

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**  
**Ciudad Universitaria Rodrigo Facio**  
**Facultad de Derecho**

**Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho**

***“Límites al arbitraje en los contratos de licitación suscritos por  
la Administración”***

**Realizado por**  
**Heidy Zúñiga Bolaños**  
**Carné 963369**

**San José, 30 de octubre del 2003**

San José, 14 de octubre del 2003.-

Dr.  
Rafael Gonzalez Baliar  
Decano, FACULTAD DE DERECHO

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante

**HEIDY ZUÑIGA BOLAÑOS**

**Titulado: "LIMITES AL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE LICITACION SUSCRITOS POR LA ADMINISTRACION"**

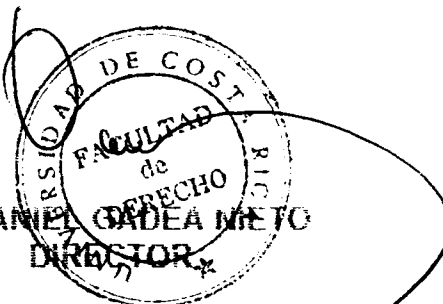
fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente: DR. HUGO ALFONSO MUÑOS QUESADA  
Secretario: LIC. MARCO VINICIO ALVARADO QUESADA  
Informante: DR. JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día 30 de octubre a las 18:00 p.m. horas.

Atentamente

  
DR. DANIEL GADEA NIETO  
DIRECTOR

San Pedro de Montes de Oca, 2 de octubre, 2003.

**Doctor  
Daniel Gadea Nieto  
DIRECTOR DEL ÁREA DE INVESTIGACIÓN  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
S.O.**

Estimado señor:

Reciba un cordial saludo y a la vez me permito comunicarle que, en mi calidad de Lector, he procedido a revisar la Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, realizada por la egresada **HEIDI ZÚÑIGA BOLAÑOS**, carné universitario número 963369, la cual lleva por título "**LÍMITES AL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE LICITACIÓN SUSCRITOS POR LA ADMINISTRACIÓN.**"

La investigación realizada por parte de la señorita **ZÚÑIGA BOLAÑOS** manifiesta un interesante esfuerzo por abordar un tema muy poco desarrollado en nuestra legislación pero principalmente en la práctica en lo que corresponde a la solución de conflictos desde el plano de la heterocomposición. Resalta del trabajo realizado una actitud de investigación disciplinada en relación con fuentes de información, el estudio de alternativas prácticas aplicadas al tema de estudio, así como la adopción de posiciones personales, las cuales enriquecen el trabajo realizado.

Manifiesto mi aprobación a dicho trabajo, por considerar que reúne los requisitos de forma y fondo exigidos por el Área de Investigación a su cargo para ser debatido ante el Tribunal que al efecto se nombre.

Atentamente,



**Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada  
PROFESOR**

22 de setiembre del 2003

Doctor  
Daniel Gadea Nieto  
Director del Área de Investigación

Estimado señor:

Por este medio le informo que la tesis "*Límites al arbitraje en los contratos de licitación suscritos por la Administración*" de la estudiante Heidy Zúñiga Bolaños carné 963369, llena los requisitos para los efectos de proceder a conceder la respectiva aprobación.

Atentamente



Doctor Hugo Alfonso Muñoz Quesada

11 de setiembre del 2003


Doctor

Daniel Gadea Nieto

Director del Área de Investigación

Muy estimado señor Director, por este medio de manera respetuosa la informo que la tesis "*Límites al arbitraje en los contratos de licitación suscritos por la Administración*" de la estudiante Heidy Zúñiga Bolaños carné 963369, llena los requisitos para los efectos de proceder a conceder la respectiva aprobación.

De usted muy atentamente



Doctor Jorge Enrique Romero Pérez  
Director

# Límites al arbitraje en los contratos de licitación suscritos por la Administración

## INDICE.

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPÍTULO I: La licitación y el arbitraje: generalidades.....</b>	<b>16</b>
<b>Sección 1: La licitación pública como mecanismo de contratación administrativa.....</b>	<b>17</b>
<b>A. Generalidades sobre la licitación.....</b>	<b>18</b>
1. Presupuestos subjetivos .....	18
2. Presupuestos objetivos .....	32
3. Principios básicos .....	39
<b>B. Tipos de licitación.....</b>	<b>50</b>
1. Licitación pública .....	52
2. Licitación por registro .....	57
3. Licitación restringida .....	61
<b>C. Elementos de la licitación.....</b>	<b>64</b>
1. El cartel de licitación .....	64
2. Oferta y garantías .....	73
3. Acto de adjudicación .....	78
<b>Sección 2: El arbitraje como medio de resolución alternativa de conflictos.....</b>	<b>79</b>
<b>A. Generalidades del arbitraje.....</b>	<b>82</b>
1. Elementos subjetivos .....	83
2. Elementos objetivos .....	88
3. Características .....	96
<b>B. Tipos de arbitraje.....</b>	<b>104</b>
1. Según el origen .....	104
2. Según el criterio del laudo .....	105
3. Según las reglas que se apliquen .....	106

4. Según la temporalidad .....	108
<b>C. Diferencias entre arbitraje y otros medios de resolución alterna de conflictos.</b>	111
1. Mediación y conciliación .....	111
2. Transacción .....	114
3. Negociación .....	116
<b>- CAPITULO II: El arbitraje en la Administración: sus límites y su aplicación práctica.</b> .....	118
<b>Sección 1: La cláusula compromisoria, su justificación y sus límites en los contratos suscritos por la administración</b> .....	119
<b>A. La cláusula compromisoria</b> .....	119
1. Características y naturaleza .....	119
2. Elementos .....	129
3. Validez y eficacia .....	131
<b>B. Límites y justificación del arbitraje en derecho administrativo</b>	132
UNICO: Disposiciones doctrinarias y jurisprudenciales que justifican y limitan la cláusula compromisoria .....	132
<b>Sección 2 : Análisis de la aplicación práctica del arbitraje en la Administración y posibles reformas</b> .....	142
<b>Escogencia del procedimiento general para la aplicación de la cláusula arbitral</b>	144
1. Constitución del Tribunal Arbitral .....	144
2. Determinación del derecho aplicable .....	147
3. Fases procesales .....	152
<b>B. Análisis de caso.</b>	157
1. Naturaleza del conflicto .....	158
2. Fases procesales .....	165

3. Análisis del laudo .....	173
<b>C. Posibles cambios para mejorar la aplicación práctica del arbitraje en la Administración.</b>	<b>180</b>
UNICO: Papel protagónico de la Contraloría General de la República .....	180
<b>CONCLUSIONES.</b> .....	<b>199</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	
<b>ANEXOS</b>	



**ZÚÑIGA BOLAÑOS, Heidy. “LÍMITES AL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE LICITACIÓN SUSCRITOS POR LA ADMINISTRACIÓN”.**

Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2003.

**DIRECTOR:** Doctor Jorge Enrique Romero Pérez

**LISTA DE PALABRAS CLAVES:** Tipos de licitación: pública, por registro, restringida. Presupuestos objetivos y subjetivos de la licitación. Principios que rigen la licitación. Elementos de la licitación: cartel, registro de proveedores, oferta, garantías, documentos subsanables, acto de adjudicación. Arbitraje. Elementos subjetivos: la voluntad, la competencia. Elementos objetivos: el árbitro, materias arbitrables. Características generales y específicas. Tipos de arbitraje: según el origen, el criterio del laudo, las reglas que se aplican, la temporalidad. Diferencias entre el arbitraje y la mediación y conciliación, transacción, negociación. Cláusula compromisoria o arbitral. Límites legales y jurisprudenciales a la cláusula arbitral en la Administración. Ejecución de la cláusula compromisoria o arbitral.

**RESUMEN:** La licitación se presenta como el mecanismo por excelencia que el Estado tiene para contratar, de conformidad con el artículo 182 de la Constitución Política. El arbitraje en la licitación, sea pública, por registro o restringida, se establece a través de la cláusula compromisoria o arbitral y puede disponerse en el cartel o en el contrato suscrito por la

Administración. Esta figura en el Derecho Público aparece autorizada de manera genérica en nuestro ordenamiento: artículo 43 de la Constitución Política, artículo 508 del Código Procesal Civil, en el artículo 27 inciso 3 de la Ley General de la Administración Pública y en el artículo 18 de la Ley sobre resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, fundamentalmente, aunque se contempla en otras Leyes especiales, como por ejemplo el artículo 4 de la Ley de Concesión de Obra Pública y el artículo 3 de su Reglamento. La Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República han desarrollado de manera amplia la aplicación de esta figura tanto en la Administración centralizada como en la descentralizada, a través de dictámenes técnicos, resoluciones y opiniones jurídicas.

Este tipo de arbitraje debe ser de Derecho, y su aplicación debe ser voluntaria. Desde la promulgación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz social, se ha desarrollado su aplicación en la contratación administrativa, aunque no se han desarrollado los principios que

deben regir su aplicación, más bien se trasladan los que rigen las relaciones de derecho privado al derecho público, con los consecuentes problemas de interpretación y de aplicación. Es común que las instituciones estatales la apliquen (Correos de Costa Rica, Acueductos y Alcantarillados, Consejo Nacional de Concesiones) pero son pocos los casos en los que ha sido necesario ejecutarla. Hace falta desarrollar la figura con las características especiales del derecho público y de la contratación administrativa: el principio de legalidad, el régimen de nulidades, los mecanismos de control interno.

## INTRODUCCIÓN

La Administración se encuentra inmersa en la actividad económica nacional, en la que participa activamente. Al intervenir en la dinámica social se vale de varios instrumentos, que dependen del órgano que las ejecute y de su contenido. La función administrativa del Estado se manifiesta como hecho, acto administrativo, contrato y simple acto y se diferencia de las demás actividades de la Administración en cuanto al sujeto que la realiza.

### **Justificación del tema:**

Es de nuestro especial interés en este trabajo la actividad de **contratación administrativa** entendida como una declaración bilateral o multilateral productora de efectos jurídicos individuales de manera directa e inmediata, que se manifiesta en la vida jurídica a través de varias formalidades impuestas por ley, en sujeción al interés público y al principio de legalidad.

El Estado actúa en el mundo del derecho como si fuera un particular, puede contratar libremente con personas particulares y con entes de la Administración. El contrato que se celebra con el Estado es Administrativo; si el negocio es regulado por el derecho privado, decimos que es un contrato administrativo privado y si la normativa que lo regula es pública, estamos frente a un contrato de Administración Pública. La actividad contractual de la Administración siempre se desarrolla dentro del marco del derecho

público: *“Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; en principio todos son de derecho público, sometidos a reglas especiales...”*<sup>1</sup>

Dentro de las nuevas corrientes de contratación administrativa, como pretendemos evidenciar en este trabajo, encontramos una tendencia a introducir instrumentos que faciliten la aplicación de medidas alternas para resolver los conflictos, como opción para no acudir a los mecanismos tradicionales, es decir los procesos administrativos o judiciales, a partir de argumentos como la falta de celeridad y el exceso de formalismos de las vías ordinarias de administración de justicia.

Se presenta con especial fuerza el arbitraje como opción, dada la celeridad con que se resuelven los conflictos y el carácter definitivo de el laudo.

### **Objetivo General:**

Identificar los límites que regulan el ejercicio del arbitraje en la licitación pública y analizar ejemplos que se han presentado en la práctica administrativa, para constatar si son suficientes y efectivos o es necesario reforzarlos.

### **Objetivos específicos:**

1. Analizar brevemente los elementos de la licitación pública y del arbitraje para rescatar los principios y conceptos básicos de estas dos figuras, de modo que previo

---

<sup>1</sup> DROMI, José Roberto. “La licitación pública”. Buenos Aires. 2da. Edición. 1975

a adentrarse en el tema se tenga claro su concepto, naturaleza, formación y diferentes clasificaciones.

2. Determinar la naturaleza de la cláusula compromisoria dentro de los contratos que suscribe la Administración para revisar que se justifique su inclusión en este tipo de compromiso.
3. Identificar los límites legales, doctrinarios, jurisprudenciales y éticos que se refieren al arbitraje administrativo, medir su relevancia e intentar una compilación y clasificación básica.
4. Estudiar y analizar el procedimiento para la aplicación en la práctica de la cláusula compromisoria; analizar un caso práctico en el que se haya dado la aplicación de esta figura.
5. Verificar la viabilidad de la intervención de la Contraloría General de la República en la verificación de la legalidad de los acuerdos que se tomen dentro del contrato de licitación en amparo de la cláusula arbitral.

**Hipótesis:**

Los límites existentes para regular la aplicación de la figura del arbitraje en los contratos de licitación que suscribe la Administración no son efectivos ni suficientes y favorecen eventuales prácticas anómalas en la ejecución de la cláusula arbitral

**Metodología:**

Para esta investigación se realizó una Investigación bibliográfica exhaustiva para establecer principios doctrinales que se refieren a la contratación administrativa en general y a la licitación pública específicamente.

Identificaré las posiciones encontradas en doctrina con respecto a la validez de la aplicación del arbitraje en los contratos de licitación suscritos por la administración.

Complementaré estos resultados con el análisis profundo de la legislación y jurisprudencia nacional que regulan el tema.

Por la naturaleza del tema y la necesidad del examen de casos concretos para a partir de ahí llegar a conclusiones generales, se utilizó la metodología exegética inductiva.

### **Estructura de la tesis**

La investigación está estructurada en dos capítulos, el primero hace un estudio de las características generales de la licitación y el arbitraje con el fin de identificar claramente cada figura. En el capítulo dos se hace estudio de la cláusula arbitral como instrumento para introducir el arbitraje en la actividad de contratación administrativa; luego se hace un recuento de los límites que la ley fija para la aplicación de la figura. Además se hace un análisis de la aplicación práctica de la cláusula arbitral en un contrato de licitación pública.

Por último se consideran varias opciones que podrían mejorar y aclarar los límites que deben respetarse en la aplicación de esta figura en los supuestos de contratación a través de la licitación.

### **Estado actual del tema**

En nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje se fundamenta en el artículo 43 de la Constitución Política, y su aplicación en conflictos en los que participa la Administración encuentra sustento legal en el artículo 508 del Código Procesal Civil, en el artículo 27 inciso 3 de la Ley General de la Administración Pública y en el artículo 18 de la Ley sobre resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. La Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República son contestes en interpretar como válida la aplicación de esta figura tanto en la Administración centralizada como en la descentralizada.

Es de nuestro especial interés el artículo 4 de la Ley de Concesión de Obra Pública y el artículo 3 de su Reglamento, que autoriza la vía del arbitraje como forma alterna a los Tribunales de Justicia dentro del cartel de licitación.

A partir del principio de legalidad que rige las actuaciones de la Administración, cuando se desarrolle un conflicto que se solucione en la vía arbitral, el tribunal conformado deberá ser de DERECHO, para garantizar que los árbitros resuelvan conforme con nuestro



ordenamiento jurídico. (Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica-048-99 del 29 de abril de 1999)

A pesar de su importancia, la introducción de esta figura en la contratación administrativa reviste un carácter particular que no está bien delimitado en la legislación actual, más bien apenas está autorizado genéricamente, lo que hace que su aplicación sea aceptada pero con muchas reservas, aunque la tendencia en contratación administrativa a nivel internacional se dirige a una forma más práctica y expedita de solución de los conflictos, donde el arbitraje se convierte en una herramienta fundamental.

Con el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965 y ratificado por Costa Rica mediante Ley 7332 publicada el 16 de abril de 1993, con reservas al artículo 42 y al 26 según el voto 1079-93 de la Sala Constitucional, se amplía la aplicación de la figura del arbitraje (que originalmente se trazó dentro de la legislación nacional para resolver conflictos a nivel interno) a los conflictos que pueden surgir a raíz de la inversión que ha realizado una persona física o jurídica de otra nacionalidad en el país, previo agotamiento de los medios aplicables en la vía administrativa y judicial, dentro de lo que se entiende la denegatoria de justicia, ya sea porque se exijan requisitos y condiciones que vuelvan imposible proseguir un proceso local o que los existentes se prolonguen excesivamente, y siempre que no haya sentencia judicial firme.

La figura que en nuestro ordenamiento fue creada para resolver conflictos entre particulares, aunque teóricamente se consideró ampliada al Derecho Público, en su aplicación práctica debe adaptarse a la naturaleza de la Administración, al valorar la posible existencia de un derecho del particular y la indelegabilidad de funciones de la Administración, de lo que se desprende que no son tranzables las materias de tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud entre otros; debe presentarse como un acto motivado.

### **Marco Teórico:**

El artículo 182 de la Constitución Política dispone que todo acto de contratación realizado por las entidades del Estado debe celebrarse por medio de **licitación**, así ésta se constituye en la principal herramienta con que cuenta la Administración para desarrollar su actividad económica.

El procedimiento licitatorio puede definirse como el instrumento regla para que la Administración, en ejercicio de su capacidad contractual elija la mejor opción de entre las que se ofrecen;<sup>2</sup> como el procedimiento administrativo compuesto por una cadena de actos tipificados que tiene por objeto la elección del contratista idóneo<sup>3</sup>, escogido entre los que contestaron la oferta que la Administración hizo públicamente, en observancia de todas las

---

<sup>2</sup> DROMI, José Roberto. "La licitación pública". Buenos Aires. 2da. Edición. 1975

<sup>3</sup> ROMERO PEREZ, Jorge. "La licitación pública en Costa Rica". San José. Tesis de doctorado. Universidad Complutense de Madrid, 1975 p148

formalidades que la ley dispone. En caso de que ninguno cumpla las expectativas, se declarará desierto el concurso.

La Ley de Contratación Administrativa dispone elementos que deben presentarse en la relación para que se constituya efectivamente como una de tipo contractual: **presupuestos subjetivos**, como los son la necesaria participación de un ente estatal o un ente público no estatal en ejercicio de la función pública, así se trate de personas físicas o jurídicas, esto de conformidad con lo dispuesto en el capítulo I de este cuerpo normativo, especialmente los artículos 1 y 2 referidos a la cobertura y excepciones; el artículo 1 dispone:

*“Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.*

*Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.*

*Cuando en esta Ley se utilice el término Administración se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones”*

Es el artículo 2 el que contempla los casos de excepción que se encuentran excluidos de la aplicación de esta normativa de contratación, situación que analizaremos a fondo más adelante. Por ahora adelantamos que deben observarse estos proceso de contratación en la actividad desarrollada por los entes antes citados y por todo ente público no estatal que se financie en más de un 50% con fondos públicos.

Como contraparte debe presentarse el licitador que acude al llamado de la licitación, que puede ser una persona física o jurídica, nacional o extranjera, con domicilio fuera del país o en el territorio, que para poder participar en la licitación debe demostrar su capacidad de derecho y de hecho para poder ejecutar lo pactado, ya que al presentar su plica concursal u oferta, manifiesta su voluntad de contratar con la Administración y al mismo tiempo se obliga a cumplir en todo los términos ofrecidos en su propuesta.

Deben considerarse restricciones éticas en cuanto a la capacidad contractual de quien participa en la licitación, como las prohibiciones que se establecen en el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa que incluye a jefes del estado y a sus parientes hasta tercer grado de consanguinidad y afinidad, disposición que se complementa con el artículo 24 y siguientes del Reglamento General de Contratación Administrativa, donde se establece la obligación de la Administración de desplegar las medidas que sean

necesarias para que se respete en todo procedimiento de contratación el régimen de prohibiciones, entre las que se incluye el levantamiento por parte de la Proveduría Nacional de levantar un inventario de las personas en esta situación para facilitar a la Administración la aplicación de esta disposición, y el deber de exigir a cada oferente la presentación de una declaración jurada donde de forma expresa manifieste que no está sujeto a ninguna de las causas de prohibición de contratar con la Administración.

Por otro lado, la ley es clara al establecer **presupuestos objetivos** para que se presente la figura, que se resumen básicamente en los formalismos que se deben respetar en todo el procedimiento, como son sujetarse a los requisitos previos a la contratación, la preparación del cartel de licitación con las condiciones que supondrán las bases para comparar y escoger las ofertas, y la realización del contrato o su declaratoria de licitación desierta. Es importante en este punto referirse al objeto del contrato, que en estos casos puede tratarse de un bien de dominio público, por las características específicas de quien licita: la Administración.

Es de fundamental importancia la sujeción de todos los actos y todas las fases a los **principios generales** que rigen la contratación administrativa y específicamente la licitación; la Ley de Contratación Administrativa en los artículos 4 y siguientes dispone los principios que rigen esta actividad contractual, entre los que encontramos el principio de eficiencia, la igualdad de trato, la libre competencia, la publicidad del concurso; estas disposiciones se complementan con lo contenido en el Reglamento General de

Contratación Administrativa en los artículos 4 y siguientes. Por su parte, la Sala Constitucional ha hecho un importante desarrollo de estos principios, a los que ha otorgado rango constitucional y ha dispuesto que se consideren *numerus apertus*, especialmente en el voto 998-98 de las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998, entre los que dispone, además de los ya mencionados, los de justicia, equidad, lealtad, legalidad, transparencia de los procedimientos, responsabilidad, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad, fiscalización, intangibilidad patrimonial, libertad de contratación, control sobre los fondos públicos que es de orden público y disponibilidad presupuestaria. Estos principios serán desarrollados más adelante en nuestra investigación, por ahora nos limitamos a su sola mención.

La licitación se puede presentar de tres formas, que se rigen de acuerdo a los presupuestos ordinarios de cada ente de la administración y dependen del monto de la contratación a realizar. De conformidad con los artículos 27 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa, en sus párrafos finales, corresponde a la Contraloría General de la República la facultad de actualizar los montos de contratación a más tardar en la primera quincena de febrero de cada año. La **licitación pública** se presenta en toda venta o arrendamiento de bienes públicos, sean muebles o inmuebles, en la concesión de instalaciones públicas y en compras y concesión de obra pública. Debe sujetarse a formalismos específicos como son la publicación del cartel en el Diario Oficial que invite a participar, la publicidad de todos los trámites y el acceso al expediente de licitación, la

motivación del acto de adjudicación, las garantías de participación y de cumplimiento y la posibilidad de objetar el cartel y recurrir el acto de adjudicación.

La **licitación por registro** se aplica en compras y obras públicas por montos inferiores a los del supuesto anterior, y se debe contar con un registro de proveedores que se integra por todos los que cumplan las exigencias que establezca la regulación interna, misma que se debe publicar en La Gaceta. En ciertos supuestos podrá invitarse a nuevos proveedores mediante publicación en el Diario Oficial que podrá acompañarse del pliego de condiciones. La Contraloría General ha dicho con respecto a este tipo de licitación que se debe: *“instrumentar licitaciones por registro, como procedimiento más formal, a utilizar cuando no aplique la licitación pública ni la contratación directa (de escasa cuantía)”* Oficio de la Contraloría General 3848-98

En cuanto a la **licitación restringida** se utiliza en los contratos de obra y las compras por montos más bajos que los dos anteriores supuestos. El órgano Contralor ha manifestado que: *“La licitación restringida se constituye en un medio expedito e idóneo, para atender el requerimiento que les interesa”* Al respecto ver Dictamen DGCA-1444-96. Este tipo de licitación también deberá contar con un registro de proveedores que se rige por los mismos principios de la licitación por registro. En cuanto a este registro de proveedores, se ha dicho que: *“...los registros y trámites que se establezcan para la inscripción de posibles oferentes en el Registro de Proveedores deben ser absolutamente necesarios y ágiles permitan a un eventual proveedor no inscrito en el Registro,*

*inscribirse en el mismo dentro del plazo para presentar ofertas, para así estar facultado para concursar.” (Oficio de la Contraloría General N. 4306-97)*

La licitación, como vimos, se compone de varios elementos como son **1. el cartel de licitación**, que determina el objeto que se va a negociar, sea obra, suministro o servicio; la relación jurídica, es decir, las reglas que regirán el convenio y el procedimiento que se seguirá **2. el registro de proveedores** que se lleva en cada proveeduría institucional y lo integran los interesados en contratar con la administración **3. la oferta** que debe cumplir las especificaciones que establece el cartel, y su sola presentación se entiende como la manifestación inequívoca del administrado de querer contratar con la administración. **4. las garantías** de participación y de cumplimiento, que constituyen respaldo de ciertas partes del procedimiento, son avales de la oferta. **5. documentos subsanables** son los que pueden agregarse a la oferta y no varían sus condiciones, por haber existido al momento de presentarla o por referirse a hechos históricos. **6. el acto de adjudicación** se presenta al finalizar la selección; si no hay ofertas que satisfagan el interés de la Administración se declarará desierto el concurso.

Por otro lado, el **arbitraje** es una forma heterocompositiva de solución de un conflicto, dada la intervención de un tercero imparcial nombrado por las partes de común acuerdo para que en caso de que se presente desavenencia sobre un tema específico, emita un criterio técnico, jurídico o de equidad denominado **laudo**, que es de aplicación



obligatoria y reviste carácter de cosa juzgada. Es un mecanismo voluntario y su aplicación no excluye el acceso a los tribunales ordinarios.

La figura del arbitraje presupone la existencia de **elementos subjetivos**, fundamentalmente la **voluntad**, ya que como figura alterna el principio básico para su aplicación es que las partes lo acuerden, para lo que la voluntad debe manifestarse sin ningún vicio y de incorporarse al contrato su aplicación es obligatoria; la capacidad de las partes debe ser probada, lo que deriva la competencia, especialmente de nuestro interés ya que la Administración es muy clara en su asignación de competencias.

Igual de importantes son los **elementos objetivos** en el arbitraje: que en primer lugar presupone la existencia de un conflicto entre las partes sobre un tema o varios. Así debemos considerar la doble naturaleza que debe revestir el asunto objeto de arbitraje: **patrimonial y disponible**, que en arbitraje administrativo presenta otros matices por estar dentro del ámbito de disponibilidad bienes que no se encuentran en el comercio de los hombres, y especialmente, fondos públicos. Esta figura puede estar dispuesta por la ley que rige la contratación, lo que nos lleva al arbitraje jurisdiccional, o bien puede pactarse dentro de los términos contractuales de la relación.

Son varias las **clasificaciones** posibles del arbitraje, de acuerdo a los factores que lo caracterizan, por ejemplo, según su origen: sea forzoso o voluntario, según el laudo: de

derecho, pericial o de equidad; según la temporalidad: ad hoc o institucional; y el que nos interesa más: según el sujeto, público o privado.

La cláusula compromisoria es figura fundamental dentro del arbitraje, es el presupuesto para su existencia, si su aplicación se acuerda antes de que se presente el conflicto es una CLAUSULA ARBITRAL, y si se da al presentarse el desacuerdo lo que corresponde es suscribir un COMPROMISO ARBITRAL. Si no media contrato entre las partes, se aplica un ACUERDO ARBITRAL. En cuanto se presenta el conflicto el carácter voluntario de la figura se mantiene pero su aplicación se hace obligatoria para las partes

### **PROBLEMA**

Los mecanismos legales y jurisprudenciales para regular la aplicación del arbitraje en la actividad contractual de la Administración no son específicos ni suficientes. Se ha logrado introducir su aplicación a algunos de los contratos que suscribe la Administración pero no está definida de forma específica los principios y regulaciones que deben regir su aplicación práctica, dado que se trata de materias de Derecho Público y que su aplicación parte de autorizaciones genéricas que no contemplan de forma específica la naturaleza especial de la figura en estos casos, más bien se dirigen a regir relaciones entre particulares. Esto puede dejar en desventaja a la Administración y al interés público frente al administrado y entorpecer la figura del arbitraje que debe tomarse como una forma más expedita y satisfactoria de resolver un conflicto entre las partes .

## **CAPÍTULO I: La licitación y el arbitraje: generalidades.**

La actividad de la Administración dentro de la esfera económica nacional debe desarrollarse a partir de los lineamientos dispuestos por el ordenamiento jurídico para el caso. En estas relaciones, sujetas al principio de legalidad se conjugan los intereses del administrado por desarrollar su actividad económica y el interés público que prevalece en todo contrato suscrito por la Administración. A partir del artículo 182 Constitucional la licitación pública se instaura como el mecanismo básico de la Administración para contratar suministros de bienes, servicios y obra pública:

*“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”*

Es con motivo de esta disposición constitucional que el estudio de la licitación se enfocará fundamentalmente en los principios y estudios desarrollados alrededor de la licitación pública, que es el mecanismo de contratación administrativa por excelencia, sin dejar de mencionar los otros tipos de licitación, sea la licitación por registro y la licitación restringida, que de igual manera han sido concebidos como mecanismos válidos de contratación, donde los supuestos en los que se aplican están predeterminados por ley, que deben seguir las mismas formalidades y regirse por los mismos principios que la

contratación pública, aunque su aplicación, como veremos, se limita a transacciones y contrataciones de menor cuantía que la licitación pública.

## **Sección 1: La licitación como mecanismo de contratación administrativa.**

La licitación se define como “...*el procedimiento administrativo compuesto por una cadena de actos tipificados que tiene por objeto la elección del contratista idóneo*”<sup>4</sup>, escogido entre los que contestaron la oferta que la Administración hizo públicamente, en observancia de todas las formalidades que la ley dispone. En caso de que ninguno cumpla las expectativas, se declarará desierto el concurso.

La licitación encuentra fundamento en el afán de hallar un instrumento que garantice la moralidad administrativa, para evitar favoritismos y negociaciones irregulares, y así alcanzar una sana gestión pública; en su trasfondo, continuando con Romero Pérez, podemos señalar que representa la posibilidad del administrado de lucrar con la Administración, que se sustenta de fondos comunes, además de oponerse a los monopolios de hecho en el mercado al ofrecer participación abierta a los que estén calificados.

El contrato administrativo reviste características especiales, que lo diferencian de cualquier otro tipo de contratación, según veremos en esta sección; la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre su naturaleza al indicar: “*Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a*

---

<sup>4</sup> ROMERO PEREZ, Jorge. “La licitación pública en Costa Rica”. San José. Tesis de doctorado. Universidad Complutense de Madrid, 1975 p148

*satisfacer funciones esenciales del Estado (...) es decir, fines públicos, razón por lo que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público... ”<sup>5</sup>*

En esta sección analizaremos brevemente los elementos de esta figura:

## **A. GENERALIDADES SOBRE LA LICITACION**

### **1. Presupuestos subjetivos.**

El ordenamiento jurídico establece cuáles sujetos están legitimados para licitar una obra y para concursar como oferente

#### **La Administración:**

Ya que se trata de contratación administrativa, y aunque parezca redundante, como primera observación, que a la vez se constituye en elemento o presupuesto subjetivo: *“Es fundamental que en la licitación pública intervenga un ente estatal o un ente público no estatal en ejercicio de la función pública”<sup>6</sup>*. Dada su participación, los principios que rigen la contratación sufren serias variaciones. La Administración tiene prerrogativas sobre el administrado, y se subordina la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica de las partes al interés público, que prevalece sobre el interés de los particulares. Así el sentido

---

<sup>5</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 6432-98 de las 10 hs 30 min del 4 de setiembre de 1998

<sup>6</sup> DROMÍ (José Roberto). “La licitación pública”. Buenos Aires. 2da. Edición. 1975. p28

mismo de la contratación adquiere otras dimensiones, y se admiten supuestos que en cualquier otra relación contractual darían pie a la improcedencia del acuerdo.

La desigualdad jurídica se manifiesta a través de cláusulas exorbitantes, prerrogativas que puede tomarse la Administración en la relación contractual y que está facultada para ejecutar en cualquier momento siempre que concurren las circunstancias que la ley dispone, para crear un sentimiento de seguridad jurídica.

La Sala Constitucional igualmente ha reconocido que por la naturaleza misma del contrato los supuestos sustantivos varían: “...es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución etc) llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público...”<sup>7</sup>

Podemos decir que las principales facultades con que cuenta la Administración por encima del administrado y con respecto al contrato se resumen en las siguientes:

**Modificación unilateral:** De conformidad con la disposición contenida en el artículo 14 del Reglamento General de Contratación Administrativa, la Administración tiene la facultad de modificar unilateralmente el contrato, disminuir o aumentar hasta en un 50% la prestación objeto del contrato mientras se encuentre en ejecución, siempre que medie el interés público, se trate de una situación de naturaleza imprevisible al momento de suscribirlo y siempre que el monto final, incluido el aumento no excedan el máximo de ley según el procedimiento seguido.

---

<sup>7</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 6432-98 de las 10 hs 30 min del 4 de setiembre de 1998

Sobre esto se ha pronunciado la Contraloría General al indicar: *“...la Administración se ve limitada en la aplicación de este derecho, en que no puede aumentar o disminuir más del 50% de las cantidades y el monto originalmente pactado (...) en ningún caso se permite que, el monto del contrato original, más la suma de la modificación efectuada, sobrepase el límite económico establecido para el tipo de procedimiento que se llevó a cabo”*<sup>8</sup>

Esto se complementa con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Contratación Administrativa que autoriza el empleo de procedimientos más calificados o rigurosos que los que en un inicio se dispuso, siempre que se dirija a la satisfacción del fin público, que según lo interpretado por la Sala Constitucional, aunque es una norma que no resulta del todo clara, debe entenderse que: *“...la Administración está facultada únicamente, para seguir los procedimientos licitatorio regulados en la Ley, y que el posibilitar la utilización de “procedimientos más calificados” no significa otra cosa que “agravar” el procedimiento que corresponde en razón del monto”*<sup>9</sup>, Debe interpretarse complementada por el artículo 28.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que dispone como último propósito la consecución de fin público.

Es una facultad de la Administración, y no requiere del aval del contratista, según lo ha confirmado el ente Contralor, que ha definido la facultad de modificar unilateralmente el contrato como una prerrogativa: *“...prevista con el fin exclusivo de*

---

<sup>8</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 10359 del 10 de setiembre de 1999 (DGCA-1086-99)

<sup>9</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs. 30 min del 16 de febrero de 1998

*ajustar la prestación convenida a la mejor satisfacción del interés general. En el derecho administrativo esta facultad se justifica como parte integrante del régimen contractual público, exorbitante en relación con el derecho común, acordado únicamente a favor del ente licitante, no sujeto, por ende, a la aquiescencia (o manifestación de acuerdo) del contratista, justamente por devenir (...) motivada en la satisfacción del interés general”<sup>10</sup>*

Aunque es facultad exclusiva de la Administración, cabe la posibilidad de que se derive de una iniciativa del contratista, que sea a partir de una gestión suya que se apruebe o ejecute el cambio por ejemplo en los términos del contrato, pero siempre dentro del marco de legalidad. Sobre esto la Contraloría ha dicho: “...una modificación al objeto de un contrato administrativo puede ser aceptada, siempre y cuando no se cambie la esencia o sustancia de éste; que el cambio resulte de evidente beneficio para la Administración; que no haya modificación alguna en el precio originalmente pactado y que se deje constancia, en el expediente respectivo, de las justificaciones (de todo tipo) que movieron a la Administración a aceptar el cambio propuesto por el proveedor del bien”<sup>11</sup>

Se erige como una de las ventajas contractuales que tiene la Administración sobre el administrado, sin embargo por cuestiones de seguridad y para garantizarse el interés de los posibles oferentes de contratar con el Estado, esta facultad debe regularse y ser de aplicación excepcional en la contratación.

---

<sup>10</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 805-97 del 23 de enero de 1997 (DGCA 125-97)

<sup>11</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 9571-89 del 14 de agosto de 1989 (DGCA-1282-89)



Dada su naturaleza excepcional y restrictiva, debe versar sobre puntos específicos del contrato y corresponder con lo dispuesto en el mismo ordenamiento: *“...los requisitos para que una modificación al objeto del contrato sea aceptada, son: que no se cambie la esencia o sustancia del objeto inicialmente ofrecido; es decir, que son aceptables cambios leves en algunas características del objeto, que impliquen una mejora. Que el cambio sea de evidente beneficio para la Administración. Que no se varíe el precio ni las condiciones (plazo de entrega, garantías, términos de pago, etc) pactadas originalmente.”*<sup>12</sup>

***Ejecución con sustitución del contratista:*** Este supuesto comprende la posibilidad que tiene la Administración para, en caso de que el contratista incumpla lo pactado o se encuentre en mora, pueda tomar la obra en el estado que se encuentre para ejecutar el contrato por sí misma o por un tercero, directa y unilateralmente.

***Rescisión contractual:*** Es la facultad que tiene la Administración de dejar sin efecto el contrato unilateralmente con fundamento en las necesidades públicas. Se encuentra contenido en el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 13 del Reglamento General de Contratación Administrativa, y es válida en supuestos de incumplimiento, fuerza mayor, caso fortuito o cuando obedezca al interés público, siempre de conformidad con el debido proceso. Sin embargo esta facultad no es absoluta, ya que si la causa no es imputable al contratista la Administración está obligada a liquidar lo que corresponda a la parte ejecutada y los daños y perjuicios que se deriven.

---

<sup>12</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 10359-99 del 10 de setiembre de 1999

Diferente es si se trata de caso fortuito o fuerza mayor, donde se liquidará sólo lo ejecutado.

Íntimamente relacionado con esto se encuentra la figura de la **resolución contractual** que se entiende como la facultad que tiene la Administración de dar por terminada unilateralmente la relación contractual en los casos en los que el contratista caiga en incumplimiento y le sea imputable, según lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que autoriza el cobro de daños y perjuicios si se determina que la Administración sufrió algunos.

La Sala Constitucional se ha pronunciado sobre este tema al señalar: *“...cuando la Administración suscribe un contrato con un fin público, en caso de que desista racionalmente de perseguir ese fin a que estaba destinado, trátase de obras públicas o de suministros, puede rescindir el contrato, cesando con ello la razón jurídica de la persistencia del contrato (...) respecto de la resolución, doctrinariamente se ha entendido la misma como el modo de disolución anormal de un contrato en razón de una causa sobreviniente, que corresponde al incumplimiento de una de las partes y que extingue retroactivamente el contrato, resolución que puede ser declarada ex officio por la Administración cuando es el contratista el que incumple con sus obligaciones y sin perjuicio, en ambos casos, del control de legalidad que deberá ejercer el juez competente”<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 1205-96 de las 9 hs del 15 de marzo de 1996

Es necesario para que la licitación sea válida y se conforme el vínculo contractual, que el licitante actúe dentro de la esfera de su competencia, que se entiende como el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente, con fundamento expreso o razonablemente implícito en el ordenamiento.

La competencia es irrenunciable e indelegable, debe ejercerse directa y exclusivamente por el órgano al que se le atribuyó, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación.

Debe verificarse la competencia antes de licitar, ya que ésta condiciona la validez del contrato. La competencia, como vimos, se extiende a aprobar y modificar los pliegos de condiciones, suspender la licitación, acordar la adjudicación definitiva y adjudicar.

Es muy simple identificar los sujetos que se someten al régimen de contratación administrativa por lo tanto al de licitación, ya que son fijados por ley. La ley de Contratación Administrativa en su artículo 1 señala los órganos que deben sujetar su actuación contractual a esas disposiciones, y son:

*“Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.*

*Cuando utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta ley.*

*Cuando en esta ley se utilice el término Administración se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinados de sus regulaciones”.*

Resaltemos que en su segundo párrafo amplía las opciones de regulación a todas las personas físicas o jurídicas que en su actividad utilicen recursos públicos parcial o totalmente, lo que incluye a los entes públicos no estatales, como los colegios profesionales, y a entidades privadas que utilizan fondos públicos, como fundaciones y asociaciones, entre otros, siempre que utilicen al menos un 50% de fondos públicos y las empresas públicas cuyo capital social pertenezca en su mayoría al sector público, a partir de una interpretación *contrario sensu* del párrafo último del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que nos interesa señala:

*“...Se exceptúan de la aplicación de esta Ley, los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un cincuenta por ciento (50%), de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados, y las empresas públicas cuyo capital social pertenezca , en su mayoría, a particulares y no al sector público”*

Sin embargo no es toda la Administración la que se debe someter al régimen de licitación. Se excluyen de esto las siguientes actividades, según lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa y los artículos 76 y siguientes del Reglamento. Sin embargo es fundamental aclarar que el hecho de que no se incluya en estas regulaciones no significa que sea de libre aplicación, por el contrario, igualmente debe observar las formalidades que la ley dispone, según lo establece el artículo 75 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que en lo que nos interesa dice:

*“...La actividad contractual administrativa excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa, y se encontrará sometida, en general, a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General. En el caso del Gobierno Central, esta actividad estará sometida igualmente a la dirección técnica y evaluación de la Proveduría Nacional...”*

Con esto claro podemos hacer un análisis breve de las materias excluidas del régimen, que al presentarse al margen de los procesos de licitación dan pie a la autorización legal de la contratación directa, básicamente por cuestiones de celeridad y poca cuantía:

\* **La actividad ordinaria de la administración:** que se entiende como la prestación última al usuario, que por su constancia y frecuencia y su relación directa con éste, es incompatible con la contratación administrativa. Es la actividad contractual que la Administración realiza con los usuarios para brindarles bienes o servicios estrechamente relacionados con la prestación última que la ley les asignó al crearla. Se rigen por las disposiciones reglamentarias y legales que correspondan.

Con relación a este tema, la Sala Constitucional ha dispuesto: “... *Se trata en general de una circunstancia especial en la que, por el tipo de negociación que se realiza, se justifica plenamente la excepción a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, en tanto la prestación del servicio o actividad a brindar constituye el fin último de la respectiva institución*”<sup>14</sup> A esta definición deben añadirse el elemento de tráfico constante y frecuente, además de que se desarrolla como una relación inmediata con el usuario.

Ejemplo de esta actividad son los servicios de telecomunicaciones y electricidad que vende el Instituto Costarricense de Electricidad, el suministro de agua de Acueductos y Alcantarillados, los contratos de cuenta corriente con los bancos públicos y los contratos de seguros con el Instituto Nacional de Seguros.

\* **Los acuerdos celebrados con otros estados o sujetos de derecho público:** Aquí se incluye la contratación internacional. Esto parece obedecer a la complejidad que revisten estas negociaciones, y que por lo general se enmarcan dentro de un ámbito

---

<sup>14</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 6754-98 de las 15 hs. 36 min. Del 22 de setiembre de 1998

especial de regulación. Con respecto a los acuerdos celebrados entre Estado, puede pensarse que, dado que requieren aprobación legislativa y al ser suscritos adquieren rango de ley, no encuadran dentro de los supuestos establecidos para el régimen de contratación administrativa. Lo común es que dentro del mismo convenio se regule el tipo de contratos que se dará y se establezcan mecanismos de control pertinentes.

**\* La actividad contractual que no convenga someter** por su misma naturaleza, las circunstancias concurrentes o su escasa cuantía, no se pueda o no convenga someterla a concurso a concurso público, sea porque hay un solo proveedor o por razones especiales de seguridad y urgencia apremiante entre otras. Esta disposición da lugar a la compra directa.

**\* Las compras realizadas con caja chica:** Podemos pensar que esto se debe al relativamente bajo monto que constituye el fondo de caja chica, cuyo uso se programa más bien para las gestiones urgentes y de poca cuantía que se derivan directamente de la actividad diaria de la Administración. De todos modos está sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias del ente que la maneja, y debe determinarse con orden y formalidad la persona que está autorizada y los mecanismos de control de su uso.

**\* Contrataciones que se realizan en el exterior** Por ejemplo las que se realizan con ocasión del acondicionamiento de los recintos donde los funcionarios públicos destacados en el extranjero ejercerán sus funciones. Esto incluye la construcción,

instalación o provisión de oficinas, y es evidente que por las circunstancias mismas de las compras es imposible la aplicación del instrumento en estudio.

\* **Actividades excluidas** Por disposición del Reglamento General de Contratación Administrativa ciertas materias, por estar a sometidas a regímenes especiales no se deben incluir en los supuestos regulados por la contratación administrativa. Estos son: las relaciones de empleo público, los empréstitos públicos y toda otra actividad sometida por ley a un régimen especial de contratación.

\* **Autorización de la Contraloría General de la República** Cuando en pronunciamiento fundado y motivado la Contraloría General de la República considere que la ejecución del contrato de obra o suministro obedece al interés público, se podrá ejecutar sin someterse estrictamente al régimen en estudio.

La figura de la contratación administrativa se respalda en otras normas y principios de derecho administrativo. Además de esto, según lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, si el interés público lo demanda, la administración podrá hacer uso de otros mecanismos de contratación aunque no estén contemplados en ese cuerpo normativo o en el ordenamiento jurídico en general, con observancia de los requisitos y procedimientos establecidos en ese cuerpo normativo. Todo esto sujeto al control constitucional y a los lineamientos de la Contraloría General de la República.



**El oferente:** Está facultada para contratar con la administración toda persona “...*físicas o jurídicas , nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales...*”<sup>15</sup>. Para poder participar en cualquier licitación, el interesado debe demostrar su capacidad tanto de derecho, es decir ser titular, como de hecho, es decir, estar legitimado para poder ejecutar lo pactado, ya que en cualquier momento del proceso tanto de selección como de ejecución, si propone alguna prestación se obliga a cumplirla, y en caso de no hacerlo la Administración está facultada para sancionarlo, según lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento General de Contratación Administrativa:

*“22.1 El contratista está obligado a cumplir, plenamente, con las condiciones del concurso, lo ofrecido tanto en su oferta como en cualquier manifestación formal documentada que haya aportado adicionalmente durante el procedimiento del concurso o aceptado en la formalización o ejecución del contrato”*

De esta forma constatamos que la oferta, entendida como todos los atestados que presenta y compromisos que asume el oferente, lo obligan a su cumplimiento, porque es a partir de estas propuestas que la Administración decide de entre todos los concursantes cuál es el más apto para ejecutar la prestación, y si es el caso que escoge un oferente que luego tiene alguna imposibilidad de cumplimiento, se provoca a la Administración serias

---

<sup>15</sup> DROMI (José Roberto). “La licitación pública”. Buenos Aires. 2da. Edición. 1975. p49

pérdidas en cuanto a inversión de tiempo y dinero, ya que debe abrirse de nuevo el proceso.

Por otra parte, para determinar la idoneidad o no del oferente es necesario hacer estudio de las calidades éticas en cuanto a la capacidad contractual de quien participa en la licitación, especialmente en lo que se refiere al régimen de prohibiciones establecido en el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa, que incluye a jerarcas del estado y a sus parientes hasta tercer grado de consanguinidad y afinidad; en las instituciones en que ocupan cargos, a los presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes, tanto como los funcionarios públicos con poder de decisión; se imposibilita la participación de personas jurídicas en las que participe como accionista alguna de esas personas o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, que tengan más de un 25% de las acciones o tengan algún puesto de dirección o representación. Esta prohibición se extiende además a los sujetos que hayan tenido algún poder de intervención o asesoramiento en el procedimiento de contratación.

Las violaciones al régimen de prohibiciones se sancionan con la nulidad de la oferta, el acto de adjudicación o el contrato, según corresponda y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Contratación Administrativa.

Como contraparte de este principio, se encuentra la obligación de la Administración de verificar el cumplimiento estas disposiciones, y evitar que se presente entre los oferentes o contratantes alguna de las prohibiciones, según lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, que en lo que nos interesa dice:

*“La Administración se encuentra obligada a desplegar las medidas de verificación necesarias para el cumplimiento y respeto del régimen de prohibiciones establecido en el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa...”*

Para estos efectos la Proveduría Nacional levantará un listado de las personas a las que alcanza esta prohibición, y la facilitará al Gobierno Central y a la Administración Pública en general para lograr mayor seguridad en la contratación además de agilizar los trámites de verificación del régimen de prohibiciones.

## **2. Presupuestos objetivos.**

**Formalidades y Procedimiento:** Por la propia naturaleza del proceso, las formalidades en su ejecución son un requisito fundamental. Nunca debemos perder de vista que la licitación es la primera obligación constitucional en materia de contratación administrativa y de conformidad con lo expuesto por la Sala Constitucional, se erige como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, y siempre de conformidad con el máximo interés de la Administración, que es el interés público

Estas formalidades fueron pensadas como un mecanismo de control en manos de la Administración, que en última instancia beneficia directamente a la colectividad. Dado

que la actividad contractual de la Administración necesariamente se da en la dinámica social, y el Estado es el principal proveedor de bienes y servicios, es fundamental evitar que en el ejercicio de estas potestades se mezclen intereses personales, de tipo económico, por lo general provenientes de pequeños grupos de poder que tienen acceso al control político y que logran intervenir para que se actúe de acuerdo a su propio beneficio.

Esta situación ha sido una constante en el devenir histórico de nuestro país, es por eso que la voluntad del constituyente así se manifestó en el texto constitucional que regula la contratación administrativa a través de la licitación. Así lo recalcó la Sala Constitucional al señalar que *“...el propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público (...) y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de los “contratos sin licitación” que se daba en el régimen anterior...”*<sup>16</sup>

De ese carácter de garante del buen uso de los fondos públicos, en obediencia al interés público es que se deriva el hecho de que sea un proceso tan formalista. Así las formalidades se erigen en requisito para su sana ejecución, como presupuesto de garantía en la inversión de fondos públicos.

Es de general aceptación tanto a nivel judicial como administrativo que las formalidades dentro de este tipo de proceso obedecen a un doble propósito: por un lado, como se vio, se le facilita a la Administración el control sobre el buen uso de los fondos públicos y por el otro, se le asegura al administrado que sus opciones dentro del proceso de

---

<sup>16</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs 30 min de 16 de febrero de 1998

licitación son las mismas que las de los demás concursantes, ya que todos participan en igualdad de condiciones y en observancia de las mismas formalidades sin hacer ninguna excepción:

*“...busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos (...) el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos...”*<sup>17</sup>

Dentro de este mismo marco de referencia, la Sala ha manifestado: *“...los fines de las regulaciones para la contratación administrativa consisten, por una parte, en que el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad –es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones...”*<sup>18</sup>

Aunque con razón del formalismo que reviste el proceso de contratación a través de la licitación en algunos sectores se levantan críticas en su contra, como podemos constatar en la generalidad de las relaciones entre el administrado usuario de servicios del sector público, con el sólo hecho de presentarnos a una oficina administrativa de trámites en los que se atiende directamente al público, donde es común la queja en cuanto a los atrasos cotidianos en la resolución de los asuntos, donde predominan los comentarios desfavorables en cuanto a la calidad de los servicios que se prestan a la colectividad,

---

<sup>17</sup> SALA CONSTITUCIONAL Sentencia 2633-93 de las 16 hs 03min del 9 de junio de 1993

<sup>18</sup> SALA CONSTITUCIONAL Sentencia 0787-94 de las 15 hs 21 min del 8 de febrero de 1994

situación que se agrava cuando nos referimos a los mecanismos de administración de justicia, ya que el precepto Constitucional de justicia pronta y cumplida cada vez se presenta más lejos de la realidad.

Si bien en la mayoría de los casos el usuario lleva razón, no podemos con este pretexto fundamentar la idea de que el aparato estatal está atrofiado y se volvió inoperante; por el contrario, debemos rescatar los principios que fundamentaron la creación de los formalismos que rigen las actuaciones de la Administración Pública.

Debe tenerse siempre claro que las materias de derecho público deben manejarse según sus particularidades, y que los controles en el manejo de la hacienda pública nunca serán suficientes, ya que la actitud con que se administran los dineros públicos no siempre concuerda con la pericia y el buen juicio: *“Pese a que algunos han observado y señalado que los empresarios realizan negocios entre sí en mejores condiciones que los que celebra el Estado para cumplir con sus fines, es necesario reconocer que el esquema de negocios privados que rige para los particulares no se puede aplicar igualmente al Estado. La razón es sencilla y lamentablemente obvia y se refleja en el hecho de que no existe igual celo al cuidar los fondos propios que los fondos públicos que son de todos. Mientras que con los propios recursos se tiene un vínculo directo, con los públicos hay una relación mediata que los aleja de nuestra realidad cotidiana.”*<sup>19</sup>

Pero más allá del carácter instrumental para el control administrativo, el respeto a las formalidades en la licitación se relaciona con la validez del contrato. Como acto administrativo que es está sujeta al régimen de nulidades de la Administración y se

---

<sup>19</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio DGCA 21-98 del 07 de enero de 1998

encuentra directa relación en la observancia de los procedimientos tanto en la fase preparatoria de la licitación como en su período de ejecución con la validez y eficacia del contrato.

En un breve análisis de los conceptos de validez y eficacia, recordemos que el primero se refiere a la coincidencia y concordancia entre las actuaciones de la Administración y las disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para regir su actividad, y funciona como un instrumento para determinar: “.. *objetivamente cuando nos encontramos ante una conducta legítima de los órganos administrativos y cuándo no*”<sup>20</sup> y encuentra estrecha relación con el principio de legalidad que debe regir todas las actuaciones de la Administración.

Por su parte, la eficacia se refiere al despliegue de efectos que tendrá en la práctica la actuación de la Administración, y nos indica en que casos la ejecución de los actos emitidos, previo análisis de su validez, encuentran respaldo en el ordenamiento jurídico para ser puestos en práctica. Son conceptos independientes pero íntimamente relacionados. La eficacia se refiere a la ejecución del acto, a “...*las condiciones que el ordenamiento jurídico establece como presupuesto para que éste pueda surtir los efectos programados*”<sup>21</sup>

Aparte de la justificación teórica y deontológica de la observancia de las formalidades, se encuentra su aplicación práctica: “...*La forma es el elemento exterior y*

---

<sup>20</sup> SABORIO VALVERDE (Rodolfo) “Eficacia e invalidez del acto administrativo”. San José. Alma Mater. 1986. p 20

<sup>21</sup> SABORIO VALVERDE (Rodolfo) “Eficacia e invalidez del acto administrativo”. San José. Alma Mater. 1986. p 40

*sensible, el modo de ser y de expresarse de la voluntad (...) La forma es uno de los elementos esenciales y se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual. Entre los actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida por la ley, formalidad, de la cual depende su validez”.*<sup>22</sup>

A partir de esto podemos decir que la diferencia entre validez y eficacia de un acto administrativo está en que el primer supuesto busca la coincidencia entre la emisión del acto y el resto de las disposiciones normativas, para que en el plano teórico el acto sea válido y conforme a derecho; y la eficacia se refiere al plano fáctico, el campo donde el acto emitido debe desplegar los efectos para los que fue concebido.

Así, dentro del ordenamiento se establecen las sanciones que se impondrán a las partes con respecto del contrato en el caso de que se presenten faltas a las formalidades, por ejemplo la contenida en el artículo 25 de la Ley de Contratación Administrativa, donde se sanciona con nulidad absoluta la oferta, el acto de adjudicación o el contrato cuando se viole el régimen de prohibiciones establecido. Podemos decir que estas formalidades se dividen básicamente en tres etapas:

En la etapa de formación de la voluntad de contractual, se fijan requisitos en cuanto al acto de inicio del procedimiento, por ejemplo los contenidos en los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratación Administrativa, donde se dispone que debe presentarse como un acto motivado y con al menos una justificación de su procedencia según los programas de actividades de la Administración. Esta autorización integra la voluntad administrativa y su

---

<sup>22</sup>DROMI (José Roberto). “La licitación pública”. Buenos Aires. 2da. Edición. 1975. p 62 y 63



omisión sólo puede ser subsanada por una ratificación expresa a posteriori; por otro lado se debe contar con recursos presupuestarios suficientes para hacer frente al proceso. La licitación pública se regula específicamente en la Sección Segunda de la Ley de Contratación Administrativa y en el Capítulo III del Reglamento General de Contratación Administrativa.

En la etapa de perfeccionamiento de la voluntad contractual se exigen varios requisitos formales que dependen tanto del ordenamiento como de la figura de contratación de que se trate. Pero en general podemos señalar que puede manifestarse como: “a)... *la manifestación recíproca de voluntad de los contratantes; b) la notificación o comunicación fehaciente de la aceptación, adjudicación por parte de la Administración; c) la formalización escrita o instrumentación; d) la aprobación del contrato por otro órgano administrativo o por el órgano legislativo*”<sup>23</sup> Ejemplo de esto puede ser las disposiciones contenidas en los artículos 45 y 57 del Reglamento General de Contratación Administrativa.

Por otra parte la etapa de ejecución contiene formalidades específicas que básicamente se refieren a la potestad de fiscalización que tiene la Administración, tal y como la disposición contenida en el artículo 15 del Reglamento General de Contratación Administrativa y el 13 de la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que no interesa dispone:

*“La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias...”*

---

<sup>23</sup> DROMI (José Roberto). “La licitación pública”. Buenos Aires. 2da. Edición. 1975. p 72

*En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas...”*

Además podemos citar la facultad de resarcirse el daño que le ocasione el incumplimiento, según lo dispuesto en cuanto a la ejecución de las garantías, contenido en el artículo 14 de la Ley de Contratación Administrativa y 16 del Reglamento, entre otros.

Como veremos adelante, depende del tipo de licitación de que se trate el tipo de procedimiento que debe observarse. Lo que interesa rescatar en este momento del procedimiento, es que debe respetar estrictamente las formalidades, según se indicó en los párrafos anteriores, lo que se traduce en el apego a los plazos y términos de ley, con el fin de alcanzar al máximo la seguridad jurídica. Más adelante haremos un estudio detallado de los procedimientos que deben observarse en todo trámite de licitación.

### **3. Principios básicos.**

Los principios dentro de la contratación administrativa se derivan del hecho de que quien aplica el ordenamiento positivo no debe sentirse un ejecutor de normas, por el contrario, como fuente de derecho, los principios generales de la contratación y los que rigen cada una de sus variedades tienen la función de aportar fundamento ético a los actos que emite la Administración, están contemplados para señalarle al funcionario el rumbo que deben seguir sus actuaciones para mantener la conformidad con las valoraciones éticas

que inevitablemente se aplican en la actividad diaria de la Administración, todo dirigido a alcanzar en lo posible el bien común, como función del Estado.

Dado que la figura de la licitación encuentra asidero en una disposición constitucional, sea el artículo 182, se debe considerar que son constitucionales todos los principios esenciales que informan esa figura y que son expresamente reconocidos por la doctrina del Derecho Constitucional y del Derecho Público.

Se ha dispuesto una lista de principios que deben regular la contratación administrativa, por lo tanto, la licitación, entre los que se encuentran, según lo señalado por la Sala Constitucional, la libre concurrencia, la igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, el de publicidad, de legalidad o transparencia de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial y control de los procedimientos.<sup>24</sup>

Por otro lado, la Contraloría General de la República<sup>25</sup> se ha pronunciado acerca de la instrumentalidad de los principios en la contratación administrativa, al reconocer que en su aplicación se encuentra una triple misión: en primer lugar se refiere a la misión **informadora** de los principios, dirigida al legislador, como inspiración; la función **normativa**, como fuente supletoria en ausencia de ley, de una forma integradora del ordenamiento cuando estemos ante un vacío legal; la **interpretativa** como criterio orientador tanto para el juez como para quien debe aplicar la norma. Este último supuesto se presenta en la actividad administrativa de tres formas básicamente: en cuanto a las

---

<sup>24</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs 30 min de 16 de febrero de 1998

<sup>25</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 9620-99 del 13 de agosto de 1999 (DGCA 976-99)

indeterminaciones que surgen en la aplicación de la norma, deben ser resueltas acorde con el principio; procede la interpretación extensiva cuando la disposición normativa se manifiesta de forma muy restringida y es necesario hacer una interpretación más amplia para cubrir todos los supuestos que el principio exige; lo contrario sucede si la disposición es muy amplia y es necesario reducir el texto hasta que incluya los presupuestos que requiere la buena aplicación del principio. Y por último, debe rechazarse toda interpretación que en su aplicación contradiga directa o indirectamente el principio.

Como vimos, los principios se erigen en instrumentos del legislador y del operador de las normas para erradicar las arbitrariedades en la actividad administrativa, al marcar el rumbo que deben tomar las decisiones que contemplan algún margen de libertad interpretativa, y así sujetar todas las actuaciones al régimen de legalidad.

La lista de principios que regulan la actividad administrativa es extensa, pero para efectos de este trabajo sólo analizaremos los que resultan de especial relevancia, sin restar importancia a los demás.

### **Libre concurrencia e igualdad de trato**

Referido a todos los posibles oferentes dentro del concurso. El principio de libre concurrencia es el que procura, a favor del éxito de la contratación, que acudan la mayor cantidad de oferentes, para que de esta manera la Administración cuente con un amplio margen de decisión; cuantos más sean los contratistas que acudan al llamado de la Administración para concursar, mayores serán las opciones que tendrá la Administración para escoger el mejor

Se encuentra regulado, de manera general, en el artículo 33 de la Constitución Política, y específicamente en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa y del Reglamento General de Contratación Administrativa en su párrafo 2:

*“Como corolario del principio de igualdad, el principio de libre competencia entre los oferentes implicará la imposibilidad de introducir en las condiciones de los concursos cláusulas limitativas de la participación, más allá de las estrictamente derivadas de las especificaciones técnicas propias del bien o servicio”*

Según ha dispuesto la Sala Constitucional, éste principio: *“...tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y de competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas”*<sup>26</sup>

La igualdad de trato, por otro lado, es parte de estatuto jurídico general del administrado e implica la igualdad ante la ley y en los cargos públicos, igualdad en las cargas públicas y en los beneficios, a la hora de contribuir a los servicios y al recibir las prestaciones. Se regula específicamente en el artículo 5 del Reglamento de Contratación Administrativa, párrafo 1:

---

<sup>26</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs 30 min de 16 de febrero de 1998

*“La Administración garantiza la igualdad de participación de todos los potenciales oferentes en los procedimientos de contratación. Con las salvedades que indica esta sección, no podrá introducirse en las condiciones del concurso ni en los parámetros de calificación, ninguna disposición que coloque a alguna parte en posición de ventaja respecto de otros competidores”*

Reviste una doble finalidad: funciona como garantía para los administrados, en protección a sus intereses y derechos como contratistas y oferentes; y constituye una garantía para la Administración, que así trata de asegurarse, fijando las reglas del juego contractual con un criterio de igualdad y evitando el trato discriminatorio, que esta situación será atractiva para los particulares al participar en pie de igualdad, siempre que se cumpla con los requisitos que la Administración pide a cualquier potencial contratista.

Estos principios se encuentran íntimamente relacionados con el de **admisión reglada e imparcial al concurso**, que dispone que cualquier interesado puede participar pero sujetándose a las reglas del juego de la licitación. No se le niega la entrada a ningún administrado, sino en el grado que incumpla los requisitos de admisión a la selección del contratista.

La licitación pública es un instrumento de contratación administrativa destinado a promover y estimular la competencia o el mercado competitivo, para que fluya el mayor número de plicas, con el fin de que la Administración pueda contar con una amplia y

variada gama de ofertas, entre las cuales seleccionar la mejor. Da un margen de posibilidad adecuado para encontrar una propuesta conveniente a sus intereses.

El Estado se presenta en el mercado de la licitación como un consumidor de determinados bienes y servicios que trata de obtener mediante el concurso público la mejor oferta. Generalmente se condiciona por varios elementos como la calidad, la técnica, el historial del oferente, el precio entre otros.

El principio de la competencia reviste una doble naturaleza: la publicidad del concurso y la admisión reglada e imparcial al mismo.

### **Publicidad del concurso**

A través de este principio se busca darle al administrado certeza en cuanto a la libre concurrencia y a las condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en: *“...que la invitación a concurso se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general, a todo el proceso de que se trate”*<sup>27</sup>

Aparece regulado en el artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa, que incluye disposiciones específicas al respecto, como la contenida en el tercer párrafo:

*“En el primer mes de cada período presupuestario, los órganos y los entes sujetos a las regulaciones de esta Ley darán a conocer , por*

---

<sup>27</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs 30 min de 16 de febrero de 1998

*medio del Diario Oficial, el programa de adquisiciones proyectado, lo cual no implicaría ningún compromiso de contratar”.*

Asimismo se regula en el artículo 6 del Reglamento General de Contratación Administrativa, de manera más específica.

Es requisito para que se de en la práctica la concurrencia, que los potenciales oferentes se enteren de la licitación pública; la noticia debe ser materializada. Desea dar lugar a:

1 Invitar a los posibles oferentes a la licitación y notificar a los que no resultaron adjudicados del resultado de la adjudicación, con el fin de que si lo desean impugnen el acto de adjudicación.

2. Informar a los administrados el modo de inversión de los fondos públicos.

3.Fiscalización de los particulares interesados en ver cómo se lleva a cabo una licitación pública.

4. Autocontrol sobre los administradores públicos y su gestión de la hacienda estatal.

Tiende a cursar invitación a la mayor cantidad de oferentes potenciales, para contar con una amplia gama de opciones entre las que escogerá la mejor

\*informa a la comunidad la inversión que la licitante desea hacer con los fondos públicos

\*con esto logra control sobre las finanzas públicas



\*cristaliza el principio de igualdad de trato al invitar de modo impersonal y genérico

\*Se sujeta al principio de legalidad que obliga a la Administración a hacer público, al menos por La Gaceta, lo relativo a las licitaciones públicas.

La publicidad sirve para invitar a una porción apreciable de postores a la licitación pública y constituye un control de la gestión de la hacienda pública. Este principio deviene en una de sus características más importantes, ya que es la que le da el calificativo de pública a la licitación de marras

**Principio de eficiencia:** Este principio se encuentra contenido en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, y se refiere a la necesidad de que los medios que se utilizan en todo proceso de licitación, es decir, los procedimientos que se siguen con el fin último de encontrar la mejor de entre todas las ofertas que participan, para alcanzar el bien común, el interés público que se persigue con el proceso de contratación, deben programarse y ejecutarse con la mayor eficiencia posible para no lesionar los derechos de la colectividad ni el interés público.

Siempre que todos los procedimientos se programen y ejecuten de acuerdo con este principio, se podrá alcanzar de forma ágil y segura el objeto de la contratación. Pero debe tenerse en cuenta que lo fundamental en la aplicación de todos los principios es que no se contradigan. Como parte de un sistema complejo, la aplicación de un principio no se puede hacer de manera independiente o desligada; por el contrario, debe reinar la armonía en la práctica de los principios.

El órgano Contralor se ha pronunciado acerca de esta situación al indicar que:

*“...todo principio de contratación debe ser observado durante la tramitación de un concurso público, si excepción alguna, de donde resulta improcedente que bajo el supuesto respeto de uno de esos principios se violenten otros de igual rango o envergadura (...) antes bien, debe darse en forma armónica, garantizándose la entidad licitante, que por su medio, la firma que resulte adjudicataria sea la que mejor satisfaga el interés público”<sup>28</sup>*

El artículo 4 de la citada Ley dispone:

*“Los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración.*

*En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general. Los defectos subsanables o insustanciales no descalificarán la oferta que los contenga...”*

---

<sup>28</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Resolución 22-99 de las 9 hs 30 min del 21 de enero de 1999

Este principio debe interpretarse de conformidad con el principio de conservación del acto: dado que el objetivo real de todo procedimiento de contratación es lograr el suministro de obra, bien o servicio que se requiere de manera específica para alcanzar una meta que es de interés público, prevalece el fondo sobre la forma, y ningún acto se interpretará como voluntad del oferente de apartarse de las formalidades de la licitación, salvo que expresamente lo demuestre.

Serán admitidas las modificaciones insustanciales de las ofertas, es decir, procederán siempre que no se varíe el precio, el objeto o las condiciones en las que se ejecutará la prestación, y no se contradigan los principio generales.

Además de los principios antes desarrollados, el voto 998-98 de la Sala Constitucional de las 11 horas 30 minutos de 16 de febrero de 1998 hace un importante estudio de los otros principios que deben regir la contratación administrativa, entre los que encontramos:

**Legalidad o transparencia de los procedimientos:** Los procedimientos que han de observarse para la escogencia del contratista deben determinarse de forma previa a la apertura del concurso, de manera concreta , precisa y cierta para que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas para este efecto.

**Formalismo de los procedimientos licitatorios:** Las formalidades actúan como controles endógenos y de autofiscalización del actuar de la Administración, no como obstáculos a la libre competencia.

**Equilibrio de intereses:** Necesaria equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la Administración para que el contratista sea un colaborador del Estado en la realización de los fines públicos.

**Buena fe:** Referido a los trámites de la contratación administrativa, un principio moral básico de ambas partes, la Administración y el administrado en todas sus actuaciones, que deben siempre estar sujetas a normas éticas claras con supremacía del interés público.

**Mutabilidad del contrato:** Potestad y prerrogativa de la Administración de introducir modificaciones a los contratos con fundamento en el interés público, según hemos visto en esta investigación.

**Intangibilidad patrimonial:** Íntimamente relacionada con el principio del equilibrio financiero del contrato, que conlleva a la indemnización del contratista de todos los efectos negativos que se originen en sus decisiones con fundamento en el principio de mutabilidad, por razones de conveniencia o de interés público o cualquier otra que afecte el nivel económico inicial que obligará a la Administración a reajustar de acuerdo con las variaciones ocurridas el precio del contrato. Se relaciona con los conceptos de imprevisión, *rebus sic stantibus* hecho del príncipe y el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.

**Control de los procedimientos:** Todas las actuaciones de la Administración son objeto de control y fiscalización con la finalidad de verificar, al menos la correcta utilización de los fondos públicos. Como mínimo debe ejercerse verificación sobre el aspecto jurídico, para evitar que se transgreda el ordenamiento; contable, el examen de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios encargados de dineros públicos, que se deriva de la obligación de revisar periódicamente las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa y la Contraloría General, a fin de que los gastos tengan respaldo financiero ; el financiero, que se refiere a la correcta percepción de los ingresos y de los gastos de los dineros públicos, que es de competencia de las oficinas estatales financieras, en cada institución; y por último, el control económico o de resultados que se realiza sobre los resultados de la gestión financiera.

## **B. TIPOS DE LICITACION**

El proceso de contratación administrativa se manifiesta a través de varios tipos de licitaciones, que se rigen de acuerdo a los presupuestos ordinarios de cada una de las distintas administraciones dentro de las que se va a efectuar, y del monto de la compra que se va a realizar. Así se ha establecido un tabla de cálculo para determinar cuál tipo de licitación procede según el monto y el presupuesto.

El contrato administrativo nace en el momento en que la Administración adjudica en firme la licitación, por lo que no se requiere un documento adicional que lo demuestre; sin embargo debemos recordar que todo el procedimiento previo, de formación de la

voluntad contractual, es parte también de la licitación, y requiere especial observancia ya que es el fundamento de la voluntad contractual que se manifiesta en la adjudicación.

El contrato administrativo en el caso de una licitación, puede ser interpretado a partir de la base de los instrumentos legales que lo integran tanto como del marco jurídico global y la normativa que se le aplica directamente, que es señalada por la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa y la Ley General de la Administración Pública.

Con la Ley 8251 del 29 de abril del 2002, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo del 2002 se adicionan dos nuevos artículos a la Ley de Contratación Administrativa, donde se dispone que es facultad de la Contraloría General de la República actualizar los límites económicos para la selección de los procedimientos concursales, En la Resolución de la Contraloría General de la República del dieciséis de diciembre del dos mil dos, publicada en La Gaceta número 1 del jueves 2 de enero del 2003, se fijan los nuevos límites económicos para la selección de los procedimientos concursales, a partir de los que elaboramos los cuadros de procedimientos según el presupuesto que ilustran los diferentes tipos de licitación en esta sección.

En la resolución de la Contraloría General de la República de las 8 horas del 13 de febrero del 2003, publicada en la Gaceta 36 del jueves 20 de febrero del 2003 se utiliza el promedio del presupuesto de adquisición de bienes y servicios no personales de las distintas instituciones para determinar en cuál de los grupos se sitúan para determinar cuál tipo de contratación les corresponde. Por ejemplo, la Caja Costarricense del Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros se ubican en el grupo A; el Banco de Costa Rica y el

Banco Nacional se ubican en el grupo B y así según sea el presupuesto aprobado para estos rubros en los años 2001-2003.

### 1. Licitación pública.

A partir de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, este sistema de contratación se calcula de acuerdo al presupuesto ordinario de cada institución, y según el precio de la compra o de la obra, según el grupo o estrato al que pertenezca la institución:

<b>G R U P O</b>	<b>PRESUPUESTO AUTORIZADO</b> En millones de colones	<b>MONTO MINIMO DE LA CONTRATACION</b> En millones de colones
<b>A</b>	Mayor a 30.000	180
<b>B</b>	Igual o menor a 30.000 a más de 20.000	157
<b>C</b>	Igual o menor a 20.000 a más de 10.000	110
<b>D</b>	Igual o menor a 10.000 a más de 5.000	79
<b>E</b>	Igual o menor a 5.000 a más de 1.000	55
<b>F</b>	Igual o menor a 1.000 a más de 500	47
<b>G</b>	Igual o menor a 500 a más de 300	31
<b>H</b>	Igual o menor a 300 a más de 100	24
<b>I</b>	Igual o menor a 100 a más de 30	16
<b>J</b>	Igual o menor a 30	8

De esta clasificación se excluyen los ministerios y órganos que tengan su propia proveeduría que se consideran unidad separada, pero sólo para los efectos de la clasificación.

En este punto es fundamental hacer referencia a los criterios emitidos por la Sala Constitucional con respecto a este tema, aunque más adelante los retomaremos en el estudio de la aplicación de formas alternas de resolver conflictos en la materia de contratación administrativa, por presentar serias similitudes, especialmente en la actitud de búsqueda de portillos para evadir los mecanismos de control con que cuenta la Administración en el desarrollo de su actividad.

En el voto 998-98 de las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998 se estudia la situación irregular que se estaba presentando en la práctica, donde, a partir de los montos señalados en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, el procedimiento de licitación pública se estaba convirtiendo en el mecanismo excepcional de contratación administrativa, al fijarse montos mínimos elevadísimos como requisito para acudir a esta modalidad de contratación, que según hemos visto, fue dispuesta por el constituyente como el mecanismo por excelencia para la contratación en la Administración.

En este punto es de especial relevancia mencionar la Acción de Inconstitucionalidad N° 03-005813-0007-CO interpuesta en contra de varios artículos de la Ley de Contratación Administrativa, a la que se le dio curso por resolución de las 16 horas 06 minutos del 2 de julio de este año.

En este recurso se pretende la declaración de inconstitucionalidad de varios artículos de este cuerpo normativo: en primer lugar se refiere a la inconstitucionalidad de



las normas que permiten la aplicación de la contratación directa en contrataciones de escasa cuantía; igualmente se alega la inconstitucionalidad de la norma que autoriza a la Contraloría General de la República a actualizar anualmente los montos para los límites de contratación, con fundamento en que estos límites deben fijarse por Ley y no por resoluciones.

Con respecto a este punto la Contraloría General alega lo que al estudiar el espíritu del Constituyente puede deducirse que la licitación en el procedimiento de contratación administrativa fue concebida como un medio para alcanzar la selección del contratista idóneo entre los interesados en contratar con la Administración, no como un fin en sí misma; con fundamento en esto es válido reconocer procedimientos menos rigurosos.

Por otra parte, ante el reclamo de los accionantes de la desproporcionalidad en la fijación de los montos de contratación, especialmente en la categoría del grupo A, según se verá en los siguientes esquemas, la Contraloría General señala que el problema se presenta en la fijación de los montos y no en el mecanismo de excepción de la escasa cuantía que sí encuentra fundamento constitucional.

En otro punto, los accionantes reclaman la inconstitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de rechazar de plano los recursos manifiestamente improcedentes en contra de una licitación, por poder mediar intereses personales y amistades en la calificación de las ofertas lo que limita el accionar de los oferentes no adjudicados a los supuestos que la Contraloría General admita, a lo que ente Contralor aduce que se sustenta en la búsqueda de la celeridad procesal y el tratar de evitar trabas en los procesos de licitación y se aplica la medida luego de un detenido análisis.

Por otro lado se refieren a la desproporcionalidad que existe entre los plazos que el contratista debe rendir garantía del bien suministrado a la Administración (5 años en la generalidad y 10 si son vicios ocultos) Soy del criterio que la norma es desproporcionada, y debería adecuarse a los distintos tipos de suministros que contrata la Administración. Por ejemplo, qué sentido tiene que un contratista esté sujeto a estos plazos si lo que suministró fue equipo de cómputo, que dependiendo de la administración que se trate, resultarán inoperantes en cuestión de tres años. Es una medida que sobrepasa los límites y subestima la capacidad de acción de la Administración, sin querer equiparar la situación con las relaciones de derecho privado.

La Contraloría General y los accionantes coinciden en el punto que se refiere a lo injusto del hecho de que el contratista sea sometido a sanciones cuando se presentan atrasos imputables a la Administración, como lo es la norma que dispone la ejecución de la garantía de participación si el oferente se niega a renovar la oferta cuando los plazos se extienden por motivo achacable a la Administración. Desde luego que estamos de acuerdo con que esa norma contraría todo sentido de la lógica.

Con respecto a la facultad de la Administración de retener pagos adelantados, que son de aplicación excepcional, la Contraloría General señala lo siguiente:

*“Con base en lo dicho, nótese que si el contratista, de previo a presentar su oferta ya ha incorporado como parte del precio que le va a cobrar a la Administración el costo financiero que pueden eventualmente significarle las retenciones previstas en el cartel, pretender que en el curso de la ejecución del contrato también se le paguen intereses por*

*ese concepto, implicaría un doble pago indebido y por ende un enriquecimiento sin causa para el contratista.”*

En este punto compartimos el criterio de la Contraloría General. En cuanto a los casos en los que se niega el acceso al expediente a los otros oferentes, alega el ente Contralor que *“Además, conviene aclarar que este tipo de restricciones se circunscriben a aquella documentación que por su naturaleza participe de las condiciones de excepción previstas en las normas, y no sobre la totalidad de la información o documentación que se relaciona con el correspondiente concurso.”*

Esperamos que de la resolución de esta acción de inconstitucionalidad se obtengan más principios generales que lleven luz a la aplicación de las figuras de contratación que autoriza el ordenamiento y establezcan precedente de actuación constitucional.

En este punto haremos un estudio breve de los supuestos en los que procede la licitación pública, dado que en los apartados anteriores ya hemos venido haciendo un análisis más detallado de la figura.

Se regula en los artículos 41 de la Ley de Contratación Administrativa y 44 del Reglamento. Se aplicará además en toda venta, arrendamiento o enajenación de bienes públicos, muebles e inmuebles, salvo que se utilice la figura del remate; en los procedimientos de concesión de instalaciones públicas siempre será este el mecanismo de contratación.

Como estructura mínima, este tipo de procedimiento respetará el siguiente marco de referencia, según lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa:

El cumplimiento de los requisitos previos de la contratación, la preparación del cartel de licitación, que deberá contener las condiciones generales y las especificaciones técnicas requeridas, además de las bases para la calificación y comparación de las ofertas. La publicación del aviso en el Diario Oficial en el que se invita a participar y el medio con el que cuenta cualquier potencial oferente para objetar el cartel si considera que se viola alguno de los principios generales de la contratación.

Igualmente es requisito la publicidad en todos los trámites del procedimiento y el acceso a todos los estudios técnicos preparados por la Administración o por un tercero para ella. Una vez realizada la adjudicación, se debe fundamentar en un acto motivado. El sometimiento de cualquier interesado en participar al ordenamiento jurídico costarricense es un presupuesto para la contratación, de lo que deriva la observancia de todas las reglas que dirigirán los procedimientos. Debe contener además las regulaciones necesarias para hacer efectivo todo lo referente a la rendición de las garantías de participación y de cumplimiento y la posibilidad de subsanar los errores insustanciales que se presenten en las ofertas; por último, como derecho de los oferentes y demás interesados se dispone la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación.

## **2. Licitación por registro.**

El mecanismo de la licitación por registro es de un rango de complejidad mucho menor que la licitación pública y se refiere a las gestiones que realiza la Administración con un presupuesto bastante menor al invertido en ese otro tipo de licitación.

Es importante señalar lo que ha manifestado la Sala Constitucional respecto a la aplicación de las dos figuras que estamos por revisar: *“...licitación por registro y licitación restringida, ambas modalidades que son, en realidad, tipos o subdivisiones de lo que fue la anterior licitación privada (...) en tanto resultaban procedimientos en los que, en razón de la excepcionalidad, se disminuían los requisitos de la publicidad y libre concurrencia de los administrados interesados en contratar con la Administración y no contemplaba más que el recurso de revocatoria ante la propia entidad contratante...”*<sup>29</sup>

Son las mismas pautas las que se fijan para determinar los supuestos de contratación en los que se autoriza la aplicación de la figura de la licitación por registro, fijadas anualmente por la Contraloría General de la República, dentro del esquema que a continuación detallamos:

---

<sup>29</sup> SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs 30min del 16 de febrero de 1998

G R U P O	<b>PRESUPUESTO AUTORIZADO</b> En millones de colones	<b>MONTO MINIMO DE LA CONTRATACION</b> En millones de colones
A	Mayor a 30.000	Menos de 180 a 80 inclusive
B	Igual o menor a 30.000 a más de 20.000	Menos de 157 a 23.5 inclusive
C	Igual o menor a 20.000 a más de 10.000	Menos de 110 a 15.5 inclusive
D	Igual o menor a 10.000 a más de 5.000	Menos de 79 a 12.5 inclusive
E	Igual o menor a 5.000 a más de 1.000	Menos de 55 a 11 inclusive
F	Igual o menor a 1.000 a más de 500	Menos de 47 a 9.5 inclusive
G	Igual o menor a 500 a más de 300	Menos de 31 a 6.5 inclusive
H	Igual o menor a 300 a más de 100	Menos de 24 a 4.5 inclusive
I	Igual o menor a 100 a más de 30	Menos de 16 a 3 inclusive
J	Igual o menor a 30	Menos de 8 a 1.5 inclusive

Se distinguen diferencias fundamentales entre esta modalidad de contratación y la licitación pública: en primer lugar, este tipo de contratación tiene lugar cuando las inversiones se consideran de menor cuantía, lo que lleva a presumir que los controles no deben ser tan estrictos, por lo que se acepta que la participación de los oferentes se restrinja, con lo que se faculta a la Administración a licitar entre un grupo reducido de oferentes, según lo considere conveniente para los efectos de la contratación.

Esto significa una excepción a los principios de publicidad, de libre concurrencia e igualdad de trato entre los posibles oferentes en su concepción tradicional. En esta modalidad se presenta la figura del **registro de proveedores**, que consiste en el conjunto de potenciales oferentes interesados en contratar con la Administración en una determinada

área en la que tiene la opción de suministrar bienes o servicios. Para formar parte de este registro, la Administración fija los requisitos con que deben cumplir los interesados, que se refieren básicamente a cuestiones de solvencia, antecedentes y experiencia. El registro de proveedores se llevará en los departamentos de proveeduría de cada institución.

Sin embargo, según lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento General de Contratación, cada órgano o ente está obligado a publicar en el Diario Oficial los requisitos que fije para poder ingresar en el registro de proveedores, y extenderá invitación a otros potenciales oferentes para que integren el registro mediante publicación en La Gaceta y dos diarios de circulación nacional al menos una vez al año. Con estas medidas se satisface en algún grado el principio de publicidad que debe regir las relaciones de contratación administrativa.

Asimismo el requisito de libre concurrencia, si bien no es absoluto, en la medida en que el interesado cumpla con los requisitos que para efectos de integrar el registro de proveedores fija la Administración, tiene el derecho de que se le incluya como potencial oferente. Esto se acepta al reconocerse que una vez abierto el concurso, podrá participar cualquier proveedor no registrado, si antes del vencimiento del plazo para la recepción de ofertas logró formalizar su inscripción.

Como procedimiento básico para su aplicación, podemos decir que, en el caso de que una licitación cuente con más de diez proveedores, si es esta su voluntad, la Administración está facultada para invitar a participar a otros oferentes a través de publicación en el Diario Oficial y facultativamente en dos periódicos de circulación nacional. Si el número de proveedores es menor a cinco, la publicación indicada es

obligatoria para la Administración. Al momento de hacer la invitación a concursar la Administración puede incluir el pliego de condiciones y especificaciones del concurso o indicar en cuál oficina puede ser retirado. En cuanto al plazo para recibir las ofertas, no podrá ser menor de diez días hábiles.

En el artículo 46 de la Ley de Contratación Administrativa se establece el principio de la regulación supletoria, que dispone:

*“El procedimiento de la licitación por registro se regirá, en lo imprevisto en esta sección, por las pautas de la presente Ley para la licitación pública, en la medida que sean compatibles con su naturaleza”*

Como vemos, en los puntos en los que se encuentre vacío legal al aplicar esta figura, el operador del derecho deberá sujetar sus actuaciones a los principios y regulaciones fijadas para la licitación pública, que es en última instancia el medio idóneo de contratar con la Administración.

### **3. Licitación restringida.**

La licitación restringida presenta grandes similitudes con la licitación por registro: tiene como requisito previo la existencia de un registro de proveedores, que se trata del mismo que se utiliza en la licitación por registro, y se maneja con los mismos principios que apuntamos en el apartado anterior.



Este mecanismo de contratación procede cuando se realizan negocios por montos inferiores a los anteriores supuestos, básicamente de conformidad con este esquema:

<b>G R U P O</b>	<b>PRESUPUESTO AUTORIZADO</b> En millones de colones	<b>MONTO MINIMO DE LA CONTRATACION</b> En millones de colones
<b>A</b>	Mayor a 30.000	Menos de 80 a 25 inclusive
<b>B</b>	Igual o menor a 30.000 a más de 20.000	Menos de 23.5 a 8 inclusive
<b>C</b>	Igual o menor a 20.000 a más de 10.000	Menos de 15.5 a 7 inclusive
<b>D</b>	Igual o menor a 10.000 a más de 5.000	Menos de 12.5 a 6.5 inclusive
<b>E</b>	Igual o menor a 5.000 a más de 1.000	Menos de 11 a 5.5 inclusive
<b>F</b>	Igual o menor a 1.000 a más de 500	Menos de 9.5 a 4.5 inclusive
<b>G</b>	Igual o menor a 500 a más de 300	Menos de 6.5 a 4 inclusive
<b>H</b>	Igual o menor a 300 a más de 100	Menos de 4.5 a 2.5 inclusive
<b>I</b>	Igual o menor a 100 a más de 30	Menos de 3 a 1.5 inclusive
<b>J</b>	Igual o menor a 30	Menos de 1.5 a 1 inclusive

Como estructura mínima de esta figura, entre los integrantes del registro de proveedores se escogerá al menos a cinco, quienes garanticen con sus atestados y antecedentes que están capacitados para hacer frente a las obligaciones que se desprenden del contrato. Si acaso el número de proveedores es menor a cinco, se deberá dejar constancia expresa en el expediente, y se les hará invitación a concursar, de la que se

dejará copia en el expediente y será de fácil acceso a cualquier otro eventual interesado que podrá participar aunque no se le haya extendido invitación si logra cumplir con los requisitos para ser incluido en el registro de proveedores antes de que se cierre la recepción de ofertas, todo esto con el fin de garantizar el respeto al principio de igualdad y de libre competencia.

Como vemos, aunque estos principios no se presentan de la manera tradicional en este tipo de contratación, es un hecho que deben regir las actuaciones de la Administración, por eso se manifiestan de acuerdo con las características propias de la figura, y en armonía con la disposición de regularla dentro de un marco distinto al que hemos manejado hasta este momento.

El plazo para la recepción de las ofertas no podrá ser menor de tres días hábiles, y su apertura, igualmente, se rige por las reglas de la licitación pública. Deben respetarse los plazos que se han fijado, por ejemplo en cuanto a la declaratoria de desierta la licitación, salvo ausencia de norma expresa, caso en el que deberá hacerse dentro de los veinte días hábiles siguientes a la apertura de las ofertas. La adjudicación se comunica por el mismo medio que la invitación a concursar.

Según lo dispuesto por el Reglamento General de Contratación Administrativa en el artículo 60.6, se aplicarán los principios y normas de la licitación pública, especialmente en lo que se refiere a la confección del cartel, los requisitos de la oferta y las condiciones de selección y adjudicación, en la medida en se ajusten a las características propias de la figura, de conformidad con el principio de regulación supletoria.

## C. ELEMENTOS DE LA LICITACIÓN

Se escoge la mejor oferta entre las elegibles ya que si se incumplió algún requisito insubsanable la plica queda fuera de concurso. Se consideran para este proceso los elementos constitutivos de la oferta, como la calidad, el precio y el historial del oferente.

### 1. El cartel de licitación

El cartel de licitación se entiende como el conjunto de cláusulas redactadas por la Administración a través de las que especifica el objeto del concurso y se establecen las condiciones de todo tipo que regirán el futuro contrato. Constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve, y al que se entienden incorporadas todas las normas jurídicas vigentes que directamente se relacionan con el procedimiento o la prestación.

Aparece regulado en los artículos 45 y siguientes del Reglamento General de Contratación Administrativa, a partir de los que resumimos esta información. Entre sus principales **elementos** encontramos que la invitación a concursar debe contener como requisitos mínimos:

**El objeto:** donde el cartel especifica el suministro, obra o servicio que se está sometiendo a concurso.

**La relación jurídica:** el conjunto de normas, principio, pautas o reglas que regirán el convenio en caso de que se efectivamente se suscriba, tanto como los derechos y

obligaciones de todas las partes que intervienen, sea los oferentes, el adjudicatario y la Administración.

**Procedimiento:** Como vimos, ya que erige como el reglamento para la contratación, debe contener todas las formalidades procedimentales que se observarán en la preparación y ejecución del contrato.

Por otro lado, en lo que se refiere a la función del cartel, podemos decir que cumple una doble finalidad: en la etapa de formación de la voluntad, es decir, antes de que se suscriba el contrato, le señala a los interesados y oferentes las condiciones que deben cumplir para resultar adjudicatarios. Además, en la etapa de consolidación del contrato, se constituye en el marco contractual que obliga tanto a la Administración como al contratante que resultó adjudicado.

En cuanto a la naturaleza del cartel, podemos decir que tiene un carácter reglamentario, y como vimos, se desempeña como ley entre las partes contratantes, ya que en el se establecen las obligaciones y los derechos de cada una, es decir, el Estado y el particular. Ese carácter reglamentario se complementa con las disposiciones que debe contener, referidas a la especificación de los trámites que deben seguirse y las condiciones para que el negocio se concrete. Puede decirse que su naturaleza es normativa reglamentaria. Es evidente que en caso de que lo dispuesto en el cartel contradiga en algún sentido las normativas contenidas en la Ley de Contratación Administrativa, en cualquier otra ley o en su Reglamento, éstas últimas prevalecerán, con la consecuente modificación

del cartel, pero si lo que contradice es el reglamento interno de compras de la institución, tiene prevalencia el cartel.

Con respecto al contenido del cartel, siguiendo con la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa, deberá contener al menos lo siguiente: un encabezado que contenga la identificación de la Administración promovente, la indicación del tipo y número de la licitación y una breve descripción del objeto contractual.

El costo y forma de pago para adquirir las bases de la licitación , cuando tales complementos al cartel publicado resulten necesarios. Indicación de la oficina que tramita el procedimiento y que proporcionará la información adicional necesaria respecto de las especificaciones y documentación seleccionada. El día y hora límite y la dirección para la presentación de las ofertas. El número de copias que deberá adjuntarse a la oferta original. El porcentaje de las garantías que se deben rendir. Indicación de las especies fiscales y demás timbres que deba aportar el oferente.

Descripción de la naturaleza y cantidad de los bienes o servicios objeto del procedimiento, incluidas especificaciones técnicas, certificados de conformidad y planos, diseños e instrucciones correspondientes. Indicación de cualquier opción de compra futura y de ser posible, una estimación del momento en que podrían ejercer dichas opciones, sin embargo esta manifestación no obliga a la Administración.

Debe especificarse el sistema de valoración y comparación de las ofertas, con expresa indicación de los factores a considerar, el grado de importancia de cada uno de ellos en la comparación global de las ofertas, así como el método para valorar y comparar

las ofertas en relación con cada factor. En el caso de que se considere indispensable, un solicitud de muestras

Indicación precisa de los documentos que se deberán aportar para la valoración de la idoneidad del oferente en aspectos económicos, técnicos u otros, cuando así lo demande la naturaleza o complejidad del negocio. Términos de pago. Plazo de vigencia de la oferta , la cual no podrá exceder de treinta días hábiles, salvo que por la complejidad de la evaluación de las ofertas, la Administración acredite en el expediente la necesidad de establecer un plazo superior.

Plazo de adjudicación e indicación de posibilidad de prórroga; si no se contempla esta posibilidad, la Administración no está autorizada para concederla. Este plazo será en todo caso razonable y proporcionado al objeto de la contratación. Igualmente deberá contener el lugar y fecha de inicio y conclusión de la entrega de los bienes o servicios. Los procedimientos de control de calidad que se aplicarán durante la ejecución del contrato y la recepción de la obra, suministro o servicio.

El cartel indicará en qué casos deberá adjuntarse un desglose de los componentes de cada línea del objeto ofrecido y cuándo deberán presentarse precios unitarios. La Administración deberá advertir en este último caso, cuando se reserva la potestad de adjudicar parcialmente.

Es fundamental el hecho de que el cartel no podrá imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables, si con ello limita las posibilidades de concurrencia a eventuales participantes. La Administración no podrá exigir en el cartel, que el oferente efectúe manifestaciones, repeticiones o transcripciones

de aspectos del pliego sobre los cuales los participantes no tengan ningún poder de disposición.

Las medidas, límites, plazos, tolerancia, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deba contener el cartel, se establecerán con la mayor amplitud que permita la clase de negocio de que se trate, en lo posible utilizándolos como punto de referencia.

Asimismo, respecto de los tipos conocidos de materiales, artefactos o equipos, cuando únicamente puedan ser caracterizados total o parcialmente mediante nomenclatura, simbología, signos distintivos no universales, o marca, ello se hará a manera de referencia, y aún cuando tal aclaración se omitiere, así se entenderá. Por ejemplo *similar a ...* o *superior a ...*

En el caso de que estimen indispensables para verificar el cumplimiento de las especificaciones del cartel y asegurar el cumplimiento de la finalidad propuesta, se autorizará la solicitud de muestras. El cartel deberá indicar el destino que se les dará, y si fuere el caso señalará el plazo en que el oferente podrá retirarlas, vencido el cual, la Administración dispondrá libremente de ellas.

Con respecto a las muestras, la Contraloría General de la República ha emitido criterios importantes en cuanto a su naturaleza; se considera que tiene el propósito de garantizar la calidad del producto con el que oferente participa en la licitación: “...*las muestras que se solicitan y que deben aportar los oferentes con sus ofertas, forman parte*

*integral de la oferta, su fin esencial es constatar la seriedad de lo ofertado, son prueba fidedigna del producto que se presentará en caso de adjudicación...*<sup>30</sup>

Por otra parte, el Órgano Contralor ha considerado que además de ser parte integral de la oferta, las muestras son elemento insubsanables, con fundamento en el principio de igualdad: *"...nada de lo relacionado con muestras puede ser subsanado, es decir, las muestras (cumpliendo con los requerimientos del cartel que al respecto se formulen) deben ser presentadas junto con la oferta desde el momento mismo de su presentación y desde que la oferta se abre, no existe la posibilidad, en resguardo del principio de igualdad de trato y de oportunidades de los demás oferentes, que se permita entregar con posterioridad a la apertura de las plicas, unas muestras que sí cumplen con el cartel para sustituir las muestras entregadas con la oferta, que no cumplieran con el pliego..."*<sup>31</sup>.

Se ha pronunciado acerca del hecho de que las muestras revisten fundamental importancia al emitir la valoración de la oferta, y su importancia radica en el hecho de que representan la totalidad del los bienes ofertados: *"...El problema básico del sistema propuesto, es que una sola bolsa defectuosa en las muestras, podría significar la diferencia entre ser adjudicatario o no, y éstas -las muestras- tienen el objetivo de dar a la*

---

<sup>30</sup> CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. RESOLUCIÓN 113-97 de las ocho horas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y siete

<sup>31</sup> CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Resolución DGCA-1224-97 del 17 de setiembre de 1997



*Administración una idea del producto ofrecido, para observar de manera directa y perceptible a los sentidos sus características físicas, para realizar pruebas de calidad necesarias y para comprobar, finalmente, si el suministro que se ofrece reúne las condiciones mínimas necesarias. Para esos efectos, da igual que las pruebas se realicen a 15 muestras, a 150 o a 1500. El control de calidad final del suministro es posterior, cuando se recibe el pedido. Dicho en otras palabras, una firma que cumpla 100% con los parámetros de calidad en las muestras, no puede garantizar ese 100% en la entrega final del suministro, porque una cosa no es causa o consecuencia directa de la otra”<sup>32</sup>.*

También se ha referido al hecho de que las muestras no sólo conllevan el deber del oferente de presentarlas en su oferta, sino también el deber de la Administración de hacer el estudio pertinente para determinar su idoneidad:

*“La solicitud de muestras lleva implícita la obligación para la Administración de analizarlas con el rigor y cuidado que ello amerita, estudio que sin lugar a dudas debe ser parte del expediente administrativo, pues se trata de determinar si el producto cumple o no cumple con los requisitos formulados en el cartel y por qué razón”<sup>33</sup>.*

En la elaboración de un cartel, se deberán tomar en cuenta los siguientes aspectos, los cuales le facilitarán al concursante, la presentación de la oferta.

---

<sup>32</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. Resolución 89-96 de las 13 horas del 10 de mayo de 1996

<sup>33</sup> CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Resolución 111-96 de las 10 hs del 5 de junio de 1996

Podemos sintetizar de todo lo expuesto, que existen unas condiciones generales, que son más de carácter informativo básico al mencionar los aspectos generales que todos los oferentes deben conocer acerca del concurso que se promueve, sin entrar a detallar el fondo de las condiciones. Algunas de estas son, por ejemplo:

Invitación a concursar; generalidades, ofertas, consultas y aclaraciones, precios, garantía de participación, forma y modalidad de pago, oferta base y ofertas alternativas, garantía de cumplimiento, estudio comparativo y adjudicación, contrato, primacía de condiciones especiales y cualquier otra condición.

Por otra parte, tenemos una serie de condiciones específicas que se deben detallar de forma específica, ya es el interés principal de la administración licitante que el oferente las entienda con claridad y las pueda cumplir con exactitud. En estos aspectos es necesario ser concretos y no se

debe dar pie a confusiones entre los concursantes; entre esas condiciones están:

Identificación del concurso, financiamiento, apertura de ofertas, vigencia de las ofertas, precios, prestación del servicio, bienes a comprar, es decir, suministros, inicio del servicio, entrega de los bienes comprados, garantías, forma de pago, estudio y adjudicación, multas y sanciones, sistema de valoración y comparación.

Por último tenemos las especificaciones técnicas, es decir, la parte del cartel donde se le indica a los concursantes los requerimientos de carácter técnico que los bienes o servicios deberán poseer, todo tipo de medidas, tamaños, colores, cantidades mínimas o

máximas, rangos, certificaciones de calidad, etc. Todos los requisitos son uniformes para todas las personas en el concurso.

Están admitidas igualmente las modificaciones a las condiciones y aclaraciones al cartel, que deberán anunciarse por el mismo medio que se cursó la invitación, al menos ocho días hábiles antes del vencimiento del plazo para recibir las ofertas.

Esta es una potestad de la Administración sobre el administrado, tal y como vimos en el estudio de las facultades de la Administración, entre las que se incluye la modificación unilateral. Retomando un poco, por modificaciones entendemos las que no cambian el objeto del negocio ni constituyen una variación fundamental en la concepción original de éste. Si es el caso que se introduce una modificación sustancial de la oferta mediante publicación, como procede, los plazos para recibir las ofertas serán ampliados según los siguientes parámetros:

Si se trata de licitaciones para la construcción de obra o concesión de obra y licitaciones para suministros importados o por importar, serán treinta días hábiles. Si se trata de licitaciones para toda clase de negocios, serán quince días hábiles. Esto no procede si se trata de simples aclaraciones acordadas de oficio, que no significan una modificación sustancial al cartel, donde lo que corresponde es incorporarlas al expediente y darles la adecuada difusión.

Con respecto a los recursos que caben contra el cartel, aparecen contemplados en la Ley de Contratación Administrativa en los artículos 81, 82 y 83, y en Reglamento en el artículo 87, donde se dispone que contra el cartel en la licitación pública o el pliego de peticiones en la licitación restringida o licitación por registro, cabe el recurso de **objeción**,

y están legitimados para actuar en ese sentido todo oferente potencial o su representante debidamente acreditado, si considera que se han presentado vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado el ordenamiento. Igualmente está legitimada toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde habrá de ejecutarse la obra. La Administración tiene diez días hábiles para resolver, o se tendrá por acogida favorablemente. En el caso de la licitación pública, el recurso se interpone ante la Contraloría.

## **2. Oferta y garantías.**

Todo lo relacionado con las regulaciones de las ofertas se encuentra contenido en los artículos 48 y siguientes del Reglamento General de Contratación Administrativa.

La oferta es la manifestación de voluntad que se da por parte de los interesados, proponentes, oferentes o licitadores, donde evidencian su interés en contratar con la Administración en las condiciones que se señalan en el cartel o en el pliego de peticiones. Reviste una doble finalidad: le garantiza a la Administración que el oferente cumple con los atestados y requisitos para contratar, y por otro lado obliga al oferente a cumplir en los términos en los que está ofertando. Debe acreditarse la idoneidad jurídica, económica, financiera y técnica del proponente.

La oferta debe sujetarse en todo a lo que dispone el cartel, debe contener todos los documentos que se señalan. Con respecto a esto la Contraloría General ha dicho:

*“...recordar que el pliego de condiciones debe ser un marco mínimo de especificaciones, pero suficiente, lo que significa que podría ser superado cuando de calidad se trata, siempre que esta posibilidad no sea utilizada como un medio de manipulación del sistema de evaluación, obteniendo con ello alguna ventaja desviada de la legalidad, en cuanto al trato igual de los participantes.”<sup>34</sup>*

El sólo hecho de presentarla se entiende como una manifestación inequívoca de querer contratar con la Administración en los términos y condiciones especificados en el cartel. Las ofertas elegibles son las que cumplen con todos los requisitos, y se excluyen las que contravengan el ordenamiento jurídico o que impidan la consecución del fin público perseguido con la licitación:

*“...En razón de lo anteriormente expuesto y tomando en cuenta que no se ha demostrado que la oferta adjudicada presente incumplimientos a condiciones o especificaciones significativos del pliego de condiciones, o que sea una propuesta sustancialmente disconforme con el Ordenamiento Jurídico, esto es, que presente vicios capaces de producir la inelegibilidad de la propuesta adjudicada y con ello la nulidad del acto de adjudicación dictado, ni tampoco del procedimiento seguido, es lo procedente que este Despacho confirme el acto de adjudicación dictado”<sup>35</sup>*

---

<sup>34</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Resolución 114-98 de las 9 hs. del 6 de mayo de 1998

<sup>35</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Resolución 100-98 de las 15 hs del 16 de abril de 1998

En principio se cotiza para la totalidad del objeto del contrato, salvo que en el cartel se incluya la posibilidad de hacerlo por una parte. Nunca se podrá ofertar por una sección de un renglón, y la Administración no puede exigir el concurso por la totalidad de los renglones, si es esa la modalidad. Una vez que la oficina designada recibió la oferta, pasa a ser propiedad de la administración licitante y no podrá ser retirada.

Las ofertas deben observar las formalidades que el ordenamiento fija, entre lo que se incluye que se manifieste por un medio escrito, su presentación podrá hacerse de manera personal o por correo, donde la fecha de recepción será la de la llegada al despacho. Si es del caso y así se especificó en el cartel, procederá hacerla por medios electrónicos. Deberá presentarse en español y las medidas y unidades aplicables serán las del sistema métrico decimal. El defecto en este sentido admitirá una prevención de cinco días hábiles para su corrección.

La oferta se presentará en sobre cerrado, con la indicación del número de licitación y la oficina que la recibe, pero el entregarla en sobre abierto no implica su nulidad

En cuanto a las garantías, podemos decir que constituyen respaldos o avales de determinadas fases del proceso de la licitación, son respaldos propios de una contratación, convenio o negociación, que deben rendirse en determinado momento para cubrir ciertas fases del proceso. Son obligatorias en la licitación pública y en la licitación por registro, y su aplicación es opcional en los demás tipos de contratación autorizados por la ley. Aparecen reguladas en el Reglamento General de Contratación Administrativa artículos 33 y siguientes.

Si se admiten cotizaciones por renglones o alternativas, cada oferente debe depositar las garantías correspondientes al componente ofrecido o al de mayor precio. Si es que se presentan ofertas conjuntas, cada una garantiza el componente que le corresponde.

Según el artículo 37 del Reglamento General de Contratación Administrativa, se rinden por medio de depósito en las entidades aseguradoras reconocidas en el país, y deberá hacerse en la moneda en que se cotiza o en su equivalente en moneda nacional al día anterior a la presentación de la oferta. Si se presentan variaciones que modifican la cobertura de la garantía, los oferentes están obligados a ajustar los montos.

Su vigencia debe ser, en las de participación, hasta por un mes a partir de la fecha máxima establecida para adjudicar, y la de cumplimiento, por un mínimo de dos meses adicionales a la fecha probable de recepción definitiva del objeto del contrato..

Existen dos clases de garantías: la de participación y la de cumplimiento:

**Garantía de participación:** Está dispuesta para cubrir lo relativo a la intención seria, responsable y firme de contratar por parte de un potencial oferente o participante en una licitación pública o en una licitación por registro, de manera obligatoria, y facultativamente en un licitación restringida en los demás procedimientos de contratación autorizados por la ley. Garantiza al oferente, ya que al ser aceptada por la Administración se legitima la oferta presentada.

El monto oscila entre un 1% y un 5% de la propuesta y debe incluirse en el cartel o en el pliego de condiciones. El monto depende de la complejidad del objeto del

procedimiento y la necesidad de respaldar los daños que pueda causar el incumplimiento del oferente.

Si en el cartel no se refiere al respecto, el Reglamento General de Contratación Administrativa dispone que sea de 1%. La Administración está facultada para establecer un monto fijo de garantía, si lo considera oportuno o se trata de un objeto de cuantía inestimable o no representa erogaciones para la Administración.

Se autoriza además que la Administración establezca en reglamento interno la garantía flotante que respalda la participación de un oferente en distintos concursos.

**Garantía de cumplimiento:** Tiene como objeto asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario. Su monto oscila entre un 5% y un 10% del monto de la contratación. En caso de que no se incluya en el cartel o en el pliego de condiciones, será de un 5%, y el adjudicatario deberá aportarla en el plazo fijado por la Administración contratante en el cartel o en el pliego de condiciones, o en su defecto, dentro de los siguientes diez días hábiles a la firmeza del acto de adjudicación.

De igual manera la Administración está facultada para establecer un monto fijo como garantía de cumplimiento si la prestación es por tiempo indefinido o inestimable.

Se ejecuta parcial o totalmente, según la pérdida sufrida por la Administración con responsabilidad del contratista, y si no cubre la totalidad del monto, se autoriza a la Administración aplicar el importe de retenciones del precio pactadas y los saldos de pago pendientes, y si es del caso, ejecutar las cláusulas penales por ejecución tardía o premura, o



las multas que hubiere pactado por defectos en la ejecución. Estas ejecuciones no eximen al contratista de su obligación de resarcir si no se compensan las pérdidas.

La garantía de cumplimiento podría ejecutarse prematuramente, antes de finalizar el contrato, en ese caso el contratista está obligado a hacer un nuevo depósito de garantía de cumplimiento para respaldar el resto de la ejecución del contrato.

### **3. Acto de adjudicación**

La adjudicación es el acto material que condiciona la regulación del ejercicio de la competencia de la autoridad pública calificada para perfeccionar el contrato. Es un acto administrativo por el que la Administración escoge la mejor oferta a sus intereses escogida de la totalidad de propuestas presentadas al concurso. Sólo puede ejecutarse la oferta que se sujete a lo dispuesto en el cartel.

Este acto se regula en el artículo 56 del Reglamento General de Contratación Administrativa. Después de la apertura de las ofertas. Se otorgan cinco días para que se subsanen los defectos que lo admitan.

Los documentos subsanables son los que no modifican el contenido de la oferta en cuanto a las características de las obras, bienes o servicios ofrecido, o el plazo de entrega ni las garantías de los productos. Luego de este plazo, se procede al estudio y valoración de las ofertas a partir del cartel de licitación y la normativa relacionada. Se excluyen las ofertas que incumplan los requisitos esenciales de la licitación.

Debe adjudicarse en el plazo previsto por el cartel, y si ese plazo se ha omitido, dentro de los siguientes treinta días hábiles luego de la apertura de las ofertas. Se adjudica mediante acuerdo debidamente motivado, y se publica en el Diario Oficial.

## **Sección 2: El arbitraje como medio de resolución alternativa de conflictos.**

Antes de entrar de lleno en el estudio de la figura del arbitraje, debemos fijar un marco de referencia, para determinar a la luz de qué principios surge su aplicación.

El conflicto es una constante en el desarrollo de las relaciones humanas: por el mismo hecho de vivir en sociedad se contraponen los intereses personales de quienes participan en esa dinámica. Tradicionalmente el conflicto se ha considerado una situación negativa, sinónimo de desastre. Sin embargo, *“cada vez más podemos decir que abarca una variedad de situaciones que pueden generar diversas manifestaciones y resultados; no necesariamente el producto final es negativo o de violencia”*<sup>36</sup> Todo lo contrario; recientes tendencias de resolución de controversias apuntan otros objetivos: rescatar los elementos positivos del conflicto para construir una solución que logre satisfacer en la mayor medida las pretensiones reales de las partes.

---

<sup>36</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. Conferencia de la Licda Hazel Delgado. San José. PGR. Organizador. P. 19

Una nueva forma de ver el conflicto se refiere a el como *“...un elemento creativo esencial en las relaciones sociales, por ello no se puede eliminar su existencia, sino que debemos buscar formas de transformar la realidad y superar la situación conflictiva”*<sup>37</sup>

En realidad el hecho de otorgar mayor relevancia a la voluntad de las partes que intervienen en el conflicto no es un concepto novedoso: *“...la historia es más bien lo contrario. Fueron los ciudadanos los que poco a poco fueron entregando esa libertad de resolver sus disputas, hasta llegar a nuestra situación actual donde impartir justicia es prerrogativa del Estado-Nación”*<sup>38</sup>

A partir de estos conceptos surge lo que se ha convenido en llamar Teoría del Conflicto, donde se pretende rescatar el punto positivo del desacuerdo para entenderlo como una opción de las partes de alcanzar al máximo satisfacción en la solución del litigio, en vez de entenderlo como un impedimento trata de considerarse una oportunidad, una situación a resolver, un reto.

Íntimamente relacionado con esto, se esgrime el concepto de la negociación por intereses, que en general se aplica a todos los medios alternos de resolución de los

---

<sup>37</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. Conferencia de la Licda Hazel Delgado. San José. PGR. Organizador. P. 19

<sup>38</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. Conferencia del Lic Franklin Paniagua. San José. PGR. Organizador. P. 30

conflictos, no solamente a una de sus variedades que es la negociación en sí, que estudiaremos más adelante.

Este concepto es de fundamental importancia, y se compone de dos enunciados básicamente que son: “...*En primer término, lo que se quiere no es ganar sino satisfacer nuestros intereses. En segundo término, la relación con la parte que negociamos tiene valor, es importante tratar de conservar esa relación en el mejor estado*”<sup>39</sup> Esto es muy importante porque por lo general las relaciones entre los sujetos no terminan con el conflicto, sino que por el contrario prevalecen en el tiempo, se presentan otras situaciones en las que las partes se vuelven a involucrar, por ejemplo si se trata de un proveedor de servicios o de un contratista de obra.

Al referirnos específicamente al arbitraje, encontramos que son varias las definiciones que intentan atrapar su esencia.

Podemos mencionar la que propone Ottolenghi: “... *es algo más que una institución singular, es una de las dos formas de administrar la justicia en las etapas avanzadas de la organización judicial (...) el arbitraje no es una jurisdicción especial, ni el juicio arbitral es un juicio especial (...) El arbitraje pudo ser la forma de justicia que, en otras etapas, disputó el campo a la justicia privada, y ha podido constituir el ejemplo para*

---

<sup>39</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. Conferencia del Lic Franklin Paniagua. San José. PGR. Organizador. P. 30

*la justicia profesional en cuanto a la forma del juicio lógico, que se presenta como contenido intelectual de la sentencia judicial”*<sup>40</sup>

Por su parte, Cabanellas<sup>41</sup> lo define como *“la acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral // toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto”*

Así puede entenderse como el acuerdo a través del que las partes someten la resolución de controversias que se presentan en su relación, a un tercero que ellas escogen, para que las resuelva de conformidad con los parámetros que ellas han fijado.

A continuación pasaremos a hacer un estudio detallado de la figura para determinar su naturaleza y delimitar su aplicación.

#### **A. Generalidades del arbitraje.**

El arbitraje nunca deberá entenderse como una alternativa a la justicia estatal que llegue a considerarse ineficiente, sino que *“... por el contrario, el arbitraje necesita para su mejor desenvolvimiento de una justicia estatal eficaz”*<sup>42</sup> Sin que la existencia de un

---

<sup>40</sup> OTTOLENGHI (Mauricio). “El arbitraje: conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral”. Buenos Aires. Plantíe. 1943. Pág 12

<sup>41</sup> CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires. Heliasta. 1983. p25

<sup>42</sup> FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). “El arbitraje”. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998. Pág. 11

sistema de justicia eficiente signifique la imposibilidad de aplicar la figura como alternativa abierta para quienes lo deseen.

### 1. Elementos subjetivos.

Entre los elementos subjetivos de la figura sobresale

**La voluntad:** Es fundamental la revalorización que hace el instituto del arbitraje de la autonomía de la voluntad, ya que a través de esto contribuye a la democratización del derecho, según bien señalan Feldstein y Leonardi<sup>43</sup>, al poner en manos de las partes contratantes la opción de solucionar un conflicto existente o uno que eventualmente se presente durante el desarrollo de la relación. Sobresale la voluntad de las partes como fuente creadora de derecho, cuya dimensión aún se encuentra en expansión, por tratarse de una figura de aplicación relativamente reciente en el derecho moderno.

Las partes voluntariamente eligen el arbitraje, que a través de la convención les posibilita escoger a los árbitros, la ley y el procedimiento que se aplicará para resolver los diferendos que surjan, ya sea en toda la relación o en algún elemento específico, ese es justamente el elemento democratizador de la figura.

Podemos indicar que este elemento fundamental se traduce en “ *...la decisión voluntaria de las partes que ligan un medio, el arbitraje, que a través de la convención les*

---

<sup>43</sup> FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). “El arbitraje”. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998. Pág. 12 y 21

*posibilita elegir a los árbitros, la ley y el procedimiento útil para resolver sus diferendos”<sup>44</sup>*

Si embargo esta situación requiere un análisis más profundo cuando se trata de conflictos que surgen entre particulares y la Administración, tema que versa sobre la prevalencia del Principio de Legalidad sobre el de Libertad y Voluntad. Más adelante, en el desarrollo a fondo del tema encontraremos incompatibilidades serias en la aplicación del instituto cuando se da este supuesto, que es de nuestro especial interés.

Por ahora vale la pena aclarar que por la propia naturaleza de la institución la Administración no debe sentir que tiene la obligación de aplicar la figura del arbitraje. Por el contrario: *“...la Administración debe tener muy claro que es una potestad conferida a ella; en ningún momento puede interpretarse como una obligación”<sup>45</sup>*

**La competencia:** Es fundamental que el sujeto que resuelve acudir a la vía arbitral en un conflicto tenga claro que está legitimado para tomar esa decisión. Cuando se trata de relaciones entre sujetos en las que uno de ellos es la Administración, el concepto de competencia adquiere especial relevancia.

Íntimamente relacionado con el tema de la competencia encontramos el de la capacidad. En ese sentido se ha dispuesto que :”*Un órgano administrativo que no es*

---

<sup>44</sup> TRIBUTACIÓN DIRECTA Resolución N° DGT-329/03 DEL 27 DE MARZO DEL 2003

<sup>45</sup> CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen DI-AA-3732 del 18 de diciembre del 2001

*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”<sup>46</sup>*

Si bien en las relaciones entre particulares el principio rector es el de Autonomía de la Voluntad, las actuaciones de la Administración se rigen por el principio de legalidad consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública.

La autorización genérica contenida en los artículos 27 de la Ley General de la Administración Pública y 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos para acudir a vías alternas de resolución de conflictos, sea el arbitraje, la mediación y la conciliación, se aplica tanto a la Administración centralizada como a la descentralizada, entre las que se incluyen las Municipalidades, de conformidad con la interpretación reiterada de la Procuraduría General de la República (Dictámenes C-225-88 del 11 de noviembre de 1988) y de la Contraloría General de la República (Dictamen 2239-96 del 23 de febrero de 1996)

---

<sup>46</sup> BIELSA (Rafael). “Derecho Administrativo”. Buenos Aires. De Palma. 5ta. Edición. 1957. 606 págs.



Sin embargo, recordemos que en el derecho público el arbitraje es la excepción y no la regla. Eso debe estar claro en todo momento, ya que puede dar pie a irregularidades; de ahí se desprende que *“...la Administración Pública (...) podrá someter sus controversias a arbitraje únicamente en tanto el ordenamiento y la naturaleza del caso se lo permitan”*<sup>47</sup>

Lo importante es tener siempre claro que el sujeto que en representación del Estado acuerda convenir un arreglo arbitral, sobre materias presentes o futuras, debe estar debidamente legitimado, respaldado por el ordenamiento jurídico para ese efecto: *“De manera general, la decisión de transar o conciliar, así como la de acudir a arbitraje, debe ser tomada por el jerarca respectivo, aunque la implementación del acuerdo puede ser llevada a la práctica por un funcionario distinto del jerarca, como una delegación de funciones o bien utilizando la figura de la representación institucional”*<sup>48</sup>

El ejercicio de la función pública se encuentra regulado de manera estricta en nuestro ordenamiento. La Constitución Política en su artículo 11 señala:

*“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”*

---

<sup>47</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen C-094-2000 del 11 de mayo del 2000

<sup>48</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001

Así esta función está sujeta al bloque de legalidad y ningún funcionario puede conferirse poderes que no se encuentran reglados. La regulación de las competencias se encuentra esbozada en la Ley General de la Administración Pública; en su Título Tercero se dispone, en el artículo 59:

*“La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio”*

Esto se complementa con lo referido a las potestades de los Viceministros (artículo 47) y de los Presidentes de los Órganos Colegiados (artículo 49), es decir, los Presidentes y los Directores Ejecutivos de los órganos, que son los jefes de las respectivas instituciones y son los que cuentan con la legitimación legal para suscribir este tipo de acuerdos. Por otro lado, de conformidad con el principio de Autonomía Municipal contenido en el artículo 170 de la Constitución que reza:

*“Las corporaciones municipales son autónomas”*

En estas instituciones se cuenta con la capacidad, por parte del superior jerárquico, de decidir libremente y bajo su propia responsabilidad todo lo referente a la organización de su jurisdicción territorial, sea el cantón, y que se traduce en la *“capacidad de fijar sus políticas de acción –planes y programas- y de inversión en forma independiente –determinación de su presupuesto-, específicamente del Poder Ejecutivo; autonomía que*

*deriva del carácter electoral y representativo de su gobierno (Consejo y Alcalde)*<sup>49</sup> Es decir, que de conformidad con dispuesto en cuanto a los principios de autonomía municipal y el pronunciamiento recién mencionado de la Sala Constitucional en estas instituciones es el Alcalde junto con el Consejo Municipal el legitimado para suscribir estos acuerdos, dado que detenta el poder de decisión en cuanto a las políticas de acción que desarrollará en la circunscripción territorial sobre la que ejerce autoridad.

Esto otorga una cuota importante de poder a la autoridad Municipal, lo que concuerda con la tendencia que se ha desarrollado en los últimos años de incentivar el desarrollo de las comunidades a nivel local, con un mayor margen de decisión en manos de los jerarcas de la comunidad.

## **2. Elementos objetivos**

**El árbitro:** La figura del árbitro como tercero componedor goza de fundamental importancia en los juicios arbitrales. La participación de un sujeto ajeno al conflicto en su solución es una característica esencial de este tipo de arreglo. Por eso se habla de forma heterocompositiva de resolución alterna de controversias, porque las partes de común acuerdo colocan en las manos de un tercero la potestad de pronunciarse sobre el conflicto y darle una solución que será de acatamiento obligatorio.

Sin embargo, aunque presenta importantes similitudes en el ejercicio de su cargo con las funciones del juez, la jurisdicción que ejerce es limitada, por ello no debe

---

<sup>49</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2001-00620 de las 15:21 del 24 de enero del 2001

considerarse un juez. Posee la *notio*, la *vocatio* y la *iuditium* pero carecen de la *coertio* y de la *executio* razón por la cual “*un juez de la jurisdicción ordinaria puede ser requerido desde la iniciación del arbitraje (medidas cautelares) hasta su finalización (ejecución del laudo arbitral)*”<sup>50</sup>

Es muy importante que el árbitro tenga estas restricciones, que sean sólo los jueces del Estado los que tengan la potestad de imponer medidas y obligar a las partes a cumplir cualquier disposición, ya que se constituye en un límite claro y lógico al ejercicio de las funciones del árbitro, que es un operador más del derecho y que debe trabajar a la luz del ordenamiento y con sujeción a la distribución de funciones que éste hace, en la que otorga potestades que son indelegables.

Así, aunque en algún sentido pretenda darse al laudo carácter de sentencia, se aleja de ese concepto por las condiciones en que se presenta: “*La razón de dicha parcial disparidad se sitúa en el carácter extrajudicial del arbitraje y en el hecho de que las facultades de los árbitros arrancan de un pacto que debe sujetarse a determinados requisitos inderogables e irrenunciables*”<sup>51</sup> sea, el acuerdo o cláusula arbitral, que las mismas partes fijan, y que se constituye en el marco de referencia dentro del que el árbitro estudiará el asunto y emitirá un criterio que será de acatamiento obligatorio para las partes.

---

<sup>50</sup> FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). “El arbitraje”. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998. Pág 12

<sup>51</sup> ORMAZABAL SÁNCHEZ (Guillermo). “La ejecución de laudos arbitrales: el laudo como título ejecutivo”. Barcelona. J.M. Bosch. 1996. p. 14

Depende del tipo de arbitraje que se escoja, variarán las condiciones que deberá cumplir el árbitro para constituirse como tal. El artículo 20 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos dispone lo siguiente:

*“Para los arbitrajes de derecho, el tribunal estará compuesto, exclusivamente por abogados y resolverá las controversias en estricto apego a la ley aplicable.*

*Si se trata de un arbitraje de equidad, cualquier persona podrá integrar el tribunal sin requerimiento alguno de oficio o profesión, excepto los que las partes dispongan para este efecto. El tribunal resolverá las controversias en conciencia “ex-aequo et bono” según los conocimientos sobre la materia objeto del arbitraje y el sentido de la equidad y la justicia de sus integrantes”*

Por otro lado en el artículo 25 de este mismo cuerpo normativo se establecen los requisitos que debe cumplir el árbitro para constituirse en tal, y en lo que nos interesa dispone:

*“Pueden ser árbitros todas las personas físicas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados y abogados.*

*Tratándose de arbitrajes de derecho, los árbitros deberán ser siempre abogados y tener como mínimo cinco años de incorporados al Colegio de Abogados.*

*Las personas jurídicas que administren institucionalmente procesos de arbitraje, podrán designar su propia lista de árbitros de conciencia”*

Así, vemos que la persona que cumpla las funciones de árbitro deberá contar con ciertos requisitos que demuestren su idoneidad para ejercer el cargo. Debe tratarse de una persona de reconocida trayectoria profesional y solvencia moral, debidamente capacitada para conocer el proceso. Como ejemplo de esto, para ser parte de la lista de árbitros y conciliadores del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, actualmente en funcionamiento en nuestro país: *“...se debe haber cumplido un entrenamiento teórico práctico de 80 horas. Finalizada esta etapa, se inicia un proceso que incluye talleres de simulaciones, observaciones, conciliaciones (...) Este entrenamiento garantiza que el neutral pueda cumplir las expectativas de las partes con respecto al proceso”*<sup>52</sup>

En este punto debemos retomar el hecho de que, a partir del principio de legalidad que rige las actuaciones de la Administración, cuando se desarrolle un conflicto que se

---

<sup>52</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Conferencia de la Licda Marcela Cavaría Pozuelo “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador. Pág. 46

solucione en la vía arbitral, “...*el tribunal conformado deberá ser de DERECHO, para garantizar que los árbitros resuelvan conforme con nuestro ordenamiento jurídico*”<sup>53</sup>.

**Materias arbitrables:** El otro elemento objetivo del arbitraje es el que se refiere a las materias que son susceptibles de ser sometidas a esta figura. Cuando las relaciones se desarrollan en el ámbito del derecho privado la situación no es tan compleja. Basta con hacer la salvedad contenida en el artículo 2 de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos:

*“Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”*

Esto se complementa con lo dispuesto en el artículo 18 de ese mismo cuerpo normativo, que en lo que nos interesa dispone:

*“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*

---

<sup>53</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Opinión Jurídica OJ-048-99 del 29 de abril de 1999

*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”*

Es así como constatamos que la autorización que se le confiere a la Administración para someter sus conflictos a arbitraje es más bien genérica, no delimita con precisión las materias que puede resolver por esta vía, sino que amplía solamente las que se manejan tradicionalmente en el derecho privado, al derecho público. Es de sobra conocido que las relaciones en el derecho público se rigen por el principio de Legalidad, contrario a lo que sucede en las relaciones entre sujetos de derecho privado, que se rigen por el principio de Libertad y por el de Autonomía de la Voluntad.

Ha sido tarea de la jurisprudencia administrativa y de los dictámenes técnicos emitidos por las autoridades competentes, sea la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República delimitar en ese sentido la materia.

Se ha dispuesto que las materias que en la Administración se someten al arbitraje no pueden versar nunca sobre potestades de imperio, que son imprescriptibles e irrenunciables, según consta en el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública:



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

*2. Sólo 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”*

Es por estas razones que desde un inicio, el desarrollo del tema en el derecho público se ha estudiado con recelo, por las características propias de la situación. En el dictamen de la Procuraduría General de la República de fecha 18 de marzo de 1994, citado en el Dictamen C-89-99 del 10 de mayo de 1999 se dijo con ocasión de la disposición contenida en el artículo 43 de la Constitución Política: *“Excede dicho principio toda proposición de arbitraje que comprenda directa e 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 mismos 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...*”

Más adelante, en ese mismo dictamen se vuelve al hecho de que en el derecho público el arbitraje es la excepción y no la regla, por eso se requiere una norma expresa que autorice su aplicación y especifique en qué casos procede; o puede presentarse la situación que se da en nuestro ordenamiento: con una autorización genérica se introduce la figura sin mayores especificaciones, *“...con los consiguientes problemas de indeterminación e inseguridad que pudieran plantearse si no se definen clara y específicamente todos los supuestos”*

Dentro de ese análisis se concluye que existen materias que en virtud de la potestad discrecional de la Administración y su capacidad efectiva de decisión pueden someterse a arbitraje. Pero existen unas que por su propia naturaleza no cabe la aplicación de esa figura, como son las materias de tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud.

Es fundamental que, una vez que se ha reconocido la imposibilidad de aplicar el instituto en algunas materias, sea las que resulten de potestades de imperio, y que la figura no está contemplada ni creada para regir relaciones de derecho público, por lo que es necesario interpretar a la luz de la normativa aplicable en cuáles casos procede y en cuáles no, se revise a la hora de aplicarla, que no lesione derechos de los particulares. Es decir, debe verificarse la posible existencia de un derecho, o al menos la duda razonable o la apariencia de un buen derecho del particular.

Es más, aun cuando se trate de materias que según su naturaleza son susceptibles de resolverse en la vía arbitral, los pronunciamientos son contestes en afirmar que el único arbitraje que se autoriza en la Administración es el de derecho, de conformidad con el principio de legalidad “...interpretación (...) 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”<sup>54</sup>

Además, el laudo que emita el tribunal debe ser un acto motivado y fundamentado, en armonía con los artículos 15 a 17 de la Ley General de la Administración Pública, es decir, “...ello implica que en (sic) acuerdo o resolución que tome para tal fin, debe justificar apropiadamente su decisión, de forma tal que sean claras y explícitas las razones por las cuales considera que existen dudas sobre el cálculo del quantum del canon que ameriten acudir al proceso arbitral”<sup>55</sup>

Es decir, la Administración no puede negociar extrajudicialmente materias que se incluyen entre sus potestades irrenunciables si no existe una autorización expresa, en una norma legal, para ese efecto.

### **3. Características**

La figura del arbitraje como instituto procesal, reviste ciertas características que nos permiten identificarlo y estudiarlo. En un primer apartado, podemos asegurar que cuenta

---

<sup>54</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Opinión Jurídica OJ-048-99 del 29 de abril de 1999.

<sup>55</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen DI-AA-3732 del 18 de diciembre del 2001

con **características generales**, es decir, que a grandes rasgos definen la figura, y que son básicamente dos:

**Intervención de un tercero:** Como vimos adelante, esta es una de las características clave de la figura. De ahí se deriva precisamente el carácter heterocompositivo del arbitraje.

En el arbitraje las partes en litigio someten a un tercero el conocimiento del conflicto que los agobia para que éste emita un laudo dentro de los parámetros que las partes le fijen y que será de acatamiento obligatorio para ellas.

Dado que ya estudiamos la figura del árbitro en lo que nos interesa, pasaremos a hacer un estudio de la figura del tribunal, entendido también como tercero interviniente en el conflicto para darle solución.

Como vimos, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos autoriza varios tipos de arbitraje, entre los que sobresalen el de derecho, el *ad hoc*, y el institucionalizado. El único arbitraje que se admite en materias de derecho público es el de derecho, en armonía con el principio de legalidad. Sin embargo hay varias delimitaciones en el nombramiento del tribunal. De esta situación excluimos el arbitraje institucionalizado porque este proceso de selección de los árbitros se simplifica muchísimo, como veremos más adelante. Partimos de que las partes desean escoger ellas mismas el árbitro y las normativas aplicables:

**Ejercicio facultativo:** La siguiente característica general es que se

trata de un ejercicio facultativo, característica que se relaciona íntimamente con el elemento subjetivo de la voluntad. Es decir, las partes acuden a la vía del arbitraje porque esa es su voluntad, porque eso acordaron.

Así retomamos el elemento democratizador de la figura. Son las partes las que por su propia voluntad deciden acudir a esta vía. Sin embargo deben hacerse varias apreciaciones en torno al tema, ya que el ejercicio facultativo se relaciona íntimamente con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva contenido en los artículos 41, 152 y siguientes de la Constitución y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De ninguna manera procede restar importancia a este principio con excusa de los atrasos y costos que representa para las partes el ejercicio de la justicia en los estrados judiciales. Las críticas que se hacen al sistema judicial no siempre están bien fundadas, por el contrario, no puede achacarse al sistema exceso de formalismo, porque es su propia naturaleza la que implica esta característica.

Como ejemplo tomamos las consideraciones de la Licenciada Ana Eugenia Rodríguez Alvarado: *“Las críticas contra el Poder Judicial que he podido escuchar a mis colegas litigantes (...) es la lentitud de la Corte, lo caro del sistema judicial y lo formalistas que resultamos algunos jueces (...) Dichas críticas son injustificadas, pues como jueces debemos ser formalistas, legalistas y no apresurarnos al hacer justicia, pues la buena letra se escribe despacio. Siendo jueces iuris estamos en la obligación de resolver como jueces de legalidad y no de conciencia...”*<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ ALVARADO (Ana Eugenia). “Arbitraje en un nuevo CPC frente a las convenciones de Nueva York y Panamá ratificadas por Costa Rica”. San José. Escuela Judicial. 1992. p10

Esto no impide ver con buenos ojos la aplicación de la resolución alterna de conflictos, especialmente el instituto del arbitraje que resulta el más formal y completo, con los procedimientos más rigurosos y estrictos. Si embargo debe tenerse siempre en cuenta el hecho de que es de aplicación facultativa, no puede obligarse a las partes a comprometer en árbitros la búsqueda de la justicia, especialmente cuando hablamos de materias de derecho público.

La aplicación de la justicia por los tribunales ordinarios tiene razón de ser, misma que no pierde vigencia con el paso del tiempo ni con el entramamiento de los procesos: *“Con el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se garantiza la reparación del agravio; igualmente, se garantiza el trato igual en la aplicación de las leyes y se provee con ello, en consecuencia, el sentimiento de confianza de los ciudadanos en las instituciones del régimen democrático. Es obligación del Estado no sólo proteger los derechos de los ciudadanos sino también convencer a los ciudadanos de que sus derechos tienen la misma calidad que los derechos de los demás”*<sup>57</sup>

Por estas razones el ejercicio del arbitraje debe estudiarse con detenimiento para determinar si su aplicación procede o no: *“Cabe destacar que por su carácter facultativo y alterno, su aplicación no excluye el acceso a los tribunales. Es decir, por el hecho de*

---

<sup>57</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Licda. María Gerarda Arias “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador. p 67

*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*<sup>58</sup>

Por otro lado, encontramos las **características específicas** del instituto del arbitraje, entre las que podemos identificar:

**Celeridad y Universalidad:** En el arbitraje son las partes las que de común acuerdo deciden cuál sujeto va a resolver respecto al tema sobre el que tienen desavenencia, no han logrado acuerdo. Además están facultadas para escoger el fundamento del proceso, pueden fijar los procedimientos a seguir en la búsqueda de la solución que más les convenga.

Esta amplia libertad de las partes conlleva el elemento de celeridad, que es una característica del arbitraje, dado que el tribunal arbitral se encuentra ocupado solamente en el asunto que las partes le presentan, contrario a lo que sucede en estrados judiciales, donde los jueces tienen cantidades enormes de trabajo que resolver, lo que en algún momento entrará los procedimientos.

Como consecuencia de la celeridad se presenta la economía procedimental, ya que el proceso no es tan oneroso como lo es tradicionalmente el proceso judicial o el administrativo.

---

<sup>58</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen C-089-99 del 10 de mayo de 1999

La universalidad por su parte se refiere a la amplia variedad de conflictos que pueden resolverse por esta vía, siempre que encuadren dentro de las especificaciones hechas en cuanto a las materias transigibles o arbitrables. Las partes de conformidad con sus competencias y con la clase de conflicto que pretendan resolver podrán o no optar por esta vía.

**Inmediación e informalidad** Esto se relaciona íntimamente con el principio de celeridad. La inmediación en primer lugar tiene una doble naturaleza. Primero se refiere a la inmediación que se presenta en las relaciones entre los árbitros y las partes, donde la relación es muy cercana resultado de la ausencia de procedimientos meramente formales, y en especial por la participación que tienen las partes en el nombramiento de los árbitros.

Por otro lado tenemos la inmediación en cuanto a la prueba, que es presentada directamente al árbitro, sin que intervengan terceros al recibirla y evaluarla. Es él quien directamente hace todos los estudios y trámites relacionados con la prueba y demás alegatos de las partes.

La informalidad se refiere a la prevalencia del fondo del asunto sobre los aspectos de forma, y es una tarea discrecional que se le asigna al árbitro. Sin embargo no es un principio absoluto, especialmente en la aplicación del arbitraje, que como veremos en nuestro ordenamiento debe cumplir con ciertas formalidades, especialmente cuando una de las partes es la Administración, ya que el único tipo de arbitraje que se admite es el de derecho, que por sí mismo presupone las formalidades que el ordenamiento le fija.



**Idoneidad, reserva y eficacia** Esta primera característica específica se refiere a los árbitros que se pronunciarán sobre el tema. Como ya vimos, se trata de una persona con probada solvencia moral y de excelente formación profesional. Aparejado con esto encontramos el **principio de reserva** que debe prevalecer siempre en las actuaciones del árbitro, como debe hacerlo en las actuaciones de los funcionarios judiciales y que se define como el deber de: *“... mantener en secreto todo lo que de cualquier forma ha llegado a su conocimiento con ocasión del desempeño del encargo profesional que el cliente le confirió (...) le impone también observar una conducta inspirada en la discreción y reserva absoluta, bien con sus familiares y causahabientes, bien con los terceros”*<sup>59</sup>

El principio de reserva como “género”, presenta como “especie” el secreto profesional, que durante todas las fases debe regir las actuaciones del árbitro, aun cuando el proceso haya finalizado. Este principio encuentra asidero en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos que en lo que nos interesa dice:

*“Es absolutamente confidencial el contenido de las actividades preparatorias, conversaciones y convenios parciales del acuerdo conciliatorio. El mediador o conciliador no podrá revelar el contenido de las discusiones ni lo acuerdos parciales de las partes, en este sentido se entiende que al mediador o conciliador le asiste el secreto profesional.*

---

<sup>59</sup> LEGA (Carlo) “Deontología de la profesión del abogado” Madrid Civitas p145

*Las partes no pueden relevar al mediador o conciliador de ese deber, ni tendrá valor probatorio el testimonio o la confesión de las partes ni de los mediadores sobre lo ocurrido o expresado en la audiencia o las audiencias de mediación o conciliación...”*

La eficacia por su parte se refiere al laudo que emite el árbitro o tribunal arbitral y que reviste carácter de cosa juzgada material. Esta situación tiene respaldo en la activa participación de las partes en la composición del tribunal tanto como en la fijación del procedimiento, por lo que resulta lógico que en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos se disponga en los artículos 9 y 58 este carácter del laudo. En especial nos interesa lo contenido en el primer párrafo del artículo 58:

*“El laudo se dictará por escrito; será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo el recurso de revisión. Una vez que el laudo se haya dictado, producirá los efectos de la cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora...”*

Así, el laudo se convierte en título ejecutivo a favor de la parte, para lo que resulta necesario volver al concepto de tutela judicial efectiva, donde en caso de que la parte obligada a cumplir se rehúse, deberá ejecutarse lo dispuesto.

**Equidad y justicia** Estos son los dos principios que en última instancia deben regir las actuaciones tanto de las partes como del árbitro o tribunal arbitral. Todo proceso

que pretenda dirimir un conflicto entre dos o más partes debe tener como norte el fin último de la justicia; esto no excluye este tipo de proceso. La equidad complementa la justicia como principio deontológico que en la visión ideal de la administración de justicia rige las relaciones entre las partes y entre estas y el árbitro.

## **B. Tipos de arbitraje.**

Son varios los criterios que se establecen con el objetivo de clasificar el arbitraje en las múltiples manifestaciones en las que se presenta a la vida jurídica. Haremos una breve reseña de los principales criterios utilizados para encasillar la figura. Estas clasificaciones no son excluyentes entre sí. Siempre tratamos de la misma figura, pero según el criterio que se use se le llamará de distinta manera.

### **1. Según el origen.**

Se refiere al surgimiento entre las partes de la opción de someter el Conflicto que los agobia a la vía arbitral. Esta decisión puede presentarse de dos maneras básicamente:

**Voluntario:** Es el que mejor refleja la naturaleza del instituto del arbitraje, ya que encuentra su origen en la autonomía de la voluntad, en el simple deseo de las partes de someter el conflicto a un tercero componedor para que le de solución. Son las partes las que eligen la vía del arbitraje para solucionar algún conflicto, ya sea en general o sobre un tema específico, sobre un asunto presente o futuro. Como vimos el arbitraje en la

Administración siempre es voluntario, ya que es una facultad conferida a ella, no una obligación impuesta. Sin embargo esta clasificación es válida como referencia para otra clasificación: el arbitraje forzoso

**Forzoso:** Este se presenta cuando en una norma preexistente se señala la obligación de resolver algún conflicto en la vía arbitral. No significa la renuncia a la tutela judicial porque es la misma normativa la que impone la obligación de acudir a esta vía. Este tipo de arbitraje no es común, todo lo contrario, dada la característica fundamental de la figura que es su ejercicio facultativo. Un ejemplo de arbitraje impuesto por el ordenamiento jurídico es el contenido en el artículo 25 de la Ley de Seguros de Costa Rica N° 5279 del 27 de julio de 1973.

## 2. Según el criterio del laudo.

En este punto debemos recordar la importancia fundamental del laudo, que es el criterio emitido por el árbitro o tribunal arbitral y que en nuestro ordenamiento reviste carácter de cosa juzgada material. De común acuerdo las partes deciden cuáles serán los criterios a aplicar para la resolución del conflicto. Estos criterios determinarán la naturaleza del laudo:

**De derecho:** Es el laudo que se sujeta a las disposiciones legales de un determinado ordenamiento, tanto en los aspectos de fondo como en los de forma; se trata de un laudo motivado y con todas las características de la sentencia judicial. Para su dictado debe recurrirse a las fuentes de derecho, considerar la costumbre y la jurisprudencia del

ordenamiento en el que se dicte. Según vimos en los artículos 19, 20 y 25 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos el arbitraje de derecho sólo puede ser ejercido por abogados, que deberán tener como mínimo cinco años de incorporados en el respectivo Colegio. Recordemos que este es el único arbitraje que se le autoriza a la Administración, por la sujeción al principio de legalidad en todos sus actos.

**De equidad:** Para este tipo de laudo no es necesario que el tribunal esté integrado por profesionales en la materia, basta con que el juez tenga probada solvencia moral, se emite una solución que se ampara en el buen saber del árbitro, su buena fe. Cuenta con un mayor margen de discrecionalidad pero siempre debe sujetarse al ordenamiento jurídico, no puede emitir un criterio contrario a derecho. Son menos las formalidades en este tipo de laudo.

**Pericial:** Este tipo de laudo es una figura intermedia entre el de derecho y el de equidad. Son las partes las que disponen que el laudo sea emitido por una persona con conocimiento técnico sobre la materia en conflicto. Esto debe disponerse de esta manera en el acuerdo arbitral, aunque podría modificarse al ejecutarlo. Para eso se determinará la profesión, el oficio o el conocimiento técnico que deba manejar el árbitro, mismo que deberá probar según lo que dispongan las partes. Así, el laudo pericial es emitido por profesionales en la materia que se pronuncian sobre el tema a partir de criterios técnicos que manejan por su saber profesional.

### **3. Según las reglas que se apliquen.**

**Doméstico:** Este tipo de arbitraje es el que con mayor frecuencia se presenta. Se refiere a las controversias que se dan en lo interno de la actividad estatal y puede definirse como: *“..es interno o doméstico si las partes en el acuerdo arbitral tienen su domicilio en el territorio del mismo Estado y pactan que el laudo será dictado en el mismo territorio, sometiéndose así a la ley nacional”*<sup>60</sup>.

Es este el tipo de arbitraje que se regula en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos.

**Internacional:** Esta es una figura que por si misma representa fuente rica de análisis y estudio, y de muy interesante aplicación en las relaciones modernas de derecho, pero aquí sólo haremos una mención escueta. Se presenta cuando el derecho a aplicar para la solución de la controversia excede los límites del estado y es necesario aplicar un ordenamiento internacional, situación que puede presentarse cuando *“...las partes al establecer el contrato tenían establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes; cuando la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones exceden los límites de un Estado...”*<sup>61</sup> por poner un par de ejemplos.

Puede definirse como: *“Se trata de un Arbitraje Internacional, si hay un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia y que tiene conexión con otra*

---

<sup>60</sup> RODRÍGUEZ ALVARADO (Ana Eugenia). “Arbitraje en un nuevo CPC frente a las convenciones de Nueva York y Panamá ratificadas por Costa Rica”. San José. Escuela Judicial. 1992. p19

<sup>61</sup> FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). “El arbitraje”. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998. P 14

*legislación*”<sup>62</sup> Así, el ordenamiento a aplicar será el de un Estado ajeno a aquél en el que se desarrolla el conflicto, siempre que se sujete y no contravenga las disposiciones del ordenamiento local. Lo mismo aplica para las disposiciones de derecho internacional en caso de que corresponda su aplicación.

#### 4. Según la temporalidad.

**Ad hoc:** Es privado el arbitraje, y se establece libremente por las partes, que convienen el procedimiento y el derecho que se aplicará en el eventual conflicto (estricto), o se sujetan a las disposiciones que el ordenamiento establece (amplio), si las hay, como es nuestro caso. Deben decidir todo lo relacionado con la conformación del tribunal arbitral, “...*los honorarios que devengarán, el pago de los costos del arbitraje, el tipo de arbitraje y, en general, todo lo que resulte indispensable para la conducción del proceso arbitral*”<sup>63</sup> lo que les provoca un sentimiento de seguridad al creer que tienen el control sobre el desarrollo del proceso que se está gestando. Sin embargo la doctrina coincide en señalar que al quedar en manos de las partes el impulso procesal, las fases en la resolución del conflicto más bien se entranan, dado lo complejo de cada una de ellas<sup>64</sup>. Sin embargo, se

---

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ ALVARADO (Ana Eugenia). “Arbitraje en un nuevo CPC frente a las convenciones de Nueva York y Panamá ratificadas por Costa Rica”. San José. Escuela Judicial. 1992. p 19

<sup>63</sup> GARITA GONZALEZ (Víctor Manuel). “El arbitraje: un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia”. San José. Editorial RAC. 1995. Pág. 8

<sup>64</sup> FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). “El arbitraje”. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998. p 15

le reconoce a la figura importancia en cuanto a fuente creadora de derecho procesal arbitral, al resolverse cada conflicto con pautas que las partes fijan en sujeción al ordenamiento jurídico.

**Institucionalizado:** Dentro de la doctrina ésta es la modalidad que goza de mayor aceptación, y la que más se ha desarrollado en la práctica. Tiene como característica ser habitual, permanente y regular. En este caso las partes acuerdan dirimir sus conflictos ante instituciones especializadas en el arbitraje, ante una entidad que a partir de la experiencia respalda la tramitación del proceso. Es fundamental en esta figura contar con la autorización expresa del Estado administrador de justicia, que permita el control en cuanto a la creación de estos centros, los requisitos que deben cumplir tanto como posibilitar la fiscalización de la actividad del centro en su etapa de funcionamiento, labor que debe limitarse a la fiscalización de su funcionamiento, y nunca sobre el mérito de los laudos dictados.

Además de la experiencia, esta figura supone la existencia de un reglamento confeccionado por el centro, que debe ser claro y flexible, y que al describir claramente cada una de las etapas del proceso se constituye en guía y precedente para las partes y los asesores. Se pone a disposición de las partes las instalaciones del centro o institución lo que proporciona mayor eficiencia y agilidad, por ejemplo al fijar un lugar para recibir documentos, dónde revisar el expediente del proceso o dónde reunirse en un ambiente de imparcialidad para las partes, o que se encargue de notificar a los interesados las resoluciones.



Por otro lado el centro debe contar con una *“selecta lista de árbitros y conciliadores, personas de reconocida trayectoria profesional y solvencia moral, debidamente capacitados para conocer del proceso”*<sup>65</sup>

Debe contar con una fuerte regulación ética que asegure a las partes la total imparcialidad de los árbitros y el compromiso de confidencialidad que asumen. Se establece en el centro una guía del proceso que como única función tiene ejecutarse en la etapa de nombramiento del Tribunal, ya que el centro o instituto debe respetar en todo sentido la libertad del tribunal arbitral para dirimir el conflicto. La institución no debe tener injerencia sobre aspectos de fondo del caso. Por último, debe establecerse una línea para la fijación de los honorarios de los árbitros, y un monto para operar en el centro.

Como ejemplo de arbitraje institucionalizado en nuestro país, tenemos el Centro de la Cámara de Comercio de Costa Rica, primero en ser reconocido por el Ministerio de Justicia el 26 de octubre de 1998, especializado en materias de derecho civil y comercial. Este Centro nació por iniciativa de la Cámara de Comercio con el fin de acelerar los procesos de resolución de conflictos, pero que opera con absoluta independencia. Ha gozado de gran aceptación por parte de la comunidad comercial, aunque no sean adscritos a la Cámara, y son muchos los usuarios que hacen uso de sus servicios y las cantidades que se discuten en el Centro son altísimas, prueba de la satisfacción de los usuarios.

---

<sup>65</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Licda Marcela Chavaría Pozuelo “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador. Pág. 48

### **C. Diferencias entre arbitraje y otros medios de resolución alterna de conflictos.**

La idea de delegar en los sujetos la resolución de los conflictos que surgen en sus propias relaciones no es novedosa, todo lo contrario, en el origen mismo de los conflictos interpersonales esa era la tendencia; fue a partir del surgimiento de los grupos organizados que se decidió otorgar cuotas cada vez mayores de decisión a los líderes hasta llegar a otorgar la hegemonía sobre la resolución de los conflictos a las estructuras de poder representadas por el Estado Nación.

Para entender mejor el arbitraje puede tomarse como referencia su comparación con otras figuras de resolución alterna de conflictos, como son la Por otro lado tenemos la.

#### **1. Mediación y conciliación**

Existe discusión doctrinaria acerca de si la mediación es una forma autocompositiva o heterocompositiva de resolución de los conflictos. Para efectos de este trabajo preferimos considerar a la mediación otra de las formas heterocompositivas de resolución de los diferendos que se presentan en las relaciones de los sujetos, esto porque supone la participación de un tercero imparcial en el conflicto, aunque con otra clase de facultades. No puede decirse que su participación es menos importante, el sólo hecho de que tenga a su cargo lograr que las partes negocien sobre un tema y dirigir el debate nos hace considerar la figura como heterocompositiva.

Sin embargo la figura se diferencia del arbitraje porque en esta modalidad el tercero componedor actúa solamente como propiciador de un clima de arreglo entre las partes.

El mediador, a diferencia del árbitro solamente se encarga de “sentar a las partes en la mesa de negociación” y de mantener el orden en las conversaciones, en procura de llegar a un acuerdo: *“Este tercero únicamente acerca a las partes para que ellas mismas solucionen el conflicto, pero no propone una solución, a diferencia del conciliador. Los mediadores son llamados a dirigir un proceso justo y no a alcanzar un acuerdo predeterminado”*<sup>66</sup>

Sin embargo esta consideración no es sólida dentro de la doctrina. No parece lógico que como tercero no pueda proponer soluciones, aunque estas no sean de carácter obligatorio para las partes. El mediador está facultado para proponer a las partes en disputa soluciones al conflicto, aunque estas le hagan cambios que satisfagan sus pretensiones.

Por otro lado, lo que se busca a través de este instrumento es alcanzar un arreglo efectivo, real: *“...Debe ser de solución directa, ya que el acuerdo conciliatorio debe estar dirigido a la solución inmediata del conflicto. No sería una conciliación el llegar a un acuerdo del nombramiento de peritos para que ellos definan. Esto sería un acuerdo mediato de disputa poniendo fin al proceso establecido con las consecuencias jurídicas”*<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> ALVARADO ROLDAN (Myrna) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Magally) y SALAS CHAVARRIA (Eugenie) “El Arbitraje Administrativo” San José USA 2000 p.26

<sup>67</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dr Oscar González Camacho “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador. Pág. 156

La autoridad del mediador y la relevancia de su gestión se encuentran en su capacidad de propiciar un clima de arreglo entre las partes, para que sean ellas directamente las que propongan la solución que han de adoptar.

En algunos textos podemos encontrar que se señala la conciliación como sinónimo de la mediación, por las muchas características que comparten. Sin embargo la diferencia básica que podemos encontrar en estas figuras es que la conciliación admite aplicación fundamentalmente en el ámbito judicial además del extrajudicial y la mediación se aplica en el medio extrajudicial.

Dadas las características comunes de los institutos en este apartado los estudiaremos conjuntamente, aunque sin considerarlos sinónimos.

Así, la conciliación puede definirse como: *“...un mecanismo no adversarial en el cual las partes actúan en forma conjunta en la búsqueda de opciones, existe una devolución del conflicto a las partes, pues ellas son quienes controlan el contenido del proceso y acuerdan la decisión del asunto según sus intereses...”*<sup>68</sup>

La diferencia básica en estos dos institutos es el hecho de que en la conciliación el tercero componedor, además de acercar a las partes y procurar el clima de arreglo, tiene un papel más activo, cuenta con la facultad de emitir criterio acerca del arreglo, puede proponer soluciones a las partes, que aunque no son de acatamiento obligatorio pueden

---

<sup>68</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Licda. Hazel Delgado “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador. p 92

resultar en el arreglo de la controversia, aunque las partes acuerden hacerles modificaciones.

Estas dos instituciones aparecen reguladas en el Capítulo II de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. En ese capítulo se admite la posibilidad de que ambas, tanto la mediación como la conciliación se aplique en la vía judicial o en la extrajudicial, incluso a instancia del juez, quien está obligado a homologar el acuerdo si es que se llega a uno (artículos 4 al 7)

Igualmente se establecen formalidades al acuerdo que se emita en virtud de la conciliación o mediación. Se fijan restricciones a quien ejerza el cargo de mediador o conciliador que se refieren básicamente al deber de respetar el principio de reserva y su consecuente secreto profesional, y de abstenerse de participar en procesos judiciales relacionados con la desavenencia (artículos del 12 al 16)

## **2. Transacción**

La figura de la transacción como instrumento para la resolución de los conflictos debe entenderse como un medio de auto-composición, pues, a diferencia del arbitraje, de la mediación y la conciliación, en este supuesto no interviene un tercero en la promoción de la resolución de la disputa, ni en la emisión de una resolución vinculante para las partes. En esta figura son las mismas partes, por su propia voluntad las que acceden someter sus diferencias a discusión y entre ellas lograr un acuerdo, todo sin la intervención de un agente externo al conflicto.

La principal característica de la transacción es que las partes hacen recíprocas concesiones. No importa si hay equivalencia entre la materia o el valor de la concesión que hace cada parte, lo que en realidad interesa es que para cada una resulte justo y suficiente lo cedido por la otra como para dar por terminado el conflicto.

En nuestra legislación se encuentra aparejada la aplicación de la figura de la transacción con la del arbitraje, ya que el artículo 27 inciso 3 de la LGAP faculta al Presidente, conjuntamente con el Ministro del ramo a transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo. Asimismo en el artículo 2 de la Ley RAC se contempla la transacción como medio alternativo para la resolución de las disputas, esto relacionado con el artículo 18 de ese mismo cuerpo normativo, que dispone que el Estado está también facultado para someter sus controversias a arbitraje, que aunque no menciona específicamente la transacción, según lo dispuesto en el Dictamen C-111-2001 de la Procuraduría General de la República *“...a la luz de estas disposiciones se puede afirmar que existe una autorización general para que la Administración pueda someter sus diferencias a transacción, lo anterior por mención expresa del artículo 27 antes aludido... y por interpretación ampliativa del citado numeral 18”*<sup>69</sup>

Siguiendo con lo dispuesto por la Procuraduría en el citado dictamen, se puede asegurar que la opción de dirimir las disputas por esta vía cubre tanto a la Administración centralizada como a la descentralizada. La decisión de someter a transacción un conflicto debe ser tomada por el jerarca respectivo o en ejercicio de la delegación de funciones por

---

<sup>69</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. Dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001

un funcionario distinto del jerarca, en utilización de la representación institucional y debe tratarse de un acto motivado.

Si bien no existe norma expresa que regule las materias transigibles, queda clara la imposibilidad de transar sobre aspectos que tienen norma en contrario, entre las que se incluyen las disposiciones reglamentarias, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Así puede pensarse que se tiene una mayor opción de materias transables sobre las arbitrables, dado que es directamente la Administración la que negocia. Sin embargo este punto es discutible.

### **3. Negociación**

El proceso de la negociación se extiende mucho antes del momento en el que propiamente se ejecuta. Con Franklin Paniagua<sup>70</sup> podemos determinar tres momentos de relevancia en la gestación de la negociación: en primer lugar está la pre-negociación, que es el conocimiento previo que se desarrolla sobre el conflicto, sus partes y sus pretensiones; luego tenemos la negociación propiamente dicha, que es la fase donde las partes dialogan y buscan un acuerdo, con observancia de aspectos clave como la comunicación entre los negociantes, la competencia que éstos tengan para pronunciarse con propiedad sobre los temas a discutir y su poder de decisión. Y por último debe considerarse la implementación de lo acordado, que es el resultado efectivo de la

---

<sup>70</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador.

negociación, la viabilidad de la aplicación de las medidas adoptadas en la relación entre las partes que generalmente no termina con la negociación.

Son varias las modalidades de negociación, pero la que nos interesa es la **negociación por intereses** que busca, más que una victoria sobre la contraparte en el conflicto, la satisfacción de los propios intereses. Es una actitud más abierta y complaciente al arreglo, y es fundamental en las relaciones del administrado con la Administración pues generalmente estas relaciones contractuales se extienden en la práctica mucho más allá del conflicto.

En la Opinión Jurídica OJ-155-2001 se resalta el hecho de que los límites para la negociación los constituyen *“...el no quebrantar nuestro ordenamiento jurídico, y que esta se encuentre dentro del marco del Convenio a la luz del cual surge el conflicto...”*

Es decir, esta figura admite una aplicación mucho amplia que las otras estudiadas, sin embargo en la práctica administrativa es muy escasa, y su aplicación no está muy reglada en nuestro ordenamiento

Luego de haber estudiado la figura del arbitraje y en términos generales hacer referencia a la regulación que se le da en nuestro ordenamiento, podemos hacer un análisis más detallado de la materia que nos interesa: la aplicación efectiva y práctica de la figura en nuestro ordenamiento jurídico en los conflictos en los que interviene la Administración.



## **CAPITULO II: El arbitraje en la Administración: sus límites y su aplicación práctica.**

Es de sobra conocido que la actividad contencioso administrativa en muchos casos agrava el conflicto y no da soluciones reales por extenderse demasiado, lo que agota los recursos y la voluntad de las partes; pero de ninguna manera significa que el aparato estatal de administración de justicia no resulte efectivo.

Este es un mal con raíces más profundas de las que cualquier administrado puede calcular: son muchos los elementos que se conjugan en el deterioro de la esta actividad, entre los que alarma la reducción del presupuesto asignado al Poder Judicial y la disconformidad generalizada que se maneja en gran cantidad de entes estatales, por la falta de recursos y de personal, o por las malas condiciones de los recintos donde deberá darse la prestación, por ejemplo.

En estas situaciones la aplicación de las llamadas medidas de resolución alternativa de conflictos se presentan como una opción viable para alcanzar la solución de litigios al nivel de las partes interesadas, sin que el aparato estatal intervenga directamente, lo que en su correcta aplicación puede significar descongestionar en algún grado el ya de por sí sobrecargado sistema de administración de justicia.

Sin embargo la aplicación de estas medidas debe ir de la mano con el ordenamiento jurídico, debe regirse por los mismos principios y por iguales parámetros de valoración, aunque con fundamento en la activa participación de los sujetos en contienda se acepte la

exclusión de ciertas formalidades que en otra situación serían requisito para la validez de cualquier arreglo.

Si entendemos al arbitraje como un método de solución de controversias que deja abierta la posibilidad a las partes de que se sustraigan de la intervención de los órganos judiciales estatales para dirimir sus conflictos, tendremos que reconocer que la indelegabilidad de funciones del Estado no se presenta como un concepto tan estricto, y se arriesga en mucho su definición misma, aunque se le considere una forma "*institucionalizada y paralela de administrar justicia*"<sup>71</sup>

## **Sección 1: La cláusula compromisoria, su justificación y sus límites en los contratos suscritos por la Administración.**

### **1. Características y naturaleza**

En esta sección, al hacer un análisis de la cláusula compromisoria, notamos que las características de la figura en general ya las repasamos en los apartados referentes al arbitraje, por lo que la referencia en esta sección será breve, y dirigida a sus aspectos específicos.

Recordemos que está reconocida en la Constitución Política, artículo 43, la posibilidad de las partes (entre las que puede figurar la Administración) de someter sus diferencias a arbitraje, a través de la firma de un **contrato arbitral** que se entiende como

---

<sup>71</sup> FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). Ibid Pág. 12

*"...el marco dentro del cual el árbitro o árbitros, va (n) a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo)"*<sup>72</sup>

Podemos decir que representa la voluntad de los sujetos de derecho de resolver sus controversias en el ámbito de su propia voluntad con sus propias directrices: *"Las partes pueden manifestar su voluntad de solucionar sus conflictos antes de surgir estos o en el momento en que surjan (sic). Cuando lo hacen ANTES se hace a través de una cláusula en un contrato llamada CLAUSULA ARBITRAL, o por medio de un ACUERDO ARBITRAL si no media contrato; en ambos casos la cláusula o el acuerdo tiene validez y eficacia propia independientemente del contrato principal"*<sup>73</sup>

Para efectos de este trabajo nos interesa la cláusula arbitral, en primer lugar, sea la que convienen las partes al celebrar el contrato, dada la reciente tendencia en la Administración de incluir esta cláusula en sus contratos, incluso en sus carteles de licitación. Además nos interesa el acuerdo arbitral, que se presenta al momento de resolver el conflicto que se suscita a raíz del contrato, como consecuencia suya.

Con respecto a su naturaleza, puede decirse que es un contrato previo suscrito a la luz de un contrato efectivamente suscrito. Recordemos que si se suscribe en el documento contractual, es posible que nunca se ejecute, pues está muy alejado de la realidad pensar que todas las relaciones contractuales son conflictivas, en la mayoría de los supuestos las

---

<sup>72</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Voto 1079-93 de las 14 hrs. 48 min. Del 2 de marzo de 1993

<sup>73</sup> ALVARADO ROLDAN (Myrna) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Magally) y SALAS CHAVARRIA (Eugenie) "El Arbitraje Administrativo" San José IJSA 2000 p.69

partes están seguras de los elementos del contrato y sus relaciones se desarrollan sin mayor problema. Si es que nace a la luz de una diferencia

La importancia que reviste la cláusula compromisoria radica en que, el momento de su redacción se constituye en el momento más importante en el desarrollo del arbitraje, ya que es aquí donde se determina el curso que llevará el proceso. Recordemos que el contenido de este arreglo obliga a las partes a su ejecución en el marco en el que fue pensado, dentro de la línea en la que fue dispuesto. Se constituye en ley entre las partes.

Con el propósito de llegar a una noción más precisa en cuanto a la aplicación que se le da en la práctica administrativa a esta figura en nuestro ordenamiento, hice visitas a varias instituciones para entrevistar a personeros de los departamentos de Asuntos Legales para que nos ilustraran acerca de la aplicación que se da a la figura.

### **CORREOS DE COSTA RICA:**

En Correos de Costa Rica me entrevisté con el Licenciado Víctor Porras Morales<sup>74</sup>, quien me indicó que en la actividad contractual de esta institución es muy regular la aplicación de la cláusula arbitral en los contratos que suscriben, especialmente desde hace año y medio aproximadamente, principalmente con el propósito de agilizar la solución de cualquier descontento entre las partes como opción para no acudir a la vía judicial.

Según me informó, a pesar de que la figura no está muy desarrollada en la Ley de Correos, que es la que regula las actuaciones de esta institución, la cláusula se incluye en

---

<sup>74</sup> ENTREVISTA Realizada al Licenciado Víctor Porras Morales, quien labora en el Departamento de Junta Directiva de Correos de Costa Rica, en San José, Curridabat. El día 24 de etiembre del 2003

todos los contratos que suscriben, a partir de la inquietud de uno de los Directivos de la institución, que durante la discusión para la aprobación de un contrato por parte de la Junta Directiva preguntó que opción habría de incluir la cláusula compromisoria en casos de discrepancia entre las partes. No es un acuerdo de Junta ni una Directriz la que origina su aplicación.

A partir de este comentario, con el que los demás miembros estuvieron de acuerdo, se hizo consulta a la Contraloría General acerca de la procedencia de su aplicación, donde les dieron luz verde para incluirla en sus contratos.

Se nos facilitó una copia de la cláusula compromisoria, que es machotera y se incluye en todos los contratos. Según se nos comentó en la institución, la mayoría de las contrataciones que realizan son de suministro de bienes y servicios. A continuación transcribimos esta cláusula:

***“CLAUSULA DE ARBITRAJE:***

***DECIMA SEGUNDA:*** *Las controversias, diferencias, disputas o reclamos de carácter patrimonial, que pudieran derivarse del presente contrato, o el negocio o la materia a que se refiere, su ejecución, liquidación, interpretación o validez, que no pudieran resolverse en sede administrativa, deberán resolverse por medios de arbitraje de derecho, de conformidad con el Reglamento del Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional. El arbitraje será resuelto por un tribunal arbitral compuesto por tres miembros, los cuales estarán nombrados uno por EL CONTRATISTA, otro por EL*

*CORREO y un tercero nombrado por ambos árbitros de común acuerdo, quienes decidirán en derecho. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica será la institución encargada de administrar el proceso arbitral."*

Como podemos observar, en esta cláusula arbitral resaltan dos elementos básicamente: en primer lugar, como requisito para su aplicación debe tratarse de un conflicto imposible de resolver en sede administrativa, lo que puede interpretarse como que debe en primer lugar acudir a esa vía y si en ella no se da respuesta, acudir a la arbitral antes que a la judicial. Es importante este punto porque la Administración se garantiza que se observará en un inicio el procedimiento administrativo que tenga fijado para resolver ese tipo de conflictos, antes de que se le obligue a acudir a la vía arbitral.

El otro punto a resaltar, es que el arbitraje que se autoriza es el institucionalizado, específicamente el que ofrece la Cámara de Comercio, figura que ya hemos estudiado. No se admite, por lo tanto el arbitraje ad hoc ni ninguna otra variedad. Aunque es tan común su aplicación, no ha sido necesario hasta el momento aplicar la cláusula.

### **CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL:**

En esta institución me entrevisté con la Licenciada Mayra Acevedo Matamoros<sup>75</sup>, quien labora en el Departamento de Cobros Judiciales. Ella me indicó que esta institución no incluye la cláusula arbitral en el cartel ni en los contratos que suscribe. Tienen como

---

<sup>75</sup> ENTREVISTA Realizada a la Licenciada Mayra Acevedo Matamoros quien labora en las oficinas centrales de la Caja en la sección de Cobros Judiciales, el día 24 de setiembre del 2003

política la no utilización de esa cláusula, aunque no de manera expresa, ya que apenas manejan términos de referencia en cuanto a las posibilidades de su aplicación.

### **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD:**

En esta institución me entrevisté con el Licenciado Ernesto Iannarella Arguello<sup>76</sup>, quien labora en la sección de Contratación Administrativa de esa institución. Don Ernesto me indicó que en el ICE tiene por política institucional no acudir al arbitraje.

En su opinión, al tener cada una de las partes la opción de nombrar un árbitro, para que luego entre estos escojan al tercero, ya tiene un importante porcentaje del litigio ganado, porque uno de los árbitros estará ahí para defender sus intereses; se pierde la objetividad que caracteriza los procesos judiciales.

Dada la actividad de esta institución, donde los volúmenes de las contrataciones y los montos por los que se suscriben son enormes, no pueden correr el riesgo de que por un contratista incumpliente se vean en la obligación de acudir al arbitraje. Es de la opinión de que cada parte litiga por lo suyo y vela por sus intereses, y tener un árbitro pesa en la decisión final del tribunal, aunque no se lleve la razón.

Sin embargo, según me explicó, hasta hace unos años era común que algunos contratistas exigieran que se incluyera esta cláusula en el contrato, por lo que en los archivos de la institución está una cláusula compromisoria donde se sigue fielmente lo dispuesto por el texto de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos (Ver Anexo 1). Sin

---

<sup>76</sup> ENTREVISTA Realizada al Licenciado Ernesto Iannarella Arguello, funcionario del Departamento de Contrataciones del ICE en las oficinas de la Sabana el día 25 de setiembre del 2003

embargo es de especial importancia lo dispuesto en cuanto a los honorarios de los árbitros, párrafo que transcribimos:

**20. DE LOS HONORARIOS, GASTOS Y OTROS ASPECTOS FINANCIEROS:**

*20.1 Los honorarios y gastos del Tribunal de Arbitraje, serán fijados por el ICE y CONTRATISTA para cada uno de sus árbitros.*

*Cada PARTE pagará los honorarios del árbitro por ella nombrado. Los honorarios del tercer árbitro así como los gastos del Tribunal de Arbitraje serán pagados, por partes iguales, por cada una de las PARTES.*

*El monto de los honorarios del tercer árbitro no podrá ser superior al doble del monto menor que perciba el arbitro de PARTE.*

*20.2 Si no hay acuerdo de mayoría, no tendrán derecho al pago de honorarios.*

En esta cláusula podemos observar que con esta medida se garantiza que la institución no esté obligada a cancelar sumas desproporcionadas por concepto de honorarios a los árbitros, situación que, según nos explicó el Licenciado Iannarella, es común cuando se trata con empresas extranjeras que manejan grandes sumas de capital y están habituadas a pagar mucho dinero por asesorías de este tipo.

Como complemento de lo ya expuesto, el Licenciado Iannarella nos indicó que otro problema que los impulsa a seguir esta política de no arbitraje en la institución es el aspecto presupuestario, dado que en una eventual condenatoria a la Administración se compromete la Hacienda Pública, y en principio el contrato que incluya esta cláusula debe contemplar el respaldo presupuestario para hacer frente al gasto que esto significa, sin comprometer la ejecución de otros proyectos contemplados en el presupuesto aprobado para ese año.



Según me explicó, en su momento se habló de dos tesis, sin que la institución haya asumido alguna, dado que se evita su práctica: En primer lugar se habló de la posibilidad de que en cada proyecto se presupuestara un porcentaje para enfrentar esa eventualidad; y en segundo lugar, la creación de un fondo común para salir adelante con una eventual condenatoria. Sin embargo, como indicamos, ninguna de las dos opciones ha sido aun puesta en práctica, todo lo contrario, se evita al máximo la aplicación de la figura.

### **CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES:**

En esta institución me entrevisté con la Licenciada Patricia Arce Hernández<sup>77</sup> quien me indicó que se aplica esta cláusula con fundamento en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos No. 7762, en su artículo 4 inciso 2 que dispone:

*2.- La legislación costarricense será aplicable a toda relación jurídica originada con fundamento en la presente ley. Asimismo, los tribunales nacionales serán los únicos competentes para conocer de las situaciones jurídicas derivadas de las concesiones y dirimir los conflictos que puedan surgir durante la vigencia de los contratos. El cartel del concurso deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia.*

---

<sup>77</sup> ENTREVISTA Realizada a la Licenciada Patricia Arce Hernández, quien labora en la Asesoría Jurídica del Consejo Nacional de Concesiones, el día 25 de setiembre del 2003

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 39 de ese mismo cuerpo normativo que dispone:

***Artículo 39.- Cláusula arbitral***

*En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Esta cláusula se regirá por la legislación vigente sobre la materia*

Esto se complementa con lo dispuesto en el Reglamento a esta Ley que en su artículo 3 dispone:

*3.3 El cartel de licitación deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia, que se regulará conforme se dispone en la Ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, No. 7727 del 4 de diciembre de 1997.*

Se aplica la cláusula arbitral en todos los contratos que se suscriben. Podemos ver que el fundamento en este caso particular no se encuentra sólo en la Ley de Resolución Alterna de Conflictos, sino que específicamente en la Ley que regula la materia que desarrollan en esa institución. La cláusula se incluyó, por ejemplo en el contrato de Concesión de la carretera San José Caldera, suscrito entre el Presidente de la República y

el Ministro de Obras Públicas y Transportes y la empresa Cartellone y ACOSOL el 18 de setiembre del 2001 (Ver anexo 2). Esta cláusula es muy interesante porque se dispone como primera instancia la constitución de una Comisión Técnica de Conciliación que tendrá por objeto resolver controversias referidas a la interpretación, aplicación o ejecución del contrato entre otros puntos. En caso de que esta Comisión no logre el arreglo de las diferencias luego de los 30 días de solicitada su constitución se someterán las partes a un arbitraje obligatorio regido por el Convenio sobre arreglo de diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados, mismo que estudiaremos más adelante con mayor detalle (Ver arbitraje en el CIADI) Es interesantísima esta cláusula, ya que nos encontramos, en principio ante un arbitraje internacional. Sin embargo, se hace la salvedad de que la sede deberá ser en San José Costa Rica y el idioma será el español, así que la actuación del Centro se toma como referencia, lo que no le resta importancia. Se exceptúan de la aplicación de esta cláusula los asuntos que por Ley corresponde resolver a la ARESEP.

Pero cláusula arbitral en el Consejo Nacional de Concesiones no se aplica sólo en el contrato: el cartel incluye igualmente la referencia a la cláusula arbitral, por ejemplo la que se incluyó en el cartel de la licitación para la concesión de la carretera San José San Ramón (Ver anexo 3) donde se desarrolla ampliamente la figura. Se habla en primer lugar de la conciliación en manos de una Comisión Técnica de Conciliación, y en caso de que no se llegue a acuerdo por esta vía: *“Cualquier controversia relacionada con este contrato, bien sea referente a la interpretación, cumplimiento, ejecución, resolución o indemnización, que no pueda ser resuelta en sede administrativa mediante los procedimientos establecidos en el contrato, o que habiendo sido resuelta sólo quepa la vía*

*judicial por haberse agotado la vía administrativa o que no haya habido conciliación, se podrá someter como solución alterna a un procedimiento de arbitraje obligatorio de derecho que estará regulado por este contrato y por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos N° 7727 (...) Se incorpora en este cartel la autorización del Poder Ejecutivo para el arbitraje, en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 27 de la LGAP”*

Se dispone que el arbitraje sea de derecho, en idioma español y con sede en San José, Costa Rica, y se regirá por las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica o ciertas entidades afines que se especifican en el documento.

Igualmente se han aplicado estas medidas en el cartel y en el contrato de la concesión de la Cárcel de Pococí y en el cartel de la carretera San José Cartago, en elaboración en este momento.

Según las declaraciones de la Licenciada Patricia Arce, se incluye esta cláusula porque da mayor seguridad a los inversionistas extranjeros y a los potenciales oferentes para concursar en la licitación. Sin embargo, hasta el momento no han tenido que aplicar la cláusula en la práctica.

El análisis de estos casos prácticos en los que se aplica la cláusula compromisoria ha resultado muy interesante y enriquecedor, y nos brinda una perspectiva más amplia de la situación actual de la figura del arbitraje en los contratos de licitación que suscribe la Administración.

## **2. Elementos.**

Entre los elementos esenciales de la cláusula arbitral, tenemos en primer lugar que debe contener efectivamente una manifestación clara de la voluntad de las partes de acudir a esta vía. Debe ser efectiva en su contenido para que no quepa duda entre las partes de su obligatoriedad.

Como complemento de esto, se debe especificar claramente el alcance de la cláusula, las materias que las partes ha resuelto discutir en esta vía. Todo con respecto a una relación jurídica determinada y específica entre las partes. Esto se refiere a la necesidad de determinar claramente el objeto de la relación arbitral, en contraste con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, ya que no se admite la renuncia genérica a los mecanismos tradicionales de administración de justicia dispuestos por el Estado en ejercicio del monopolio que detenta sobre estas materias.

Por otro lado, sin que sea de obligatoria observación, entre las facultades de las partes está pronunciarse acerca de elementos específicos que pueden incluir en la cláusula si es esa su voluntad. Siempre que se observen las disposiciones legales, pueden referirse a la composición del tribunal, a elementos específicos relacionados con su nombramiento; disponer desde un inicio los factores que deberán observarse en cuanto a la fijación de la sede del tribunal; incluir la opción de aplicar normativa específica en cuanto a cuestiones de fondo o procedimentales; pronunciarse acerca de elementos meramente de trámite, como los medios de notificación.

Pueden pronunciarse acerca de los honorarios de los árbitros y el proceso que se observará para su cancelación, sobre el idioma en que se desarrollará el proceso y lo referente a traducciones e intérpretes.

### 3. Validez y eficacia

Todas las disposiciones que las partes acuerden en la cláusula arbitral o en su momento en el acuerdo arbitral, deben sujetarse en todo momento a lo que tenga dispuesto el ordenamiento para estos efectos; la validez de la cláusula se sujeta a su conformidad con el ordenamiento. La validez se mide de acuerdo con el supuesto de hecho, donde nace en primer momento la cláusula. No son admitidas en la cláusula arbitral disposiciones contrarias a derecho o al orden público. Por ejemplo, no es aceptado que las partes dispongan un tribunal integrado por un número par de árbitros, sin establecer el procedimiento para nombrar otro, por lo que cualquier acuerdo que contravenga esto será inválido.

Con respecto a los elementos necesarios para la validez de la cláusula, se identifican con los que ya analizamos en el arbitraje: los sujetos, su capacidad y competencia, su legitimación, la capacidad del árbitro, las materias arbitrables.

Las autorizaciones que se contienen en la cláusula deben disponerse con prudencia, proyectadas a futuro, porque si se incluyen disposiciones muy específicas, podrían comprometer la ulterior validez y eficacia de la cláusula al momento de aplicarla. Por ejemplo, no es juicioso nombrar a los árbitros que resolverían el conflicto desde ese momento, o incluso en la redacción del acuerdo, cuando ya se ha presentado el conflicto, ya que si por alguna razón no aceptan desempeñar el cargo, la cláusula o el acuerdo es nulo, y no podrá ejecutarse con variaciones sustanciales en sus disposiciones. Lo

conveniente es que las partes hagan autorizaciones genéricas en este sentido, referentes más bien a procedimiento.

Recordemos que para ejecutar la cláusula compromisoria debe en primer lugar, presentarse el conflicto entre las partes. Sólo en ese momento podemos hablar de la eficacia de la cláusula. En ese momento se determina, de acuerdo con la naturaleza del conflicto y la materia sobre la que se genera el desacuerdo, si es procedente la aplicación de la cláusula. Depende de las especificaciones que se han dispuesto en ese sentido si es válida su aplicación.

Si procede su aplicación, podemos decir que se conformó la eficacia de la cláusula, aunque el acuerdo no se desarrolle de conformidad con lo dispuesto por las partes. A partir de la eficacia de la cláusula nacen derechos y deberes de las partes: se tiene el derecho de exigir que se ejecute la cláusula, y el deber de acudir al proceso si la parte lo exige; las obligaciones que nazcan para las partes a partir del laudo deben cumplirse en los términos que ahí se dispongan de manera obligatoria y sin que quepan recursos en su contra aparte del de revisión y el de nulidad.

#### **B. Límites y justificación del arbitraje en derecho administrativo**

**UNICO: Disposiciones doctrinarias y jurisprudenciales que justifican y limitan la cláusula compromisoria.**

Como vimos, a partir de la disposición contenida en el artículo 43 de la Constitución Política que reza

*“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”*

se encuentra fundamento a la figura del arbitraje.

A partir de esto, en el Código Procesal Civil, artículo 508, se amplía el concepto y se faculta al Estado para acceder a este mecanismo de resolución de conflictos:

*“El Estado, sus Instituciones y las municipalidades podrán también someter a la decisión de árbitros o de peritos, conforme con los trámites de este capítulo, previa autorización de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo, según corresponda, las pretensiones en que figuren como partes interesadas”*

Por otra parte esta disposición encuentra respaldo en lo contenido en el artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública que específicamente autoriza a la Administración a resolver conflictos por la vía arbitral, que en lo que interesa dice:

*“Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la república... 3. Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos de ramo”*

A partir del hecho de que la Administración Pública tiene personalidad jurídica, con capacidad de actuar en la esfera del derecho público y del derecho privado, en ejercicio de las potestades de imperio y de los deberes públicos irrenunciables, solamente por una ley se puede dar autorización para dejar de ejercer una de estas potestades.



La autorización genérica e indeterminada que tiene la Administración de someter sus controversias a arbitraje no puede entenderse como manifestación de la voluntad del legislador de restar valor al principio de jurisdicción ordinaria, en el que el monopolio del ejercicio del poder sancionatorio se encuentra en manos del Estado, pero resulta claro que admite excepciones que podrían significar acelerar el proceso de búsqueda de la justicia. A pesar de esto, prevalece la línea de asegurarse la creación de mecanismos de control severos, que garanticen la aplicación apropiada de la figura y no la deja a la libre voluntad de las partes, lo que se demuestra en el citado artículo 508 *in fine* del Código Procesal Civil, y en su momento en el párrafo 4 del artículo 27 de la LGAP<sup>78</sup> que disponía la necesaria aprobación de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo si era el caso, para someter la solución de un asunto al tribunal arbitral, facultad del Presidente en conjunto con el Ministro del ramo.

En el pronunciamiento de la Sala Constitucional que evacua consulta acerca de la constitucionalidad del Convenio sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>79</sup>, se resaltan varios puntos importantes con respecto a la figura del arbitraje: *“la constitución recoge el instituto del arbitraje como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamado compromiso arbitral y en lo que respecta a la*

---

<sup>78</sup> Párrafo 4 del art. 27 LGAP fue derogado por Ley 7495 del 3 de mayo de 1995 Ley de Expropiaciones.

<sup>79</sup> Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965. Aprobado mediante ley 7332 publicada el 16 de abril de 1993.

aplicación de la figura cuando la Administración interviene como parte, referido al artículo 508 CPC: *"...la norma del Código Procesal Civil citada viene a precisar un tanto en qué condiciones el Estado puede someter a árbitros los diferendos patrimoniales que tenga con otras personas<sup>80</sup>"*

En un análisis breve de las situaciones en las que las relaciones se dan entre el Estado y sujetos nacionales de otro Estado podemos decir de conformidad con el citado convenio, que se dispone la aplicación de la figura únicamente cuando de previo se ha agotado todos los medios locales para la solución del conflicto, sea la vía judicial o la vía administrativa, que se entiende agotada incluso cuando se da denegatoria de justicia, por ejemplo al exigir al nacional requisitos y condiciones procesales que hagan imposible seguir con el procedimiento o proceso local. Debe considerarse que el arbitraje está autorizado aun cuando existe litigio pendiente; pero es otra la situación si las partes se han acogido a la vía judicial del país y está fenecida. En este caso su aplicación es improcedente.

Con la adopción de este Convenio se crea el Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), auspiciado por el Banco Mundial, que según lo dispuesto en el artículo 1 inciso 2 del Convenio, tiene por naturaleza:

*"...2 El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y*

---

<sup>80</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Voto I079-93 de las 14 hrs. 48 min. Del 2 de marzo de 1993

*nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”*

Este es un ejemplo de arbitraje internacional.

Por su parte, la Ley de Expropiaciones Número 7495 del 8 de junio de 1995 procura agilizar el proceso cuando se trata de ejecutar una expropiación y señalar el precio justo en el avalúo administrativo. En su artículo 27 autoriza a las partes a acudir en cualquier momento procesal al arbitraje, y hace mención de dos tipos: el interno y el internacional. El primero se presenta cuando el conflicto es regido por la legislación nacional y será de peritos; el segundo supuesto se da si el mecanismo está contemplado en un instrumento de derecho internacional.

Se rescata el hecho de que es admitido en cualquier etapa procesal, tanto administrativa como judicial. Se establecen tres tipos de conflicto: los de carácter patrimonial (la determinación del precio justo) “*..5 cuestiones a tomar en cuenta:*

- *el arbitraje técnico será de peritos*
- *el diferendo debe regirse por la legislación procesal costarricense, es decir, que no sea aplicable el CIADI*
- *los gastos correrán por cuenta de la Administración Pública que está expropiando*
- *se establecen criterios obligatorios de valoración...”<sup>81</sup>*

---

<sup>81</sup> ALVARADO ROLDAN (Myrna) y otras “El Arbitraje Administrativo”. San José. IJSA. 2000. p.53

Los que versan sobre diferencias de fondo, en segundo lugar, es decir, sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar. Esto deberán ser resuelto antes de determinar el justo precio, y será ejercido mediante arbitraje de derecho. Por último tenemos las diferencias de carácter internacional, en las que es de obligatoria aplicación lo dispuesto en un convenio internacional como el comentado párrafos adelante Convenio de Arreglo de Diferencias entre Estados y nacionales de otros Estados.

Por otro lado la Ley de Contratación Administrativa Número 7494 del 1 de mayo de 1996 refuerza la tendencia a aceptar las medidas alternas de resolución de los conflictos como una solución viable de las controversias que se dan en la Administración. Específicamente el artículo 61 dispone, con respecto al recibo de la obra pública dada en contrato:

*“...En caso de discrepar sobre las condiciones de la obra, la administración podrá recibir bajo protesta y así lo consignará en el acta de recibo. La discrepancia podrá resolverse mediante arbitraje, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos de derecho internacional vigentes...”*

Por su parte, en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, artículo 67 inciso 6.3 se reconoce también esta opción:

*“...La discrepancia podrá resolverse en los términos que determine el cartel o mediante arbitraje, de conformidad con las regulaciones*

*legales y los instrumentos de derecho internacional vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que procedan...”*

Debe aclararse que la Ley de Contratación Administrativa no regula la figura del arbitraje ni su aplicación, aunque sí la contempla como mecanismo válido de resolución de conflictos, de conformidad con el pronunciamiento de la Contraloría General de la República en el que se asegura esa situación por la propia naturaleza del arbitraje: “...*un árbitro ejerce una competencia especial para dictar resolución en un asunto específico, y suplir, por facultad legal y acuerdo de las partes involucradas en la controversia, el poder jurisdiccional del Estado. ...La labor del árbitro deriva de los propios poderes del Estado, y está vinculada con su función jurisdiccional, por lo que no es materia que se regule en la Ley de contratación Administrativa*”<sup>82</sup>

Por otro lado, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos Número 7762 del 16 de junio de 1998 admite la resolución de los conflictos en los que interviene la Administración por la vía arbitral. En el artículo 4 encontramos esta disposición:

*“El cartel del concurso deberá autorizar la vía de arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia”*

Y en el artículo 39 de ese mismo cuerpo normativo se incluye el siguiente texto:

---

<sup>82</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 3882 del 19 de abril fe 1999. DGCA 451-99

***“Artículo 39.- Cláusula arbitral***

*En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Esta cláusula se regirá por la legislación vigente sobre la materia”*

Lo que se complementa con lo dispuesto en su Reglamento en el artículo 3 inciso 3.3:

*“El cartel de licitación deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia, que se regulará conforme se dispone en la Ley sobre la resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social...”*

Dado que ya hemos hecho un análisis detallado, con ejemplos, de la aplicación que se da de esta normativa en la práctica de la actividad de contratación de este Centro, en esta sección nos limitamos a su sola mención.

En el texto de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley Número 7472 del 1 de julio de 1996 se consagra también el mecanismo del arbitraje para dirimir conflictos. La misma naturaleza de este cuerpo normativo justifica que incluya el arbitraje, ya que se dirige a la defensa de los intereses y derechos legítimos de los consumidores, para tutelar la competencia y concurrencia del mercado de ofertas. También facilita el acceso del consumidor a las vías administrativas y judiciales en el ejercicio de sus derechos, y respalda a los comerciantes en el ejercicio de su oficio.

Es por estas razones que dispone en el numeral 55:

*"Arbitraje: En cualquier momento y de común acuerdo, las partes pueden someter su diferendo, de forma definitiva, ante un árbitro o tribunal arbitral, para lo cual deben cubrir los gastos que se originen.*

*Las partes pueden escoger el árbitro o al tribunal de una lista-registro que, al efecto, debe llevar la Comisión Nacional del Consumidor*

*Lo árbitros pueden cobrar honorarios por sus servicios.*

*Las personas incluidas en la citada lista deben ser de reconocido prestigio profesional y contar con amplios conocimientos en la materia"*

En cuanto al Reglamento a esta Ley, se dispone que se aplique el ordenamiento nacional en los procedimientos dentro del arbitraje, en el artículo 72:

*"Cuando las partes decidan acudir al arbitraje en los términos del artículo 55 de la Ley, se aplicarán las reglas de la legislación procesal común. Los órganos y entidades gremiales, representativas del sector podrán formar sus propios centros de arbitraje y entendido, en todo caso, que su intervención deberá ser consentida por todos los interesados. La decisión de someter a arbitraje un caso no impedirá que la CNC conozca o continúe conociendo de sus aspectos no patrimoniales, cuando estime que está de por medio el interés de la colectividad..."*

Pero donde el tema del arbitraje específicamente se materializa como una práctica regulada es en la Ley 7727, “Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la paz social” del 9 de diciembre de 1997. Esta Ley se enuncia como una opción para lograr la paz social, derecho de cada ciudadano en una comunidad democrática. Basta un breve análisis de este cuerpo normativo para evidenciar que se rige fundamentalmente por el Principio de Libertad, el respeto a la autonomía de la voluntad resalta prácticamente en todas sus disposiciones.

En un rápido recorrido por esta ley encontramos disposiciones como la contenida en el artículo 3 que establece que procede el acuerdo para solucionar el conflicto de particulares **en cualquier momento**, aun cuando haya proceso judicial pendiente, disposición que armoniza perfectamente con el principio de autonomía de la voluntad. Es tan amplio este concepto que más adelante en el mismo artículo se señala la posibilidad de hacer uso de este instrumento en los casos en los que se ha dictado sentencia judicial y adquirió firmeza, si es esa la voluntad de las partes en litigio.

En el artículo 21 está la posibilidad de someter el litigio a conocimiento de un ente especializado en el tema si es esa la voluntad de las partes, pero como vimos antes el tribunal *ad hoc* es la otra opción que manejan las partes. El artículo 39 por otro lado se refiere a la libertad de las partes de escoger el procedimiento en observancia a los principios de debido proceso, derecho de defensa y de contradicción. Sin embargo esta interpretación se separa de lo que tradicionalmente ha resuelto la Sala Constitucional en cuanto a la fijación del debido proceso.



En los artículos 9 y 58 se asigna carácter de cosa juzgada material al laudo que emite el tribunal (acuerdo extrajudicial) Se dispone que tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios de forma inmediata. Pero es lo dispuesto en el artículo 58 *in fine* lo que no nos deja duda de que toda la estructura desarrollada en la Ley en estudio se dirige a resolver conflictos entre particulares:

*“...el Tribunal expondrá las razones en que se basa el laudo, salvo si las partes han convenido, expresamente, en que este no sea motivado. Los laudos arbitrales dictados en arbitrajes de derecho siempre serán motivados”*

A partir de esto se reconoce la importancia del laudo, el pronunciamiento que emite el tribunal arbitral, que reviste carácter de cosa juzgada y es de acatamiento obligatorio para las partes. Ese carácter se justifica por la activa participación de los sujetos en conflicto en el nombramiento del tribunal arbitral y en la fijación del derecho aplicable para la resolución del litigio. A la luz de estas consideraciones parece ilógico que se admita recurso contra el laudo, salvo el de adición o aclaración.

Ya que hemos revisado brevemente la naturaleza de la normativa contenida en la LRAC, parece sorprender lo dispuesto en el artículo 18 *in fine*, que reza:

*“...Todo sujeto de derecho público, incluyendo el 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”*

Así, la ley en estudio mantiene durante todo su articulado una clara dirección a regular las relaciones entre particulares, los procedimientos y los institutos que regla son dispuestos de manera evidente para ser regidos por el principio de la libre voluntad de las partes. Y con una autorización genérica (como parece común en nuestro ordenamiento al ampliar estas materias a la Administración) se introduce la posibilidad de usar el instituto del arbitraje en las materias de derecho público, a pesar de que es de sobra conocido que el principio de legalidad rige todas las actuaciones de la Administración.

En el pronunciamiento C-089-99 del 10 de mayo de 1999 de la Procuraduría General de la República se reconoce que la autorización del arbitraje en conflictos donde es parte la Administración no es suficiente al indicar que: *“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... es insuficiente la regulación del arbitraje en el sector público...”*

A partir de esto y aún en estudio de este pronunciamiento, se puede asegurar que son básicamente dos las lagunas que se crean en torno a la aplicación del arbitraje en la Administración: lo que se refiere a las materias arbitrables y lo que versa sobre la capacidad del sujeto público de someter esta materia a arbitraje.

## **Sección 2: Análisis de la aplicación práctica del arbitraje en la Administración y posibles reformas.**

Recordemos que este análisis se hace con respecto a la ejecución de una cláusula arbitral o de un acuerdo arbitral que se suscribe dentro del marco del cumplimiento de la prestación objeto de la licitación, sea pública, restringida o por registro.

No analizaremos aquí el trámite necesario para la aprobación de una resolución arbitral con respecto a una controversia surgida en el desarrollo de la actividad diaria de la entidad de que se trate, ya que su aplicación reviste mucha menos complejidad. Hablamos aquí de la voluntad que prevalece en las partes desde el inicio de la relación con respecto a solucionar por esta vía una eventual desavenencia que surja con motivo de su relación, y que debe versar sobre las materias que se conocen como arbitrables.

#### **A. Escogencia del procedimiento general para la aplicación de la cláusula arbitral**

Como vimos, el presupuesto para la procedencia del proceso arbitral en toda relación es la existencia de la cláusula arbitral. A partir de esto las partes pueden iniciar el desarrollo de los requisitos fácticos para el dictado del laudo.

##### **1. Constitución del Tribunal Arbitral**

Como ya hicimos estudio de la figura del árbitro, sus características y naturaleza, en este apartado haremos un estudio meramente procesal de los requisitos que deben seguirse para el nombramiento del tribunal arbitral.

En primer lugar se presenta el procedimiento que debe observarse en su nombramiento, regulaciones que aparecen contenidas en los artículos 24 y siguientes de la

Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. En lo que atañe a la cantidad, el tribunal puede ser unipersonal o colegiado, en cuyo caso deberá ser de tres o más miembros, siempre en números impares. Será de tres si las partes no han resuelto lo contrario. Es importante que el número de árbitros sea impar para efectos de votación, pues de esta forma se garantiza que no habrá empates.

Recordemos que la Administración solamente está autorizada para participar en arbitrajes de Derecho, por su sujeción al principio de legalidad que debe regir todas sus relaciones. Es requisito para los árbitros que conformen este tribunal ser abogados con un mínimo de cinco años de incorporados en el Colegio de Abogados.

El nombramiento del tribunal unipersonal se efectúa a través de la escogencia de entre los candidatos que las partes sugieren. Esta propuesta de árbitro deberá contener el nombre, domicilio y dirección exacta del candidato y los méritos que lo harían merecedor del nombramiento. Si no han resuelto nada en un plazo de quince días cualquiera de las partes puede solicitar la intervención de cualquier entidad autorizada en el ejercicio del arbitraje institucional para que lo asigne, sea la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de la lista que debe tener la Corte Plena para ese efecto, o el Colegio de Abogados (artículo 26 Ley RAC)

Otra opción para la constitución del tribunal es que se asigne un tercero imparcial para que nombre el árbitro, en un plazo de quince días desde que las partes se lo soliciten. En caso de atraso opera el mismo principio de solicitar a un ente autorizado que lo nombre (Art. 27 Ley RAC). En estos casos debe aportarse al tercero el acuerdo o cláusula arbitral para que verifique su procedencia

En cuanto al tribunal colegiado, para la elección de los árbitros cada parte propone uno y entre los dos árbitros designados escogen al tercero. Se aplica el mismo principio si son más de tres los árbitros. Los árbitros deberán comunicar a las partes si aceptan el nombramiento, y deberán instalarse y disponer el inicio del procedimiento (artículo 32 Ley RAC).

Se contemplan como causas de recusación de los árbitros las mismas que se aplican a los jueces, y las circunstancias que provoquen la duda razonable de la parte en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro. Si acaso esta duda nace en la parte que lo propuso, debe fundamentarse en razones que desconociera al momento de nombrarlo como candidato. Este recurso debe interponerse dentro de los ocho días siguientes a la notificación del nombramiento, a través de gestión motivada y si es necesario, respaldada con pruebas. En caso de que el árbitro recusado se aleje del proceso, se nombrará un sustituto con observancia de los mismos procedimientos que se fijaron para el nombramiento regular del árbitro (artículos 31 y 33 Ley RAC)

Si se da el caso de que el árbitro se niegue a renunciar y la otra parte no acepte la recusación, será el tribunal arbitral el encargado de decidir sobre su permanencia. Por otro lado, en caso de muerte, renuncia o impedimento sobreviniente del árbitro, se seguirá el mismo proceso para nombrar al sustituto, pero en caso de que sea el presidente el que se separa del proceso por alguna de esas causas, procederá repetir todas las audiencias que se hayan efectuado. Si es otro de los miembros, quedará a juicio del tribunal si se repiten o no (artículos 34 35 y 36)

Entre las competencias del tribunal, se encuentra la facultad de pronunciarse acerca de las objeciones referidas a su propia competencia y sobre la existencia y validez del acuerdo arbitral y del convenio del que forma parte, que se considera un acuerdo independiente. es decir, si se declara la nulidad del convenio, no necesariamente traerá como consecuencia la invalidez de la cláusula arbitral. (artículo 37 Ley RAC)

Todas las cuestiones relativas a la incompetencia del juez deben presentarse como excepciones previas, como máximo en la contestación de la demanda arbitral. Pero queda a criterio del tribunal si las resuelve aunque la parte haya perdido la oportunidad procesal para interponerlas (artículo 38 Ley RAC)

## **2. Determinación del derecho aplicable**

A partir de la disposición contenida en el artículo 39 de la Ley de Contratación Administrativa se faculta a las partes a ser ellas las que fijen el procedimiento que se aplicará en el proceso arbitral, con sujeción a los principios del debido proceso, de contradicción y de defensa. Esto presupone, en primer lugar, la determinación del derecho que regirá las relaciones.

Si es que las partes no llegan a un acuerdo en este sentido, el tribunal deberá dirigir el proceso en estricto apego a los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad, para la búsqueda de la verdad real. Durante todo el proceso de arbitraje el tribunal, a petición de parte o de oficio, podrá celebrar las audiencias que considere necesarias para recibir y evaluar cualquier tipo de prueba o presentar alegatos orales.

Todas las gestiones de parte deberán ser comunicadas al tribunal y a la otra parte de forma simultánea

Si las partes no logran acuerdo en cuanto al lugar donde se celebrará el arbitraje, el tribunal será el encargado de fijarlo, de acuerdo a las reglas de la conveniencia. Pero el tribunal tiene libertad para reunirse en cualquier sede que considere adecuada para la recepción de pruebas o para la deliberación, previa notificación con tiempo suficiente a las partes para que puedan acudir. El laudo debe ser dictado en el lugar del arbitraje (artículo 40 Ley RAC)

Sin embargo en los casos de arbitraje administrativo, que es el que nos interesa, estas consideraciones, si bien revisten importancia en cuanto a marco de referencia, no son del todo relevantes. Recordemos que la Administración se encuentra sujeta en todas sus actuaciones al principio de legalidad, y por disposición expresa de la Procuraduría General de la República sólo puede someterse a arbitrajes de derecho, y en tribunales colegiados.

Esta disposición admite una interpretación extensiva que nos llevaría a concluir que si es requisito el arbitraje de derecho y el tribunal colegiado, no tiene sentido que se admita la aplicación de normas de derecho extranjero en los casos en los que la Administración es parte, ya que de conformidad con el bloque de legalidad debe aplicarse el derecho interno, por lo que no tiene sentido discutir sobre el derecho aplicable.

Claro que esto no incluye los casos que versan sobre relaciones de la Administración con sujetos de derecho de otros Estados, donde prevalecerá el procedimiento dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

El idioma en el que se lleve a cabo el arbitraje siempre será el español. Toda gestión o prueba que se presente en otro idioma deberá acompañarse de su respectiva traducción.

**Arbitraje en el CIADI:** En lo que se refiere a los casos contemplados en Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados el competente para conocer el proceso arbitral es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que actúa sobre el conflicto si de previo se dio el consentimiento escrito de las partes para que intervenga. Este consentimiento no puede retirarse unilateralmente por las partes. Este centro cuenta con una lista de árbitros compuesta por personas de amplia consideración moral y de reconocida competencia en el campo del derecho, requisito fundamental para los árbitros, del comercio, industria o finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. Estos nombramientos se hacen por seis años renovables.

La materia del arbitraje se regula en el capítulo IV de este convenio. Haremos una reseña del procedimiento que debe observar para acceder a ese mecanismo.

La solicitud para iniciar los procedimientos se presenta ante el Secretario General, que tiene calidades de representante legal y es el funcionario principal del Centro, quien se encarga de enviar copia a la otra parte. Esa solicitud debe contener las especificaciones de la controversia, la identidad de las partes y su consentimiento al arbitraje. Si se determina que la diferencia está dentro de la jurisdicción del centro, se registra el acuerdo, se notifica su registro y se pasa a la constitución del tribunal.



El tribunal deberá estar constituido dentro de los noventa días posteriores a la notificación a las partes de su registro o dentro del plazo que las partes acuerden. Si no se cumple este requisito, el presidente deberá nombrar el o los árbitros que falten, a solicitud de cualquiera de las partes, previa comunicación a la otra; estos árbitros deberán tener una nacionalidad diferente a la de las partes. Igualmente, no se autoriza mayoría de árbitros de alguno de los Estados en conflicto, salvo que las partes lo designen de común acuerdo. Podrá nombrarse árbitros que no estén incluidos en la lista si cumplen con los requisitos.

Entre las facultades del tribunal está pronunciarse sobre su propia competencia y sobre la jurisdicción del centro. Aplicará las normativas dispuestas por las partes, o en su defecto, las leyes del Estado parte del conflicto, incluidas sus normas de derecho internacional privado. El tribunal puede abstenerse de fallar ante el silencio o la oscuridad de las normas, en cuyo caso, si las partes lo acuerdan, podrá resolver *ex aequo et bono*. El tribunal tiene la opción de solicitar a las partes que aporten pruebas, o trasladarse al lugar de los hechos.

Si una parte no comparece o no hace uso de su derecho, esto no podrá entenderse como la admisión de los alegatos de la otra parte ni el allanamiento a sus pretensiones. Si se da esta situación, la otra parte podrá solicitar al Tribunal que resuelva y dicte el laudo, que dará audiencia a la parte para que comparezca, salvo que considere que no tiene voluntad de hacerlo. El Tribunal se pronunciará sobre las medidas incidentales, adicionales o reconventionales de las partes, y podrá recomendar la aplicación de las medidas provisionales que considere convenientes para salvaguardar los derechos de las partes.

El laudo se dicta por mayoría de votos, deberá ser escrito y llevará la firma de los miembros que votaron a su favor. Se pronunciará sobre todas las pretensiones y será motivado. Los árbitros pueden emitir un voto particular o salvar su voto si no comparten el de mayoría. El laudo se publica si las partes lo autorizan. Una vez dictado, el Secretario se lo remite a cada parte en copia certificada, y su fecha es la de la remisión.

Cabe recurso de adición y aclaración dentro de los cuarenta y cinco días posteriores a la fecha del laudo. Esta decisión será parte del laudo, y se notificará de la misma forma.

Se admite recurso de revisión por el descubrimiento de un hecho que podría haber variado el resultado y que se desconocía al momento de dictarse. Este recurso debe interponerse dentro de los noventa días siguientes al descubrimiento del hecho. El recurso de nulidad puede ser presentado por cualquiera de las partes dentro de los ciento veinte días posteriores al descubrimiento del hecho, si se funda en alguna de las siguientes causas: la incorrecta constitución del Tribunal; corrupción de algún miembro del Tribunal; quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o que el laudo carezca de los motivos que lo fundamentan.

Si se trata de corrupción del miembro del Tribunal, podrá presentarse dentro de los tres años siguientes al dictado del laudo. Para investigar estas denuncias se nombrará una comisión ad hoc compuesta por tres personas de la lista de árbitros, y si procede, se podrá suspender la ejecución del laudo hasta que se resuelva.

El laudo es obligatorio para las partes y no admite ningún otro recurso. El Estado contratante reconocerá el laudo y lo hará ejecutar dentro de su territorio como si se tratara

de sentencia firme dictada por los tribunales ordinarios de ese Estado, y se ejecutará de conformidad con las normas de ejecución de sentencias.

### **3. Fases procesales**

**Iniciación:** Es la primer fase procesal del arbitraje, y tiene lugar en el momento en que una parte le comunica a la otra por un medio escrito, que desea someter la controversia a arbitraje.

Esta solicitud de someter la controversia a arbitraje deberá contener la petición expresa de someter la controversia a arbitraje, el nombre completo y las direcciones de las partes; una copia auténtica del acuerdo invocado, sea el que contiene la cláusula arbitral, una referencia básica al contrato a partir del que surge la controversia, si es procedente, una referencia a la controversia, una propuesta sobre el número de árbitros y una oficina para recibir notificaciones. Esta solicitud tiene como característica interrumpir la prescripción del reclamo.

**Pretensiones y contestación:** Las partes deberán asesorarse con un abogado, que podrá ser apoderado especial dentro del proceso. Las partes, en segundo lugar, deberán externar sus pretensiones dentro del proceso arbitral en el plazo establecido por las partes, el árbitro o la normativa aplicable, y que deberá contener: el nombre, denominación social y calidades de las partes; una relación de los hechos que fundamentan la demanda, con la especificación de los puntos que se someterán a arbitraje y las pretensiones junto con la prueba que las respalda.

Dentro del término que fijen las partes o el tribunal, que nunca podrá ser mayor de quince días, el demandado contestará por escrito la demanda, y dirá si acepta o niega los hechos y las pretensiones, junto con un pronunciamiento acerca del fundamento legal. Asimismo deberá adjuntar la prueba de descargo. Tiene además la opción de fijar contraprestaciones, que si son procedentes para el tribunal, se las comunicará a la contraparte para que en un plazo no menor de quince días se pronuncie sobre ellas.

Dado que no se encuentran dentro de las potestades del árbitro la *ratio* ni la *executio* y la facultad de acudir a los tribunales de justicia no se extingue con el proceso arbitral, las partes están facultadas para, en cualquier momento, solicitar a la autoridad competente que fije las medidas cautelares que considere convenientes, y no se considerará que haya incompatibilidad ni renuncia con respecto al proceso arbitral.

**Etapa probatoria:** El tribunal será quien decida si es necesaria la presentación de otros escritos, y se lo comunicará a las partes. La carga de la prueba corresponde a cada parte, y el tribunal está facultado para solicitarles que la amplíen en cualquier momento. Las audiencias orales deberán programarse con al menos quince días de tiempo, con especificación de la fecha, hora y lugar donde se llevarán a cabo.

El tribunal hará los arreglos necesarios para recibir el testimonio de personas que no hablen español y vayan a rendir testimonio. Las audiencias son privadas salvo disposición de parte, y el tribunal está facultado para retirar cualquier testigo, y es libre en la forma de interrogarlos. Será el encargado de determinar la admisibilidad de las pruebas. Las audiencias deben ser grabadas para luego transcribirlas al expediente.

Están igualmente facultado para solicitar el nombramiento de peritos para que emitan criterio técnico sobre algún tema en especial, y deberá fijarle atribuciones y honorarios. Las partes deberán aportar toda la documentación que el perito solicite para rendir el informe que el tribunal requiere, del que remitirá copia a las partes, para que se pronuncien al respecto. En una audiencia oral las partes podrán interrogar al perito, presentar testigos peritos para que rindan declaración sobre los puntos en conflicto.

Una vez finalizada la etapa probatoria el tribunal dará audiencia a las partes para que expongan sus conclusiones por escrito u oralmente, y el tribunal podrá ampliar las preguntas o pedir aclaraciones si lo considera pertinente. Si fuera del caso, podrá declarar la reapertura de la fase probatoria.

**Emisión del laudo:** El laudo se aprueba por votación, y en caso de empate, circunstancia excepcional dado que el tribunal es impar en sus miembros, el presidente decide porque tiene voto doble. El laudo se emitirá por escrito y será de acatamiento obligatorio para las partes y produce los efectos de cosa juzgada material y debe cumplirse sin demora.

Debe cumplir con formalidades señaladas por la ley, y contendrá al menos los siguientes elementos: identificación de las partes, fecha y lugar en que se dictó, descripción de la controversia, relación de hechos que considere relevantes: demostrados y no demostrados, pretensiones de las partes y lo resuelto por el tribunal con respecto a eso. Pronunciamiento sobre las costas y las disposiciones necesarias para orientar la ejecución. Las partes tienen la facultad de decidir si el laudo debe ser motivado o no, pero esta

situación no se presenta si se trata de arbitraje administrativo, pues necesariamente el laudo será motivado, al ser dictado por un tribunal arbitral de derecho.

Todos los árbitros deben firmar el laudo, pero si acaso uno de los miembros no pudiera firmar, se hará constar en el acto las razones de la falta. Esto no necesariamente significará nulidad del laudo. En caso de que un árbitro decida salvar su voto, deberá consignarlo expresamente y motivarlo en el mismo momento que se suscribe el laudo de mayoría.

El laudo tiene carácter público salvo que las partes dispongan lo contrario. En el caso de que las partes, mientras se tramita el proceso arbitral acudan a alguna otra vía de resolución alterna de conflictos, el tribunal emitirá una resolución que suspenderá el proceso. Si dentro de ese otro proceso se llega a un arreglo, el tribunal homologará el acuerdo como uno arbitral; si no llegan a arreglo, se dictará una resolución donde se reabre el proceso y se continúa con los procedimientos, con constancia en el expediente del resultado del otro proceso.

**Recursos:** En contra de las resoluciones del tribunal se admite el recurso de revocatoria y el de apelación, según lo que dispone el artículo 38 de la Ley RAC, que se presenta dentro de los tres días siguientes a la notificación y debe ser fundamentado; este recurso será resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en caso de que el tribunal arbitral considere que el recurso es admisible, y lo remitirá junto con las copias de las piezas del expediente que considere necesarias para el estudio y resolución del recurso.

Contra lo resuelto por la Sala en ese sentido no cabrá ningún recurso, no podrá ser motivo de recurso de nulidad en contra del laudo.

Pero, según lo dispuesto por el artículo 57 de esa misma Ley, en lo referente a cuestiones de procedimiento, corresponderá al presidente resolver con amplia libertad, en única instancia y sin recurso alguno, es decir, no cabe recurso alguno en contra de las simples actuaciones del tribunal.

Si se da el caso de que alguna de las partes sigue adelante con el proceso a pesar de ser conciente de que se incumplió alguna disposición o algún requisito fijado por ley si objetar la situación dentro del término de diez días desde que tuvo conocimiento, se considerará para todos los efectos que renunció a su derecho de objetar, según el artículo 56 de la Ley

Con respecto al laudo, y según lo disponen los artículos 58 y 62 de esta Ley, es inapelable salvo el recurso de revisión, de conformidad con las especificaciones del Código Procesal Civil, al que las partes tienen acceso dentro de los tres días siguientes a la notificación, momento en el que pueden solicitar al tribunal adiciones o aclaraciones al laudo o la corrección de errores en el texto. Si procede, los árbitros deberán adicionar, aclarar o corregir los errores, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud. Si es que el tribunal no se pronuncia dentro del plazo, se debe presumir la improcedencia de la solicitud.

El derecho de interponer recurso de revisión es irrenunciable, al igual que el de interponer recurso de nulidad. Este último debe interponerse ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo o

la resolución que adicione o aclare la resolución, y aunque no debe revestir ninguna formalidad, debe fundamentarse en alguna de las siguientes causas, que de comprobarse procedería la nulidad del laudo: que se haya dictado fuera del plazo salvo que las partes lo hubieren ampliado; que no se haya pronunciado sobre aspectos sometidos al arbitraje, cuya omisión comprometa la validez y eficacia de lo resuelto.

Si el laudo se pronuncia sobre aspectos que no fueron sometidos al arbitraje, se anulará sólo en ese sentido y se conservará el resto de lo dispuesto. Si la controversia no era susceptible de someterse a arbitraje, tenía que ser conocida en los tribunales ordinarios o el tribunal no tenía competencia para resolver. Si se ha violado el principio del debido proceso o se ha resuelto en contra de normas imperativas o de orden público.

Estos son los únicos recursos que admite el proceso arbitral.

### **B. Análisis de caso.**

En esta sección analizaremos el caso que se presentó dentro del contrato suscrito entre el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en adelante la INSTITUCIÓN y la empresa constructora CANTIERI COSTRUZIONI CEMENTO S.p.A. en adelante el CONTRATISTA.

Para la elaboración de esta sección se efectuó varias visitas a la Dirección Legal del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en el Edificio La Llacuna, en el centro de San José donde hice estudio del expediente del caso que procederé a analizar, mismo que se compone de catorce tomos de considerable grosor, la mayoría compuestos por análisis técnicos, planos y estudios de las obras, por lo que la foliatura no es lo clara



que se querría dada la naturaleza de los documentos archivados. Es por esta razón que el análisis se hace de los documentos que nos interesan para efectos de este trabajo.

El análisis del proceso se hará meramente con fines ilustrativos, ya que en todo su desarrollo se presentan muchas de las figuras que hasta este momento sólo hemos desarrollado en la teoría. Por cuestiones de seguridad y confidencialidad de la Institución, no haremos examen detallado del fondo del asunto y con respecto a algunas citas y datos, mantendremos total discreción, ya que el estudio del expediente se nos autorizó con fines académicos. Así que más bien nos limitaremos a los presupuestos de forma que dieron pie al desarrollo del proceso arbitral, donde encontraremos las fases que debieron seguirse para la emisión del laudo. Buscamos constatar con qué clase de controles contó la Administración para hacer efectivos sus derechos y mantener una situación de equilibrio con la empresa contratante.

### **1. Naturaleza del conflicto.**

A raíz del terremoto que sacudió nuestro país el 22 de abril de 1990 y afectó principalmente la provincia de Limón, las Instituciones del Estado que sufrieron daños de infraestructura que afectó el suministro de sus servicios, debieron buscar los medios y las condiciones para reestablecer su actividad. Es en estas condiciones que la Institución recurre al proceso de licitación pública para adjudicar la reparación del acueducto de la zona que había quedado muy afectado. Se programó que las obras se financiaran parcialmente con los fondos del Programa de Agua Potable en Centros Urbanos, provenientes de préstamos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de un préstamo

del Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), por lo que la licitación contó con invitación internacional, presupuesto contemplado en el artículo 58 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que se presenta como una opción en los casos en que la obra es financiada por entidades bancarias internacionales.

Mediante la invitación debidamente publicada, se abrió el proceso de licitación y ofertaron cinco empresas. Por acuerdo de Junta Directiva se escogió la oferta número cinco, sea la de la empresa Cantieri, el CONTRATISTA.

Entre la Institución y el CONTRATISTA se suscribió un contrato de obra pública que se denominó “Rehabilitación de Redes de Sanitario y Alcantarillado Pluvial y Potable Asfaltado de calles en Limón” Este contrato observó todas las formalidades de ley: fue celebrado entre el Presidente Ejecutivo de la INSTITUCIÓN en su calidad de Apoderado Generalísimo sin límite de suma, poder debidamente inscrito y demostrado, y el Apoderado Generalísimo sin límite de suma de CANTIERI, según se demostró con certificación emitida por entidad competente con la debida autenticación consular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El contrato se pactó por un monto de setecientos catorce mil setenta y tres dólares con nueve centavos (\$714.073.09), es decir mil cuatrocientos tres millones ciento ochenta y dos mil setecientos noventa y ocho colones con noventa y cuatro céntimos (1.403.182.798.94) De previo, en el cartel de licitación se había dispuesto que del monto en colones se cancelarían un 28% en dólares.

Dentro del contrato se dejó constancia del debido depósito de la garantía de cumplimiento, un 5% del total adjudicado. Se dispuso que el plazo de la obra sería de

veinte meses a partir de la fecha de inicio de los trabajos y que la garantía debía exceder en tres meses esa fecha de entrega. La adjudicación se autorizó por la totalidad de la obra y para ser cumplida de acuerdo con los planes y proyectos del cartel y de la oferta, que como vimos se obliga en todo a cumplir según el cartel. Todo el recurso humano y técnico sería aportado por el CONTRATISTA, que debería tener todos los recursos necesarios en el lugar de la obra. Se dispuso la exoneración total de los materiales y equipos terminados que se incorporaran a la obra, durante el período que se utilizaran en ésta, con la obligación de poner al día los derechos de aduana una vez finalizada, incumplimiento que autorizaría a la INSTITUCIÓN a ejecutar la garantía de cumplimiento.

En cuanto al reajuste de los índices de precios, se haría de conformidad con lo fijado por el Ministerio de Economía, pagaderos en colones, de los que se rebajaría 5% por imprevistos, 10% de utilidades y 5% de gastos generales. Se dispuso además un adelanto en colones del 10% del monto adjudicado para una de las obras. Lo relacionado con las prórrogas se regiría de acuerdo al Reglamento de Contratación Administrativa (artículo 237)

La INSTITUCIÓN estaba encargada de todos los permisos de servidumbre y adquisiciones de terrenos para el buen desarrollo de las obras, que en caso de representar atrasos, darían pie a prórrogas de los plazos. El CONTRATISTA estaba obligado a cubrir las obligaciones para garantizar la seguridad de los trabajadores de la obra. Se dispuso que sobre el CONTRATISTA caería todo riesgo que ocurriera antes de la entrega de la obra, salvo caso fortuito o fuerza mayor. La obra se entendería entregada luego de la comprobación de su efectivo funcionamiento por parte de la INSTITUCIÓN.

En este punto es interesante constatar que se dispuso una **garantía de buen funcionamiento** por un monto igual al 5% del total del contrato incluidas las modificaciones y ajustes, que tendría una vigencia de un año a partir del recibo de la obra. El CONTRATISTA debería entregar todos los planos civiles de las obras finalizadas.

Se fijó la multa por mora de un millón quinientos mil colones (1.500.000.00) por cada semana de atraso, hasta un máximo acumulado del 20% del monto total del contrato.

Se dispuso en el contrato que la obra se ejecutara en un plazo no mayor de veinte meses, pero en realidad el contrato se ejecutó entre abril de 1995 y agosto de 1998, es decir, 41 meses en total, considerando los distintos componentes de obras del proyecto. El contrato, durante su ejecución recibió varias modificaciones, algunas aumentaron los rubros originalmente estimados en la escala de precios y cantidades a través de órdenes de cambio, por lo que el contrato ascendió a la suma de 2.319.613.171.40 (dos mil trescientos diecinueve millones seiscientos trece mil ciento setenta y un colones con cuarenta céntimos).

La obra recibió inspección final y fue recibida a satisfacción por la INSTITUCIÓN en distintas fechas, según las secciones en las que estaba dividida, pero todas entre julio de 1997 y agosto de 1998.

Dentro del contrato, es la cláusula vigésimo tercera la que más nos interesa, la cláusula arbitral, que dispuso:

*“Cualquier desacuerdo entre el contratista y AyA con respecto a la aplicación, validez o incumplimiento o cualquier otra discrepancia, será sometida a arbitraje de acuerdo con las disposiciones y excepciones indicadas en esta cláusula. El Tribunal se compondrá de*

*tres Árbitros Juris. nombrados uno por cada una de las partes contratantes; el tercero, quién presidirá será nombrado por los dos primeros. Si algunas de las partes no hiciere su nombramiento dentro de los quince días después de recibida la solicitud de arbitraje de la otra parte o si los árbitros así nombrados no pudieren llegar a un acuerdo, respecto al tercero, dentro de los quince días siguientes a su nombramiento o si alguno de los árbitros nombrados no aceptare su designación, el árbitro o árbitros faltantes serán nombrados por el Juez Civil de Hacienda y de lo Contencioso Administrativo que por su turno corresponda. El Tribunal de Arbitraje tramitará y resolverá de acuerdo con las leyes de Costa Rica y actuará en la ciudad de San José. Las sentencias del Tribunal de Arbitraje serán definitivas y únicamente tendrán el Recurso de Casación cuando fuere procedente de acuerdo con la legislación costarricense. Las costas y honorarios de los arbitrajes serán fijados de antemano por el Juez y pagados por la parte que haya solicitado el arbitraje, que podrá repetir lo pagado si el laudo le resultare favorable, incluyendo la totalidad de los gastos. Cuando los reclamos o controversias se refieran exclusivamente a las cuestiones técnicas, las partes podrán someter sus diferencias a la decisión compulsiva de peritos y expertos. En estos casos, el procedimiento estará sujeto tanto a las disposiciones anteriores en los que fueren aplicables como a la Ley. En todos los casos se estará dispuesto por el ordenamiento jurídico costarricense en cuanto a arbitrajes en general y lo dispuesto en los artículos trescientos noventa y cinco y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Es expresamente entendido y convenido que ni la existencia de un desacuerdo ni la sumisión del mismo al arbitraje, implicará por sí mismo prórroga alguna al plazo para la conclusión y entrega de la obra. No obstante si el resultado del*

*laudo incidiera en el cronograma de la obra, los atrasos que motive el desacuerdo serán reconocidos al Contratista, en todos aquellos casos en que la sentencia del laudo reconozca su reclamo. El Contratista en forma expresa se somete a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia de Costa Rica y renuncia a su domicilio.”*

No cabe duda de la importancia de esta cláusula arbitral, pues además de significar para las partes la obligación de someter sus diferencias a esta vía, se disponen, desde el momento mismo de la suscripción del contrato, todas las especificaciones y procedimientos que deberán seguirse para el efectivo cumplimiento de la cláusula. Dentro de su mismo texto se indica que el arbitraje será de Derecho, aunque como hemos visto es la única opción de la Administración; no será necesario al momento de aplicar la cláusula discutir cuál será el derecho aplicable pues ya de previo se dispone que sea el costarricense, e incluso se entiende el sometimiento expreso del contratista al derecho nacional. Se dispone todo el procedimiento para la conformación del tribunal y se fija su número de árbitros en tres, además de resolver el asunto de los honorarios. Se complementa el marco de referencia al disponer expresamente que el proceso se regirá en general según lo dispuesto por nuestro ordenamiento con respecto al arbitraje.

Este tipo de cláusula arbitral, que incluso fija los plazos para pronunciarse sobre las actuaciones, resulta muy completa y efectiva en cuanto a acelerar el proceso de formación del tribunal.

Como vimos la invocación del arbitraje era procedente ante cualquier desacuerdo referido a la aplicación, validez o incumplimiento, un concepto muy amplio, que debía

sujetarse a las restricciones que fijan los principios de derecho y el resto del ordenamiento. Recordemos que este contrato se suscribió en 1995, y para ese momento las relaciones arbitrales se regían por el Código Procesal Civil. Por esta situación, y dado que la cláusula se aplicó luego de la promulgación de esa, fue necesario hacer reformas en algunos aspectos; sin embargo se mantuvo su esencia.

Dado que en el desarrollo de la obra los gastos aumentaron, la empresa inició una serie de reclamos que fueron en aumento conforme avanzaba, y se refirieron a puntos específicos de algunas de las condiciones que se presentaron para el cumplimiento y que según el CONTRATISTA encarecieron los costos, por lo que los reclamos los presentó como órdenes de cambio.

La INSTITUCIÓN se pronuncia sobre la mayoría de las gestiones, y entre estas resuelve reconocer montos extra en algunos de los reclamos, por ejemplo uno referido a una sobreexcavación en una zanja, debido a que se determinó que por condiciones de fuerza mayor al momento de hacer la zanja no era posible respetar el ancho mínimo, lo que complicó la ejecución de la obra y elevó los costos en ese sentido (el ancho mínimo debe respetarse en todo momento, porque de lo contrario imposibilitará la posterior instalación de la tubería) Pero el reconocimiento de algunos de los puntos no satisfizo del todo las pretensiones del CONTRATISTA.

Dado que sobre algunos de los reclamos no se había emitido pronunciamiento, el CONTRATISTA invoca la cláusula arbitral. La naturaleza del conflicto reviste carácter patrimonial y disponible. A partir de esta gestión se suscribe el convenio o acuerdo arbitral.

El convenio arbitral se suscribe con fundamento en la cláusula arbitral y de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Resolución Alternativa de conflictos, y dispone que las partes han acordado someter sus diferencias de tipo patrimonial a un arbitraje de derecho. Nótese que se trata de un documento independiente, que si bien la cláusula compromisoria era muy completa, resulta necesario fundamentar el proceso arbitral con la suscripción de un convenio que se fundamenta en esa cláusula y regirá todo el proceso. Este convenio fue suscrito en el mes de mayo de 1999.

El conflicto versa sobre los reclamos presentados por el CONTRATISTA referidos al pago por gastos extra en que incurrió. Presenta cada reclamo por separado; juntos suman nueve que se refieren a diferentes partes de la obra y versan sobre variados conceptos.

## **2. Fases procesales.**

Para fijar el procedimiento que debía seguirse durante todo el proceso arbitral, se dispuso dentro del mismo Convenio, un Reglamento de Arbitraje. En ese reglamento se reitera que se tratará de un arbitraje de derecho, y en general guarda muchas similitudes con el cuerpo de la Ley RAC:

Las partes deben contar con asesoría y representación de un abogado, quien podrá constituirse en su apoderado.

Resalta el hecho de que en todo el texto del acuerdo se habla de las partes en los términos usuales dentro de una contienda judicial: se habla de demanda cuando la Ley se



refiere a requerimiento de someter una controversia a arbitraje y a escrito de pretensiones (artículos 43 y 45 Ley RAC) y usa el término demanda sólo excepcionalmente

**Constitución del tribunal arbitral:** Se determinó que fuera colegiado integrado por tres miembros. En caso de muerte, renuncia o imposibilidad de hecho de alguno de los árbitros, se sustituiría de acuerdo a lo que la ley dispone. Cada parte nombró un árbitro y entre ellos nombraron al tercero, en observancia de lo señalado en el acuerdo. Dentro del convenio se dispuso que en contra de los árbitros tuviera lugar el recurso de recusación por las mismas causales que dispone el Código Procesal Civil, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la confirmación del nombramiento. Si la recusación versaba sobre circunstancias de reciente conocimiento, debería ser dentro de los tres días siguientes al momento en que conoció el asunto. El árbitro podía renunciar o la otra parte aceptar la recusación, pero esto no significaría la aceptación de los hechos. En ese caso procedía la restitución del árbitro.

Pero esta situación no se dio, las partes no recusaron los nombramientos y el tribunal se tuvo por constituido. Una vez constituido el tribunal, se instaló definitivamente y procedió a dar por iniciado el procedimiento, en su primera resolución, dictada en el mes de mayo de 1999, dos días después de haberse firmado el convenio arbitral.

Aquí nos encontramos con una particularidad de los procesos de arbitraje en los que interviene el Estado como parte: se trató de un arbitraje ad hoc, ya que las partes acordaron no acudir a ningún centro encargado de suministrar esos servicios, que como vimos en el estudio de esa figura, la principal ventaja que ofrecen estos centros es que

facilitan la infraestructura de que disponen para la instalación del tribunal arbitral y tienen listas de árbitros elegibles para que las partes escojan quién guiará el proceso.

En el caso en estudio, y según me informaron personeros de la Dirección Jurídica de la INSTITUCIÓN, las partes estuvieron de acuerdo en que la sede del tribunal se fijara en el edificio de la INSTITUCIÓN porque es de fácil acceso y cuenta con todas las comodidades y facilidades tecnológicas, con lo que las partes se evitaban el gasto de acudir a un centro; esto aunado al hecho de que ambas partes preferían escoger árbitros de su confianza, no los que estuvieran en la lista de algún centro, con quienes no tenían ninguna relación. De este hecho no consta ningún documento dentro del expediente, pero desde el momento de redactar el convenio arbitral las partes mostraron acuerdo en que esta fuera la sede del tribunal.

Sin embargo, por motivo sobreviniente, el tercer árbitro nombrado, es decir el Presidente del tribunal, se sintió obligado a renunciar al proceso muy poco tiempo después de iniciarse y fue necesario sustituirlo por otro árbitro que aceptó el cargo en noviembre de 1999.

Posteriormente la INSTITUCIÓN protestó en el sentido de que el nombramiento del árbitro sustituto no respetó las formalidades dispuestas por las mismas partes, se notificó fuera de las horas señaladas por la INSTITUCIÓN, a una funcionaria que no era parte del departamento de Asesoría Jurídica en una oficina diferente. Sin embargo el nombramiento adquirió firmeza.

Se tuvo por firme el nombramiento una semana después de notificado y se dispuso de nuevo el inicio de los procedimientos, por lo que no fue necesario repetir ninguna de las

audiencias aunque el acuerdo tenía previsto en cuanto a este punto que en caso de que se sustituyera alguno de los árbitros, la repetición de las audiencias se limitaría a las que a criterio del nuevo árbitro y del resto del tribunal resultaran conveniente repetir. Podemos ver que esto responde al principio de la inmediación de la prueba, para garantizar el contacto de los árbitros, de primera mano, con los hechos sujetos a litigio y a la dinámica del proceso.

Aunque se presentaron algunas anomalías en cuanto a la notificación de la primer resolución al actor, pues según argumentó la INSTITUCIÓN el plazo debió correr desde la primera vez que se ordenó la presentación de la demanda en la que el actor no contestó esa primera audiencia, el tribunal insistió en que la resolución no fue debidamente notificada por lo que no pudo hacerse efectiva la prevención, y con este hecho se ratificó en todo lo dispuesto en la primera resolución del tribunal y se emplazó al CONTRATISTA para que dentro del plazo de treinta días presentara el escrito de demanda con todas las formalidades exigidas por el acuerdo.

Según dispuso el acuerdo, el tribunal estaba autorizado a dirigir el proceso del modo que considerara apropiado, dentro del principio de igualdad; todas las actuaciones debieron regirse por los principios de oralidad, debido proceso, concentración, contradicción y defensa, y en tutela de los derechos de las partes.

**Generalidades del proceso:** En el acuerdo se fijaron los procedimientos de notificación y el cómputo de los plazos; se tiene por notificada una resolución: si se entrega personalmente al destinatario, en su residencia habitual, donde lleva a cabo sus actividades

habituales, el domicilio señalado en la oferta, entre otros. Se admite cualquier medio de comunicación del que pueda determinarse con certeza el recibo y su fecha. Los plazos corren a partir del día siguiente del que son recibidos los documentos. Contra las resoluciones que se dictan en el transcurso de la audiencia oral sólo procederá recurso de revocatoria que debe interponerse en el mismo acto en que se dicten.

Se dispuso que el plazo máximo para tramitar el proceso serían ocho meses a partir de la instalación definitiva del tribunal, y que solamente en casos extraordinarios se autorizaría una prórroga, por una única vez y por un máximo de tres meses.

En cuanto a la entrega de documentos, se dispuso que no fuera sólo personalmente, sino que se admitió la entrega por apoderados, mensajeros o cualquier medio que garantizara la entrega y el recibo. Todos los documentos debían acompañarse de copias para la otra parte y para cada árbitro.

Todos los participantes u observadores del proceso estaban obligados a respetar el principio de confidencialidad y el secreto profesional. Se fijó el idioma español para el desarrollo de todo el proceso, y la ley sustantiva costarricense incluidas las normas de conflicto de leyes. El tribunal debía resolver con arreglo al acuerdo arbitral y a los usos y las costumbres aplicables al caso, aun sobre normas escritas.

**Demanda y contestación:** En arreglo al acuerdo arbitral, la demanda debía presentarse en la sede del tribunal dentro del plazo otorgado para tal efecto, salvo que se hubiera incluido en el requerimiento de arbitraje. El escrito debía observar las formalidades de una demanda judicial: partes, relación de hechos, puntos en litigio,

pretensiones, copia del contrato y del acuerdo y la prueba documental, salvo los documentos de difícil o imposible acceso, junto con las calidades de los testigos. Lugar para recibir notificaciones.

Si el actor no presentaba la demanda en el plazo fijado por el tribunal sin tener causa suficiente, se ordenaría la conclusión del proceso, lo que no extingue el derecho. La demanda se tiene por no puesta para efectos de interrumpir la prescripción y no se afecta la vigencia del acuerdo arbitral

La empresa presentó la demanda debidamente en el mes de diciembre de ese año, dentro del plazo que se le había otorgado en la segunda resolución del tribunal que ratificó la primera que había dado inicio a los procedimientos, y expuso que su reclamo se basaba en varias inconsistencias que se presentaron en cuanto a la obra licitada como resultado de que, según pretendía demostrar, la INSTITUCIÓN no tenía bien definido todos los aspectos de la obra al momento de la licitación por el carácter de urgencia dadas las circunstancias en las que se dio (el terremoto). Incluyó prueba documental, testimonial y pericial.

La contestación debía hacerse en el plazo fijado por el tribunal no menor de quince días ni mayor de treinta. Se contestaba aceptando o negando cada hecho, aceptando o rechazando las pretensiones formuladas por la otra parte, con el fundamento legal. Se debía presentar la prueba e incluir las pretensiones que tuviera contra el actor, siempre que se fundamentaran en la misma relación jurídica, sobre la que se daría audiencia al contrademandado.

En caso de que la demanda fuera defectuosa el tribunal debía prevenir al actor para que en cinco días hiciera las correcciones, so pena de declarar la inadmisibilidad y la finalización del proceso. Si es la contestación la que incumple requisitos, se hará la misma prevención, y si el demandado no cumple, se tendrán por admitidos los hechos sobre los que se omitió pronunciamiento y se continuarán los procedimientos. Este es el último momento procesal para interponer excepciones de incompetencia contra el tribunal.

La demanda fue notificada a la INSTITUCIÓN en el mes de enero del 2000 y se le otorgó un plazo de veinte días que le resultó insuficiente por lo complejo del asunto, razón por la cual solicitaron una ampliación que se les autorizó por ocho días. La demanda fue contestada y el tribunal hizo prevención a la parte para que subsanara algunos defectos, misma que cumplió debidamente.

**Audiencias y pruebas:** En la audiencia preliminar el tribunal debía resolver sobre las objeciones referentes a su competencia o sobre la validez o existencia de la cláusula e inclusive del contrato del que forma parte y sobre las demás excepciones previas, la resolución de nulidades o cualquier otro incidente. Emitirá resolución sobre los hechos admitidos.

A petición de parte y si el tribunal lo consideraba procedente, se podría celebrar audiencia para la evacuación de la prueba y alegatos orales, en cualquier momento del proceso y a puerta cerrada salvo acuerdo en contrario, con un aviso de quince días de antelación. Todas las audiencias serían grabadas para luego transcribirlas y adjuntarlas al expediente.

Las disposiciones en cuanto a la carga de la prueba, entrevistas de testigos e intérpretes son copia de las dispuestas por la Ley, que ya estudiamos. Se realizaron varias audiencias con observancia de estas formalidades. Toda prueba debía valorarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional (lógica, sicología y experiencia) y el tribunal determinaría su admisibilidad, pertinencia e importancia.

***Prueba pericial:*** En este sentido también se apega del todo a lo dispuesto por la Ley RAC. A pesar de que el tribunal contaba con la facultad de nombrar uno o más peritos para que le informaran acerca de las materias concretas que solicite, oralmente o por escrito, en el proceso sólo hubo un dictamen pericial.

**Conclusión del procedimiento:** Una vez recibida la prueba, en la misma audiencia, el tribunal otorgaría un plazo prudencial para que las partes presentaran sus conclusiones, sin perjuicio de presentarlas por escrito dentro de los tres días siguientes. Ante circunstancias excepcionales el tribunal podrá reabrir el proceso antes del dictado del laudo, mediante resolución fundada. El laudo se dicta por simple mayoría, y en caso de empate el Presidente tendría voto doble. El Presidente resuelve sobre cuestiones de procedimiento con amplia libertad y sin recurso alguno.

En cuanto a las formalidades del laudo, en el acuerdo se hizo transcripción de las que se disponen en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. Se dispuso que el laudo fuera privado salvo acuerdo en contrario de las partes. Se incluyó también una disposición en cuanto al pago de las costas y honorarios y su desglose, para ser fijado de

acuerdo con los aranceles de ley, e incluir los gastos de viaje y otras expensas de los árbitros y testigos. En principio el pago de las costas está a cargo de quien solicitó el arbitraje, que debe hacer un depósito adelantado para financiar el proceso, pero el tribunal puede prorratear cada elemento entre las partes si resulta razonable.

En este punto se dispone una figura que la Ley no contempla: además del laudo definitivo, se autorizó al tribunal para que pudieran emitirse laudos provisionales, interlocutorios o parciales. Dentro de la Ley RAC no se hace referencia en ningún momento a esta posibilidad. Por el contrario, parece contrario a derecho y a la naturaleza misma del proceso que se rinda, por ejemplo, un laudo provisional, cuando tenemos claro que su carácter es de cosa juzgada y no admite más recurso que el de revisión y nulidad. Recordemos que las potestades del árbitro son reducidas, no puede hablarse del árbitro como sinónimo de juez ni se pueden equiparar sus poderes dentro del proceso.

### **3. Análisis del laudo.**

El laudo se dictó en el mes de enero del 2001 y su texto mantiene las mismas formalidades de la sentencia judicial: calidades de las partes, fecha y lugar de su dictado, un apartado de RESULTANDO donde se reseñan los alegatos de las partes, seguida de un CONSIDERANDO donde encontramos hechos demostrados y hechos no demostrados, donde se incluye un análisis de las pruebas, en el que se hace un análisis individualizado de los puntos sometidos a controversia, nueve apartados distintos; previo a resolver y pronunciarse sobre el fondo se resuelven las excepciones presentadas que se basan en



cuestiones de plazos y de competencias del tribunal en general y sobre las materias específicas arbitrables. Por último el POR TANTO.

Es interesante que la INSTITUCIÓN solicita que se declare la incompetencia del tribunal para pronunciarse sobre ciertos asuntos que el CONTRATISTA sometió a su conocimiento con fundamento en que de previo a la redacción del acuerdo, las partes habían dispuesto que sólo se conocerían ciertos reclamos.

Con respecto a este punto el tribunal se refiere al hecho de que desde el cartel de la licitación se dispuso que las partes podrían acudir al arbitraje en caso de controversia, hecho que se confirmó en la cláusula vigésimo tercera del contrato suscrito entre las partes, la que transcribimos unos párrafos adelante, y dentro del acuerdo de arbitraje redactado con ocasión del conflicto.

Esta observación debe recordarnos que el acudir al arbitraje es una potestad de la Administración, no una obligación; la Administración debe ser libre de incluir o no la cláusula compromisoria en los contratos que firma, especialmente los de licitación pública, por los elevados costos e inversiones que significan. Si dentro del contrato de obra se incluye la posibilidad de las partes de resolver sus controversias por esta vía, esa cláusula la obliga a ser parte del arbitraje que en cualquier momento solicite la otra parte. Recordemos que en términos generales se admite aún si hay proceso judicial pendiente (artículo 18 Ley RAC)

No procede de previo acordar oralmente que sólo se presentarán pretensiones sobre ciertos aspectos si no es que el contrato limita de algún modo las controversias arbitrables. En este caso la cláusula era muy amplia como para admitir este tipo de restricciones, al

disponer: *“Cualquier desacuerdo entre el contratista y AyA con respecto a la aplicación, validez o incumplimiento o cualquier otra discrepancia, será sometida a arbitraje de acuerdo con las disposiciones y excepciones indicadas en esta cláusula”*

Ya que, como se indicó al inicio de esta sección, no estamos autorizados a hacer un análisis profundo sobre el fondo del laudo, por el carácter privado que se acordó entre las partes, sólo rescataremos algunos puntos que son de nuestro especial interés y que ilustran bien el tema de investigación.

Desde el inicio se acordó que el tribunal resolvería los nueve distintos puntos de la obra sobre los que había controversia en secciones separadas e independientes. Así el laudo se dividió en nueve apartados.

En el laudo se determinó, luego del análisis técnico a partir del peritaje rendido por la actora, que de la relación establecida entre la INSTITUCIÓN y el CONTRATISTA con ocasión del contrato de obra pública para la rehabilitación de redes de sanitario y alcantarillado pluvial y potable, y asfaltado de calles en Limón, se derivó la obligación de la INSTITUCIÓN de indemnizar al CONTRATISTA por los trabajos y mayores costos sufridos por la ejecución de la obra, esto fundamentado en la inexistencia de un estudio de suelos previo a la licitación, lo que provocó que el CONTRATISTA no pudiera calcular los costos reales de la obra.

Se declaró la obligación de la INSTITUCIÓN de reconocer al CONTRATISTA una suma elevadísima de dinero, muy por encima de los ajustes que la INSTITUCIÓN hubiera podido programar.

Es importante resaltar que en el laudo, en varias ocasiones se argumenta que en los procedimientos dentro del arbitraje, en todo momento se respetó la Autonomía de la Voluntad de las Partes con respecto a los alcances del proceso arbitral y de la fijación de los plazos por acuerdo de partes.

Por ejemplo, como vimos en el análisis del acuerdo, se dispuso que el laudo debería dictarse dentro de los siguientes ocho meses desde la instalación definitiva del tribunal, y que solamente en casos extraordinarios se autorizaría una prórroga, por una única vez y por un máximo de tres meses.

Si bien reconocemos la potestad de la Administración para suscribir el convenio arbitral, éste debe tomarse como marco obligatorio de referencia, como ley entre las partes, aunque el término no sea el más acertado. El dictado del laudo se prorrogó en cuatro distintas ocasiones, con fundamento en la libre voluntad de las partes para pronunciarse sobre los contratos que han suscrito. Se insiste en que en el arbitraje la autonomía de la voluntad es un principio esencial. Resulta alarmante que en su ejecución incluso el acuerdo firmado admita modificaciones posteriores en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Esto no nos deja duda de que esta figura está siendo aplicada en la Administración sin observar que ésta siempre se encuentra sujeta al principio de legalidad, y que sus relaciones no se rigen por la autonomía de la voluntad.

En este sentido resultan muy interesantes las observaciones hechas en el voto salvado de uno de los árbitros, el que fue nombrado por la INSTITUCION. En primer

lugar hace referencia al concepto de distribución del riesgo contractual entre las partes; resalta la diferencia que existe entre el contrato civil y el administrativo, ya que éste está regulado por una serie de instituciones que difieren de la sola voluntad de las partes. Indica más adelante que *“...el contrato administrativo es un acto de colaboración voluntaria con la Administración para el logro de la satisfacción de un interés público, asimismo en este existen cláusulas que se fundan en el interés público...”*

Entre las facultades de la Administración se encuentran, como ya hemos visto, las de dirección, modificación, resolución y ejecución. Una de sus manifestaciones es el equilibrio financiero del contrato, basado en el principio constitucional del mantenimiento de la ecuación financiera, y que dispone que la responsabilidad de una u otra parte en cuanto a la obligación de asumir costos producto de elementos que vienen a afectar la ecuación financiera del contrato, están dados, fijados por el ordenamiento, por lo que no existe y no es aplicable en la contratación administrativa el principio del riesgo compartido, sino que, según el caso, el riesgo lo asume la Administración o el contratista.

Cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración o se deriva de un acto contractual emitido en virtud de su potestad modificadora de la relación, es ésta quien deberá asumir plenamente los efectos de sus decisiones; si surgen de los riesgos comerciales, principalmente cometidos por el contratista al formular la propuesta, esa conducta no origina responsabilidad de la Administración, salvo que haya inducido a error en sus actuaciones. Por último, si las modificaciones son externas a la voluntad de las partes, por ejemplo las alteraciones de las condiciones económicas, la

Administración debe asumir el mayor costo, dada la disposición Constitucional de que el Estado debe mantener la ecuación financiera del contrato administrativo, a partir del concepto de riesgo contractual y de su distribución entre las partes.

Recordemos que la propuesta que el oferente dirige a la Administración en el proceso de licitación lo obliga a cumplir en esos términos, lo que significa que si el interesado se equivoca en sus propios términos o proyecciones del negocio y en su ejecución sufre pérdidas, estamos ante una mala administración del contratista, causas imputables sólo a él, así que la Administración no está obligada a resarcir ninguna suma.

Aunque el CONTRATISTA pretende que se le reconozcan reajustes de precios por esos montos, no caben en los supuestos de estos rubros, no versan sobre fenómenos inflacionarios, menos en la cantidad reclamada.

El CONTRATISTA en su calidad de adjudicatario expresamente se obligó a cumplir bajo su entera responsabilidad la obra contratada de acuerdo con los planos y especificaciones del cartel y de su oferta, para entregar la obra a entera satisfacción de la INSTITUCIÓN.

Para este árbitro, los reclamos se derivan de haberse apartado de las especificaciones técnicas del contrato: *“No es aceptable lo que pretende el CONTRATISTA al alegar la ausencia de estudios de suelos recientes, hecho que es reconocido en el voto de mayoría que condena a la INSTITUCIÓN al pago de los rubros exigidos, ya que desde el inicio de la licitación, previo al periodo de recepción de ofertas, todos los oferentes tenían conocimiento de que la licitación de obra se realizaba con carácter de urgencia, derivado de la emergencia del terremoto en Limón”*.

*“No puede alegarse desconocimiento del hecho de que no había estudio reciente de suelos, aún independientemente de eso todos los oferentes sabían que luego del desastre natural las condiciones nunca podrían ser las mejores”.* Según lo indicado por este árbitro todas las empresas certificaron haber visitado el lugar y haber estudiado los documentos del proceso y del contrato. En todo caso este aspecto sería un factor determinante para continuar el proceso licitatorio, no para la validez del contrato que ya el CONTRATISTA aceptó.

Es una actitud desleal ya que las demás empresas oferentes, en lo que en este voto salvado se denomina una actitud de cautela y responsabilidad, pudieron haber tomado en cuenta ese hecho para preparar sus proyecciones y hacer sus ofertas, lo que pudo inclinar la balanza al lado de la empresa adjudicataria.

Por último hace una reflexión en el POR TANTO de su voto salvado donde se refiere al hecho de que en cualquier litigio, de la naturaleza que sea, aunque exista confrontación, debe haber un mínimo de lealtad y buena fe entre las partes.

En este apartado pretendimos evidenciar con qué controles cuenta la Administración en este tipo de controversia. Bastó el análisis de un caso práctico para darnos cuenta de que la Administración no cuenta con un respaldo real en la ejecución del acuerdo arbitral.

En primer lugar, verificamos que la tendencia a manejar el arbitraje en los términos de las relaciones entre particulares no se manifiesta solamente en la ley, sino que se materializa en la práctica. Recordemos que el tribunal en este caso siempre dirigió sus

actuaciones al respeto y tutela de la autonomía de la voluntad, principio que sólo rige las relaciones entre sujetos de derecho privado.

En segundo lugar, no es válido pretender justificar este hecho con el argumento de que se desarrolló la relación en la esfera de actuaciones de la Administración en el derecho privado, porque como vimos el proceso de licitación pública se ejecuta dentro de las potestades públicas de la Administración.

Luego, es alarmante evidenciar que un proceso donde se hablaba de tanto dinero, dinero público, se resolvió por una vía que no admite ningún recurso salvo el de revisión y el de nulidad, que como vimos sólo procede en cuanto a defectos formales, y se pronuncia sobre las nulidades, no sobre el fondo.

En síntesis, la Administración no cuenta con mecanismos que garanticen el apego al principio de legalidad más allá de los que puede ejercer dentro de un proceso que no se caracteriza por las formalidades en los procedimientos sino por la rapidez con que resuelve los conflictos, con carácter definitivo, no recurrible.

Nunca sabremos qué curso habría tomado el proceso de haberse tramitado en la vía judicial, y no resulta aventurado pensar que en este tipo de situaciones se presenta en la práctica en contraposición del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional.

### **C. Posibles cambios para mejorar la aplicación práctica del arbitraje en la Administración.**

**UNICO: Papel protagónico de la Contraloría General de la República.**

En este punto es necesario retomar varias observaciones que se han resaltado en este trabajo:

En primer lugar destaca el hecho de que el procedimiento de licitación fue dispuesto por el constituyente como el procedimiento regla para llevar a la práctica la contratación administrativa, y es resultado directo del afán que ha prevalecido entre los creadores de derecho de lograr mecanismos efectivos de control sobre el gasto público. Igualmente válidos son los otros mecanismos de licitación que hemos estudiado, sea la licitación por registro y la licitación restringida, que si son aplicadas con apego a lo dispuesto por el ordenamiento resultan igual de efectivos para controlar la correcta inversión de los fondos públicos.

Por otro lado, encontramos que el arbitraje como forma alterna de resolver conflictos, aun en los que participa la Administración, está tomando fuerza en la práctica, y si no se regula estrictamente su aplicación puede traer serios perjuicios para el erario público.

El fundamento de la aplicación de la figura del arbitraje en la Administración Pública parte de autorizaciones genéricas, no parece conveniente que se les atribuya efecto de exclusión de los controles tradicionales de la Administración *“De esta manera se interpreta que el Estado puede someterse a la Ley N° 7727, ejerciendo la potestad y la competencia así atribuidas a un procedimiento que no sólo se encuentra substancialmente desarrollado sobre el Principio de Libertad o la Autonomía de la voluntad sino que, además, correlativamente excluye, por su misma naturaleza y por disposición expresa, cualquier referencia a controles imperativos específicos para un sujeto: el Estado, que por*



*su misma definición es de Derecho y por ello mismo no puede actuar como si lo puede hacer un particular”<sup>83</sup>*

Los límites existentes para regular la aplicación de la figura del arbitraje en los contratos de licitación que suscribe la Administración con otras figuras de derecho, no son efectivos ni suficientes. Pudimos ver que las autorizaciones legales son genéricas y dentro de un marco de referencia dispuesto para regir relaciones entre particulares.

Parece que con estas medidas más bien se deja abierto un portillo que eventualmente traerá prácticas anómalas en la ejecución de la cláusula arbitral, lo que puede traer como consecuencia colocar en un estado de indefensión a la Administración en sus relaciones contractuales.

Recordemos que hay acuerdo en general en que la pericia y la diligencia con la que se manejan los fondos públicos no siempre corresponde con la que se observaría al defender intereses propios. No podemos pensar que todos los funcionarios dentro de las entidades del Estado son incorruptibles y actúan siempre en beneficio de los intereses de la colectividad.

Por otro lado, según se nos informó en la Institución donde hicimos el análisis del caso que aplicó la cláusula arbitral, es común en los proyectos, especialmente de obra pública y dadas las enormes cifras de dinero que se manejan, que se acuda al

---

<sup>83</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos”. San José. PGR. Organizador. Conferencia de la licda. María Gerarda Arias “Justicia y resolución alternativa de conflictos” p. 76

financiamiento de entidades bancarias internacionales, y la corriente internacional en ese sentido. aunque no sea de manera abierta y explícita, se dirige a recuperar las inversiones a la mayor brevedad, por lo que se opta por la medida arbitral en la resolución de los conflictos.

Prácticamente se condiciona el financiamiento a la inclusión de la figura en el cartel y en el contrato de obra, para garantizarse la celeridad en la resolución de cualquier posible desavenencia.

Así vemos que la aplicación del arbitraje en los contratos en los que participa la Administración es una realidad, a pesar de que se aleja del ideal de la figura de la licitación, porque queda una opción que eventualmente podría comprometer las actuaciones de la Administración y obligarla a cancelar montos que son reconocidos por un tribunal nombrado por las partes cuyo pronunciamiento es definitivo y obligatorio.

Es de fundamental importancia en este sentido el hecho de que entre los medios fiscalizadores con que cuenta la Administración destaca en la contratación administrativa el refrendo, que en nuestro ordenamiento está a cargo de la Contraloría General de la República, y es requisito *sine qua non* para que el contrato administrativo pueda ser ejecutado o eficaz, de conformidad con el artículo 184 inciso 1, de la Constitución Política, que dispone:

*“Son deberes y atribuciones de la Contraloría: 1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo*

*haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella.”*

Por otro lado, la ley Orgánica de la Contraloría General de la República se refiere a su naturaleza:

*“Artículo 1.- Naturaleza jurídica y Atribución General: La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley”*

En su artículo 20 y en el artículo 10 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública se dispone su potestad de aprobar los actos y contratos que celebre el Estado dentro de un plazo de treinta días hábiles. La Administración está obligada a obtener el refrendo contralor previamente a dar la orden de pago. La omisión de este requisito impedirá la eficacia jurídica del contrato y estará prohibida su ejecución.

Puede decirse que: *“Quedó claro en la sentencia número 5947-98, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de*

*aplicación a toda la administración pública. con lo que se incluye no sólo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central...*<sup>84</sup>

El refrendo contralor se instaura como mecanismo de control de la hacienda pública; el acto que ejecuta es una de las formalidades que debe observarse obligatoriamente para poder comprometer los fondos del Estado, y el requisito para que proceda la ejecución de los contratos: *“El contrato administrativo podría ser válido y perfecto, pero sin el refrendo no sería ejecutable o eficaz (no podría surtir efectos jurídicos)”*<sup>85</sup>

Al analizar los contratos de licitación que suscribe la Administración, especialmente los que se otorgan a través de la licitación pública, encontramos que se comprometen grandes sumas de dinero en su ejecución. Estos proyectos, antes de ser llevados a la práctica deben contar con el refrendo contralor. Si se rechaza el proyecto deben hacerse los ajustes pertinentes porque de lo contrario no podrá ejecutarse.

La Contraloría aprueba la ulterior contratación por los montos y en los términos establecidos en el cartel, que luego servirá de base para la contratación de los bienes o servicios. Sin embargo, al incluir el contrato una cláusula arbitral, queda abierta la posibilidad de que en una eventual ejecución de esa cláusula se condene a la Administración al pago de obligaciones que nunca se contemplaron en el contrato inicial.

---

<sup>84</sup> ROMERO PEREZ (Jorge Enrique). “Contratación Pública” San José. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2003 p 107

<sup>85</sup> ROMERO PEREZ (Jorge Enrique). “Contratación Pública” San José. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2003 p 107

Esta es una situación que siempre se debe contemplar en la ejecución de obras públicas de gran escala, por el aumento de los costos que es común en este tipo de contrato por la complejidad que presentan.

Pero es otra la situación cuando la orden de pago es emitida por un tribunal ad hoc, integrado por personas que, aunque en teoría deba darse de otra forma, no están obligadas a apearse a la imparcialidad en la valoración de los hechos para emitir su criterio, porque son elegidas por las partes directamente. Puede pensarse que se incluyen en el tribunal para defender los intereses de cada parte que representen.

Lo más grave es que el dictamen que emite este tribunal, como hemos venido viendo a lo largo de todo el trabajo, es de acatamiento obligatorio y no admite recursos. La Contraloría General refrenda un contrato que luego puede variar sustancialmente en la práctica y comprometer en su ejecución fondos públicos muy por encima de los que se proyectaron y fueron aprobados, como lo sucedido en el caso que analizamos previamente.

Ya que el ordenamiento se ha valido de instrumentos que garanticen la correcta ejecución de los contratos administrativos a través de los mecanismos de control que hemos estudiado, es necesario que en el caso específico de la licitación se incluyan mecanismos severos de control que garanticen que en su ejecución no se comprometerá la seguridad jurídica ni la hacienda pública por encima de lo que el principio de legalidad autoriza.

No podemos pretender excluir a la Administración de la aplicación de las medidas alternas de resolución de los conflictos, en especial del arbitraje, porque es un principio Constitucional en primer lugar, y porque las relaciones en las que se desenvuelve la

Administración lo contemplan como una opción válida para solucionar las diferencias, y se convierte cada vez más en una exigencia, aunque vaya en contra de la naturaleza de la figura.

De esta forma, el refrendo contralor debe constituirse en el elemento clave para determinar si lo resuelto en un laudo arbitral es procedente, dado que constituye una obligación de pago contra los fondos del Estado, que en todo caso debe observar las formalidades de ley.

El refrendo contralor es un mecanismo constitucional, eficiente y expedito de control que puede completar su ámbito de aplicación en contratación administrativa, si revisa la aplicación de una figura que aprobó en el contrato, pero que quedó pendiente de resolución porque su nacimiento a la vida jurídica se da siempre de manera posterior al refrendo. No se trata de ampliar sino de completar las funciones de la Contraloría en materia de contratación administrativa.

Son varias las opciones que pueden darse: si sugiriéramos en este punto que previo a la ejecución el laudo se someta a refrendo contralor, estaríamos yendo en contra de la naturaleza del arbitraje. Lo que parece mas acertado es exigir la participación de la Contraloría de la República en el tribunal arbitral cuando se trate, al menos, de materias de contratación administrativa adjudicadas a través de la licitación pública, que es la que en mayor medida compromete los fondos del Estado.

Como vimos, la tendencia en estos conflictos, dada la dimensión del objeto de la contratación, es que las partes nombren un árbitro y entre los dos elegidos escojan al tercero, que ejercerá funciones de presidente del tribunal. Sería muy eficaz que la

Contraloría tenga a su cargo nombrar al tercer representante de entre una lista de funcionarios que tenga dispuesta para esa situación en particular. De esta forma se garantiza en alguna medida que se ejerza un control sobre lo resuelto en el seno del tribunal arbitral.

Es una forma ampliada del ejercicio del refrendo, que de todos modos está legitimado, y otorgaría a la Administración una opción más para ejercer sus potestades de control sobre los fondos públicos. El representante dentro del tribunal arbitral elegido por la Contraloría General, en esta calidad, deberá ejercer un control directo sobre los mecanismos que se aplican en el proceso arbitral, siempre sujeto a la imparcialidad, pero con el deber, que se deriva de la propia idea de su inclusión en el tribunal, del fundamento de esta investigación, de velar porque las actuaciones de las partes y del tribunal se sujeten a lo dispuesto en el convenio de arbitraje y en el contrato de obra o servicios, pero todo sujeto al principio de legalidad y al marco jurídico, jurisprudencial y ético que debe regir las actuaciones de la Administración. Vigilar que las actuaciones no contemplen el principio de autonomía de la voluntad por encima del de legalidad.

Está claro que es una limitación a la libertad de las partes de elegir libremente los miembros del tribunal según el procedimiento que ellas mismas escojan, pero, como toda limitación a la libertad de los sujetos de derecho que obedezca a un fin de interés público, puede hacerse con fundamento en normativa legal.

En este momento se tramita un Proyecto de Ley en la Asamblea Legislativa para aprobar una nueva Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la paz Social en el expediente número 14.241

El Proyecto en general mantiene la misma línea que la Ley, como innovación incluye reglamentación expresa acerca del arbitraje internacional y de la ejecución del laudo a través de la vía de ejecución de sentencia, aspectos que no aparecen en el texto actual. En este sentido en el proyecto se argumentó:

*“...el desarrollo actual del tema a nivel nacional, pero especialmente en el ámbito internacional, han evidenciado la necesidad de actualizar la Ley RAC para adecuarla a las exigencias del arbitraje comercial internacional, especialmente. Además, se ha visto la necesidad de aclarar y mejorar algunos de sus aspectos, como por ejemplo, los requisitos para que los acuerdos de mediación / conciliación adquieran el carácter de cosa juzgada material; el procedimiento de arbitraje doméstico, especialmente en lo referente al régimen de nulidades, así como la práctica profesional en RAC de terceros imparciales no incorporados a Centros RAC formalmente constituidos”.*

Pero con lo que respecta al tema de nuestro interés, es decir, el arbitraje en la Administración Pública, es igualmente omiso, al disponer una autorización genérica donde se pretende fundamentar la aplicación del arbitraje indistintamente de que en el texto se manejen todas las disposiciones con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.

En el artículo 21 del Proyecto se dispone:

***ARTÍCULO 21.- Materia Objeto de Arbitraje***



*Cuando las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, hayan convenido por escrito que las controversias presentes o futuras, relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán por la vía arbitral, de conformidad con lo que las partes acuerden por escrito, o lo que determine el Tribunal Arbitral, o lo establecido en el reglamento de la institución autorizada al cual las partes se sujeten, y supletoriamente, por lo dispuesto en la presente Ley.*

*Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial o no patrimoniales, sean presentes o futuras, siempre que estén fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición, incluyendo los aspectos patrimoniales de las cuestiones que por ley no pueden someterse a arbitraje.*

*También se aplicará la presente Ley, a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme a esa ley.*

Esta es la única referencia donde se alude la posibilidad de las personas de derecho público de someter sus diferencias a arbitraje. No se especifica en qué términos procede. Una solución viable es que en este sentido, se modifique la disposición para que diga:

*Cuando las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, hayan convenido por escrito que las controversias presentes o futuras, relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán por la vía arbitral, de conformidad con lo que las partes acuerden por escrito, o lo que determine el Tribunal Arbitral, o lo establecido en el reglamento de la institución autorizada al cual las*

*partes se sujeten, y supletoriamente, por lo dispuesto en la presente Ley. “Si se tratare de un sujeto de derecho público en ejercicio de potestades de contratación administrativa que por ley deban someterse al proceso de licitación pública, deberán observarse las formalidades que la presente Ley dispone en cuanto a la conformación del tribunal arbitral”...*

Entonces en el artículo 39 que se refiere al número de árbitros que conformarán el tribunal y dispone:

**ARTÍCULO 39.- Número de Árbitros del Tribunal**

- 1.- *Los Tribunales Arbitrales podrán ser unipersonales o colegiados, siempre que sea un número impar.*
- 2.- *Si las partes no han convenido en el número de árbitros, el Tribunal se integrará con tres (3) miembros, cuando el monto en disputa sea igual o mayor al monto establecido por la Corte Suprema de Justicia para la admisibilidad de los recursos de casación en la materia civil. Ante duda, el Tribunal se integrará con tres (3) miembros.*
- 3.- *Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros nombrados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, quien actuará como Presidente del Tribunal Arbitral.*
- 4.- *En los casos en que participe un ente de derecho público en el marco de un contrato suscrito con base en la licitación pública, el tercer árbitro será nombrado*

por la Contraloría General de la República escogido de una lista que manejará para ese efecto.

Al agregar el texto subrayado, se asegura la Administración un instrumento más que garantice la justicia y equidad en los procesos arbitrales en que participe, al contar dentro del tribunal con un representante del ente contralor que vigile el apego de las actuaciones al principio de legalidad y al resto de disposiciones legales y constitucionales que norman la actividad administrativa.

Es una opción viable y legítima, fundamentada en el principio constitucional del refrendo contralor, y donde se aprovecha la conjuntura que se desarrolla en torno a actualizar la Ley RAC en los puntos en que muestra vacío, sin limitar ni entorpecer la figura del arbitraje. El nuevo proyecto es pensado para completar asuntos que no están del todo claros en el texto actual, pero relacionados con otros intereses, como es el caso de la contratación internacional; el resto, en general, mantiene la misma línea que el anterior.

Sin embargo, esta no es la única opción que puede considerarse a la hora de buscar mayor protagonismo de la Contraloría General de la República en los casos en los que se presenta el arbitraje en los contratos de licitación que suscribe la Administración.

Otra opción puede presentarse, de forma más indirecta pero tal vez con un mayor atractivo para las partes en disputa, es que dentro de la Contraloría General de la República se instaure un Centro de Arbitraje especializado en el desarrollo de las materias de Derecho Público, lo que a todas luces resulta procedente y muy conveniente a los intereses que hemos venido desarrollando a lo largo de esta investigación.

La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social en su texto actual, dedica el capítulo IV al desarrollo del tema de la mediación, conciliación y arbitraje institucional. En el artículo 71 de este cuerpo normativo se dispone:

*“Podrán constituirse y organizarse entidades dedicadas a la administración institucional de procesos de mediación, conciliación o arbitraje, a título oneroso o gratuito”*

Más adelante se habla de los requisitos que deben cumplir estas instituciones, y esta se limita a contar con una autorización previa del Ministerio de Justicia, salvo que por ley especial se le autorice para ese efecto. El Ministerio debe procurar la verificación de las condiciones apropiadas para que dicho centro preste el servicio; el Ministerio puede revocar si tiene fundamento para ello la autorización dada.

Recordemos brevemente los puntos más relevantes del estudio del arbitraje institucional que ya hicimos en la sección correspondiente de la investigación, entre los que se encuentran el contar con un reglamento a disposición del público, donde se describen todas las etapas del proceso; debe contarse con la logística que garantice al usuario la infraestructura necesaria para tramitar los procesos con eficiencia y celeridad; debe tener listas de neutrales a disposición del público; contar con Reglamentos internos para garantizar el actuar de manera ética en todos los procedimientos; y por último debe fungir como guía del proceso únicamente, en la etapa de formación del tribunal.

En el Reglamento al Capítulo IV de la Ley RAC, creado mediante Decreto Ejecutivo de fecha 3 de julio de 1998, se desarrolla más ampliamente la potestad conferida

al Ministerio de Justicia de ejercer control sobre los centros de arbitraje que se instauren en el país, específicamente en su artículo 6, que fija los requisitos que deben cumplir los centro para ser autorizados:

*“Para que una entidad o centro administre institucionalmente métodos RAC, deberá demostrar ante el Ministerio que cumple con los siguientes requisitos:*

- a) Personería jurídica vigente de la entidad a la que pertenece el Centro, o de la entidad misma si ella administra directamente los métodos RAC.*
- b) Dirección exacta de la entidad o centro, así como dirección exacta y calidades de sus representantes legales.*
- c) Reglamento de funcionamiento, debidamente aprobado por el órgano jerárquico superior del Centro o Entidad, en el cual se demuestre que cumple con todos los requisitos de la ley y este Reglamento.*
- d) Organigrama del centro o entidad.*
- e) Uno o varios reglamentos que regulen conforme a la ley los diversos métodos RAC que administra el centro o entidad. Debe haber una regulación expresa para cada uno de los métodos RAC que admnistra el centro o entidad.*
- f) Código de Ética de los neutrales y personal administrativo del centro o entidad.*

- g) *Sistema de tarifas, honorarios de neutrales y costos administrativos vigentes en el centro o entidad. cuando los servicios se presten a título oneroso, o indicación expresa de que el servicio que se presta es a título gratuito.*
- h) *Sistemas de rendimiento de garantías, y su monto o porcentaje, para el pago de tarifas, honorarios y costos administrativos, cuando aquellas sean exigidas por el centro o entidad de previo a asumir el caso o solicitud.*
- i) *Plano de la infraestructura utilizada para el desarrollo de los procesos de solución de conflictos, con indicación expresa de su distribución y áreas a utilizar a fin de garantizar a los usuarios los principios de confidencialidad y secreto profesional, así como su comodidad durante el desarrollo de los procesos y audiencias.*
- j) *Lista de neutrales que en forma permanente o ad hoc ejercen labores en el centro o entidad, con indicación expresa de su formación y experiencia en el área de la resolución alterna de conflictos. Deberán aportarse copia certificada de los documentos que acrediten su formación o experiencia, o bien declaración jurada autenticada por notario público.*

Podemos ver que entre los requisitos que se exigen para la constitución de un centro no se hacen excepciones a las entidades estatales para que participen de esta dinámica. Incluso al autorizar el arbitraje judicial parece dar visto bueno a esta opción.

En cuanto a las facultades de la Contraloría General de la República, si bien no se contempla de manera específica la participación en este tipo de centros, en el artículo 37 de su Ley Orgánica N° 7428 del 26 de agosto de 1994 se dispone en lo que interesa:

*“La Contraloría General de la República tendrá, además de las anteriores, las siguientes facultades y potestades:*

*...6.- Todas las demás que le asignen la Constitución Política y las leyes o que sean propias de su función básica de control y fiscalización de la Hacienda Pública o concordantes con esta”.*

Por otro lado, al crear mediante el artículo 57 de ese mismo cuerpo normativo el Centro de Capacitación a cargo del ente Contralor se define una línea muy similar a la del Centro RAC cuya posibilidad analizamos; es decir, la naturaleza misma de la institución derivada de su Ley Orgánica parece contemplar la posibilidad de que se autorice la prestación de este servicio.

Volvamos ahora al Proyecto de Ley que en este momento es estudiado en la Asamblea Legislativa: aunque en el texto completo no se hace referencia a la posibilidad de que una entidad estatal participe como ente RAC autorizado, tampoco se excluye esa posibilidad, en realidad no se hacen observaciones en ese sentido.

Sin embargo, en busca de fundamentos legales más claros que permitan la aplicación de la figura de manera regular, y para actuar siempre en estricto apego del principio de legalidad, podemos sugerir una leve modificación al texto del artículo 23 de este proyecto para agregar el texto subrayado y se lea de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 23.- Arbitraje Institucional o Ad-Hoc**

*Las partes podrán someter el conocimiento de la controversia a los procedimientos y a las regulaciones de una institución autorizada en particular de naturaleza pública o privada, dedicada a la administración de procesos arbitrales; en este caso, los reglamentos de dichas instituciones serán vinculantes para las partes, sin perjuicio de las modificaciones y renunciaciones que las partes acuerden. En su defecto, el procedimiento podrá llevarse a cabo por un Tribunal Arbitral ad-hoc, constituido y organizado de conformidad con lo que las partes hayan convenido al respecto, lo determinado por el Tribunal y las disposiciones de esta Ley.*

A través de esta autorización genérica se crea la posibilidad de que la figura sea regulada más concretamente en la redacción del Reglamento a la Ley, para que de forma expresa se autorice esta figura.

Sin embargo, independientemente de que esta reforma sea viable o se lleve a cabo en la práctica, del texto actual de la Ley RAC y de su Reglamento se deriva la posibilidad de que la Administración en general, y la Contraloría General de forma más específica, participe en los procesos de arbitraje y demás medios de resolución de los conflictos a



través de un centro especializado en materias de derecho público, que atraerán muchos interesados. Recordemos que la cláusula arbitral es dispuesta por la Administración, y ella decide por lo general el tipo de arbitraje al que se someterá. Resulta muy probable que se prefiera la intervención del centro de la Contraloría General, que como vimos deberá actuar con entera imparcialidad, de manera independiente de la Contraloría General, pero con las ventajas que significa la familiaridad con las materias.

## CONCLUSIONES.

El hecho de que se dispongan procesos de compleja ejecución para realizar los supuestos de contratación administrativa que significan una carga tan grande para la Hacienda Pública, no es fortuito, todo lo contrario, responde a la experiencia acumulada con el tiempo, donde se demuestra que la codicia es una constante en las relaciones de poder. Es fácil, dentro de nuestra propia realidad encontrarnos con ejemplos de malas administraciones del dinero del Estado que han traído como consecuencia pérdidas millonarias para el erario público.

Es a partir de esta realidad que se ha tratado de mantener un nivel riguroso de control sobre la inversión de fondos públicos, a través, como ya vimos, de procedimientos formalistas que garanticen la consecución del fin común y al mismo tiempo se sujeten a los principios que regulan la actividad administrativa.

Sin embargo, y de manera muy lamentable, también ha sido una constante la búsqueda de portillos por dónde evadir los controles en procura de favorecer los intereses de unos pocos, a través de prácticas anómalas, por ejemplo la fragmentación, que se encuentra expresamente prohibida por nuestro ordenamiento.

Aunado a esto se encuentra el creciente descontento de los administrados con respecto a la efectividad de los controles y procesos judiciales. Se ha vuelto una constante comentar en el ámbito nacional que el aparato estatal de administración de justicia es lento y deficiente, y el sentimiento de alarma que se genera muchas veces sobrepasa la realidad del asunto.

Sin embargo no puede obviarse el hecho de que el derecho a la tutela judicial efectiva es de rango constitucional, y reviste una doble finalidad, al sacar de la esfera del individuo el conflicto y ponerlo en manos del aparato administrador de justicia se garantiza que se valorarán los hechos con imparcialidad, además de darle al ciudadano un sentimiento de confianza en la organización social donde desarrolla todas sus actividades.

El hecho de que el nivel de trabajo que se maneja en los Tribunales de Justicia esté muy por encima de su capacidad física y humana debería ser motivo para invertir en recursos que agilicen la administración de justicia, pero, contrario a esto, las políticas de reducción del gasto público se encaminan a recortar ingresos a estos despachos, con el consiguiente desmejoramiento del servicio.

Es en este marco de referencia que surgen las medidas de resolución alterna de los conflictos con mayor propiedad, ya que como vimos, su ejercicio en la Administración Pública se encuentra respaldado por una norma Constitucional. Como mecanismo innovador para la resolución de controversias entre sujetos de derecho privado, donde se tiene disponibilidad plena sobre los bienes y por la naturaleza de sus relaciones siempre defenderán al máximo sus intereses, puede resultar más práctico y expedito recurrir a alguna de las vías que estudiamos para dirimir sus conflictos.

Sin embargo, cuando esta situación se aplica a relaciones donde participa la Administración, como vimos en el estudio del caso, especialmente si se trata de relaciones contractuales en las que se comprometen fondos públicos por sumas muy altas, prácticamente se deja en estado de indefensión a la Administración.

La Administración no cuenta con controles específicos que funcionen como garante del proceso en que participa. Los que existen son meramente procesales, como el derecho de audiencia y de respuesta, y están pensados para ejecutarse a la luz de la libre voluntad de las partes y del absoluto poder de disposición sobre su patrimonio, dos supuestos que no se dan en la práctica administrativa en los casos de contratación por licitación.

En conversaciones con personeros de la INSTITUCIÓN se nos indicó que, dado que la mayoría de los grandes proyectos de obra en el sector público deben ser financiados por entidades financieras, por lo general internacionales, y como resultado de la mala reputación de la administración de justicia en Latinoamérica, donde no sorprenden las irregularidades en los procesos judiciales, dentro de lo que se incluyen los procesos dilatorios que entran la obtención de la justicia, se pone como condición al momento de financiar los proyectos, que se incluya en el cartel y en el contrato, la cláusula arbitral.

Esto va en contra de la naturaleza misma del arbitraje, pues debe entenderse siempre como una facultad de la Administración, no como una imposición. Pero si es lo que se da en la práctica, la solución más sana es buscar nuevos instrumentos de control que garanticen la sana aplicación de a figura.

Dentro del ordenamiento se contemplan algunos mecanismos para que la administración acceda al control de los procedimientos que aplica, pero no se están usando de la forma debida.

Al remitirnos a los mecanismos de control interno, de conformidad con la Ley de Control Interno N° 8292 de los 31 días del mes de julio del 2002, Gaceta 169 del 4 de setiembre del 2002, podemos asegurar que de acuerdo a los mecanismos dispuestos en esta

Ley tanto como en el resto del ordenamiento, corresponde a cada ente u órgano sujeto a su cumplimiento el velar por el buen manejo del patrimonio público, junto con la auditoría interna, y adoptar las medidas que lleven a ese fin (artículos 7 y 8).

Estos son los primeros obligados a velar por el sano manejo de los recursos que les son asignados para el desarrollo de sus actividades y funciones, y dentro de este marco están obligados a desarrollar los mecanismos de control necesarios para garantizar el buen uso de los dineros públicos. Al referirnos al tema que nos ocupa, debemos decir que especialmente por tratarse de materias de reciente aplicación, es obligación de cada entidad dimensionar el manejo práctico que se le da a la figura. Como vimos, en los entes estatales en los que se incluye la cláusula arbitral prácticamente nunca se ha tenido que aplicar.

Sin embargo, debemos recordar que la Contraloría General de la República tiene su constitución y origen en un precepto Constitucional, y fue concebida para velar por el sano manejo de los fondos públicos. Es la instancia superior donde deben desarrollarse los límites y principios que rigen la figura para que sean de acatamiento obligatorio, en armonía con lo dispuesto en el artículo 3 último párrafo, que establece que los mecanismos de control interno que las instituciones emiten en ejercicio de sus potestades no deben contraponerse a los dictados por la Contraloría General, en cuyo caso prevalecen estos.

Falta por desarrollar mucho el tema del arbitraje, especialmente en los casos en los que la Administración participa, para definir los límites que regulan su aplicación y sus alcances.

Esto es lo que pretendimos constatar en este trabajo: que los instrumentos de la Administración para el efectivo control de los proceso de contratación, al momento de

ejecutar la cláusula arbitral le pueden significar un serio perjuicio económico, ya que no cuento con elementos efectivos ni suficientes para controlar su aplicación conforme a derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Leyes**

Constitución Política

Ley General de la Administración Pública. 6227 del 30 de noviembre de 1978

Código Procesal Civil, Ley 7130 del 3 de mayo de 1990

Ley de Contratación Administrativa, 7494 del 1 de mayo de 1996

Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. 7727 del 9 de diciembre de 1997

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. 6815 del 27 de setiembre de 1982

### **Libros**

ACOSTA ROMERO (Miguel). "Teoría General del Derecho Administrativo" México. Porrúa. 3ª edición. 1979. 412 pags.

ALCALA DIAZ (María de los Angeles). "Derecho del consumo: normas generales, comercio interior, contratación, asociacionismo, justicia y arbitraje". Madrid. McGraw-Hill. 1997. 753 págs.

ALVARADO ROLDAN (Myrna) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Magally) y SALAS CHAVARRIA (Eugenie) "El Arbitraje Administrativo" San José IJSA 2000 p.26

AMADOR HASBUN (Jaime). "Arbitraje y otros mecanismos como medio para mejorar la resolución de conflictos patrimoniales en Costa Rica". San José. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1994.

ARELLANO GARCIA (Carlos). "Bases para la creación de una Organización Internacional del Arbitraje Comercial". Panorama del Arbitraje Comercial Internacional (Selección de lecturas). México. Coeditores IMCE, ADACI y UNAM. 1983.

ARGÜELLO MONTIEL (Alejandro). "Manual de Derecho Internacional". San José. Editorial Universitaria Centroamericana. 1976. 265 págs.

ARGUEDAS ARGUEDAS (Irene). "Formas alternas de resolución de disputas". San José. Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1990.

BARRIOS DEANGELIS (Dante). "El juicio arbitral". Montevideo. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. 1956. 433 págs.

BAUDRIT CARRILLO (Diego). "Teoría General del Contrato". San José. Juricentro. 1990. 127 págs.

BAUDRIT CARRILLO (Diego). "Bases teóricas y prácticas para un sistema de RAC de Derecho Privado en Costa Rica". San José. All Print. 1995.

BIELSA (Rafael). "Derecho Administrativo". Buenos Aires. De Palma. 5ta. Edición. 1957. 606 págs.



BIELSA (Rafael). "Principios de Derecho Administrativo". Buenos Aires. De Palma. 1963. 1055 págs.

BRENES CORDOBA (Alberto). "Tratado de las obligaciones". San José. Juricentro. 5ta. Edición. 1984.

BRISEÑO SIERRA (Humberto). "El arbitraje en el Derecho Privado: situación internacional". México. Imprenta Universitaria. 1963. 429 págs.

BUSTAMANTE LEDEZMA (Alvaro). "Derecho Administrativo Colombiano". Bogotá. Editora Jurídica de Colombia. Tomo 2. 1994.

BERNINI (Giorgio). "Demostración de técnicas para la solución de problemas en la celebración y cumplimiento de contratos a largo plazo". Panorama del Arbitraje Comercial Internacional (Selección de lecturas). México. Coeditores IMCE, ADACI y UNAM. 1983.

BERCAITZ (Miguel Angel). "Teoría General de los Contratos Administrativos". Buenos Aires. De Palma. 1980. 679 págs.

CABANELLAS (Guillermo). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires. Helíasta. 1983. p25

CARRANZA CAMBRONERO (Ivette). "La licitación con financiamiento en la Ley de Contratación Administrativa". San José. Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1996.

CASAFONT ROMERO (Pablo). “Ensayos de Derecho Contractual”. San José. Colegio de Abogados. 2da. Edición. 1979.

CASASOLA MURILLO (José Pablo). “La cláusula compromisoria”. San José. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1990.

CANASI (José). “Derecho Administrativo”. Buenos Aires. De Palma. Tomo 2. 1974. 724 págs.

CASSAGNE (Rodolfo, y otros). “Contratos administrativos”. Buenos Aires. Astrea. Tomo 1. 1982. 317 págs.

CALVO CARAVACA (Alfonso) y FERNÁNDEZ DE LA GÓNGORA (Luis). “Arbitraje comercial internacional”. Madrid. Tecnos. 1989. 216 págs.

CARNELUTTI (Francesco). “Estudios de Derecho Procesal”. Buenos Aires. Plantié. Tomo 2. 1964. 604 págs.

CARNELUTTI (Francesco). “Instituciones de Derecho Civil”. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América. Traducción de la 5ta. Edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Tomo 2. 1973. 346 págs.

CHILLON MEDINA (José María) y MADINO MERCHAN (José Fernando). “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”. Madrid. Civitas. 2da. Edición. 1991. 1380 págs.

DIEZ DE VELAZCO (Manuel). “Manual de Derecho Administrativo”. Buenos Aires. Plus Ultra. Tomo 1. 1484 págs.

DIEZ DE VELAZCO (Manuel). "Instituciones de Derecho Internacional Público". Madrid. Tecnos. 4ta. edición. 1984. 470 págs.

DROMÍ (José Roberto). "La licitación pública". Buenos Aires. 2da. Edición. 1975.

FELDSTEIN (Donna) y LEONARDI DE HERBON (Hebe). "El arbitraje". Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998. 205 págs.

FIORNI (Bartolomé). "Manual de Derecho Administrativo". Buenos Aires. La Ley. 1968. 642 págs.

FORNICIARI (Alejandro). "Modos anormales de terminación del proceso". Buenos Aires. DePalma. 1988. 168 págs.

GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo). "Democracia, jueces y control de la Administración". Madrid. Civitas. 5ta. Edición. 2000. 340 págs.

GARITA GONZALEZ (Víctor Manuel). "El arbitraje: un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia". San José. Editorial RAC. 1995. 56 págs.

GARRO (Alejandro). "Arbitraje comercial y laboral en América Central". Nueva York. Editorial Transnacional Iuris Publications Inc. 1990. 504 págs.

GRANILLO OCAMPO (Raúl). "Distribuciones de los riesgos en la contratación administrativa". Buenos Aires. Astrea. 1990. 231 págs.

HAURIUO (André). "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas". Barcelona. Ariel S.A. 2da. Edición. 1980. 1100 págs.

HERRAIZ (Víctor). "Instituciones de Derecho Público Constitucional Administrativo". Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1988. 166 págs.

JEZE (Gastón). "Principios Generales del Derecho Administrativo". Buenos Aires. DePalma. Tomo 4to. 1934. 484 págs.

JIMÉNEZ (Dyalá). "Mediación y arbitraje en Derecho Administrativo costarricense". San José. Tesis para optar al título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1996.

LACRUZ BERDEJO (José Luis). "Elementos de Derecho Civil Derecho de Obligaciones". Barcelona. Librería BOSCH. Tomo 2. 1977.

LEGA (Carlo) "Deontología de la profesión del abogado" Madrid Civitas

MAIRAL (Héctor). "Licitación pública: protección jurídica de los oferentes". Buenos Aires. DePalma. 1975. 155 págs.

MANZANERO (J.A.) y otros. "Curso de Derecho Administrativo Económico". Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local. 1970. 980 págs.

MORELLO (Augusto). "Contrato y proceso". Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1990. 245 págs.

MONROY CABRA (Gerardo). "Arbitraje comercial". Bogotá. Temis. 1982. 156 págs.

OLIVEIRA TORO (Jorge). "Manual de Derecho Administrativo". México. Porrúa. 2da. Edición. 1967. 527 págs.

ORMAZABAL SÁNCHEZ (Guillermo). "La ejecución de laudos arbitrales: el laudo como título ejecutivo". Barcelona. J.M. Bosch. 1996. 227 págs.

OTTOLENGHI (Mauricio). "El arbitraje: conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral". Buenos Aires. Plantíe. 1943. 55 págs.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. "Seminario sobre la participación de la PGR en la resolución alternativa de conflictos". San José. PGR. Organizador.

RODRÍGUEZ ALVARADO (Ana Eugenia). "Arbitraje en un nuevo CPC frente a las convenciones de Nueva York y Panamá ratificadas por Costa Rica". San José. Escuela Judicial. 1992. 162 págs.

ROMERO PEREZ, Jorge. "La licitación pública en Costa Rica". San José. Tesis de doctorado. Universidad Complutense de Madrid, 1975

ROMERO PEREZ, Jorge. "Contratación Pública". San José. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2003. 276 páginas

ROMERO PEREZ, Jorge. "Derecho Administrativo Especial". San José. EUNED. 2002. 249 páginas

REDENTI (Enrico). "El compromiso y la cláusula compromisoria". Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América. Traducción de Santiago Sentís Melendo. 1966.

RETCHIMAN (Benjamín). “Introducción al estudio de la economía pública”. México. Textos Universitarios. 2da. Edición. 1977. 357 págs.

SINGER (Linda R.). “Resolución de conflictos: técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal”. Barcelona. Paidós. 1966. 262 págs.

VARGAS HIDALGO (Ricardo). “Los medios de solución alternativa de conflictos laborales”. San José. All Print. 1995.

VILLAVICENCIO LOPEZ (Einar José). “La cláusula compromisoria y el arbitraje forzoso legal en los contratos de seguros”. San José. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1995.

WOODRYDIGE (Raúl). “El contrato-ley”. San José. Editorial Costa Rica. 1972. 245 págs.

ZAMORA (Carlos Alberto). “El acceso al control jurisdiccional de la Administración Pública”. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1992.

### **Revistas**

ARGUEDAS SALAZAR (Olman). “*El arbitraje en Costa Rica*”. El arbitraje comercial en Iberoamérica. Madrid. 1982

BAUDRIT CARRILLO (Diego). *El contrato, acto jurídico*. San José. Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 54. Setiembre-diciembre 1985.

BOLAÑOS CÉSPEDES (Fernando). *Arbitraje comercial en Costa Rica*. Revista Judicial. San José. N° 48. Diciembre de 1989.

MORA ROJAS (Fernando). *Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de la ONU para el derecho mercantil*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José. N° 64. Setiembre-diciembre de 1998

PEREZ VARGAS (Víctor). *La interpretación de las cláusulas arbitrales en el sistema jurídico costarricense*. San José. Corte Suprema de Costa Rica. Revista Judicial. Año IX. N° 32. Marzo. 1985

SAENZ ELIZONDO (María Antonieta). *De los conceptos de jurisdicción y competencia*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José. N° 68. Enero-abril. 1991

VARGAS HIDALGO (Ricardo). *Arbitraje privado en las Convenciones Colectivas de Trabajo*. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 52. San José. Abril. 1985.

VARGAS HIDALGO (Ricardo). Arbitraje privado como factor de solución y desarrollo del sindicalismo moderno. *Revista Iustitia*. San José. N° 2. 1988

VESCOVI (Enrique). *El proceso arbitral en Iberoamérica*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. Revista Uruguaya de Derecho Procesal Civil. N° 4. 1979

### **Jurisprudencia y pronunciamientos**

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Voto 1079-93 de las 14 hrs. 48 min. Del 2 de marzo de 1993

SALA CONSTITUCIONAL Voto 2633-93 de las 16 horas 03 minutos del 9 de junio de 1993

SALA CONSTITUCIONAL Voto 0787-94 de las 15 horas 21 minutos del 8 de febrero de 1994

SALA CONSTITUCIONAL Voto 1205-96 de las 9 horas del 15 de marzo de 1996

SALA CONSTITUCIONAL Voto 998-98 de las 11 hs. 30 min del 16 de febrero de 1998

SALA CONSTITUCIONAL Voto 6432-98 de las 10 horas 30 minutos del 4 de setiembre de 1998

SALA CONSTITUCIONAL Voto 6754-98 de las 15 horas 36 minutos del 22 de setiembre de 1998

SALA CONSTITUCIONAL Voto 2001-00620 de las 15 horas 21 minutos del 24 de enero del 2001

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 9571-89 del 14 de agosto de 1989 (DGCA-1282-89)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 805-97 del 23 de enero de 1997 (DGCA 125-97)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio DGCA 21-98 del 07 de enero de 1998

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Resolución 22-99 de las 9 horas 30 minutos del 21 de enero de 1999

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 3882 del 19 de abril de 1999.  
DGCA 451-99



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 9620-99 del 13 de agosto de 1999 (DGCA 976-99)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Oficio 10359-99 del 10 de setiembre de 1999

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen DI-AA-3732 del 18 de diciembre del 2001

TRIBUTACIÓN DIRECTA Resolución N° DGT-329/03 DEL 27 DE MARZO DEL 2003

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Opinión Jurídica OJ-048-99 del 29 de abril de 1999

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen C-089-99 del 10 de mayo de 1999

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen C-094-2000 del 11 de mayo del 2000

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA Dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001

# **ANEXOS**

## CLAUSULA DE ARBITRAJE:

**DECIMA SEGUNDA:** Las controversias, diferencias, disputas o reclamos de carácter patrimonial, que pudieran derivarse del presente contrato, o el negocio o la materia a que se refiere, su ejecución, liquidación, interpretación o validez, que no pudieran resolverse en sede administrativa, deberán resolverse por medio de arbitraje de Derecho, de conformidad con el Reglamento del Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional. El arbitraje será resuelto por un tribunal arbitral compuesto por tres miembros, los cuales estarán nombrados uno por **EL CONTRATISTA**, otro por **EL CORREO** y un tercero nombrado por ambos árbitros de común acuerdo, quienes decidirán en derecho. El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica será la institución encargada de administrar el proceso arbitral.

**ANEXO 1.**

**MARCO GENERAL PARA LA ACTUACION DEL TRIBUNAL  
ARBITRAL**

Las Partes acuerdan, que el presente marco general será de aplicación por parte del Tribunal Arbitral, para el dictado del laudo, y se regirá por la ley N°7727 y sus reformas

## **1. DE LA INTEGRACION DEL TRIBUNAL Y ESCOGENCIA DEL TERCER ARBITRO.**

- 1.1 Cada una de las Partes involucradas en este asunto, nombrará su árbitro. Si alguna de las partes no hiciera el nombramiento de su árbitro quince días calendario después de haber recibido la nota de la otra Parte, en que se le comunica el nombramiento de su árbitro y le solicita que proceda a nombrar el propio, entonces la parte que ya hubiese nombrado y comunicado la designación de su árbitro, podrá solicitar si la controversia es de índole legal el nombramiento de tal árbitro al Colegio de Abogados; y si la controversia es de índole técnica dicho nombramiento lo hará el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.
- 1.2 Para el nombramiento del tercer árbitro, cada uno de los árbitros designados por las partes, confeccionará una lista conteniendo el nombre de tres a cinco candidatos con el propósito de escoger el tercer árbitro, quien fungirá como Presidente. De la lista en cuestión, cada árbitro eliminará candidatos presentados por el otro árbitro y viceversa, hasta que queden solamente dos. Entre éstos se escogerá el tercer miembro, salvo que aparezca un mismo nombre entre las listas, quien luego de las deliberaciones del caso, será el escogido.
- 1.3 Si transcurridos quince días calendario y no se ha podido designar al Presidente del Tribunal, los árbitros de las partes solicitarán, si la controversia es de índole legal el nombramiento de tal árbitro al Colegio de Abogados; y si la controversia es de índole técnica dicho nombramiento lo hará el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.
- 1.4 Una vez que el tercer árbitro arbitrador ha sido designado, se levantará un acta de dicha escogencia y se notificará por escrito a las partes. Si transcurridos tres días hábiles a partir del día siguiente al recibo de la notificación dicha, sin que ninguna de las partes objete el nombramiento del tercer árbitro, el Tribunal de Arbitraje quedará debidamente constituido.
- 1.5 El arbitraje tendrá su sede en la ciudad de San José, Costa Rica.

## **2. DE LA JURAMENTACION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE:**

Debidamente constituido el Tribunal de Arbitraje, dos Notarios Públicos, uno por cada Parte, procederán a su juramentación en sesión solemne, en presencia de los representantes legales de las Partes, a título de testigos excepcionales. Los nombrados jurarán, por Dios o por sus creencias más sagradas, cumplir bien y fielmente con todas y cada una de sus responsabilidades para las cuales fueron nombrados.

## **3. DE LA ENTREGA DEL EXPEDIENTE OFICIAL Y OTROS DOCUMENTOS. MODO DE PRESENTACION:**

Una vez concluido el acto a que se refiere el aparte dos, los representantes legales de las Partes, entregarán toda la documentación al Tribunal de Arbitraje, para lo de su cargo.

3.1 El expediente oficial se conformará de común acuerdo entre las Partes y formarán parte de éste: el cartel de licitación, la oferta del adjudicatario, el acto de adjudicación, el Contrato de Suministros y su eventual ampliación, sus Anexos, correspondencia cruzada, estudios técnicos, resumen de visita de campo, bitácoras y cualesquiera otros que las Partes decidan aportar en la oportunidad debida, o bien que el Tribunal Arbitral decida que se aporten, todo en relación con los puntos en controversia. Dicha documentación hasta donde sea posible, dispondrá de documentos originales, copias certificadas o fotocopias de los documentos que acrediten la existencia de algún hecho.

3.2 El Tribunal Arbitral por su cuenta, confeccionará un expediente que contendrá, entre otros, las pretensiones de las partes, alegatos, evacuación de pruebas documentales, testimoniales y periciales, actas de inspecciones oculares y cualesquiera otra información atinente al caso.

3.3 Toda la documentación a que se refiere el aparte 3.1, deberá ser presentado al Tribunal de Arbitraje, en cuatro tantos. El expediente oficial conteniendo los documentos originales o una copia certificada del mismo, quedará bajo la custodia del Tribunal Arbitral en un archivo que para tal propósito, éste designe. Otra copia para el trabajo del Tribunal Arbitral y las dos restantes, una para cada Parte. Toda esa documentación, deberá ir foliada y con su respectivo índice.

3.3.1 Toda la documentación a que se refiere el aparte 3.2, y que produzcan las Partes, deberá ser presentado al Tribunal de Arbitraje, en original y seis copias. El original quedará bajo custodia del Tribunal Arbitral, en un archivo que

para tal propósito, éste designe. Una copia para cada uno de sus integrantes, una copia para cada Parte y una copia para trabajo del Tribunal Arbitral. Toda esa documentación, deberá ir foliada y con su respectivo índice. Aquellas actuaciones del Tribunal Arbitral, que produzcan resoluciones, deberán ser notificadas a las Partes con sus respectivas copias.

#### **4 CONDICIONES DEL ACUERDO**

El acuerdo podrá ser complementado, modificado, o revocado por convenio entre las partes en cualquier momento. No obstante, en caso de que decidan dejar sin efecto un proceso de arbitraje en trámite, deberán asumir los costos correspondientes, de conformidad con esta ley No.7727.

#### **5 CAUSAS DE RECUSACIÓN**

5.1 Son causas de recusación de un arbitro las mismas que rigen para los jueces, así como la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas por respecto de su imparcialidad o independencia.

Para recusar a un arbitro la parte deberá comunicarlo dentro de los ocho días siguientes al día en que fue notificada del nombramiento del arbitro, o dentro de los ocho días siguientes al conocimiento de las circunstancias mencionadas en el aparte anterior.

#### **6. DE LA SUSTITUCION DEL ARBITRO.**

Si alguno de los árbitros nombrados por las Partes, se viere obligado a declinar su responsabilidad como tal, así lo hará saber a las partes y por escrito de inmediato, para que éstas procedan de conformidad a nombrar el sustituto. En el caso de que quien decline esa responsabilidad, sea el Presidente del Tribunal, los árbitros nombrados por las Partes, procederán de inmediato a su reemplazo, utilizando el procedimiento correspondiente. En tales hipótesis, el tiempo que tome nombrar el sustituto, no se computará al plazo que tiene el Tribunal de Arbitraje, para dictar el laudo.

## **7. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES Y ACTUACIONES DEL TRIBUNAL**

Contra las resoluciones que creen indefensión a las partes y autos con carácter de sentencia, dictados por el Tribunal Arbitral, cabrá recurso de revocatoria. Además, la parte disconforme podrá interponer directamente ante el Tribunal arbitral, dentro de los tres días siguientes a la notificación y en forma fundada, un recurso de Apelación que deberá ser resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Contra lo resuelto por la Sala respecto de cuestiones de competencia no cabrá, recurso. Lo resuelto tampoco podrá ser motivo de recurso de nulidad en contra del laudo.

## **8. PRUEBAS**

8.1 Corresponde a cada una de las partes la carga de la prueba de los hechos en que fundamente sus pretensiones o defensa.

## **9. CONCLUSION ANORMAL DEL PROCEDIMIENTO**

9.1 Si dentro del plazo de 15 días a partir de la notificación, el interesado no presenta sus pretensiones, de acuerdo con el requisito establecido en el artículo 41 de la ley 7727, el tribunal arbitral ordenará la conclusión del procedimiento, si dentro del mismo plazo indicado una parte no hubiere dado respuesta a las pretensiones de la otra parte sin invocar justificación razonable el tribunal arbitral ordenará continuar con el procedimiento indicado en el aparte

## **10 RENUNCIA AL DERECHO DE OBJETAR**

10.1 Considerase que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento.

## **11. PRINCIPIOS COADYUVANTES PARA EL DICTADO DEL LAUDO.**



- a. Normas, prácticas y principios que regulan la materia propia de este arbitraje, sean técnicos o jurídicos.
- b. La sana crítica.

### **13. DE LA PRIMERA SESION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE:**

Integrado, juramentado y con toda la documentación en poder del Tribunal de Arbitraje, el Presidente dentro de las veinticuatro horas siguientes, convocará a los otros árbitros para sesionar por primera vez. En dicha sesión se ratificarán los procedimientos establecidos para la tramitación, plazos para el recibo de pruebas documentales, testimoniales, periciales y cualesquiera otras a juicio del Tribunal y el término para el dictado de la resolución del laudo. Se determinará igualmente en esa primera sesión, el presupuesto de gastos que demande esta controversia, así como el calendario de pago de dichos gastos. Para los gastos, el Tribunal de Arbitraje, deberá llevar una contabilidad apropiada. Una vez determinado lo anterior, se elaborará un acta que será notificada a las Partes por medio de sus árbitros nombrados al efecto. El plazo para efectuar esta notificación, no podrá exceder de tres días hábiles después de efectuada la primera sesión.

### **14. DE LAS CONVOCATORIAS:**

Corresponde al Presidente convocar a sesiones del Tribunal, la cual se efectuará por escrito con al menos tres días antes de la sesión respectiva. Deberá indicarse el lugar, fecha y hora de dicha sesión, así como la respectiva agenda que contendrá los asuntos a tratar. Sin embargo, si los tres árbitros están de acuerdo, lo cual se hará constar en la respectiva acta, el Presidente puede convocar al Tribunal en cualquier momento a sesión.

14.1 En caso de que el Presidente no convoque a sesión, los dos árbitros restantes, podrán convocarla en conjunto y por escrito, con al menos tres días hábiles de anticipación a dicha sesión.

### **15. DEL QUORUM:**

15.1 La sesión se podrá realizar únicamente y en primera convocatoria con la asistencia de la totalidad de los miembros del Tribunal de Arbitraje.

15.2 En caso de que se no complete el quórum dentro de los treinta minutos posteriores a la hora de la primera convocatoria, la sesión se

podrá llevar a cabo en segunda convocatoria, con dos de sus miembros presentes.

**16. DE LAS DECISIONES:**

16.1 Las decisiones del Tribunal de Arbitraje, serán tomadas por simple mayoría de votos.

16.2 El árbitro de minoría deberá hacer constar su voto y el razonamiento que tuvo para apartarse del criterio de mayoría.

16.4 De cada sesión, se levantará un acta que firmarán los árbitros que asistieron a la misma, en donde conste el lugar de la sesión, la fecha y hora, la asistencia, los temas tratados y las decisiones tomadas.

**17. DEL LUGAR DE LAS NOTIFICACIONES:**

17.1 Cada una de las Partes, deberá señalar por escrito, lugar donde atender notificaciones, en la ciudad de San José, dentro de los tres días hábiles siguientes a la comunicación que con tal propósito dicte el Tribunal de Arbitraje.

17.2 Las notificaciones a las Partes, se harán dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de realización de la sesión que está siendo notificada.

**18. ACTIVIDADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE:**

El programa de actividades a seguir por el tribunal de arbitraje es el siguiente:

ETAPAS HABILES	DIAS
-------------------	------

**Primera:**

- a. Recibo de documentación oficial.
- b. Definición de procedimientos, plazos y gastos.
- c. Solicitud, entrega de pretensiones y estudio de la documentación.

**Segunda:**

- a. Solicitud, estudio, admisión y presentación de pruebas.
- b. Inspección ocular.
- c. Audiencias finales.

**Tercera:**

- a. Estudio, discusión y votaciones.

**Cuarta:**

- a. Redacción del laudo.
- b. Impresión del laudo.
- c. Notificación del laudo.

TOTAL

DIAS

- 19. Los plazos anteriores, empezarán a correr desde el día en que los árbitros arbitradores se juramenten y se les entregue el expediente oficial. En el evento que, el Tribunal de Arbitraje decidiera prorrogar por un mes más el dictado del laudo, deberá de ajustar los plazos aquí dispuestos y notificarlo a las Partes.

**20. DE LOS HONORARIOS, GASTOS Y OTROS ASPECTOS FINANCIEROS:**

- 20.1 Los honorarios y gastos del Tribunal de Arbitraje, serán fijados por el ICE y CONTRATISTA para cada uno de sus árbitros.

Cada PARTE pagará los honorarios del árbitro por ella nombrado. Los honorarios del tercer árbitro así como los gastos del Tribunal de Arbitraje serán pagados, por partes iguales, por cada una de las PARTES.

El monto de los honorarios del tercer árbitro no podrá ser superior al doble del monto menor que perciba el arbitro de PARTE.

- 20.2 Si no hay acuerdo de mayoría, no tendrán derecho al pago de honorarios.

- 20.3 Los gastos del Tribunal de Arbitraje, serán depositados por mitades por las partes, ocho días naturales posteriores a la notificación de la resolución que indica el monto de los mismos.
- 20.4 Para el depósito de los desembolsos correspondientes a los gastos del Tribunal de Arbitraje, así como su manejo, el Tribunal de Arbitraje, abrirá una cuenta corriente especial en uno de los Bancos pertenecientes al Sistema Bancario Nacional a nombre del Presidente del Tribunal, cuenta en donde se autorizará la firma de todos los árbitros. El Tribunal procederá mediante notificación, indicarle a las Partes, el nombre del Banco escogido y el número de cuenta, para los efectos dichos.
- 20.5 Corresponde al Presidente del Tribunal, mantener la contabilidad de los gastos del Tribunal.
- 20.6 Antes de la disolución del Tribunal Arbitral, éste informará detalladamente a las Partes, de acuerdo con los principios contables aplicables, la forma y modo en que se emplearon las sumas de dinero depositadas para los gastos, con sus respectivos comprobantes.

## **21. CONDENATORIA EN COSTAS Y GASTOS.**

Durante la tramitación de este proceso, las Partes depositarán por iguales partes lo relativo a los gastos que demande éste, en la forma y modo que se describe en el artículo 20.

## **22. DICTADO DEL LAUDO:**

El plazo que tiene el tribunal para dictar el laudo, será de 3 meses a partir de su constitución., el Tribunal de Arbitraje dictará su laudo, el que tendrá que ser por escrito, por unanimidad o por mayoría de votos, en cuyo caso el árbitro de minoría deberá razonar su voto. Dicho plazo podrá extenderse hasta un máximo de un mes más; pero en tal circunstancia y antes de cumplir los tres primeros meses, Tribunal Arbitral, deberá razonar y notificar a las Partes, el motivo de esa prórroga.

## **23. ADICION Y ACLARACION:**

- 23.1 Para el caso del dictado de la resolución final del laudo, las Partes podrán interponer recurso de adición y aclaración, dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación del mismo.

23.2 El Tribunal de Arbitraje, deberá pronunciarse respecto del recurso de adición y aclaración presentado, dentro de los diez días hábiles posteriores.

#### **24. RECURSOS CONTRA EL LAUDO.**

Contra el laudo dictado en un proceso arbitral, solamente podrán interponerse recursos de nulidad y de revisión. El derecho de interponer los recursos es irrenunciable.

#### **25. Nulidad del Laudo**

Unicamente podrá ser declarado nulo el laudo cuando: se incurra en alguna de las causales enumeradas en el artículo 67 de la Ley 7727.

#### **26. DE LA DISOLUCION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE:**

26.1 El Tribunal de Arbitraje sesionará por última vez al completarse la función para el cual fue constituido y acordará su disolución.

$$VP(EBIDTA)_x = \sum_{i=x}^s \frac{EBIDTA_i}{[1+(r/12)]^{i-x}}$$

S : Plazo total de la concesión, expresado en meses. (300 meses).

Donde:

r = Tasa de descuento definida como la rentabilidad esperada en el proyecto: (15.95% según la oferta, la cual es una tasa nominal que deberá ser ajustada para obtener la tasa real, debido a que la misma fue determinada con base en un "Flujo de Caja Proyectado", asumiendo un 2% de inflación anual para el dólar de los Estados Unidos de América).

C = Otros costos, no contemplados en (VLAx) ni en (EBIDTAx), de tipo legal, impositivo, contractual o financieros, ocasionados exclusivamente por el acto de terminación anticipada y debidamente demostrados.

## CAPITULO IX

### 9. Solución de diferencias

#### 9.1 Comisión Técnica de Conciliación

Se constituirá una Comisión Técnica de Conciliación para resolver controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución de este contrato o con la validez o eficacia de los derechos, obligaciones, y responsabilidades derivados de este Contrato, incluyendo todo lo relativo a seguros, daños e indemnizaciones.

La Comisión estará integrada por un profesional designado por el Consejo Nacional de Concesiones, un profesional designado por el Concesionario y un profesional nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá.

La Comisión se establecerá a solicitud de una de las partes, la cual designará al miembro correspondiente al hacer dicha solicitud. Si en el plazo de cinco días hábiles luego de presentada la solicitud no se ha designado el segundo profesional o no existe acuerdo en la designación del tercer comisionado, entonces el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio de Costa Rica por medio de su Junta Directiva o del Centro Arbitral de dicha Cámara de acuerdo con la forma y el procedimiento que fijen su reglamento interno o cualquier disposición reglamentaria supletoria que normalmente aplique.

La Comisión se reunirá cuantas veces considere necesario con el fin de adquirir la información pertinente acerca del asunto en cuestión, discutir el problema e intentar resolver la disputa amigablemente sin la necesidad de un procedimiento formal. El formato específico de las discusiones será dejado al criterio de los miembros de la Comisión.

Durante el curso de las discusiones de la Comisión, todas las solicitudes hechas por ésta a una de las partes de información no-privilegiada que esté razonablemente relacionada con el presente contrato, deberán ser satisfechas.

Los procesos formales para la resolución de una disputa no podrán iniciarse sino hasta que: -i- la Comisión concluya de buena fe que no es probable que ocurra una resolución amigable a través de la continuación de discusiones informales sobre el asunto; o -ii- treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión.

Esta cláusula no se aplicará de manera que evite que una parte entable un proceso formal para evitar el vencimiento de cualquier período de prescripción que sea aplicable, o para conservar una posición superior con respecto a otros acreedores.

## **9.2 Cláusula arbitral**

Las controversias relacionadas con este contrato, que no puedan ser resueltas por la Comisión Técnica de Conciliación dentro del plazo de treinta días luego de solicitado el establecimiento de la Comisión, se someterán a un arbitraje obligatorio que se regirá por el procedimiento establecido en el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados", ratificado por Costa Rica mediante Ley No. 7332 del 30 de marzo de 1993, y, en lo que no esté regulado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones se aplicarán, supletoriamente, por las disposiciones de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos No. 7727 del 14 de enero de 1998. No obstante lo anterior, en todos los casos, el procedimiento

de arbitraje tendrá lugar en San José de Costa Rica, y el idioma de los documentos y las actuaciones será el Español. De igual forma, los plazos para las actuaciones y resoluciones serán los establecidos en el procedimiento arbitral que figura como Anexo 6 de este Contrato. En todo caso se seguirá lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 27 de la LGAP.

### **9.3 Excepción al procedimiento de solución de diferencias**

Se exceptúa de lo dispuesto en este capítulo los asuntos que, por ley, deba resolver la ARESEP, en cuyo caso se seguirán los procedimientos legales establecidos por la ley de la ARESEP y la LCOP y sus respectivos reglamentos. Asimismo, se exceptúan aquellos otros casos en los que las partes acuerden someterse a un procedimiento distinto o en los que el Cartel de la Licitación y este contrato han establecido un procedimiento para tomar o ejecutar las decisiones y en los que el Concesionario tiene oportunidad de exteriorizar sus puntos de vista o ejercer su derecho de defensa.

## **CAPITULO X**

### **10. Disposiciones Finales**

#### **10.1 Acuerdo completo**

Este contrato constituye el acuerdo completo entre las partes integrado por los documentos citados en el mismo.

#### **10.2 Cumplimiento con todos los requisitos legales**

Cada parte deberá ejecutar sus obligaciones de manera tal que cumpla con los requisitos legales aplicables, incluyendo la identificación y obtención de permisos, certificados, aprobaciones e inspecciones requeridas. Si se plantea una acusación de incumplimiento por cualquiera de las partes de algunos de dichos requisitos legales, la parte que acusa el incumplimiento notificará prontamente por escrito a la otra parte de dicha acusación.



# CAPITULO 29.- SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS

## 29.1 SOLUCIÓN DE DISPUTAS Y LEGISLACIÓN APLICABLE<sup>281</sup>

Este Contrato se rige por las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo de Costa Rica.

Las partes convienen que las diferencias o conflictos que surjan entre ellas se resolverán obligatoriamente de la siguiente forma y orden de prelación:

En sede administrativa se resolverán mediante los procedimientos administrativos regulados por el Contrato o por la LGAP, según se indique en el Contrato, salvo en los casos en que el Contrato expresamente autoriza a las partes para someter el asunto a un arbitraje. El inicio de un procedimiento arbitral autorizado por el Contrato no suspende los derechos de la Administración Concedente, la ejecutoriedad de sus actos administrativos, ni sus potestades de imperio.

Cualquier otra diferencia relacionada con el Contrato, su ejecución, incumplimiento, resolución o determinación de daños y perjuicios, lo mismo que la impugnación a lo resuelto en sede administrativa, que solo pueda resolverse en sede judicial por haberse agotado la vía administrativa, se resolverá mediante conciliación o arbitraje, en los términos que se dirán y según los términos de este Contrato y lo dispuesto por la Ley Sobre la Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No 7727 del 4 de diciembre de 1997.<sup>282</sup>

## 29.2 CONCILIACIÓN

Para las cuestiones que no puedan resolverse en sede administrativa de conformidad con los términos del Contrato, las partes, de previo a acudir a un proceso arbitral, podrán pero no estarán obligadas, por acuerdo de ambas, acudir a la vía de conciliación para remediar cualquier controversia del presente Contrato que no pueda ser resuelta de conformidad con las reglas y procedimientos del mismo o que con respecto a los cuales, las partes mantengan una interpretación diferente.

---

<sup>281</sup> Señala el posible oferente que en el Cartel existen distintos sistemas de solución de controversias y órganos jurisdiccionales, dependiendo del tema de que se trate. Por lo que propone simplificar el tema y establecer solo un sistema para todas las controversias que opere en base a conciliación y a falta de acuerdo un arbitraje (ICC Rules, London, Spanish language). La Administración no encontró los distintos sistemas a los que se refiere el posible oferente. Al respecto debe estarse a lo dispuesto por el Capítulo 29.

Además se recomienda modificar la redacción, para que sea posible someter a arbitraje todos los litigios excepto los que estén expresamente prohibidos por la legislación costarricense. La Administración Concedente estima que la redacción de la cláusula 29.1 permite lo indicado por el posible oferente.

<sup>282</sup> Solicita el posible oferente que las diferencias que existan entre las partes y que no tengan que ser resueltas por disposición de la ley frente a tribunales nacionales se resuelvan de manera definitiva mediante un procedimiento arbitral. Asimismo solicita que las características de dicho procedimiento arbitral deberán ser las siguientes: Legislación aplicable: Leyes aplicables de Costa Rica. Sede del arbitraje: San José, Costa Rica. Reglas del arbitraje: Reglas del ICC (Cámara Internacional de Comercio). La Administración aclara que los asuntos que serán sometidos a los mecanismos de solución alternativa de disputas que se encuentran expresamente establecidos en la LCOP y en el Contrato, especialmente en la cláusula 29.1. Con respecto al procedimiento de arbitraje y sus características, se está agregando una nueva cláusula 29.4 y la anterior 29.4 se le está cambiando la numeración por la 29.5. Asimismo se está reformando el texto de la 29.3

Para estos efectos las partes podrán acordar la constitución de un conciliador o Comisión Técnica de Conciliación, la que intentará conciliar a las partes para que lleguen a un acuerdo que sea válido dentro del ordenamiento jurídico administrativo costarricense.

El conciliador o la Comisión Técnica de Conciliación estará integrada por uno o varios profesionales, especialistas en la materia, que designen de mutuo acuerdo las partes, y podrá contar con los asesores que se requieran, en cuyo caso serán pagados por la parte que los necesita.

La Comisión se reunirá cuantas veces considere necesarias, con el fin de adquirir la información pertinente acerca del asunto en cuestión, discutir el problema e intentar conciliar a las partes sin la necesidad de un procedimiento formal de arbitraje. El formato específico de las discusiones será dejado al criterio del conciliador o de la Comisión Técnica Conciliadora.

Durante el curso de la conciliación, todas las solicitudes hechas por la misma a una de las partes de información no-privilegiada que esté razonablemente relacionada con el presente Contrato, deberán ser satisfechas.

Esta cláusula no se aplicará de manera que evite que una parte entable un proceso formal de arbitraje o para evitar el vencimiento de cualquier período de prescripción que sea aplicable o para atrasar el pago de las multas a que hace referencia este Contrato, cuando se han seguido los procedimientos establecidos en el Contrato. Por otra parte, la Conciliación no operará para efectos de este Contrato cuando el mismo haya previsto otros procedimientos administrativos que garanticen el debido proceso y la defensa de las partes.

### **29.3 CLÁUSULA ARBITRAL<sup>283</sup>**

Cualquier controversia relacionada con este Contrato, bien sea referente a la interpretación, cumplimiento, ejecución, resolución o indemnización, que no pueda ser resuelta en sede administrativa mediante los procedimientos establecidos en el Contrato, o que habiendo sido resuelta solo quepa la vía judicial por haberse agotado la vía administrativa o que no haya habido conciliación, se podrá someter como solución alterna a un procedimiento de arbitraje obligatorio de derecho que estará regulado por este Contrato y por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 del 4 de diciembre de 1997. Se incorpora a este Cartel la autorización del Poder Ejecutivo para el arbitraje, en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 27 de la LGAP.

### **29.4 PROCEDIMIENTO Y CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE<sup>284</sup>**

El arbitraje será un arbitraje de derecho y la legislación que se aplicará será la costarricense. La sede del arbitraje será San José, Costa Rica. El idioma del arbitraje será el español y corresponderá a la parte que lo necesite, pagar los costos de traducciones al idioma español que se requieran. El procedimiento y reglas del arbitraje, en tanto estén permitidos por la Ley Sobre la Resolución Alternativa

---

<sup>283</sup> Modificado por el CNC en Sesión No 11-03 del 6 de agosto del 2003.

*Los conflictos entre las partes deberían estar sujetos a arbitraje internacional. Sugerimos que la cláusula arbitral refiera los conflictos al CIADI (ICSID) del Banco Mundial, que es el más apropiado y usual para este tipo de contrato. La Administración considera que el procedimiento establecido por la Ley No. 7727 del 4 de diciembre de 1997, protege los intereses de ambas partes y es el que ordena el ordenamiento jurídico costarricense.*

<sup>284</sup> Modificado por el CNC en Sesión No 11-03 del 6 de agosto del 2003.

de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 del 4 de diciembre de 1997, y se ajusten a lo dicho anteriormente, serán los establecidos por la citada ley y en el tanto sean compatibles con estas, por las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica o las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, o por las Reglas del Centro de Arbitraje de la American Chamber of Commerce (AMCHAM), o por las reglas de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) Si no hubiere acuerdo entre las partes sobre cual de las reglas de los Centros de Arbitraje antes dicho se aplicarán, se utilizarán las reglas de la ICC.

## **29.5 EXCEPCIÓN AL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS<sup>285</sup>**

Se exceptúa de lo dispuesto en este Capítulo los asuntos que, por ley, deba resolver o sean competencia de la ARESEP.

---

<sup>285</sup> *Modificado por el CNC en Sesión No 11-03 del 6 de agosto del 2003.*