



Agotamiento de la vía administrativa en el arbitraje nacional en materia de Derecho Público

Carolina Castro Vindas ¹
Officium Legal

Resumen

Actualmente, a nivel nacional, existen varias lagunas jurídicas en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social costarricense, acerca del **agotamiento de la vía administrativa en el arbitraje nacional en materia de Derecho Público**. Por lo cual, en este artículo, se resalta una de ellas. En tal sentido, se explican los conceptos básicos; por ejemplo, el arbitraje, el agotamiento de la vía administrativa; se detalla acerca de la arbitrabilidad subjetiva y objetiva y, por último, se desarrolla la normativa costarricense en torno a este tema, así como la normativa internacional —a efectos de hacer un pequeño comparativo—, la doctrina nacional y la jurisprudencia costarricense, la cual ha resultado sumamente relevante en este campo. Asimismo, se expone la importancia de garantizar el principio de seguridad jurídica en esta rama del Derecho.

Palabras claves: procedimiento arbitral; agotamiento de la vía administrativa; arbitraje nacional; arbitraje en Derecho Público; arbitraje

internacional; arbitraje internacional en Derecho Público; arbitraje; principio de seguridad jurídica; derecho constitucional; derecho fundamental.

Abstract:

Currently, at the national level, there are several legal gaps in our Law on Alternative Dispute Resolution and Promotion of Social Peace regarding the exhaustion of administrative remedies in national arbitration in matters of public law. In this article one of them will be highlighted. In this sense, the basic concepts will be explained; for example, arbitration, the exhaustion of administrative remedies, subjective and objective arbitrability will be detailed and, finally, the Costa Rican regulations on this subject will be developed, as well as the international regulations -in order to make a small comparison-, the Costa Rican national doctrine and the jurisprudence, which has been extremely relevant in this field. Likewise, the importance of guaranteeing the principle of legal certainty in this branch of law will be explained.

¹ Carolina Castro Vindas, licenciada en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Actualmente, cursa la Especialidad en Derecho Notarial y Registral. Carolina es abogada en la firma Officium Legal, en la cual labora desde el 2013. Durante su trayectoria, ha tenido importante participación en procedimientos administrativos y procesos contenciosos administrativos, especialmente, en las áreas de Contratación Administrativa y Expropiaciones. Asimismo, ha adquirido conocimiento y experiencia en el ámbito del arbitraje.

Key words: arbitration proceedings; exhaustion of administrative remedies; national arbitration; public law arbitration; international arbitration; international arbitration in public law; arbitration; principle of legal certainty; constitutional law; fundamental right;

Agotamiento de la vía administrativa en el arbitraje nacional en materia de Derecho Público

Introito

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, así como lo son también la conciliación, la mediación, el proceso judicial, entre otros.

Según el autor Ernesto Jinesta: *“El arbitraje es un método o mecanismo de solución heterocompositivo de controversias que tiene asidero directo en la autonomía de la voluntad de las partes y en su libertad de contratación, puesto que el derecho fundamental se ejerce a través del acuerdo arbitral, el cual puede asumir la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso”*.²

Aunado a ello, el artículo 43 de la Constitución Política de Costa Rica, desde 1949, reconoció al arbitraje como un derecho fundamental y potestativo. Dice al respecto la norma citada:

“ARTÍCULO 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”. *Constitución Política de la República de Costa Rica*.

² Jinesta Lobo, Ernesto. *El Arbitraje en el Derecho Público*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008.

En tal sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

*II) El proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar para las partes más ágil. Como bien lo apunta la Procuraduría el arbitraje ha ido tomando gran auge en nuestros tiempos, especialmente en el campo del derecho internacional, y algunas legislaciones funciona, con éxito, la figura del arbitraje legal o forzoso. Ahora bien, sin ninguna duda, este proceso es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más célere y ágil. Dispone el artículo 43 Constitucional: Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.*³

Ahora bien, el procedimiento arbitral requiere que exista un acuerdo o cláusula arbitral pactada entre las partes de forma voluntaria, en la cual sometan la disputa a un procedimiento arbitral. En ese mismo sentido, el señor Jorge Murillo González señala:

“La cláusula compromisoria es un contrato, entendido como acuerdo de voluntades de dos o más sujetos que originan una relación jurídica”.⁴

³ SCCSJ, 11421-2017.

⁴ Murillo González, Jorge, *Efectos de la Cláusula Compromisoria en Los Arbitraje Internacionales: Caso del CIADI*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 118 (121-152), 2008.

Arbitrabilidad subjetiva y objetiva

No obstante, existen dos aspectos adicionales, pero fundamentales para someter una controversia a un procedimiento arbitral. El primero es la arbitrabilidad subjetiva, la cual se refiere a la capacidad del sujeto y su disposición sobre el derecho que somete al arbitraje; que tengan plena disposición de los derechos y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

“La arbitrabilidad subjetiva trata acerca de la capacidad de las partes, para determinar si una de las partes puede efectivamente someterse a arbitraje y dar su consentimiento. Por último, el consentimiento de las partes es de suma importancia para la existencia y validez del pacto arbitral, pues es este consentimiento el que da luz verde para que el acuerdo arbitral se forme”.⁵

En segundo lugar, está la arbitrabilidad objetiva, la cual se puede encontrar en el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social:

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

En otro orden de ideas, dicho artículo señala que, dependiendo de la materia objeto del conflicto y su condición de patrimonialidad, se podrá o no someterse la controversia a un arbitraje nacional.

⁵ Cartín Feoli, Carlos M., Solís Rodríguez, Augusto, *El arbitraje comercial internacional en Costa Rica: análisis a la luz del proyecto de ley número 17.593*. Tesis (licenciatura en derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 2010.

Una vez el caso haya “calificado” para acudir al arbitraje nacional, en lo que respecta al área del Derecho Público, surge una interrogante muy importante: ¿se debe agotar la vía administrativa previo a iniciar el procedimiento arbitral?

Como es conocido, el agotamiento de la vía administrativa se alcanza cuando la Administración Pública haya emitido el último acto administrativo de la escalera recursiva — resolución—, el cual pone fin al procedimiento administrativo.

Conforme al autor Alex Rojas: *“El agotamiento de la vía administrativa ha sido considerado, originariamente, como un privilegio formal del que gozan las Administraciones públicas, que les garantiza que, de previo a que cualquier persona impugne judicialmente una conducta adoptada por aquellas, se deba brindar la oportunidad al ente u órgano público respectivo, para que conozca del reclamo y lo resuelva por su propia cuenta en la sede administrativa”.*⁶

¿Qué estipula la normativa costarricense?

Actualmente, existen dos normas que se refieren al agotamiento de la vía administrativa en el área del Derecho Público. En primera instancia, se encuentra el Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual en su numeral 31 precisa que el agotamiento de la vía administrativa es **facultativo**, salvo en las siguientes dos excepciones:

a. En materia municipal, conforme lo estipulado

⁶ Rojas Ortega, Alex, *Las Medidas Cautelares de Extrema Urgencia en el Proceso Contencioso Administrativo*. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, N° 128, 2020.

en el artículo 173 de la Constitución Política:

“ARTÍCULO 173.- Los acuerdos Municipales podrán ser:

1) Objetados por el funcionario que indique la ley, en forma de veto razonado;

2) Recurridos por cualquier interesado.

En ambos casos si la Municipalidad no revoca o reforma el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente”.

b. En materia de contratación administrativa, según el artículo 182 de la Constitución Política:

“ARTÍCULO 182.- 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 esas 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”.

La otra norma es la Ley General de la Administración Pública, la cual estipula, en el artículo 127, que será obligatorio el agotamiento cuando se produzca en virtud del silencio o de algún acto presunto.

Artículo 127.- Cuando el agotamiento de la vía administrativa se produzca en virtud del silencio o de algún acto presunto, la Administración siempre estará obligada a dictar la resolución de fondo, de manera expresa y motivada, sin perjuicio de los efectos del silencio

para fines de impugnación jurisdiccional, de conformidad con el Código Procesal Contencioso-Administrativo.

Sin embargo, como se puede apreciar, actualmente no existe disposición expresa que indique si se requiere agotar la vía administrativa o no, para iniciar un procedimiento arbitral en Costa Rica, ni siquiera en la propia Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social. En este aspecto, se debe acudir a la jurisprudencia costarricense.

¿Cuál ha sido la posición actual en la jurisprudencia nacional?

En cuanto a la materia arbitral, la jurisprudencia ha determinado que no se requiere el agotamiento de la vía administrativa por dos motivos fundamentales:

Primeramente, la inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa dictada por la Sala Constitucional, se dictó el Voto nro. 9928-2010 de las 15 horas del 9 de junio de 2010:

“El artículo 49 constitucional establece una jurisdicción contencioso-administrativa plenaria y universal que le permite al justiciable impugnar o atacar cualquier conducta o manifestación de la función administrativa ante ese orden jurisdiccional. Dentro de las posibles manifestaciones específicas de la función administrativa, constitucionalmente impugnables ante la sede contencioso-administrativa, se encuentran, obviamente, aquellas conductas de las administraciones públicas en el marco o contexto de una relación de empleo público o estatutaria, incuestionablemente, regida por el Derecho Administrativo o de naturaleza jurídico-administrativa, según

se desprende de los ordinales 191, 192 de la Constitución, 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública y de la jurisprudencia constitucional”.

En este criterio, se puede observar que únicamente se debe agotar la vía administrativa en el Derecho Municipal y la Contratación Administrativa. En segundo término, se ha venido aplicando el criterio de que el arbitraje nacional no tiene a su alcance tutelar las situaciones jurídicas-administrativas y, por ende, no puede entrar a conocer sobre actos o resoluciones dictados por órganos administrativos.

Se debe recordar que el objetivo del arbitraje nacional en materia de derecho público es conocer los conflictos jurídicos en torno a responsabilidades civiles y la reparación de daños y perjuicios; por esa razón, no requiere que se agote la vía administrativa. En ese aspecto, cabe resaltar la posición del Dr. Aldo Milano Sánchez, en su tesis de doctorado titulada: “Arbitraje y Derecho Público”:

“...La exigibilidad de una formalidad como esa, sólo podría ser legítima en caso de que una expresa disposición legal así lo dispusiera, o bien, en el caso de que las partes, voluntariamente, lo hayan establecido así.

(...) Ni la LRAC, como tampoco las otras disposiciones legales antes estudiadas, normas especiales y posteriores a la LRJCA, hacen una expresa mención al deber del particular de agotar la vía administrativa antes de acudir a la arbitral, de forma tal que no existe duda alguna de que dicho trámite no resulta exigible”.

Agotamiento de la vía administrativa en un arbitraje internacional

Por el contrario, cuando se trata de arbitrajes internacionales, sí existe normativa que se refiere al agotamiento de la vía administrativa. En este caso, se hace referencia al artículo 26 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el cual indica:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

Asimismo, el numeral 32 de este mismo Convenio señala que un Estado tiene derecho a exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales:

32. Se puede presumir que cuando un Estado y un inversionista acuerdan acudir al arbitraje y no se reservan el derecho de acudir a otras vías, o de exigir el agotamiento previo de otras vías, la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento. Esta regla de interpretación está contenida en la primera frase del Artículo 26. La segunda frase reconoce en forma explícita el derecho del Estado a exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, a fin de dejar aclarado que no se intenta modificar las normas de derecho internacional sobre la materia.

El principio de legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad contractual

Las lagunas jurídicas pueden surgir por diversas razones, como cambios en las normas sociales o avances tecnológicos que superan a la ley. Sin embargo, existen varias herramientas interpretativas que pueden utilizarse para resolver estas lagunas y garantizar la seguridad jurídica.

En aras de encontrar la mejor solución al tema expuesto, es posible recurrir al principio de legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad contractual, a pesar de la dicotomía existente entre ambos. El principio de legalidad es:

El principio de legalidad administrativa, tiene dos vertientes, a saber: a) una versión negativa, donde el Estado solo puede realizar aquello que expresamente le haya sido autorizado por la ley; y b) su versión positiva, mediante la cual se establece una serie de potestades y competencias para la Administración Pública (p.27-28).⁷

Por otra parte, el principio de la autonomía de la voluntad contractual es:

"el principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el

orden público o las buenas costumbres".⁸

En el contexto del derecho público, es posible distinguir que el principio de libertad contractual podría verse limitado, ya que el Estado, en ocasiones, requiere regular ciertas actividades en interés público; por ejemplo, que el Estado necesite regular el precio de bienes y servicios esenciales para garantizar que sean accesibles a todos los miembros de la sociedad.

Sin embargo, en el contexto del arbitraje, es posible apreciar que el principio de libertad contractual, a veces, entra en conflicto con el principio de legalidad. En ese sentido, el acuerdo arbitral debe ajustarse al marco legal, con el propósito de que no se quebrante dicho principio.

En consecuencia, en un procedimiento arbitral, no se debe agotar la vía administrativa, conforme el principio de legalidad; dado a que, en materia de Derecho Público, únicamente se señala que se debe agotar la vía administrativa en materia municipal y contratación pública.

En conclusión

Al no existir ninguna disposición a nivel nacional que señale si se debe o no agotar la vía administrativa, especialmente en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se encuentra frente a una laguna jurídica. Por ese motivo, la jurisprudencia ha venido orientando acerca de este punto. Sin embargo, los criterios de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia pueden llegar a cambiar, lo cual provoca que no se garantice el principio de seguridad jurídica en este tema.

Por consiguiente, aunque las lagunas en

⁷ Brenes Soto, Walter. Brenes Soto, W. *Procesos Abreviados en el Código Procesal Contencioso Administrativo: Régimen legal y ventajas procesales*. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Recuperado de Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2012.

⁸ ALESSANDRI, Arturo. "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. p. 11. 2004.

la ley pueden ser un reto desalentador para los profesionales del Derecho en Costa Rica, existen varias herramientas interpretativas que pueden utilizarse para resolverlas. Por ejemplo, el principio de legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad contractual; los cuales, en equilibrio, garantizan la protección tanto de los derechos de las partes como del interés público.

Garantizar este principio de seguridad jurídica resulta sumamente relevante para todos los costarricenses, por una sencilla razón, y es que constituye la garantía de todo individuo, por la cual, tiene la certeza de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente; es decir, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, en tanto los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados; lo cual requiere de ciertas condiciones, tales como la organización judicial, el cuerpo de policía y las leyes; por lo que, desde el punto de vista objetivo, la seguridad jurídica equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz, cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.⁹

Bibliografía

Jinesta Lobo, Ernesto. *El Arbitraje en el Derecho Público*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008

Rojas Ortega, Alex. (2020). *El Agotamiento de la Vía Administrativa en el Derecho Administrativo Moderno*. Costa Rica: Revista IUS Doctrina. Vol. 14 n. 1, noviembre 2021. ISSN-1659-3707.

⁹ Procuraduría General de la República, Acción de Inconstitucionalidad, 12-002959-0007-CO.

Milano Sánchez, Aldo. (2007). “*Arbitraje y Derecho Público*”, Proyecto de Graduación para optar por el Grado de Doctor en Derecho en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, p. 476.

Murillo González, Jorge. (2008). “*Efectos de la Cláusula Compromisoria en los Arbitrajes Internacionales: Caso del CIADI*”, p. 136.

Cartín Feoli, Carlos M., Solís Rodríguez, Augusto (2010). “*El Arbitraje Comercial Internacional en Costa Rica: Análisis a la Luz del Proyecto de Ley Número 17.593*”, Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 55.

Murillo González, Jorge, *Efectos de la Cláusula Compromisoria en Los Arbitraje Internacionales: Caso del CIADI*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 118 (121-152), 2008.

Cartín Feoli, Carlos M., Solís Rodríguez, Augusto, *El arbitraje comercial internacional en Costa Rica: análisis a la luz del proyecto de ley número 17.593*. Tesis (licenciatura en derecho). Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 2010.

Rojas Ortega, Alex, *Las Medidas Cautelares de Extrema Urgencia en el Proceso Contencioso Administrativo*. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, N° 128, 2020.

Brenes Esquivel, Ana L., (2012). “*Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 24 de la Ley General de Caminos Públicos*”, Expediente: 12-002959-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2017), 11421-2017.

Brenes Soto, Walter. Brenes Soto, W. *Procesos Abreviados en el Código Procesal*



Contencioso Administrativo: Régimen legal y ventajas procesales. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Recuperado de Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2012.

ALESSANDRI, Arturo. *"De los contratos"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. p. 11. 2004.