este sentido, se recomienda adicionar un punto que diga: Se reconoce el derecho de dominio público sobre el Patrimonio Natural del Estado, su constitución por los bosques y terrenos forestales que enumera el artículo 13 de la Ley Forestal, y la ineficacia de la posesión particular sobre éstos.

Suprimir el punto II d).-

IV.- Pretensiones de las partes. Mantener la propuesta de la Opinión Jurídica O. J.-006-2000, pg. 22:

"Sin perjuicio de la prescripción, caducidad y otros medios extintivos operados y de los derechos estatales de dominio público dentro del Parque Internacional La Amistad, a tenor de los artículos 13 y 14 de la Ley Forestal y concordantes, así como de las restricciones legales para titular y poseer terrenos de las reservas nacionales con cabida superior a las trescientas hectáreas (arts. 2 y 15 de la Ley de Informaciones Posesorias), S. A. Toro Rojo no es, ni ha sido propietaria agraria o legítima poseedora agraria de las 1587,62 hectáreas que dice pertenecerle y tampoco tiene derecho a ser indemnizada por su incorporación al Parque Internacional La Amistad. Además, con la localización dada por la reclamante, ese inmueble se superpone en gran parte a los terrenos o derechos inmobiliarios adquiridos de sus legítimos titulares".

En el punto IV-iii), después de prescripciones, intercalar seguido de una coma: "caducidades o cualquier otro medio extintivo de la acción o del derecho".

V.- Aspectos sometidos a arbitraje.- Aclarar que si el Tribunal Arbitral reconociera daños y perjuicios a pagar a S. A. Toro Rojo, su fijación se hará con base en la prueba pericial evacuada ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, dentro del proceso pendiente entre las partes (expediente 95-000194-CA).

VI.- Procedimiento y cuestiones de trámite. Punto VI-a), eliminar la frase "el juez competente lo nombrará". En caso de desacuerdo se recomienda que la designación del tercer árbitro la haga la Sala Primera de la Corte.

En el VI-d), después de Costa Rica, adicionar; "los principios jurídicos y la jurisprudencia que las informan"

En el punto VI-g), en el primer párrafo, suprimir "Tercero" después de "Juzgado" y corregir el número del expediente. El correcto es 95-000194-179-CA.

Se objeta la segunda parte, que se sugiere eliminar. Dice: "Las partes, dentro del plazo que establezca el Tribunal, podrán ofrecer nueva prueba, la que deberá ser valorada por el Tribunal, tanto a efecto de admitirla, como para la resolución final".

X.- *Condiciones finales.* Agregar, en el punto 6), una cláusula que obligue a S. A. Toro Rojo a "garantizar la existencia y legitimidad de su dominio sobre el inmueble que trasmite, la posesión real y goce pacífico -de hecho y de derecho-, naturaleza, cabida e inscripción a nombre del Estado.

De usted, con la debida consideración,

Dr. José J. Barahona Vargas
Procurador Director
Área de Derecho Agro-ambiental