

OJ-093-2003

18 de junio de 2003

Señor

Ricardo Toledo Carranza

Ministro de la Presidencia

Estimado señor:

Me refiero a su atento oficio DMRT-081-06-03 de 17 de junio en curso, mediante el cual remite a mi conocimiento la nota NGS_FPLN-783 de 16 de los corrientes, suscrita por la Diputada Nury Garita Sánchez, sobre la cual solicita mi criterio.

La nota de la señora Diputada, indica en lo que interesa:

"...1) Que entre el Poder Ejecutivo, Defensoría de los Habitantes y el Magisterio Nacional, se nombre una Comisión, dentro de los próximos 3 día hábiles, para que un plazo de 18 meses, analice con detenimiento, y presente una propuesta de consenso, sobre el dictamen de la Procuraduría, N° C-114-2003.

2) La suspensión de la ejecución del dictamen de la Procuraduría General de la República, en mención, por un período de 18 meses, por parte del señor Presidente de la República, y hasta tanto, la comisión propuesta, no tenga un dictamen de consenso, el cual tendrá carácter vinculante para las partes involucradas.

Por lo anterior, se levante el Movimiento de Huelga General en el Magisterio Nacional, a partir del nombramiento de la Comisión, anteriormente mencionada, que analizará el dictamen de la Procuraduría General de la República...."

De previo a externarle mi opinión al respecto - que versará sobre aspectos **técnico-jurídicos** exclusivamente de acuerdo con nuestra competencia funcional y las atribuciones que el ordenamiento jurídico le confiere a la Procuraduría General de la República - conviene reseñar los siguientes antecedentes:

1) Mediante Voto de la Sala Constitucional 06842-99 de las 8:45 hrs. del 3 de setiembre de 1999, al resolver el recurso de amparo incoado por la señora Alicia Maroto Vargas en contra de la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional y la Dirección Nacional de Pensiones, ese Alto Tribunal – en lo que interesa –

consideró que el término "residencia" que aparece en el Convenio 102 de la OIT, es equiparable al "derecho de pertenencia" a un régimen jubilatorio. Al efecto, estimó la Sala Constitucional:

"...El Convenio 102 de la OIT relativo a las norma mínima de la seguridad social fue aprobado por Costa Rica mediante Ley N° 4736 de 29 de marzo de 1971, y en su artículo 29 establece el derecho a la jubilación: "a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia"., y tiene rango superior a la ley interna conforme el artículo 7 de la Constitución Política. En el caso que nos ocupa, la recurrente cotizó veinte años bajo la ley 2248, como admite la Junta de Pensiones del magisterio Nacional, adquiriendo el derecho a su jubilación conforme a esa ley, tal y como lo establece el Convenio 102 citado; aún cuando completara el resto del tiempo cuando estaba vigente la ley 7531 de trece de julio de mil novecientos noventa y cinco".

2) Ante una solicitud de adición y aclaración que le fue formulada por la señora Elizabeth Molina Sota, en su condición de Directora Ejecutiva de la Dirección Nacional de Pensiones respecto de la Sentencia supra transcrita en lo conducente, y por el entonces Ministro de Hacienda, quien solicitó diferir en el tiempo y la materia los efectos del fallo, dadas las consecuencias que representaba para el Erario, la Sala Constitucional resolvió mediante Voto N° 2000-00673 de las 09:48 horas del 21 de enero del 2000:

"(...) es preciso indicar que tal y como se dispuso en esa sentencia, y como ha sido jurisprudencia reiterada de este Tribunal, existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación a favor de todo trabajador y, por ello, cuando se cumplen las condiciones objetivas para su disfrute, el acto mediante el cual se aprueba el beneficio no es creador del derecho sino declarativo del mismo. Asimismo antes de que a un trabajador se le autorice el disfrute de su pensión o jubilación, lo que existe es un derecho de pertenencia al régimen respectivo. Lo anterior significa que, si bien es cierto, el derecho al disfrute de la jubilación de la recurrente se declararía en el momento en que se cumplieran las condiciones objetivas para ello, existe el derecho de permanecer en el régimen para el que se contribuye, en el tanto el mismo subsista y se den los presupuestos de la Ley para hacerlo. En vista de que la recurrente cotizó veinte años para el régimen de la ley 2248, según lo que afirma en el expediente la Dirección de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio, se consolidó el derecho a jubilarse con ese régimen y no con otro. Ello por cuanto debe tenerse en cuenta que es esta materia priva el principio del in dubio pro operario según el cual se hace indispensable aplicar el régimen que mejor favorezca y que precisamente es aquel para el cual había

cotizado durante veinte años. En este sentido fue que la Sala interpretó también el artículo 29 inciso a) del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo **y únicamente para el caso concreto**. Ahora bien, lo expuesto no quiere decir que la recurrente pueda jubilarse con sólo haber cumplido veinte años de servicio, sino que al tener más de veinte años de cotizar para un sistema determinado, se ha consolidado su derecho a jubilarse bajo el amparo de ese sistema, independientemente del tiempo total de servicio; aspecto que, para efectos prácticos, sólo interesaría para determinar el monto proporcional o total de la jubilación que le correspondería. Así las cosas, la Sala estima procedente aclarar la sentencia en el sentido de que los veinte años que se mencionan en la misma se refieren al tiempo mínimo de servicio que da derecho de pertenencia a ese determinado régimen de pensiones, y que para obtenerla se requiere cumplir los demás requisitos que la ley, en ese tiempo aplicable, establezca..."

(El destacado es mío y pretende evidenciar los efectos puntuales, particulares y concretos, específicamente relacionados con el caso de la señora Alicia Maroto Vargas (recurrente) que la propia Sala Constitucional le dio a su Sentencia).

De lo hasta aquí transcrito en lo pertinente, se infiere que en la resolución N° 6842-99 de las 8:45 horas del 3 de setiembre de 1.999, aclarada posteriormente, por la número 2000-0673 de las 9:48 horas del 25 de enero del año 2.000, la Sala Constitucional interpretó el artículo 29.1 inciso a) del Convenio 102 de la O.I.T. y, en especial, el término "residencia", equiparándolo al impreciso "derecho de pertenencia", en el sentido de que cuando se ha estado cubierto por un determinado régimen -ya sea por tiempo laborado o cotizado- por espacio de 20 años, se adquiere el derecho a jubilarse o pensionarse conforme a su normativa originaria, sin que pueda entonces una ley posterior, modificadora del régimen, exigir otros requisitos diferentes; lo cual no sólo transgrede la literalidad y espíritu del propio Convenio 102 aludido (art. 1°, inciso b), sino que atenta en contra de la estabilidad financiera de los diversos regímenes especiales de pensiones del Estado, con cargo al Presupuesto Nacional, al propugnar desmesuradamente una injustificada inmutabilidad del ordenamiento jurídico en materia de pensiones y jubilaciones.

3) Como es de su estimable conocimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional -N° 7135 de 11 de octubre de 1989- la Sala no está vinculada por sus precedentes; lo cual implica que ante nuevas circunstancias, ese Tribunal puede decidir en forma distinta a lo resuelto en sus precedentes, tanto aquellos que estiman un recurso, como también respecto de sentencias desestimatorias de un proceso planteado anteriormente.

Bajo esa tesitura, si la Sala considera que procede un cambio de criterio en relación con un asunto determinado, ello resulta legítimo.

A pesar de que mediante sentencia número 6842-99 de las trece horas del veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve, ese Tribunal estimó un recurso de amparo concreto, otorgándole un particular significado al vocablo "residencia" contenido en el Convenio 102 de la O.I.T., en ejercicio de la facultad aludida, rectificó su posición al respecto y modificó su criterio, resolviendo qué debe entenderse por dicho término, acorde con la literalidad y el espíritu del propio Convenio 102 de la OIT, que en su artículo 1º, inciso b), de la Parte Primera sobre "Disposiciones Generales", define clara y expresamente, lo que debe entenderse por "residencia" y "residente". En lo que interesa, se establece que el término "residencia" significa la residencia habitual en el territorio del "Miembro" y el término "residente" designa la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro. Es decir, la acepción que se le da a ambos vocablos es claramente circunscrita a un ámbito geográfico-territorial, que no guarda ninguna relación con la materia de derechos en vías de adquisición.

Efectivamente, mediante la resolución número 2000-02091 de las 8:30 horas del 8 de marzo del 2000 (Expediente de Acción de Inconstitucionalidad N° 200098-007842-0007-CO) –vinculante "erga omnes", de conformidad con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional- la propia Sala Constitucional precisó la terminología empleada en el referido Convenio, rescatándose la definición que éste mismo contiene del término "residencia".

Interesa transcribir de seguido, en lo conducente, dicha Sentencia:

"(...)IV.- Sobre el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo: (...) El Convenio que nos ocupa es el conocido como "Convenio sobre la seguridad social", y es el que estipula las normas mínimas en ese campo, de acatamiento obligatorio para todos aquellos países que lo hayan suscrito y ratificado, como es el caso de Costa Rica, dentro de las diversas posibilidades que el mismo ofrece (...) Por tratarse de normativa aplicable a muchos países, cada uno con sus particularidades propias, el Convenio –como toda norma internacional- tiene una redacción que se presta para diversas interpretaciones, dada la necesidad de que sea flexible para poder aplicarse en distintas realidades sociales, de ahí que evita recurrir a concepciones estrictamente jurídicas para definir su campo de aplicación, ofreciendo a los gobiernos la posibilidad de elegir entre varias opciones. En efecto, así se dijo en la Conferencia Internacional del Trabajo 76ª. Reunión 1989. Informe III (Parte 4B) - "Estudio general relativo al Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) 1952 (número 102), al Convenio (número 128) y a la Recomendación (número 131) sobre las prestaciones de

invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, en lo que se refiere a las prestaciones de vejez, en la que sobre el campo de aplicación de las normas internacionales se dijo que:

"Tanto el Convenio núm. 102 como el Convenio núm. 128, en un afán evidente de flexibilidad evitan recurrir a concepciones estrictamente jurídicas para definir a las personas protegidas. En lugar de definir su campo de aplicación respecto a los sectores de actividad económica y a la situación jurídica de las personas que trabajan en los sectores considerados, como ocurría con los convenios adoptados antes de la guerra (1), **estos instrumentos hacen referencia en gran parte a normas estadísticas y ofrecen a los gobiernos la posibilidad de elegir entre varias opciones.** En efecto, tanto el Convenio núm. 102., en su artículo 27, como el Convenio núm. 128, en su artículo 16, **establecen tres criterios que permiten evaluar su campo de aplicación por referencia bien a los trabajadores asalariados, a la población económicamente activa o a los residentes. A los Estados corresponde decidir cuál de dichos criterios- entienden aplicar"**. (El resaltado no es del original).

(...) Como se indicó supra, es a cada Estado al que corresponde decidir cuál criterio entiende aplicar para definir el campo de aplicación del Convenio 102, bien recurriendo al criterio relativo a los asalariados, el relativo a la población económicamente activa o el concerniente a los residentes, pero en cualquier caso que se escoja (...) debe garantizar que las personas protegidas deberán comprender un mínimo de población, a saber: cuando se recurre al criterio relativo a los asalariados, las personas protegidas deben comprender, según el artículo 55 idem a) del Convenio 102, categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos el 50 por ciento de todos los asalariados. En caso de aplicarse el criterio relativo a la población económicamente activa, las personas protegidas –según ese mismo ordinal en su inciso b)- deben comprender categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes (...) A los efectos de ese Convenio, según el artículo 1 de la Parte I "Disposiciones Generales", el término " **prescrito** " significa determinado por la legislación nacional o en virtud de la misma; el término " **residencia** " significa la residencia habitual en el territorio del Miembro y el término " residente " designa la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro (...). Asimismo, la expresión " **período de calificación** " significa un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquiera combinación de los mismos, según pueda ser prescrito. En la "Conferencia Internacional del Trabajo 76ª. Reunión 1989..." antes citada, se aclara que el término "habitualmente" se utiliza para poder excluir a aquellas personas que sólo se encontrarían en el territorio del Miembro de una manera ocasional o temporal. Además, señala que

la definición del término "residente" no distingue entre nacionales y no nacionales, de suerte que la aplicación del apartado c) del artículo 57 del Convenio 102 implica necesariamente la protección de los residentes extranjeros o, al menos de aquellos cuyos recursos no superan los límites prescritos. En cuanto a si el término residente comprende a los extranjeros en situación irregular, se indicó en esa Conferencia que debe recordarse que el artículo 6 del Convenio sobre los trabajadores migrantes, que plantea el principio de igualdad de trato sobre todo en materia de seguridad social, se aplica a los inmigrantes que se encuentran legalmente en el territorio del país de inmigración. Enfoque que ha sido confirmado por la Conferencia en 1975, al adoptarse el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)". (resolución número 2000-02091 de las 8:30 horas del 8 de marzo del 2000, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

4) Ante el cambio de criterio operado en el seno de la Sala Constitucional, al que se sumaron las inquietudes jurídicas existentes, dado que el fallo inicial (producto de un recurso de amparo puntual) de aquél Alto Tribunal podría incidir (de hecho se alegaba) no sólo como parámetro de interpretación de casos del Magisterio Nacional, sino de cualquier sistema de pensiones especiales, la Dirección Nacional de Pensiones consultó a la Procuraduría General de la República (Órgano Superior Consultivo Técnico- Jurídico de la Administración Pública a tenor de lo dispuesto por su Ley Orgánica, N°6815 de 27 de setiembre de 1982) acerca de cómo debería proceder con relación al tema, para ajustarse a Derecho en sus resoluciones. Ello se realizó a través de su oficio 1458-2002 de 13 de noviembre de 2002, consulta que fue respondida por esta Institución mediante dictamen vinculante C-114-2003 de 28 de abril pasado. Para ello, la Procuraduría General de la República, amén del cambio de criterio operado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, tuvo presente el texto del propio Convenio 102 de la OIT, y la jurisprudencia que – luego del Voto 2000-02091 – ha emanado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Así, y en lo que interesa, indica el Dictamen de mérito:

"...Cabe indicar que la propia Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, motivada especialmente por los argumentos esgrimidos por la Procuraduría General en diversos juicios, ha advertido el cambio de criterio operado en la materia, en razón de lo cual, en su jurisprudencia más reciente, ha desautorizado la interpretación del término "residencia", contenida en la citada resolución N° 6842-99, y su voto aclaratorio número 2000-0673.

Una de las primeras sentencias de la Sala Segunda que abordaron el punto en cuestión, lo fue la número 2002-00166 de las diez horas cuarenta minutos del

diecisiete de abril de dos mil dos (Expediente N° 00-300629-0641-LA). En dicho fallo, en lo que interesa, se indicó lo siguiente:

"(...) en una decisión más reciente, de esa misma Sala Constitucional, Voto N° 2091, de las 8:30 horas, del 8 de marzo del 2000, se precisó jurídicamente la terminología empleada en el referido Convenio, rescatándose la definición que éste contiene del término "residencia", al indicarse, expresamente, lo siguiente:

"A los efectos de ese Convenio, según el artículo 1 de la Parte I "Disposiciones Generales", el término "prescrito" significa determinado por la legislación nacional o en virtud de la misma; el término "**residencia**" significa la residencia habitual en el territorio del "Miembro" y el término "residente" designa la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro (...). Asimismo, la expresión "período de calificación" significa un período de cotización, un período completo, un período de residencia o cualquiera combinación de los mismos, según pueda ser prescrito. En la "Conferencia Internacional del Trabajo 76°. Reunión 1989..." antes citada, se aclara que el término "habitualmente" se utiliza para excluir a aquellas personas que sólo se encontrarían en el territorio del Miembro de una mera ocasional o temporal. Además, señaló que la definición del término "residente" no distingue entre nacionales y no nacionales, de suerte que la aplicación del apartado c) del artículo 57 del Convenio 102 implica necesariamente la protección de los residentes extranjeros o, al menos de aquellos cuyos recursos no superan los límites prescritos ...".

Nótese que, en este nuevo fallo que es vinculante, conforme con el artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se le dio un contenido completamente distinto al término "residencia", respecto de aquél que se le había asignado en el fallo del cual se da cuenta, en el recurso; lo que, en criterio de los suscritos, representa un importante cambio de criterio que, implícitamente, deja sin efecto la anterior interpretación, que sostenía que el derecho de pertenencia se obtenía con veinte años de cotizar, al amparo de determinado régimen de pensiones(en igual sentido, consultar nuestro Voto N° 413, de las 10:30 horas, del 27 de julio del 2001). (Lo destacado es nuestro).

Por su parte, la resolución 2002-00197 de las nueve horas diez minutos del treinta de abril del año dos mil dos (Expediente N° 00-000195-0166-LA), también de la Sala Segunda, aborda el tema en cuestión, de la siguiente manera:

"VI.- Por otra parte, el recurrente sostiene que debe concedérsele la jubilación, con base en lo dispuesto en el inciso a), del artículo 29, del Convenio 102, de la O.I.T. No obstante, por las razones que de seguido se exponen, tampoco con base en tal normativa, puede serle concedido el derecho que pretende (...) En el

original Voto Constitucional N° 6.842, de las 8:45 horas, del 3 de setiembre de 1.999, aclarado posteriormente, por el número 673, de las 9:48 horas, del 25 de enero del año 2.000, se interpretó esa norma, y, en especial, el término residencia, en el sentido del derecho a jubilarse o a pensionarse, bajo un determinado régimen de pensiones –una vez cumplidos los respectivos requisitos-, cuando se ha cotizado en ese régimen, al menos, durante un período de veinte años, sin que pueda entonces, una ley posterior, modificadora del régimen, exigir el cumplimiento de otros requisitos diferentes (...) Con base en esa interpretación dada por la Sala Constitucional, esta otra Sala ha venido sosteniendo el criterio, en casos semejantes, de que tal norma no resulta aplicable, porque el Régimen de Pensiones, regulado por la Ley de Pensiones de Hacienda, N° 148, del 23 de agosto de 1.943, con las normas adicionadas por la Ley N° 7.013, del 18 de noviembre de 1.985, no cobijó al accionante por el período de veinte años, según lo dispuesto en la norma y conforme con aquella clara interpretación dada por la Sala Constitucional; sin que sea posible conferirle la interpretación dada por el recurrente, con efectos retroactivos, al tiempo servido con anterioridad; pues, en todo caso, durante la vigencia de la normativa, el actor no logró alcanzar los requisitos exigidos, por lo que no podría concedérsele la pensión reclamada. Pero, en todo caso, esa interpretación de la norma, fue variada en la sentencia, también del órgano jurisdiccional, encargado del control de constitucionalidad, número 2.091, de las 8:30 horas, del 8 de marzo del 2.000. En efecto, en este otro fallo vinculante, en lo que resulta de interés, se indicó: "... resulta necesario realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza del Convenio de cita y sus alcances en relación con países que, como el nuestro, lo han suscrito y aprobado,... El Convenio que nos ocupa es el conocido como "Convenio sobre la seguridad social" y es el que estipula las normas mínimas en ese campo, de acatamiento obligatorio para todos aquellos países que lo hayan suscrito y ratificado, como es el caso de Costa Rica,... Por tratarse de normativa aplicable a muchos países, cada uno con sus particularidades propias, el Convenio –como toda norma internacional- tiene una redacción que se presta para diversas interpretaciones, dada la necesidad de que sea flexible para poder aplicarse en distintas realidades sociales, de ahí que evita recurrir a concepciones estrictamente jurídicas para definir su campo de aplicación, ofreciendo a los gobiernos la posibilidad de elegir entre varias opciones... / A los efectos de ese Convenio, según el artículo 1 de la Parte I "Disposiciones Generales", el término "prescrito" significa determinado por la legislación nacional o en virtud de la misma; el término "residencia" significa la residencia habitual en el territorio del Miembro y el término "residente" designa a la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro (...) Asimismo, la expresión "período de calificación" significa un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquiera combinación de los

mismos, según pueda ser prescrito." (El subrayado no está en el original). De lo anterior se desprende que, en este nuevo fallo vigente, la interpretación del término "residencia", al que hace referencia la norma indicada, es jurídicamente distinta a la que se le dio en los primeros fallos citados. (En ese sentido, puede consultarse la sentencia, de esta Sala, N° 413, de las 10:30 horas, del 27 de julio del año 2.001). Por consiguiente, tampoco al amparo de esta otra normativa, podría concedérsele, al accionante, el beneficio especial que reclama".

Interesa citar sobre ese mismo punto, la resolución número 2002-00205 de las nueve horas cuarenta minutos del tres de mayo del dos mil dos (expediente N° 00-004063-0166-LA), también de Sala Segunda, en la cual se indica:

"II.- En criterio del recurrente, al actor le asiste el derecho a la pensión por vejez conforme a las normas del Reglamento vigente antes del 1 de febrero de 1995, por haber cotizado al amparo de esa normativa por más de 20 años. Como el fundamento que sustenta la tesis propuesta por el actor lo constituyen el voto de la Sala Constitucional No. 6842-99 de 8:45 horas del 3 de setiembre de 1999 y el No. 673-00 de 9:48 horas del 21 de enero del 2000, se deben hacer las siguientes aclaraciones (...) mediante un voto dictado en fecha posterior, el número 2091-00 de las 8:30 horas del 8 de marzo del 2000, esa Sala aclaró el sentido correcto que debe dársele al término "residencia" empleado en dicho Convenio, entendido éste como la "residencia habitual en el territorio del Miembro". Lo anterior, porque de acuerdo con el contenido íntegro de ese instrumento internacional, la cobertura de los beneficios de la seguridad social se fija, en algunos casos, acorde con los porcentajes de residentes en el país del que se trate. Es bajo ese entendimiento que el numeral 29, inciso 1, a) ibídem, dispone que las prestaciones por vejez deberán ser garantizadas a las personas que hayan cumplido un período de cotización que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia, de modo que no puede interpretarse ahora que al mencionar el Convenio, "veinte años de residencia" sea el correspondiente a "veinte años de cotización" en la forma en que se entendió en el voto de comentario (...) En síntesis, con la aclaración otorgada por la Sala Constitucional en el Voto No. 2091-00 de las 8:30 horas del 8 de marzo del 2000, así como los restantes que han sido citados, el artículo 29 del Convenio 102 de la OIT, se ha producido un claro cambio en la jurisprudencia de esa Sala, de modo que no puede interpretarse que "20 años de residencia" sean equiparables a 20 años de cotización, y con base en ello sostener que el cumplimiento de esa condición otorga al cotizante un derecho a obtener la pensión acorde con los requisitos establecidos por la normativa al amparo de la cual cotizó. Por el contrario, en los términos en que se encuentra redactado el numeral 29 de repetida cita, la Sala entiende que la opción por la cotización o la residencia,

serán requisitos exigibles para la adquisición del derecho, según el criterio por el cual opte cada Estado"

En ese mismo sentido, pueden consultarse las sentencias N°s 2002-00230 de las nueve horas diez minutos del diecisiete de mayo (Expediente N° 00-003072-0166-LA), 2002-00426 de las ocho horas cuarenta minutos del veintinueve de agosto (Expediente N° 99-000577-0166-LA) y 2002-00470 de las diez horas diez minutos del trece de setiembre (Expediente N° 98-001026-0166-LA), todas del año dos mil dos y de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Nótese que es inminente e innegable el cambio operado en la jurisprudencia constitucional, en lo atinente al concepto de "residencia", que un sinnúmero de recursos de amparo en los que los recurrentes alegan los criterios vertidos en las sentencias N°s 6842-99 y 2000-0673, han sido declarados sin lugar por la propia Sala Constitucional, y en todos ellos hace expreso un cambio de criterio, por parte de la Sala, sobre el tema en cuestión (Véanse, entre otros muchos, las resoluciones N°s 00979-2000 de las once horas del veintiocho de enero, 2000-1089 de las diecisiete horas veintiún minutos del primero de febrero, 2000-01987 de las nueve horas veintiséis minutos del tres de marzo, 2000-02092 de las ocho horas con treinta y tres minutos del ocho de marzo, 2000-02589 de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del veintidós de marzo, 2000-04912 de las quince horas con cincuenta y ocho minutos del veintisiete de junio, del dos mil; 2001-00478 de las ocho horas con treinta minutos del diecinueve de enero, 2001-00655 de las ocho horas con treinta y tres minutos del veintiséis de enero, 2001-09583 de las dieciséis horas con veinte minutos del veinticinco de setiembre, del dos mil uno; todas de la Sala Constitucional).

Para, finalmente concluir:

"...CONCLUSIONES:

De conformidad con todo lo expuesto, procedemos a contestar puntualmente las interrogantes vertidas en su consulta, en los siguientes términos:

1.- De conformidad con el cambio operado en el criterio vertido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a través de la resolución N° 2000-02091 de las 8:30 horas del 8 de marzo del 2000 –el cual ha sido sobradamente reconocido por la jurisprudencia más reciente de la Sala Segunda-, el concepto de "residencia" contenido en el artículo 29.1 inciso a) del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) -aprobado por Ley de la República N° 4636 de 29 de marzo de 1971- debe interpretarse bajo la acepción dada por el propio Convenio en su artículo 1.1 inciso; es decir, como un

concepto con alcance estrictamente geográfico-territorial, cual es la residencia o domicilio habitual en el territorio del país miembro.

2.- Con el cambio operado en la jurisprudencia nacional, y especialmente por la enunciación expresa que hace el propio Convenio 102 de la O.I.T., en lo atinente a la definición del concepto de "residencia", no puede interpretarse que por el solo hecho de haber cotizado o laborado por más de 20 años al amparo de un determinado régimen de pensiones y jubilaciones, surja a favor de las personas un derecho a obtener la jubilación o la pensión acorde con los requisitos establecidos por la normativa originaria, sin que modificaciones o derogaciones posteriores puedan resultarles aplicables. Recuérdese que según ha referido la propia Sala Constitucional: "nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento, es decir, a que las reglas nunca cambien, por eso el principio de irretroactividad no impide que una vez nacida a la vida jurídica la regla que conecta el hecho con el efecto, no puede ser modificada, e incluso suprimida por una norma posterior". (Resolución N° 6134-98 de 26 de agosto de 1998).

3.- La jurisprudencia, entendida como el conjunto de reglas generales que nacen de la reiteración de varias decisiones conformes de los más altos Tribunales Judiciales sobre una materia determinada, es un típico ejemplo de fuentes no escritas de nuestro ordenamiento jurídico (Artículo 7° de la Ley General de la Administración Pública), y como tal, en el ordenamiento costarricense no sólo se le reconoce expresamente la posibilidad de crear derecho, es decir, de elaborar normas de observancia obligatoria, sino que le confiere a esa fuente no escrita, el mismo rango de la norma que interpreta, integra o delimita.

Así las cosas, y partiendo del inexorable sometimiento que tiene la Administración Pública respecto de todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento (arts. 11, 13 y 158 de la Ley General citada), resulta imperativo que la Dirección Nacional de Pensiones, así como cualquier órgano u ente involucrado o encargado de resolver las gestiones relacionadas con el otorgamiento o modificación de los beneficios de distintos regímenes de pensiones o jubilaciones existentes, deba adaptar sus criterios a la jurisprudencia aludida en este dictamen, tanto de la Sala Constitucional, como de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que superaron sobradamente los criterios vertidos en la sentencia N° 6842-99, y su voto aclaratorio número 2000-0673, sobre el concepto de "residencia..."

5) No obstante que en nuestra condición de "representante judicial del Estado", la Procuraduría General de la República había mantenido en los litigios judiciales referentes a materia de pensiones la tesis de que la Sala Constitucional había variado un precedente para un caso concreto y específico (así referido

expresamente en su resolución aclaratoria de un recurso de amparo, según quedó expuesto supra) por un criterio jurisprudencial general emanado de una acción de inconstitucionalidad, con efectos – no puntuales y referentes a una persona por expresa disposición del Alto Tribunal – sino vinculantes erga omnes, según reza el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (criterio incluso compartido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, según se vio), en nuestra doble condición de Órgano Superior Consultivo Técnico-Jurídico de la Administración Pública, y de Órgano Asesor Objetivo de la Sala Constitucional, con el propósito de "**dar cabal cumplimiento al contenido del fallo**" (doctrina del artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) solicitamos la adición y aclaración de lo resuelto en el Voto N°200-02091, en el sentido de que expresamente se expresara por parte del propio Tribunal Constitucional que esta última Resolución dejaba sin efecto cualquier precedente anterior, por lo cual era la expresión de la voluntad vigente de la Sala Constitucional. Ello se formuló a través de nuestro memorial de 28 de mayo de 2003. Lo anterior, además, porque era conocido por este Órgano, por manifestaciones hechas públicas por los personeros de los gremios del Magisterio Nacional, que en su criterio la Procuraduría "decía" lo que la Sala expresamente no había indicado (en orden a que su resolución anterior quedaba modificada por una posterior sobre la misma materia), amén del hecho de que - al provenir de ese Tribunal la resolución que había dado origen al conflicto existente – por un respeto a su alta investidura devenía conveniente que ella misma puntualizase y aclarase lo pertinente.

Como respuesta a tal articulación, que no es extraña a la labor de la Institución que represento, y que en términos similares ha sido interpuesta en otras oportunidades en el devenir de la labor que realizamos (en esa doble condición apuntada) pese al tiempo transcurrido desde que se dictó la resolución de que se trate, en esta oportunidad, mediante Voto 2003-05078 de las 14:32 hrs. del 11 de junio en curso, la Sala Constitucional estimó extemporánea nuestra gestión, al tiempo que expresó de modo escueto, pero concluyente, que "...la solicitud de aclaración...sólo procede en los casos en que sea necesario hacer otro pronunciamiento para aclarar o complementar alguno de los puntos debatidos en la sentencia, siempre y cuando hayan quedado oscuros, ininteligibles, o bien, incompletos... Tampoco encuentra la Sala que esté en la necesidad de ejercer su competencia de adicionar o aclarar de oficio la sentencia, porque ésta es clara y no es omisa".

En definitiva, y en lo que interesa, dicha resolución vino a establecer que nuestra tesis jurídica, plasmada en el Dictamen C-114-2003 es la correcta desde el punto de vista jurídico. Interesa resaltar, finalmente, que la resolución que fue reafirmada en cuanto a sus efectos (y cuya interpretación por parte de la Procuraduría no fue modificada de modo alguno por ese Alto Tribunal) es la

N°2000-02091 de repetida cita, que no la N°06842-99, como erróneamente interpretaron los gremios magisteriales luego de conocer el fallo que consta en el Voto 2003-05078 que nos ocupa, al leer el Por Tanto que dice: "No ha lugar".

6) Conviene indicar que la Dirección Nacional de Pensiones – órgano consultante – no formuló reconsideración de nuestro Dictamen C-114-2003, dentro del plazo de ley (artículo 6° de nuestra Ley Orgánica, N°6815 de 27 de setiembre de 1982), ni tampoco tal Dictamen ha sido reconsiderado de oficio por parte de la Procuraduría General de la República.

7) como último aspecto de este aparte, conviene indicar que mediante Dictamen C-163-2003 de 5 de junio de 2003, que no ha sido objeto de solicitud de reconsideración y dirigido a la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, esta Procuraduría reiteró lo dispuesto en el Dictamen C-114-2003.

Establecidos que han sido los antecedentes formulados, procede referirme a la gestión de la señora Diputada Garita Sánchez, no sin antes aclarar que dada la naturaleza de lo planteado, y por tratarse de un asunto concreto, la presente articulación no puede ser considerada – como en efecto no lo es – como un Dictamen vinculante.

A.- La función consultiva de la Procuraduría General de la República: dictámenes vinculantes y jurisprudencia administrativa.

Como es de su estimable conocimiento, de conformidad con nuestra Ley Orgánica –número 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas- y la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia -número 6739 de 28 de abril de 1982-, la Procuraduría General de la República es un órgano técnico jurídico, ubicado dentro del Ministerio de Justicia, **que goza de independencia funcional, administrativa y de criterio en el desempeño de sus atribuciones;** y entre éstas, una de las principales es la función consultiva o de asesoramiento de la Administración Pública costarricense, que es la que ahora interesa.

En ese orden de ideas, se nos puede clasificar como un típico órgano consultivo de carácter permanente y técnico, que ejerce una función de asesoramiento técnico-jurídico de los órganos de la administración activa, "preparando la acción de éstos, facilitándoles elementos de juicio que sirvan como base para la correcta formación de la voluntad del órgano llamado a actuar".

Esa función consultiva se materializa formalmente a través de la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas que versan sobre el tema genérico planteado por el sujeto que consulta. Y como bien lo hemos advertido, tal clasificación es relevante por cuanto según se trate de un dictamen o bien, de una opinión jurídica, los efectos del pronunciamiento serán distintos.

Los criterios emitidos por los órganos consultivos suelen ser clasificados en facultativos o preceptivos, y, vinculantes o no vinculantes. Al respecto, hemos indicado lo siguiente:

"La primera categoría responde a la obligatoriedad de su emisión. De esta forma, serán facultativos aquellos cuya solicitud no esté exigida en ninguna norma, y, serán preceptivos, por el contrario, cuando una norma disponga la obligación de la Administración de solicitar a un órgano técnico una determinada consulta.

La segunda categoría obedece al criterio de la fuerza que éstos tengan una vez emitidos. Así, será vinculante aquél que obliga a la administración consultante a seguir el criterio que éste contenga, y será no vinculante cuando se le otorgue la posibilidad a la administración de separarse de éste."

Como regla genérica, la Ley General de la Administración Pública establece que los dictámenes son facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley (art. 303). Pero en razón de previsión normativa expresa y especial, en principio los criterios técnico-jurídicos emitidos por la Procuraduría General son vinculantes, es decir, de acatamiento obligatorio, para la administración consultante, no así para el resto de la Administración, para quien constituye jurisprudencia administrativa, con el rango de la norma que integran, interpretan o delimitan, cuando de ellos se derive un criterio reiterado (artículo 2 de nuestra Ley Orgánica).

En este sentido, se ha señalado que "el carácter de jurisprudencia de nuestros dictámenes, no deriva de ellos singularmente considerados, sino de su conjunto (artículo 2º de la 6815 de cita). Se requiere además, que dichos actos sean uniformes, no contradictorios y ajustados a la ley. El objeto de nuestros dictámenes, debe ser, lógicamente, interpretar, delimitar o integrar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 7º de la Ley General de repetida cita), como forma de aclarar, asesorar o informar respecto de las decisiones administrativas válidas y posibles, que debe o puede adoptar la administración activa." (Pronunciamiento C-221-89 de 20 de diciembre de 1989).

Por consiguiente, hemos considerado que el efecto primordial de nuestra jurisprudencia administrativa será, entonces, en razón de nuestra labor consultiva,

orientar, facilitar y uniformar las decisiones de los órganos de la administración activa. Le corresponderá a ésta aplicar lo interpretado a un caso concreto con el objeto de encontrar la solución justa y acorde con el ordenamiento jurídico.

Interesa advertir que si bien nuestra Ley Orgánica no contiene disposiciones en las que se establezcan consecuencias por apartarse de los dictámenes vinculantes o de la jurisprudencia administrativa, lo cierto es que en tratándose de los primeros, al constituirse éstos como uno de los criterios integrantes de los motivos del acto administrativo que lo deba aplicar, si la Administración se separa de ellos sin previa dispensa acordada por el Consejo de Gobierno, el acto estaría viciado de nulidad absoluta (arts. 128, 133, 158, 166 y 167 de la Ley General). En el caso de la jurisprudencia administrativa, entendida en los términos ya expuestos, en el tanto ésta sirve para facilitar, orientar y uniformar los criterios de interpretación, integración y delimitación del ordenamiento jurídico, y contribuye, por ende, a configurar los motivos de derecho del acto administrativos correspondiente, si la Administración se separa de tales criterios doctrinales y construye una solución distinta -que en todo caso tendría que estar debidamente motivada-, se asume el riesgo de que su interpretación no sea la correcta, lo que podría constituirse en un vicio, el que se impugnaría conjuntamente con el acto final (artículo 163.2 de la Ley General de la Administración Pública).

Conviene reiterar aquí, para los efectos de nuestro análisis, que nuestro dictamen es un acto preparatorio, sin efectos propios, y que sirve para la adopción del acto final, según se señaló. De ahí que no cabe la impugnación independiente de un dictamen (artículo 163.2 de la Ley General de la Administración Pública), y que la Sala Constitucional haya resuelto:

"ÚNICO. El recurrente impugna un dictamen jurídico de la Procuraduría General de la República, en asunto de su interés. Pero lo cierto es, como dice el Procurador General Adjunto en el informe rendido a la Sala, que se trata de un dictamen vertido en ejercicio de la función consultiva de aquél órgano, materia que por carecer por sí sola de efectos inmediatos de cara a los administrados, no es idónea para ser combatida por la vía del recurso de amparo. Por consiguiente, el recurso ha de desestimarse". (Voto 2000-0860 de 15:18 hrs. del 26 de enero de 2000. En el mismo sentido, véase Voto 2001-10627 de las 9:46 hrs. del 19 de octubre de 2001).

Y volviendo, por último, a la posible responsabilidad del funcionario público que forma parte de la Administración Activa de que se trate, en el supuesto de que indebidamente haya inobservado lo establecido en un dictamen que le resulta vinculante, no puede obviarse su eventual responsabilidad personal (arts. 199,

210, 211 y 213 de la Ley General de la Administración Pública), que en uno u otro caso variaría en cuanto a la gravedad de la falta cometida.

B. Acerca del arbitraje:

En otras oportunidades, este Órgano Superior Asesor Técnico- Jurídico de la Administración Pública, se ha referido a la posibilidad de que los organismos públicos utilicen los medios alternativos de solución de conflictos dispuestos en nuestro ordenamiento. Así, mediante Opinión Jurídica 077-2000 de 20 de julio de 2000, suscrita por la Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Administrativa, se indicó:

"...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.

"I. 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 1, 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 alternativo 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, éste 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."

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 alternativo. 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".

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 atribuyen 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 onerosos, 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."

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 n 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 Órgano 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" 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).

De esta forma este Órgano 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.

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 Organismo 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.

C.- Conclusión:

Si a la luz de lo dispuesto supra, se analiza lo propuesto por la señora Diputada Nury Garita Sánchez, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República que:

- a) El Dictamen C-114-2003 de 28 de abril de 2003, es vinculante para la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- b) Dentro del plazo de ley, la citada Dirección no solicitó reconsideración de dicho Dictamen, ni éste ha sido objeto de reconsideración de oficio por parte de la Procuraduría General de la República.
- c) La impugnación del citado Dictamen, lo que hace a su revisión, sólo es posible en el momento en que se impugne (n) el (los) acto (s) administrativo (s) que le dé (n) cumplimiento.
- d) El citado Dictamen es consecuencia inmediata de lo resuelto por la Sala Constitucional en su Voto N°2000-02091 de las 8:30 hrs. del 8 de marzo de 2000, que no fue adicionado ni aclarado por ese Alto Tribunal de modo alguno, según lo resuelto mediante Sentencia N°2003-05078 de las 14:32 hrs. del 11 de junio de 2003.
- e) La Resolución N°2000-0291 de la Sala Constitucional, dictada con ocasión de una Acción de Inconstitucionalidad, mediante la cual diferenció los conceptos de "residencia" y de "derecho de pertenencia" a un régimen jubilatorio, es vinculante "erga omnes" de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.
- f) La Dirección Nacional de Pensiones debe ajustar sus actuaciones al denominado "principio de legalidad" (artículo 11 de la Constitución Política y su igual de la Ley General de la Administración Pública) según el cual sólo le es permitido realizar aquellos actos administrativos que le autorice el ordenamiento jurídico.

g) Las Resoluciones N°s 2000-02091-2000 y 2003-05078 de la Sala Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, así como el Dictamen C-114-2003 de 28 de abril de 2003 de la Procuraduría General de la República (desarrollo de aquél), en cuanto dicha Dirección es el órgano consultante (artículos 1°, 2, °3° y 6° de la Ley N°6815 de 27 de setiembre de 1982) les son vinculantes y por consiguiente, de acatamiento obligatorio. En tal sentido, dichos actos devienen en partes integrantes del ordenamiento jurídico que debe ser observado por la citada Dirección.

h) No es posible someter a árbitros la sujeción de un órgano público al ordenamiento jurídico.

i) En consecuencia, no le es posible a la Dirección Nacional de Pensiones (o a cualquier órgano público) el abstenerse de ejercer su competencia legal , ni suspender o dimensionar en el tiempo, sin la existencia de un recurso administrativo tendente a esto último, el cumplimiento de sus obligaciones legales.

j) Por consiguiente, en las circunstancias apuntadas no le es posible a la Dirección Nacional de Pensiones suspender o dimensionar en el tiempo o el espacio, ni someter a árbitros, el cumplimiento de sus competencias legales.

Del señor Ministro, con muestras de mi mayor consideración

Farid Beirute Brenes

Anexo:

Fotocopias

Cc:Diputada Nury Fallas Garita

1 Pronunciamiento C-088-97 de 5 de junio de 1997.

2 Pronunciamiento C-028-98 de 19 de febrero de 1998.

3 Pronunciamiento C-231-99 de 19 de noviembre de 1999

4 Pronunciamiento C-231-99 op. cit.

5 Criterio ha sido recogido en nuestros pronunciamientos. Como ejemplo, pueden citarse los siguientes: C-089-97 de 5 de junio de 1997, C-237-98 de 10 de noviembre de 1998 y C-093-99 de 13 de mayo de 1999

6 Lo anterior en relación con los artículos 6, 7, 8 y 9 de la Ley General de la Administración Pública.

7 Pronunciamiento C-231-99 op. cit.

8 Sobre procedimiento de dispensa remito al artículo 6 de nuestra Ley Orgánica, así como al dictamen C-321-99 op. cit.

9 Norma que garantiza un derecho para los particulares, aunque conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional puede existir duda si cobija a la Administración.

10 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).

11 Los anteriores criterios también han sido recogidos por pronunciamientos de la Contraloría General de la República. Puede verse, al efecto, el N° 2239 de 23 de febrero de 1996.

12 Ver, en este sentido, OJ-048-99 de 29 de abril de 1999.

13 Se está refiriendo a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República