



## LA FASE DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Procesal Administrativo.	<b>Descriptor:</b> Proceso Contencioso Administrativo.
<b>Palabras Claves:</b> Conciliación, Proceso Contencioso Administrativo, Solución Alternativa de Conflictos.	
<b>Fuentes de Información:</b> Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	<b>Fecha:</b> 28/07/2014.

### Contenido

RESUMEN .....	2
NORMATIVA .....	3
La Conciliación .....	3
DOCTRINA .....	6
1. Conciliación en Materia Contenciosa Administrativa .....	6
II. Conciliación como Solución Alternativa Dentro del Proceso Contencioso Administrativo.....	6
III. El Código Procesal Contencioso Administrativo .....	6
IV. Momento Procesal y Facultades de las Partes para Conciliar.....	8
V. Desarrollo de la Audiencia .....	9
VI. Dirección de la Audiencia y Potestades del Juez Conciliador .....	10
VII. Finalización de la Audiencia .....	11
2. Juez Conciliador .....	13
3. Conciliación .....	14

<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>24</b>
<b>1. Conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo y la Participación de los Coadyuvantes.....</b>	<b>24</b>
<b>2. Posibilidad de la Administración Pública de Conciliar.....</b>	<b>26</b>
<b>PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA...28</b>	
<b>1. Posibilidades de la Administración Pública de Conciliar .....</b>	<b>28</b>
<b>2. Posibilidad de la Administración pública de Conciliar y la Condonación de Deudas.....</b>	<b>34</b>
<b>3. Posibilidad de Asumir las Vías de Resolución Alterna de Conflictos por parte de la Administración Pública, El Manejo de Fondos Públicos, El Dominio Público y el Principio de Legalidad .....</b>	<b>42</b>

## RESUMEN

El presente informe de Investigación reúne información sobre la **Fase de Conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo**, para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que realizan un análisis del tema en cuestión.

Por ello la normativa por medio de los artículo 72 a 81 del Código Procesal Contencioso Administrativo realizan las estipulaciones de la forma en el cual el juez contencioso administrativo puede realizar la conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo.

Lo cual se complementa con el desarrollo doctrinario realizado por medio del comentario que los diversos autores han realizado a los artículos antes mencionados del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Mientras que la jurisprudencia por medio de la resolución de casos prácticos se encarga de analizar el papel de los coadyuvantes en la conciliación y la posibilidad de la Administración Pública de conciliar ante los conceptos y régimen jurídico especial de los de Fondos Públicos y el Dominio Público; en consideración del Principio de Legalidad.

## NORMATIVA

### **La Conciliación**

[Código Procesal Contencioso Administrativo]<sup>1</sup>

#### **Artículo 72.-**

- 1) La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.
- 2) A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes.

#### **Artículo 73.-**

- 1) Todo representante de las partes deberá estar acreditado con facultades suficientes para conciliar, lo que se deberá comprobar previamente a la audiencia respectiva.
- 2) Cuando corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, se requerirá la autorización expresa del procurador general de la República o del procurador general adjunto, o la del órgano en que estos deleguen.
- 3) En los demás casos, la autorización será otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue.

#### **Artículo 74.-**

- 1) La jueza o el juez conciliador convocará a tantas audiencias como estime necesarias.
- 2) Para lograr la conciliación, la jueza o el juez podrá reunirse con las partes, en forma conjunta o separada.

## **ARTÍCULO 75.-**

**1)** La conciliación se entenderá fracasada cuando:

- a)** Sin mediar justa causa, cualquiera de las partes o sus representantes no se presenten a la audiencia conciliatoria.
- b)** Cualquiera de las partes o sus representantes manifiesten, en firme, su negativa a conciliar.
- c)** Después de una o más audiencias celebradas, la jueza o el juez conciliador estime inviable el acuerdo conciliatorio.

**2)** La jueza o el juez conciliador también ordenará la finalización de la audiencia, si alguna de las partes o sus representantes participan con evidente mala fe, con el fin de demorar los procedimientos o con ejercicio abusivo de sus derechos. En estos casos, la jueza o el juez conciliador impondrá a la parte, a su representante, o a ambos, una multa equivalente a un salario base, según la Ley N.º 7337. En este último supuesto, se prorratará la multa por partes iguales.

**3)** La jueza o el juez conciliador deberá guardar absoluta confidencialidad e imparcialidad respecto de todo lo dicho por las partes en el curso de la conciliación, por lo que no podrá revelar el contenido de las discusiones y manifestaciones efectuadas en ella, ni siquiera con su anuencia. En todo caso, lo discutido y manifestado en la conciliación no tendrá valor probatorio alguno, salvo en el supuesto de procesos en los que se discuta la posible responsabilidad del juez.

## **ARTÍCULO 76.-**

Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público.

## **Artículo 77.-**

Una vez firme el acuerdo conciliatorio, tendrá el carácter de cosa juzgada material y para su ejecución será aplicable lo relativo a la ejecución de sentencia.

**Artículo 78.-**

La jueza o el juez conciliador podrá adoptar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.

**Artículo 79.-**

Las partes, por sí mismas, podrán buscar los diversos mecanismos para la solución de sus conflictos fuera del proceso, y acudir a ellos. Para tal efecto, de común acuerdo, estarán facultadas para solicitar su suspensión, por un período razonable a criterio de la jueza, del juez o del Tribunal, según sea el estadio procesal.

**Artículo 80.-**

- 1) En lo conducente, durante las audiencias conciliatorias serán aplicables los capítulos VI y VII de este título.
- 2) De lo sucedido, en la fase de conciliación, se levantará un acta en los términos establecidos en el artículo 102 de este Código. No obstante, si la conciliación fracasa, solamente se dejará constancia de ello, con indicación lacónica de su causa, sin ninguna otra manifestación de las partes sobre el fondo del asunto.
- 3) En lo aplicable, durante las audiencias la jueza o el juez conciliador tendrá las facultades del presidente del Tribunal de juicio, a que alude el artículo 99 de este Código.

**Artículo 81.-**

- 1) En el mismo auto que fija la audiencia de conciliación, se advertirá a las partes que si alguna de ellas manifiesta, con antelación, su negativa a conciliar, o si cualquiera de ellas no se presenta a la audiencia señalada para tal efecto, se continuará de inmediato con la audiencia preliminar, para lo cual se coordinará y se tomarán las previsiones del caso, junto con la jueza o el juez tramitador.
- 2) Si, iniciada la conciliación, la jueza o el juez encargado la declara fracasada, total o parcialmente, en el mismo auto señalará la hora y fecha para celebrar la audiencia preliminar, previa coordinación con el juez tramitador.

## DOCTRINA

### 1. Conciliación en Materia Contenciosa Administrativa

[Barboza Cordero, J.]<sup>ii</sup>

[P. 291]

### II. Conciliación como Solución Alternativa Dentro del Proceso Contencioso Administrativo.

La angustia de los administrados y de la propia administración, por hallar soluciones más ágiles, llevó a los administrados a vencer viejos tabúes e intentar una legislación que permitiera, racionalmente, una eficaz institución de la conciliación. Se partió de que la conciliación, como mecanismo autocompositivo, resolutorio y voluntario tiene su razón de ser en facilitar a las partes la obtención de una solución real, integral, pronta y desde luego menos costosa en dinero y tiempo; esto por iniciativa de las partes o a instancia de un tercero imparcial, especialista en el tema.

Es una forma de devolución del conflicto a las partes, con el fin de que aprendan una nueva forma de solución, que les resuelva el

[P. 292] conflicto presente y les permita a la vez, contar con las herramientas para la prevención o solución de conflictos futuros. Se persigue disminuir esa conducta de dependencia total del Estado, en este caso recayendo en el sistema de administración de justicia, para que se resuelva toda controversia que se presente, actuar tan arraigado en las personas, que les hace dar la espalda a formas autocompositivas históricamente utilizadas.

Debe contarse necesariamente con un juez que conozca no solamente de técnicas de aplicación para este mecanismo, sino que además tenga a su haber un basto conocimiento en el o los temas sobre los que se presente el conflicto, sus presupuestos y límites legales y técnicos a la voluntad de las partes.

### III. El Código Procesal Contencioso Administrativo

Siendo nuestro país privilegiado al contar con juristas, estudiosos, analíticos y trabajadores, ha logrado después de varios años de análisis y trabajo serio, contar con una legislación de avanzada que le permitirá, formar parte de los países permeados por las corrientes más modernas en el tema de la Administración Pública. Precisamente el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, con una visión moderna del proceso, incorpora dentro de su articulado, el Capítulo III, especialmente dedicado al tema de "La Conciliación".

Para iniciar, en forma general este capítulo, confiere a la Administración Pública, vale decir al Estado y los demás entes públicos, la capacidad para conciliar en determinados conflictos. En concreto, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública y 72 del Código Contencioso Administrativo, la autorización comprendería, al Poder Ejecutivo o administración central, al Poder Legislativo, al Judicial y al Tribunal Supremo de Elecciones, así como a las Municipalidades, instituciones autónomas y toda entidad de derecho público, para la aplicación de este instituto.

**[P. 293]** En el orden objetivo, es menester considerar dentro de lo conciliable a las conductas administrativas mencionadas en el artículo 1, pues establece que en el caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se conocerán o tutelarán situaciones jurídicas de toda persona, para garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la administración, cualquier infracción por acción, omisión o desviación de poder, y conocerá también sobre relaciones jurídico administrativas. Se refiere aquí la norma al establecer situaciones jurídicas de toda persona, tanto a intereses individuales como a colectivos o difusos.

En el caso de la Jurisdicción Civil de Hacienda conocerá sobre contratación administrativa, responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, procesos ordinarios de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, procesos sumarios y civiles de hacienda. Por su parte el artículo 36 de ese mismo cuerpo normativo es más puntual al indicar como conducta administrativa objeto de proceso la existencia, no existencia o contenido de relaciones sujetas al ordenamiento jurídico; el ejercicio de la potestad administrativa; los actos administrativos finales, definitivos o de trámite con efecto propio; actuaciones materiales, conductas omisivas de la Administración Pública y cualquier conducta sujeta al derecho publi-co.

Ahora bien de lo enumerado anteriormente se desprende la amplia posibilidad de aplicarse este instituto objetivamente sobre temas o controversias en que una parte sea la administración pública, de acuerdo con lo que establece el artículo 72 podrá aplicarse "sobre la conducta administrativa, su validez, y sus efectos". Para una mejor comprensión, conviene señalar puntualmente la tipología de conflictos en que es viable conciliar, a saber:

- Contratación administrativa
- Responsabilidad patrimonial del Estado
- Conflictos con entidades bancarias

Procesos ordinarios contencioso-administrativos cuyo objeto sea proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos sean lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas

**[P. 294]** por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades y toda institución estatal, autónoma o semiautónoma, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.

- Procesos contra las municipalidades y juntas de educación
- De los juicios ejecutivos de cualquier cuantía en los que se ejerciten acciones a favor del Estado o sus instituciones o en contra de ellos.

#### **IV. Momento Procesal y Facultades de las Partes para Conciliar**

Aunque la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727), establece en su artículo 6, que en cualquier etapa de un proceso judicial se puede proponer una audiencia de conciliación, en el Código Procesal Contencioso Administrativo, el artículo 70, establece como momento procesal oportuno para realizar la conciliación en un proceso por audiencias, antes de la audiencia preliminar, al indicar que una vez contestada la demanda o la contrademanda el juez tramitador dará traslado a la parte actora por el plazo de tres días para que se refiera a ésta y ofrezca prueba y en esa misma resolución señalará hora y fecha para celebrar la audiencia de conciliación remitiendo el expediente al juez conciliador. En los artículos referentes a la audiencia preliminar o al juicio no se establece la posibilidad de conciliar, al menos de manera expresa. El Código prevé también la posibilidad de prescindir de la audiencia, al indicar en el artículo 81 que una vez notificadas de la ésta, las partes pueden renunciar expresamente a que se efectúe y pasar a la audiencia preliminar de inmediato.

En cuanto a las facultades para conciliar el artículo 7 de la Ley RAC, establece que es necesario para que se efectúe la audiencia que estén presentes el conciliador, las partes, o sus apoderados y sus abogados. El artículo 72 en su inciso 2), indica que los asistentes a la audiencia serán las partes o sus representantes. Establece asimismo el artículo 73, que los comparecientes a la audiencia deben contar con las facultades suficientes para conciliar.

**[P. 295]** Respecto del coadyuvante, el artículo 72 lo excluye indicando "excepto los coadyuvantes". Esto se puede explicar partiendo del concepto de la coadyuvancia de acuerdo con el artículo 13 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que en su inciso 1) indica que es quien tiene interés indirecto en el objeto del proceso; pero más aún, debemos poner especial atención al inciso 2) en que establece que el coadyuvante no podrá pedir nada para sí, y pareciera entonces lógico que si no puede

tener ninguna pretensión directa, no tenga ningún sentido en la etapa de conciliación su participación, porque tampoco podrá tomar decisiones, comprometer o comprometerse en un eventual acuerdo conciliatorio.

## **V. Desarrollo de la Audiencia**

En cuanto al procedimiento de la audiencia de conciliación que se regula en los artículos 74 a 76 y 80, el Código lo flexibiliza y simplifica, de manera que su desarrollo no difiere casi en nada de la conciliación en otras materias.

Se establece la posibilidad de que la audiencia sea diferida en varias sesiones, de acuerdo con las particularidades del caso específico; esto permite que el juez maneje la audiencia con base en su experiencia y si cree necesario por estrategia suspender lo pueda hacer, o bien en los casos en que sea necesaria alguna información ya sea para las partes o para el conciliador.

El inciso 2) del artículo 74, establece la posibilidad del juez de reunirse con las partes en forma conjunta o separada. Parece esto hacer referencia a una forma un poco distinta a lo que se acostumbra generalmente, en el sentido de que la conciliación es un espacio para que las partes directamente, a través de la vía del diálogo, traten de buscar soluciones viables y ajustadas a derecho para sus conflictos. Este inciso por su parte pareciera que posibilita al juez no únicamente para hacer "reuniones separadas"<sup>1</sup>, sino

**[P. 296]** para que el desarrollo de la audiencia sea de forma separada en su totalidad. Por la naturaleza específica de la tipología de conflictos que podrían llevarse a conciliación en esta materia, puede ser de utilidad práctica que el juez pueda reunirse primero con una parte para determinar cual es su posición, cuáles serían sus propuestas y la viabilidad de las mismas, de manera que posteriormente en reunión con la otra parte, presente de manera general esa propuesta y se analice en detalle la misma, sobre todo tomando en cuenta que una de las partes es el Estado o alguna de sus instituciones, en muchos casos deben tomarse previsiones, hacerse consultas o solicitar autorizaciones, aspectos indispensables para poder comprometerse por lo que es necesario de antemano saber las posibilidades. Esto puede en casos de cierta complejidad, permitir al juez conciliador un manejo más ágil del proceso, sin perder de vista los principios éticos que debe seguir, como son en este caso el de confidencialidad e imparcialidad.

---

<sup>1</sup> Pueden definirse como estrategias de contingencia que utiliza el juez conciliador, en la cual se reúne con cada parte por separado, de forma breve, con el fin de tratar un punto específico, que por la confidencialidad no puede tratar con ambas partes, o bien para manejar alguna situación específica que de acuerdo con su experiencia no puede manejar en la audiencia.

El artículo 80, en su inciso a) hace referencia a que durante la audiencia de conciliación se aplicará en lo conducente lo que establecen los Capítulos VI y VII del Código Procesal Contencioso Administrativo, referido a la Audiencia Preliminar el primero y al Juicio Oral y Público el segundo. Revisados los artículos de cada capítulo, en cuanto a la audiencia preliminar se aplicarán a la conciliación, el artículo 91 acerca del uso de la palabra, el 96 que refiere que el Juez en su actuación no prejuzgará sobre el fondo y el 97 que establece las potestades del juez. En cuanto al Capítulo VII, es aplicable el artículo 102, sobre el contenido del acta de la audiencia, lo cual se indica expresamente en el inciso 2) del mismo artículo 80.

## **VI. Dirección de la Audiencia y Potestades del Juez Conciliador**

La Ley RAC, establece en su artículo 6, base de la creación de la figura del juez conciliador, que será la Corte Suprema de Justicia la que le determinará sus facultades y responsabilidades y a la vez en sus artículos 10, 13 y 14 indica de forma general cuales son

**[P. 297]** sus responsabilidades, potestades y deberes éticos. Desde que se puso en práctica la conciliación a través de un juez especializado, su participación ha sido sumamente activa en el trabajo que realiza con las partes para hacerles pasar de sus posiciones rígidas y su perspectiva del conflicto, hacía el planteamiento de soluciones viables, ejecutables y ajustadas a la normativa aplicable.

En el Código Contencioso, su labor y responsabilidad va más allá de esto, pues de acuerdo con lo que establece el artículo 78, corresponde al conciliador la posibilidad de adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad del resultado. Lo anterior implica el análisis y resolución de un planteamiento de alguna de las partes en la audiencia y por qué no de previo a la celebración de la misma. Requiriendo del juez no sólo un amplio conocimiento de la materia objeto del conflicto y del caso, para tomar las decisiones que correspondan, sino la habilidad de lograr un ánimo proclive a la negociación entre las partes una vez resuelto el tema.

Creo que estas particularidades han generado la preocupación en el grupo de juristas redactores de la Ley y por esto se ha diseñado y establecido formalmente un perfil y un examen específico para Juez Conciliador Contencioso. Del perfil indico lo que me parece relevante e innovador, en relación con la figura del juez conciliador que se maneja actualmente en otras materias:

- Ordenar medidas cautelares a instancia de parte, durante el transcurso del proceso o antes de iniciado.

- Imponer provisionalmente a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar.
- Otorgar o denegar alguna medida cautelar, que pueden ser provisionálísimas, de manera inmediata y prima facie.
- Dar audiencia a las partes para conocer la solicitud de la medida.
- Fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en caso de disponer medidas cautelares sin necesidad de conceder audiencia.

**[P. 298]** - Valorar los alegatos y las pruebas aportadas para mantener, modificar o revocar la caución dictada u otro tipo de contracautela.

- Modificar o suprimir de oficio o a instancia de parte, la adopción de una medida cautelar.

Analizar el expediente previo a establecer contacto con las partes.

- Ordenar la finalización de la audiencia si alguna de las partes o sus representantes participan con evidente mala fe, con el fin de demorar los procedimientos o con ejercicio abusivo de sus derechos.

## **VII. Finalización de la Audiencia**

En sus artículos 8 y 9, la Ley RAC prevé la posibilidad de acuerdos parciales o totales como formas de terminar el proceso en todo o en parte y asimismo lo prevé el Código Procesal Contencioso Administrativo en su artículo 76, sin embargo en este caso es importante resaltar que se establece un plazo máximo de ocho días para que el juez homologue el acuerdo una vez analizado en dos aspectos, que no sea contrario al ordenamiento jurídico y que no sea lesivo al interés público. En el primer supuesto a analizar, es un aspecto que debe estar presente no solo al momento de que el juez decida si homologa o no, sino durante todo el desarrollo del proceso, pues uno de los deberes éticos del juez es informar a las partes sobre las implicaciones legales de los acuerdos, pero esto va más allá pues debe ir trabajando con ellos en el análisis de las propuestas que se vayan generando para que ese análisis legal sea lo primero que se haga en cada caso. En lo relativo a que el acuerdo no sea lesivo al interés público, debemos tener presente que por tratarse en muchos casos de asuntos que van a modificar extinguir o generar derechos no sólo para la parte interesada, sino para los administrados en general, debe el juez en cada caso analizarlo no sólo en forma individual directa sino en forma general.

**[P. 299]** El carácter del acuerdo conciliatorio, tanto para el Código Procesal Contencioso Administrativo como para la Ley RAC<sup>2</sup>, es el mismo de una sentencia, pues produce cosa juzgada material y es exigible en ejecución de sentencia.

El artículo 75 del Código Procesal Contencioso Administrativo, hace referencia al fracaso de la audiencia de conciliación, estableciendo que se entenderá fracasada ésta cuando, alguna o ambas partes no se presenten a la audiencia, cuando las partes o sus representantes indiquen su negativa a conciliar y por último cuando el juez estime inviable el acuerdo.

Igualmente establece el Código como razones para dar por fracasada la conciliación, la mala fe, la voluntad de demorar el proceso o el ejercicio abusivo de los derechos de alguna de las partes. En este último supuesto establece la posibilidad de que el juez imponga una multa equivalente a un salario base, a la parte que incurra en la conducta descrita.

Lo anterior genera una interrogante en relación con los principios de imparcialidad y de confidencialidad que conforman el instituto de la conciliación.

El juez Conciliador, tiene de acuerdo con el artículo 13 de la Ley RAC, varios deberes éticos, uno de ellos es la imparcialidad respecto de las partes en el proceso, esto implica que el juez no debe juzgar la conducta de las partes y necesariamente para establecer si se ha incurrido en alguna de las conductas del inciso 2 del artículo 75, debe hacer un análisis que podría implicar en algunos casos emitir criterio sobre algún tema. Deberá asimismo fundamentar su decisión de imponer esa multa. Con esto último podría contravenir el principio de confidencialidad de que se establece en el artículo 13 de la Ley RAC y en el mismo artículo 75 en su inciso 3). Pues en ambos artículos se indica que el juez debe guardar confidencialidad sobre todo lo actuado en la audiencia y sobre los actos preparatorios del acuerdo. No podrá, indica el inciso 3) "revelar el contenido de las discusiones y manifestaciones efectuadas en ella", como podrá

**[P. 300]** entonces el juez imponer una multa si la base es alguna manifestación de la parte o en todo caso alguna actuación, pues todo está protegido por el principio de confidencialidad.

De acuerdo con los artículos 12 de la Ley RAC y 102 del Código Procesal Contencioso Administrativo, de la audiencia de conciliación se levantará un acta en que se consignen todos los datos necesarios para que el acuerdo sea claro para las partes. Si no hay acuerdo se elabora únicamente una constancia de que se realizó la audiencia.

---

<sup>2</sup> Artículo 77 del CPCA y 9 de la Ley RAC.4

## 2. Juez Conciliador

[Chinchilla Núñez, D. y Naranjo López, S.]<sup>iii</sup>

[P. 160] La difícil situación de la administración de justicia en los países centroamericanos, atribuida a los elevados índices de litigiosidad que debe asumir, da lugar a que tales preocupaciones se desdoblén en la necesidad de implementar un modelo que busque la eficacia y eficiencia del servicio, pues es importante no sólo el acceso a la justicia sino que ésta sea expedita, transparente y cumplida, lo que redunde en un acceso efectivo a ésta.

[P. 161] Por ello, el CPCA revoluciona el esquema de la justicia contencioso administrativa y elimina el velo que protegía a la representación del Estado al permitirle conciliar dentro de sus procesos.

### ***Artículo 72.- Capacidad de la Administración Pública para conciliar.***

- *La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.*
- *A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes.*

Tal capacidad se constituye como una de las principales innovaciones, sino la principal, introducidas por este cuerpo legal, pues se al incluye, en el proceso contencioso administrativo y civil de Hacienda, la posibilidad de incorporar mecanismos de autocomposición en conflictos en donde la Administración Pública figura como parte, posibilidad negada de acuerdo con la normativa vigente, es decir, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Es en esta parte en la que el juez conciliador enfrenta el reto de dar pie a la conciliación e incluso el de poder presentarla al proceso oficiosamente.

Si la iniciativa conciliatoria no surte efecto, o lo que es lo mismo, se declara casada total o parcialmente, el juez deberá tomar las previsiones del caso y se

[P. 162] procederá inmediatamente con la audiencia preliminar, esto en coordinación con el juez tramitador.

En caso contrario, si se logra llegar a un acuerdo conciliatorio que satisfaga a ambas partes, lo procedente es que el juez de la etapa en cuestión, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologue el acuerdo por las partes convenido, el cual tendrá carácter de cosa juzgada material y ya será susceptible de ser llevado a ejecución de sentencia. Cabe mencionar que todas las actuaciones que se realicen durante la

dirección del juez conciliador, en el caso de que el proceso no se concluya en esta etapa, deben mantenerse en absoluta confidencialidad e imparcialidad, de manera que lo que se ha discutido, no perjudique el desarrollo posterior del proceso.

### **3. Conciliación**

[Rojas Franco, E.]<sup>iv</sup>

#### **[P. 177] ARTÍCULO 72.-**

- 1) La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.**
- 2) A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes.**

COMENTARIO:

**Párrafo 1)** *La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.*

En primer término hemos de mencionar que es difícilísimo que la Administración Pública concilie. Por eso siempre abogué, desde la Cátedra, que se eliminara el Recurso de Reconsideración o Reposición, porque la Administración nunca reconsideraba sus actos. De ahí se fueron al extremo de hacer el agotamiento de la vía administrativo facultativo, que no conduce ni va a conducir a ninguna solución práctica.

En todo caso, volvamos a insistir sobre el aspecto de conducta administrativa. ¿Qué es conducta? Actos, formas, hechos, resoluciones, todo tipo de actuación administrativa, sea formal o sea material, que produzca efectos lesivos o perjudiciales al ciudadano.

Ahora bien, en cuanto a conciliar, sobre su validez, es admitir por parte de la Administración Pública cuestionada, que han dictado actos contrarios al ordenamiento jurídico, en cuyo caso el funcionario público se estaría exponiendo a un proceso de responsabilidad personal, administrativa, civil, e incluso penal, conforme a los artículos 9 y 11 de la Constitución Política, 11, 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, normas que se refieren a la responsabilidad personal del funcionario, cuando ha actuado con dolo o culpa grave. Igualmente en cuanto a los efectos del acto que es inválido, obviamente que al ser inválido desde su origen, es inválido en sus efectos jurídico-materiales, o lo que se denomina eficacia. Artículos 158 y 169 de la Ley General de la Administración Pública.

Ahora bien, aquí se está estableciendo que es independiente que se refiera a potestades de imperio o respecto a actividad privada de la Administración Pública, por

la doble capacidad de Derecho Público y Privado de la Administración Pública (artículo 1° L. G.A.P)<sup>3</sup>.

**[P. 178]** En cuanto a ésta última no hay ningún problema. La Administración puede conciliar con respecto al monto de daños y perjuicios ocasionados por su actividad de carácter privado, lo que diríamos más bien civil de hacienda, en el sentido de indemnizar al paciente que fue mal operado en la Clínica de la Caja Costarricense de Seguro Social, o indemnizar un accidente producido por un vehículo del Poder Ejecutivo. La conciliación ha operado con algún suceso en el proceso penal.

En cuanto a los actos de gestión pública, en la práctica se van a tener los mismos problemas que se tienen para efectos del arbitraje, que incluso está permitido en la Constitución Política, en el artículo 43. Sin embargo el Estado no arbitra. Por ejemplo, el Poder Judicial en función administrativa no arbitra, en efecto, el Consejo Superior, cuyo Presidente es el Dr. Luis Paulino Mora Mora, no lo hace, y los entes públicos están reacios a arbitrar. (Ver Ley N°7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social)

Por otra parte, si un contrato público establece que el ente interesado "podrá" arbitrar, lo deja facultativo, debe siempre indicarse que "deberá" haciéndolo imperativo; pues de lo contrario el ente público no arbitra y menos concilia, si previamente no se ha obligado en el contrato administrativo, así es que esa conciliación no tendrá ninguna importancia práctica.

Ahora bien, a esa audiencia sólo asisten las partes en litigio o sus representantes, pero no los coadyuvantes, lo cual es un absurdo procesal que por ilógico sobran comentarios. Esa audiencia es oral y privada, igual que la dispuesta en la Ley General de la Administración Pública.

**Párrafo 2)** *A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes.*

El coadyuvante es una parte procesal esencial en el proceso contencioso administrativo (formalmente no pide nada para sí misma), en razón que puede derivar derechos subjetivos públicos que son disputados en el proceso. Como es posible que se le prohíba asistir a una audiencia de conciliación en que se tratará de llegar aun arreglo definitivo con carácter de cosa juzgada material (Artículos 34, 39 y 41 de la Constitución Política), bajo el principio constitucional que nadie puede ser afectado sin antes haber sido oído y convencido en Juicio.

---

<sup>3</sup> Artículo 1°.- La Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado.

## **ARTÍCULO 73.-**

**1) Todo representante de las partes deberá estar acreditado con facultades suficientes para conciliar, lo que se deberá comprobar previamente a la audiencia respectiva.**

**2) Cuando corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, se requerirá la autorización expresa del Procurador General de la República o de Procurador General Adjunto, o la del órgano en que estos deleguen.**

**[P. 179] 3) En los demás casos, la autorización será otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue.**

### **COMENTARIO:**

**Párrafo 1)** *Todo representante de las partes deberá estar acreditado con facultades suficientes para conciliar, lo que se deberá comprobar previamente a la audiencia respectiva.*

Ahora bien, ¿quién puede conciliar? El representante especial judicial, obviamente el generalísimo y el general judicial; el Poder deberá ser examinado y verificado previo a realizarse la audiencia oral y privada. Si es general deberá estar inscrito en el Registro Público, Sección de Personas.

Pareciera además que con un poder especial judicial se puede conciliar, si se autorizó.

**Párrafo 2)** *Cuando corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, se requerirá la autorización expresa del Procurador General de la República o de Procurador General Adjunto, o la del órgano en que estos deleguen.*

Cuando corresponde conciliar a la Procuraduría, como representante del Estado, el Procurador que dirige el caso, o sea, el director Judicial del Proceso, necesita una autorización expresa para conciliar (delegación), ya sea del Procurador General de la República o del Procurador Adjunto, o sea, de cualesquiera de los dos.

El párrafo agrega lo siguiente: "o la del órgano en que estos deleguen". ¿Qué significa esta frase? Es inentendible, porque si los dos procuradores generales, Titular y Adjunto, autorizan desde el inicio a conciliar, entonces no debe ser autorizado el Procurador director posteriormente, en cuyo caso la frase no tiene sentido.

Es importante destacar, que ya no se necesita solicitar el consentimiento del Ministro o superior jerarca del ente público demandado o demandante, para conciliar o arbitrar, por ejemplo, Consejo de Gobierno, Presidente de la República, Presidente y

Ministro, Poder Ejecutivo (Ministro individualmente). Esto me parece muy bien del Código.

**Párrafo 3)** *En los demás casos, la autorización será otorgada por el respectivo superior jerárquico supremo o por el órgano en que este delegue.*

Trátase de otras posibilidades diferentes al Poder Central, como son los entes descentralizados por servicio o por territorio, órganos con personería instrumental, etc.

**[P. 180]** Puede tratarse del jefe del Departamento Legal o el Director del Departamento Legal o el Gerente o el Presidente Ejecutivo de un determinado ente público autónomo.

Hay una redundancia al hablar de superior jerárquico "supremo". (Mejor decir, como lo dice la Ley General de la Administración Pública "*Superior Jerarca Propio*"). (Artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública).

Al respecto conviene tener en cuenta los artículos 89 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, mismos que tratan el tema de la delegación<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Artículo 89.-

- Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.
- La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección.
- No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.
- La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y nó para un acto determinado.

Artículo 90.- La delegación tendrá siempre los siguientes límites:

- 1)** La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido;
- 2)** No podrán delegarse potestades delegadas;
- 3)** No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia;
- 4)** No podrá hacerse delegación sino entre órgano de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función; y
- 5)** El órgano colegiado no podrán delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.

Artículo 91.- El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia. Sólo habrá lugar a culpa en la elección cuando ésta haya sido discrecional.

Artículo 92.- Se podrá delegar la firma de resoluciones, en cuyo caso el delegante será el único responsable y el delegado no podrá resolver, limitándose a firmar lo resuelto por aquél.

#### **ARTÍCULO 74.-**

- 1) ***La jueza o el juez conciliador convocará a tantas audiencias como estime necesarias.***
- 2) ***Para lograr la conciliación, la jueza o el juez podrá reunirse con las partes, en forma conjunta o separada.***

#### **COMENTARIO:**

Simple y llanamente, lo que pretende la norma es que existan tantas y cuantas audiencias o reuniones sean necesarias para conciliar, por parte del Juez Conciliador, es decir, según su correcto y leal criterio para lograr la conciliación.-

**[P. 181]** También el Código permite algo que se negaba por mandato ilógico de la Corte Plena y que es importante y transparente, que una parte y su Abogado, se pueda reunir en forma conjunta o separada con los Jueces.

#### **ARTÍCULO 75.-**

- 1) ***La conciliación se entenderá fracasada cuando:***
  - a) ***Sin mediar justa causa, cualquiera de las partes o sus representantes no se presenten a la audiencia conciliatoria.***
  - b) ***Cualquiera de las partes o sus representantes manifiesten, en firme, su negativa a conciliar.***
  - c) ***Después de una o más audiencias celebradas, la jueza o el juez conciliador estime inviable el acuerdo conciliatorio.***
- 2) ***La jueza o el juez conciliador también ordenará la finalización de la audiencia, si alguna de las partes o sus representantes participan con evidente mala fe, con el fin de demorar los procedimientos o con ejercicio abusivo de sus derechos. En estos casos, la jueza o el juez conciliador impondrá a la parte, a su representante, o a ambos, una multa equivalente a un salario base, según la Ley N. ° 7337. En este último supuesto, se prorrateará la multa por partes iguales.***
- 3) ***La jueza o el juez conciliador deberá guardar absoluta confidencialidad e imparcialidad respecto de todo lo dicho por las partes en el curso de la conciliación, por lo que no podrá revelar el contenido de las discusiones y manifestaciones efectuadas en ella, ni siquiera con su anuencia. En todo caso, lo discutido y manifestado en la conciliación no tendrá valor***

***probatorio alguno, salvo en el supuesto de procesos en los que se discuta la posible responsabilidad del juez.***

COMENTARIO:

**Párrafo 1)** *La conciliación se entenderá fracasada cuando:*

**Inciso a)** *Sin mediar justa causa, cualquiera de las partes o sus representantes no se presenten a la audiencia conciliatoria.*

En cuanto al fracaso de la audiencia por no presentarse sin mediar justa causa, nos preguntamos, ¿A cuál audiencia? ¿A la primera o las siguientes? Me parece que a cualquiera. Al efecto, no olvidar el principio procesal relativo a que al impedido por justa causa no le corre término.

No obstante, parece que la frase se refiere a la primera audiencia.

Simplemente la no asistencia ya produce fracaso.

**[P. 182] Inciso b)** *Cualquiera de las partes o sus representantes manifiesten, en firme, su negativa a conciliar.*

Esa manifestación puede ser escrita u oral, pero debe ser irrevocable y sin condiciones, firme y expresa. Se trata de una renuncia a conciliar. La anterior (no comparecer) es una renuncia implícita.

**Inciso c)** *Después de una o más audiencias celebradas, la jueza o el juez conciliador estime inviable el acuerdo conciliatorio.*

Ya es una decisión del Juez estimar que no se va a llegar a ninguna conciliación. Es discrecional del Juez, porque encuentra que las partes no ceden en sus pretensiones.

**Párrafo 2)** *La jueza o el juez conciliador también ordenará la finalización de la audiencia, si alguna de las partes o sus representantes participan con evidente mala fe, con el fin de demorar los procedimientos o con ejercicio abusivo de sus derechos. En estos casos, la jueza o el juez conciliador impondrá a la parte, a su representante, o a ambos, una multa equivalente a un salario base, según la Ley N.º 7337. En este último supuesto, se prorrateará la multa por partes iguales.*

Se da otra facultad al Juez conciliador, para que ordene el cese de la etapa procesal de conciliación, si considera que alguna de las partes o sus representantes, participan con el propósito de demorar los procedimientos o con ejercicio abusivo de sus derechos (mala fe).

Ahora bien, ¿cómo se demuestra la mala fe? Eso es meramente discrecional del Juez. En estos casos dice: "***impondrá a la parte, a su representante, o a ambos, una multa equivalente a un salario base, según la Ley N° 7337, Y en este caso, se prorrateará la multa por partes iguales.***"

Pareciera que se debe castigar sólo a uno, y no a los dos, debe castigarse al representante (abogado-director judicial), y no a la parte, lo que pasa es que el representante tiene que buscar la aquiescencia o consentimiento del representado, quien es el titular del derecho subjetivo o interés legítimo vulnerado por la conducta administrativa.

En todo caso, considero que va a ser difícil la imposición de multas para ambos, toda vez que la norma es muy subjetiva y por ende muy peligrosa para jueces inescrupulosos, sin admitir que los abogados litigantes si pueden actuar de mala fe, como seres humanos.

**Párrafo 3)** *La jueza o el juez conciliador deberá guardar absoluta confidencialidad e imparcialidad respecto de todo lo dicho por las partes en el curso de la conciliación,*

**[P. 183]** *por lo que no podrá revelar el contenido de las discusiones y manifestaciones efectuadas en ella, ni siquiera con su anuencia. En todo caso, lo discutido y manifestado en la conciliación no tendrá valor probatorio alguno, salvo en el supuesto de procesos en los que se discuta la posible responsabilidad del juez.*

Pareciera que todo este procedimiento es de tipo informal y sobre todo reservado.

Es claro que el deber de reserva se impone a todo funcionario público y más al Juez, no obstante, esto no podría evitar que el Juez extraprocesum, le diga, informalmente, por supuesto, al Juez decisorio aspectos relevantes que se debatieron dentro de la oralidad de esa conciliación. De modo que creo que esa conciliación igual que la del proceso civil, va a tener grandes dificultades en su éxito. Para verdades el tiempo.

**ARTÍCULO 76.-** *Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público.*

COMENTARIO:

Las partes concilian, llegan a un arreglo, pero si este arreglo es contrario a alguna norma jurídica nacional o internacional (fuente normativa) escrita o no escrita, como la costumbre, la jurisprudencia, o a un principio general de Derecho, el Juez no lo puede homologar. Ahora, ¿qué es lesivo al interés público? Si el Estado tiene que pagar una

millonada en indemnización en daños y perjuicios, entonces es o no lesivo al interés público, por producir una erogación al Fisco.-

Aquí lo que podría establecerse es que alguna de esas normas viole flagrante u ostensiblemente, de modo evidente y manifiesto, alguna norma de interés público o de orden público. Violar el Ordenamiento Jurídico y el interés público, es redundante en el Derecho Público.

***ARTÍCULO 77.- Una vez firme el acuerdo conciliatorio, tendrá el carácter de cosa juzgada material y para su ejecución será aplicable lo relativo a la ejecución de sentencia***

*COMENTARIO:*

Según el Código Procesal Civil (art. 162), la cosa juzgada material se produce en las sentencias dictadas en procesos declarativos, estos son, ordinarios y abre-

[P. 184] viados, así como en aquellas resoluciones que por una disposición expresa se les conceda esa autoridad, como ocurre aquí. La cosa juzgada material impide que la pretensión que fue debatida en juicio pueda ser discutida en otro proceso, es decir, tiene por efecto hacer indiscutible, en otro proceso, la existencia o inexistencia de la relación jurídica que ella declara.

En cuanto a la ejecución del acuerdo conciliatorio, ver comentarios sobre Ejecución de Sentencia (artículos 155 a 178 del Código).

***ARTÍCULO 78.- La jueza o el juez conciliador podrá adoptar, en el transcurso de la conciliación, las medidas cautelares que sean necesarias.***

*COMENTARIO:*

Esto es muy importante, porque le permite al Juez Conciliador evitar que por la vía de la conciliación, se estén ejecutando, o bien, demorando actos que hagan nugatoria una Sentencia Judicial firme y definitiva, y por esa vía denegar el principio de justicia pronta y efectiva. (VER TÍTULO III MEDIDAS CAUTELARES).

***ARTÍCULO 79.- Las partes, por sí mismas, podrán buscar los diversos mecanismos para la solución de sus conflictos fuera del proceso>, y acudir a ellos. Para tal efecto, de común acuerdo, estarán facultadas para solicitar su suspensión, por un período razonable a criterio de la jueza, del juez o del Tribunal, según sea el estadio procesal.***

**COMENTARIO:**

Es simplemente buscar un arreglo extrajudicial, conforme a la LEY SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN DE LA PAZ SOCIAL, que también regula el procedimiento de conciliación (Artículos 4 al 17).

No obstante, en cuanto al plazo razonable, debe autorizarse prórrogas razonadas o motivadas, o fehacientemente probadas.

**Artículo 80.-**

**1) En lo conducente, durante las audiencias conciliatorias serán aplicables los Capítulos VI y VII de este Título<sup>5</sup>.**

**[P. 185] 2) De lo sucedido> en la fase de conciliación, se levantará un acta en los términos establecidos en el artículo 102 de este Código<sup>6</sup>. No obstante>, si la conciliación fracasa, solamente se dejará constancia de ello, con indicación lacónica de su causa, sin ninguna otra manifestación de las partes sobre el fondo del asunto.**

---

<sup>5</sup> El Capítulo VI: Es el relativo a la AUDIENCIA PRELIMINAR y el Capítulo VII sobre el JUICIO ORAL Y PÚBLICO.

<sup>6</sup> Artículo 102.-

- 1) Se levantará un acta de la audiencia, la cual contendrá.
  - a) El lugar y la fecha de la vista, con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y las reanudaciones.
  - b) El nombre completo de los jueces.
  - c) Los datos de las partes, sus abogados y representantes.
  - d) Un breve resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación, cuando participen en esta, del nombre de los peritos, testigos, testigos-peritos e intérpretes, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorios reproducidos, con mención de las conclusiones de las partes.
  - e) Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes.
  - f) La observancia de las formalidades esenciales.
  - g) Las otras menciones prescritas por ley que el Tribunal ordene hacer; las que soliciten las partes, cuando les interese dejar constancia inmediata de algún acontecimiento o del contenido de algún elemento esencial de la prueba y las revocatorias o protestas de recurrir.
  - h) Cuando así corresponda, la constancia de la lectura de la sentencia.
  - i) La firma de las partes o de sus representantes y de los integrantes del Tribunal. En caso de renuencia de los primeros, el Tribunal dejará constancia de ello.
- 2) En los casos de prueba compleja, el Tribunal podrá ordenar la transcripción literal de la audiencia, mediante taquigrafía u otro método similar.
- 3) El Tribunal deberá realizar una grabación del debate, mediante cualquier mecanismo técnico; dicha grabación deberá conservarse hasta la firmeza de la sentencia, sin detrimento de las reproducciones fidedignas que puedan realizar las partes.

**3) En lo aplicable, durante las audiencias la jueza o el juez conciliador tendrá las facultades del presidente del Tribunal de juicio, a que alude el artículo 99 de este Código.**

COMENTARIO:

La norma claramente indica que la aplicación de los capítulos VI y VII de este Título es en lo conducente, en ese sentido, a diferencia del Juicio Oral y Público, la conciliación es privada.

**ARTÍCULO 81.-**

**1) En el mismo auto que fija la audiencia de conciliación, se advertirá a las partes que si alguna de ellas manifiesta, con antelación, su negativa a conciliar, o si cualquiera de ellas no se presenta a la audiencia señalada para tal efecto, se continuará de inmediato con la audiencia preliminar, para lo cual se coordinará y se tomarán las previsiones del caso, junto con la jueza o el juez tramitador.**

**[P. 186] 2) Si, iniciada la conciliación, la jueza o el juez encargado la declara fracasada, total o parcialmente, en el mismo auto señalará la hora y fecha para celebrar la audiencia preliminar, previa coordinación con el juez tramitador.**

COMENTARIO:

Las normas me parecen atinadas de acuerdo al principio de celeridad procesal y al derecho humano constitucional y universal de justicia pronta y cumplida.

En la Resolución en que se fija la Audiencia de Conciliación, se advierte a las partes que si alguna no desea conciliar y así lo advierte previamente, entonces no hay audiencia de conciliación. Igual acontece si alguna de las partes no comparece. En tal supuesto, se señala para audiencia preliminar. En ese caso, debe ser señalada hora y día para esa Audiencia, por lo cual debe aplicarse el párrafo 2) del artículo que se comenta.

## JURISPRUDENCIA

### 1. Conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo y la Participación de los Coadyuvantes

[Sala Primera]<sup>v</sup>

Voto de mayoría:

**“III. Falta de motivación.** De previo al examen del reproche, es menester señalar lo siguiente. Pese a que el acuerdo conciliatorio tiene carácter de cosa juzgada, lo que en principio conduciría a estimar, se encuentra en el supuesto del canon 62 1) a) del CPCA; lo cierto es que, en el caso concreto, al estar de por medio bienes demaniales, que por su naturaleza son indisponibles, entonces se hacía indispensable la homologación del Tribunal, con el propósito de velar por los intereses de la colectividad. En consecuencia, contra esta última cabe el recurso de casación. Por otro lado, ha de expresarse, según lo dispuesto en el inciso 2) del cardinal 61 íbidem cuando se trate de inadmisibilidad de la demanda por aspectos adjetivos lo procedente es el recurso de apelación; pero, si dicha inadmisibilidad versa sobre aspectos sustanciales que provocan el rechazo de plano de la demanda por aspectos más allá de lo formal, lo que cabe es el recurso de casación [inciso 3) del precepto 62 del Código de cita]. En lo que al agravio se refiere, es claro, la motivación del fallo posee particular relevancia, ya que es requisito imprescindible de un régimen de Derecho. En efecto, esta no es más que la manifestación directa de una justicia en democracia, es decir, con apego a la ley, con decisiones objetivas y con fundamentos claros, que a su vez permiten transparencia en la decisión, convencimiento a las partes y criterios suficientes con los cuales el inconforme pueda combatir lo resuelto ante el superior. Sin esa indispensable base, se infringen derechos fundamentales del más alto nivel, y esencialmente, el de defensa. En un fallo reciente esta Sala señaló:

*“VIII. La falta de motivación, como agravio susceptible de ser revisado mediante el recurso extraordinario de casación en los términos del canon 137 inciso d) del Código Procesal Contencioso Administrativo, no debe entenderse como un mecanismo para cuestionar los fundamentos jurídicos de la sentencia, como erróneamente lo hace el recurrente. La causal en comentario surge cuando la motivación del fallo es omisa, ya sea porque esta se encuentra totalmente ausente, o bien, por cuanto el desarrollo (contenido en la misma) resulta en extremo confuso o contradictorio, de forma tal que se impida tener claridad en cuanto a los razonamientos que derivaron en la decisión adoptada en la parte dispositiva de la sentencia, lo que vulneraría los derechos procesales de las partes, en particular, del debido proceso”.* No. 126 de 15 horas 40 minutos del 5 de febrero de 2009. Defecto que no ocurre en la especie, según se expondrá de seguido. Examinada la sentencia que se impugna, es notorio que está suficientemente motivada; el Tribunal brinda de modo concreto y fundamentado las

razones que lo llevaron a fallar como lo hizo. En consecuencia, la motivación no es omisa, su desarrollo no es confuso ni contradictorio, se aprecian con total claridad las consideraciones que contribuyeron a llegar a lo resuelto, de ahí, no se vulnera el debido proceso ni el derecho de defensa. Por otro lado, en lo referido a que no se explica cómo el Tribunal da por terminado el proceso, no obstante, afirmar que la **conciliación** fue parcial. Ha de manifestarse, lo dicho es precisamente que de lo acordado no se concretaron los dos últimos aspectos, que según se analizará más adelante, el cuarto, no tenía relación con las pretensiones del proceso (que en todo caso era una cuestión accesorio) y el quinto fue resuelto en el fallo recurrido. De ahí, nada obstaba para que se tuviera por concluido en su etapa de conocimiento, no puede entenderse de otra manera, pues, queda abierta la fase de ejecución.

**VI. [...]** En lo concerniente a su inconformidad con la sentencia que homologó el acuerdo conciliatorio, es evidente, tiene eficacia de cosa juzgada material. Además, la conciliación alcanzó únicamente a Comercial El Diez S.A. y al INCOFER, sin que involucrara de ningún modo al Ayuntamiento, así no era necesaria su asistencia. Lo expuesto, se deduce de lo dispuesto en los incisos 2) y 1) de los numerales 72 y 73 del CPCA, respectivamente. Que a la letra estipulan: *“2) A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes”*; y: *“1) Todo representante de las partes deberá estar acreditado con facultades suficientes para conciliar...”* (la negrita es suplida). De ahí, si el acuerdo solo afecta a la actora y al demandado como partes en la conciliación, la presencia del representante de la Municipalidad de Tibás no era indispensable y su ausencia no conlleva que se deba tener por fracasada ni deba anularse. Asimismo, no se comprometieron las pretensiones de la demandada contra el Ayuntamiento, y, en todo caso, a folio 419 del expediente, el INCOFER de manera expresa dice que, no le interesa seguir con la reconvencción. Por otro lado, en aquella audiencia se le advirtió a las partes que se trataría el fondo del asunto, de modo que con los puntos pactados se le ponía fin a los aspectos sustanciales del proceso. Igualmente, debe considerarse que, la conciliación implica generalmente renunciaciones y concesiones recíprocas, que buscan el beneficio mutuo, aunque la satisfacción de lo pretendido no sea plena, lo cual de todas maneras pone fin a la contienda, que es su objeto. Por consiguiente, tampoco es posible pretender la anulación del acuerdo conciliatorio porque los extremos de lo convenido no correspondan en cien por ciento con lo pretendido. Una vez homologado y firme tiene eficacia de cosa juzgada material, lo cual impide abrir de nuevo el debate al respecto. Según lo expuesto, procede el rechazo del agravio.

**VII. Tutela judicial efectiva.** Sobre el particular esta Sala ha dispuesto que el ordinal 1° del CPCA, lo erige del siguiente modo: *“... La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como*

conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa./ 2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. ...”(Lo subrayado es suplido). El acento del nuevo proceso está en la persona. Se brindan las herramientas necesarias para lograr la humanización y democratización judiciales. Los postulados constitucionales de justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva, se yerguen como guías en todas las etapas procedimentales. En suma, con la nueva legislación procesal se persigue la satisfacción de los valores ínsitos en un Estado democrático de derecho”. No. 85 de 15 horas 30 minutos del 29 de enero de 2009. En la especie, es evidente que el Tribunal salvaguardó la tutela judicial efectiva, así, procuró siempre la pronta y debida marcha del proceso, sin dilaciones innecesarias. También, puso a disposición de las partes todos los recursos y facilidades necesarias para que logran poner fin a su controversia. Consecuentemente, de común acuerdo mediante el acto auto compositivo de la conciliación, haciendo renunciaciones recíprocas, lograron un acuerdo que satisfizo sus expectativas y puso término a sus divergencias. De esta manera lo externaron los propios contendientes y mediante la homologación del acuerdo conciliatorio se le revistió con eficacia de cosa juzgada material.”

## **2. Posibilidad de la Administración Pública de Conciliar**

[Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda]<sup>vi</sup>  
Voto de mayoría

“II. De lo anterior se desprende con facilidad, que por construcción jurisprudencial (de rango constitucional), se transfirió a la jurisdicción ordinaria (en este caso a la contencioso administrativa), el conocimiento de una serie de asuntos en los que el aspecto de fondo no atenta, al menos en forma directa, contra un derecho o principio constitucional, pues se mantiene en el estricto marco de la legalidad común. Sin embargo, por la particularidad de dicha infracción y dada la relevancia otorgada, se asigna a los tribunales de lo contencioso bajo la óptica de un proceso célere y ajustado a la propia Ley de Jurisdicción Constitucional. De allí la denominación coloquial que a este particular proceso se ha otorgado: “Amparo de Legalidad”. De más está decir, que esta atribución competencial, no puede ser rehuída por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto, o procedimiento especial para ejercerla; es a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento que debe en todo caso ser ejercida. Por este motivo, en su momento se optó por adecuar el amparo de legalidad a las figuras contenidas en el Código Procesal Contencioso Administrativo, y por estimarse el más célere, se acudió al denominado “Proceso de Trámite Preferente” contenido en el artículo 60 de ese cuerpo normativo. Así se han venido tramitando y resolviendo un sinnúmero de asuntos de este tipo, incluyendo, por supuesto, el caso en análisis.

III. Ahora bien, ha manifestado la Sala Primera que, en realidad la figura del “juicio preferente”, no se aviene a la naturaleza de este tipo de procesos, pues sea como fuere, el procedimiento o trámite previsto en el numeral 60 de cita, está incardinado en el modelo de conocimiento (plenario), con requisitos, etapas y recursos incompatibles con la sumariedad e informalismo del amparo de legalidad, criterio que prohíja este Tribunal. Es claro que en la estructura del Código Procesal Contencioso Administrativo no se encuentra ningún régimen o vía con las condiciones propicias para albergar este tipo de asuntos. Esta laguna del ordenamiento infraconstitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que obliga a aplicar analógicamente todas las reglas del recurso de amparo que se tramita ante la Sala Constitucional, es decir, la Ley de Jurisdicción Constitucional, con sus reglas, plazos y principios. En todo caso, es clara la intención de la propia Sala Constitucional en ese sentido, pues ha señalado que es *“evidente que determinar si la administración pública cumple o no con los plazos pautados por la Ley General de la Administración Pública (artículos 261 y 325) o las leyes sectoriales para los procedimientos administrativos especiales, para resolver por acto final un procedimiento administrativo –incoado de oficio o a instancia de parte- o conocer de los recursos administrativos procedentes, es una evidente cuestión de legalidad ordinaria que, en adelante, puede ser discutida y resuelta ante la jurisdicción contencioso- administrativa con la aplicación de los principios que nutren la jurisdicción constitucional, tales como los de la legitimación vicaria, la posibilidad de la defensa material –esto es de comparecer sin patrocinio letrado- y de gratuidad para el recurrente.”* ( resolución no. 18553-2008 de las 14 horas 33 minutos del 17 de diciembre del 2008, el destacado no es del original). Así las cosas, resulta palmario que el amparo de legalidad no estará sujeto a mayores formalidades, como tampoco lo están los amparos que conoce la Sala Constitucional. Importa aclarar sin embargo, que en esa misma integración normativa, podrá acogerse aquellos preceptos del Código Procesal Contencioso Administrativo, que aceleren, beneficien o permitan concluir de mejor manera el diferendo o la lesión producida, como es el caso de las reglas previstas para la conciliación (artículos 72 y siguientes) o las que se prevén para la subsanación de la inactividad administrativa (artículos 35 y concordantes del mismo Código).

IV. Como corolario de lo anterior, resulta claro que el amparo de legalidad, tramitado y resuelto bajo la normativa y principios de la jurisdicción constitucional, será resuelto por sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo en única y última instancia, lo cual no significa otra cosa que carece de ulterior recurso y particularmente de casación.

V. Con base en las consideraciones expuestas, en el presente asunto, estima este Tribunal que el recurso de casación planteado por la parte demandada deberá rechazarse de plano por improcedente.”

## PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

### 1. Posibilidades de la Administración Pública de Conciliar

[Procuraduría General de la República]<sup>vii</sup>

**II. ¿En qué términos pueden las municipalidades conciliar o hacer arreglos de pago vía judicial, si el reglamento de la Municipalidad de Santa Bárbara de Heredia lo prohíbe, y la nueva Ley lo autoriza?**

**A. Sobre la posibilidad para que la Administración Pública utilice métodos de resolución alterna de conflictos. En específico sobre la conciliación.**

El objetivo primordial de la resolución alterna de conflictos es plantear la utilización de mecanismos distintos a los métodos judiciales de solución de controversias, procurando “devolver” la solución del conflicto a las partes interesadas. De esta manera, se propicia la utilización de mecanismos autocompuestos sobre los heterocompuestos, como el proceso judicial, o por lo menos, con fases autocompuestas – como en el caso del proceso arbitral<sup>7</sup>[1]-.

Alberto Brenes Córdoba, en su obra "Tratados de las Obligaciones y Contratos", establece la figura de la transacción, entendida como el convenio que efectúan las partes haciéndose recíprocas concesiones con el objetivo de poner fin a sus diferencias, y es una de las formas más sencillas que la ley permite para dirimir las controversias "... puesto que así se evitan gastos, pérdida de tiempo y enojosas querellas...".

Por su parte Francesco Messineo en su Obra "Manual de Derecho Civil y Comercial", comenta:

*"... el conflicto de intereses cuya composición es cometido normal del proceso, puede ser materia de actividad de los propios interesados, en forma que dé lugar a la composición extrajudicial (o pre-judicial)"*

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha avalado la facultad de acceder a formas alternas de resolución de conflictos, derivando este derecho de los principios y valores pacíficos que informan la Constitución Política, así como del artículo 43 del Texto Fundamental, que expresamente otorga el derecho de acudir al arbitraje para

solucionar las diferencias de orden patrimonial. Al respecto, ha señalado aquel Tribunal:

*“La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional.”* **(Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 069-2005, de las once horas diez minutos del nueve de febrero del dos mil cinco)**

Tal y como lo señala el Tribunal, una de las características apuntadas a la resolución alternativa de conflictos, es la búsqueda de soluciones no adversariales a los problemas suscitados, a través de la utilización de métodos autocompuestos para lograr acuerdos. Estos mecanismos constituyen una forma de acceso a la justicia, que busca agilizar la solución de las controversias suscitadas y mejorar la calidad de aquella. Desde esta perspectiva, la solución de conflictos por métodos alternativos al judicial forma parte del derecho constitucional a tener acceso a una justicia pronta y cumplida, garantía fundamental que se deriva del artículo 41 constitucional.

En anteriores ocasiones, esta Procuraduría ha tenido la oportunidad de analizar el tema de la capacidad de la Administración Pública (incluyendo a las municipalidades) para recurrir a estos instrumentos autocompuestos. Se determinó que la base originaria para determinar dicha facultad fue el artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública, en la cual se otorgaba facultades al Poder Ejecutivo de transar. Es precisamente de este numeral en el que se ha basado esta Procuraduría para establecer la posibilidad de que la Administración se someta al arbitraje y la conciliación.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la ley 7727 del 14 de enero de 1998, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, se encuentra mayor sustento jurídico para dicha facultad, la cual se consagra en el artículo 18 del mismo cuerpo normativo, del siguiente modo:

*“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.”*

Si bien es cierto, el referido artículo señala el arbitraje, se ha entendido que la facultad se extiende para la utilización de los medios conciliatorios. En esta línea de razonamiento, esta Procuraduría ha señalado lo siguiente:

*“En lo que interesa a la consulta formulada, debemos indicar que el artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública dispone que corresponderá conjuntamente al Presidente y al Ministro respectivo "transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo".*

*El artículo 219 del Código Procesal Civil establece la transacción como una forma de terminación anormal del proceso judicial.*

*Por su parte, el artículo 2º de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social –Número 7727– establece que tanto la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares se aplican "para solucionar sus diferencias patrimoniales". Y el artículo 18 *Ibidem* dispone que "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" (...)*

*Si bien es cierto, esta última norma no hace mención expresa de la conciliación y/o transacción, 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 la conciliación por interpretación ampliativa del citado numeral 18.*

***Y cabe advertir, como ya lo hicimos, que mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción*** (Al respecto, véanse los dictámenes C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 de la Procuraduría General, y 2239 de 23 de febrero de 1996 de la Contraloría General).

***De manera general, la decisión de transar o conciliar, así como la de acudir a un arbitraje, debe ser tomada por el jerarca respectivo, aunque la implementación del acuerdo puede ser llevado a la práctica por un funcionario distinto del jerarca, como una delegación de funciones o bien utilizando la figura de la representación institucional. Pero en todo caso, la decisión de transar debe estar debidamente motivada. (...)***

***Dentro de este marco de referencia general, es posible concluir que sería legalmente procedente utilizar o aplicar, por parte de las municipalidades, el mecanismo de la conciliación y/o transacción dentro de un proceso judicial en trámite, no teniendo más límite que propio principio de legalidad al que inexorablemente está sometida la Administración Pública, y por supuesto, el acto por el cual el órgano superior jerárquico acuerde optar por dichos mecanismos, deberá estar debidamente motivado.*** (Dictamen C-111-2001 de 16 de abril del 2001. Resaltado no es del original)

Otro cuerpo normativo de vital importancia, para determinar la facultad de la Administración para utilizar los medios alternativos de resolución de conflictos, es el Código Procesal Contencioso Administrativo, en el cual se agrega un articulado dedicado a la conciliación y que, en el artículo 72, establece:

*“La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.”*

Señala la doctrina costarricense que una de las más importantes innovaciones del Código, se refiere precisamente a los pasos agigantados que se dan en materia de resolución autocompositiva de los conflictos con las Administraciones Públicas. Dicho avance se refiere, más que todo, a que se ha llegado a entender que los medios de resolución alterna de conflictos consiguen completar o perfeccionar la justicia administrativa. Se señala, además, que las alternativas negociales de solución de conflictos, acuden a una distinta racionalidad jurídica en el actuar de las Administraciones Públicas. En su lugar, se le da más importancia, ahora, a la búsqueda de soluciones negociadas, capaces de asegurar un duradero y estable equilibrio entre las partes, claro está, dentro del marco de lo lícito.<sup>8[2]</sup>

Viene de todo lo expuesto que, como primera conclusión, sea dable afirmar que la Municipalidad de Santa Bárbara, representada por los abogados contratados según los artículos 14 y 15 del Reglamento para el Procedimiento de Cobro Administrativo y Judicial de la Municipalidad de Santa Bárbara sí están facultados para conciliar. No obstante, de acuerdo a lo que se ha dicho ya, deben estar debidamente autorizados por el órgano jerárquico superior, que en el caso de los Entes Territoriales viene a estar conformado por el Concejo Municipal. Y, en esa misma línea, cabe advertir que deberá el Concejo adoptar una decisión debidamente motivada para que se proceda en tal sentido.

Esta facultad de conciliación por parte de la Administración no es ilimitada, ya que existen áreas vedadas por expresos limitantes de orden jurídico. Estos limitantes integran el sistema normativo, y delimitan y circunscriben las facultades a cargo del Concejo Municipal para acordar la conciliación para casos concretos. Por su importancia, les dedicamos un aparte propio.

## **B. Materia conciliable.**

Aunque se haya establecido, de manera general, que la Administración Pública tiene, de principio, facultades para conciliar, es claro que dicha facultad no es ilimitada puesto que la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad,

consagrado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Ya ha dicho este órgano consultivo:

*“En todo caso, **debemos advertir que la limitación va a estar definida por la imposibilidad de negociar en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De esta forma, no es posible que se concilie aspectos sobre los que hay norma expresa en contrario, incluidas las reglamentarias, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.** De lo cual deviene la imposibilidad de transar o conciliar sobre la exigibilidad misma del canon en cuestión.” (Dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001. Resaltado no es del original)*

Es por esto que se puede llegar a establecer que, de acuerdo al Ordenamiento Jurídico, la Administración está facultada a conciliar en los casos que tratan de asuntos patrimoniales, de acuerdo al artículo 46 de la Constitución Política y 2 de LRAC; en los asuntos disponibles, de acuerdo al artículo 2 de LRAC, 11 de la Constitución Política y 11 de la LGAP, así como en algunos aspectos relacionados con su ejercicio, como el arreglo en las formas de pago de impuestos.

En cuanto a este último, y en relación a la consulta, es necesario establecer que, en cuanto a tributos municipales, y los intereses corrientes y por mora que se generen por el incumplimiento de pago, ya se ha establecido que no se encuentra dentro de la materia conciliable por parte de la Administración (ver Dictamen C-111-2001). Afirmación que debe entenderse referida a la imposibilidad para que la municipalidad pueda **conciliar sobre el ejercicio de las potestades relacionadas con los impuestos, su fiscalización y determinación, así como el establecimiento de los montos por tributos y servicios debidamente prestados y exigibles.** Por lo que, en el caso de llegar a un arreglo con el administrado en cuanto a estas aristas, estaría actuando ilegalmente. No obstante lo anterior, sí se encuentra facultada para negociar con el administrado **la forma de pago del total adeudado** al municipio y llegar a un arreglo de pago, sea en sede administrativa, o bien, dentro del procedimiento de cobro judicial.

En abono a lo indicado en el párrafo precedente, es importante traer a consideración lo establecido por la Sala Primera en punto a la naturaleza innegociable (y, por ende, inconciliable) de las tarifas atendiendo a su carácter de potestad de imperio. Así, se concluyó:

*“IV.- No ignora esta Sala, la disposición de la Administración de someter algunas de sus tantas controversias de carácter patrimonial con los administrados, a la solución alterna del arbitraje, al amparo del artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 del 9 de diciembre de 1997, ni las*

*bondades de ese mecanismo, de lo que también da cuenta el Tribunal Arbitral, cuando hace referencia tanto histórica como normativa a la figura. **Sin embargo, lo anterior tiene un límite, porque no puede someterse a arbitraje el ejercicio de potestades de imperio, que son irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles, según lo establece en forma expresa y clara el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, aunque de su ejecución pueda derivarse consecuencias patrimoniales.** A diferencia del órgano arbitral, para esta Sala los alcances de la normativa costarricense que permite o promueve el que la Administración utilice el arbitraje, entre ellos, el artículo 43 constitucional, no deben interpretarse con la benignidad que se sugiere, cuando se trate de materia indisponible. Sin que implique pronunciamiento alguno relativo a la cuestión de fondo que se discute, sólo en aras de solucionar el problema de competencia surgido, es del caso definir la naturaleza jurídica de los requerimientos solicitados, con el fin de examinar si las pretensiones objeto del proceso arbitral, llevan o no a delegar en el Tribunal Arbitral potestades de imperio de la Administración, las cuales, como se explicó supra, por su naturaleza son indelegables. V.- Corresponde al Estado, como parte de su función pública, establecer las medidas adecuadas para la circulación por las carreteras de los vehículos automotores, incluyendo lo relativo a su correcto funcionamiento mecánico, a través -entre otros- del sistema de la revisión técnica, estableciendo el artículo 20 de la Ley de Tránsito, que el pago de la revisión será cubierto por los propietarios de los vehículos, según lo establezca el Ministerio de Obras Públicas y Transportes con fundamento en estudios técnicos. **En consecuencia, la fijación de dicha tarifa es una potestad estatal, lo mismo que sus reajustes y actualizaciones, por ser de la misma naturaleza, no siendo un elemento consensual del contrato. Si el ejercicio de esa potestad pública es intransferible e irrenunciable, no puede ser objeto de un proceso arbitral, aunque por supuesto, no escapan al control de la jurisdicción contencioso administrativa.** (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 906-2004, de las nueve horas cuarenta minutos del 21 de octubre del dos mil cinco)*

Viene de lo expuesto que **el ejercicio de la potestad tributaria** que se encomienda a las Municipalidades (artículo 121 inciso 13 de la Constitución Política en relación con el artículo 13 inciso b) y 68 y siguientes del Código Municipal) no sea una materia posible de conciliación. Fundamentalmente, hablamos acá de la posibilidad de determinar los tributos, ejercitar su cobro, establecer las determinaciones de impuestos y tasas a cancelar y la aplicación de exoneraciones, pues todo ello está sujeto al principio de legalidad tributaria (artículo 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios). Lo que sí podría estar cobijado bajo la competencia conciliatoria sería la forma de pago de la deuda tributaria que eventualmente se genere entre un determinado contribuyente y la Corporación. Y eso es precisamente lo que el Concejo Municipal deberá establecer, bajo reglas generales o bien para cada caso en concreto, y que deberán ser observadas por los abogados representantes de la Municipalidad, de forma tal que,

llegados a la instancia judicial, o incluso en la sede administrativa, se determinen formas de pago autocompuestas.

## **2. Posibilidad de la Administración pública de Conciliar y la Condonación de Deudas**

[Procuraduría General de la República]<sup>viii</sup>

### **a. Sobre la utilización del mecanismo de la conciliación o transacción en la Administración Pública**

La conciliación o transacción es un mecanismo de resolución alterna de conflictos y su utilización por parte de la Administración Pública es un tema sobre el que esta Procuraduría se ha referido en ocasiones anteriores. Sobre el particular, interesa transcribir –en lo conducente– nuestro dictamen N° C-111-2001 de 16 de abril del 2001, en el que nos pronunciamos en los siguientes términos:

“(…)

*Según lo ha determinado anteriormente esta Procuraduría General, nuestro ordenamiento jurídico vigente establece una autorización genérica para que la Administración someta sus controversias de naturaleza patrimonial disponible a los procesos alternos de resolución de conflictos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo in fine del numeral 18 de la citada Ley N° 7727, que expresamente establece que "Todo sujeto de derecho público, incluyendo al Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública", el cual indica como atribución del los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República "transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo". (Véanse al respecto, entre otros, los dictámenes C-089-99 op. cit., OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000*

*Y cabe advertir que, mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción (Al respecto, véanse los dictámenes C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 de la Procuraduría General, y 2239 de 23 de febrero de 1996 de la Contraloría General).*

(…)

*El asunto, sin embargo, va más allá de las disposiciones legales aludidas, pues mientras los sujetos de Derecho Privado están habilitados para disponer de su patrimonio, en ejercicio de su autonomía de voluntad (artículo 28 de la Constitución Política) en la*

*forma que mejor les convenga, y de esta forma están posibilitados para resolver sus controversias utilizando los medios alternos de resolución de conflictos, la Administración Pública debe sujetarse al principio de legalidad consagrado tanto en la Constitución Política como en la Ley General de la Administración Pública (numeral 11 en ambas). De ello se desprende que la Administración Pública (concepto que abarca a las Municipalidades) podrá someter sus controversias a estos medios alternativos únicamente en tanto el ordenamiento y la naturaleza del caso se lo permitan. Consecuencia de ello, existen materias que por su especial naturaleza no pueden ser objeto de un proceso arbitral.*

*(...)"*

*VI.- El instituto de la transacción y/o conciliación judicial, y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.*

*A diferencia del arbitraje, la transacción es un medio de auto-composición, pues son las mismas partes, sin participación de ningún tercero, que resuelven la controversia. No se valen de un agente externo que dirima el conflicto, ellas mismas, mediante acuerdo, lo hacen. (Al respecto, véase la OJ-048-99, op. cit.).*

***Por ello, la transacción se entiende "como el convenio que efectúan las partes haciéndose recíprocas concesiones con el fin de poner corto a sus diferencias de carácter litigioso, es una de las formas más sencillas que la ley permite para dirimir las controversias" (Dictamen C-074-89).***

*(...)*

*Por su parte, el artículo 2º de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social –Número 7727– establece que tanto la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares se aplican "para solucionar sus diferencias patrimoniales". Y el artículo 18 *Ibidem* dispone que "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"*

*Si bien es cierto, esta última norma no hace mención expresa de la conciliación y/o transacción, 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 la conciliación por interpretación ampliativa del citado numeral 18.*

*Y cabe advertir, como ya lo hicimos, que mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la*

*Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción (Al respecto, véanse los dictámenes C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 de la Procuraduría General, y 2239 de 23 de febrero de 1996 de la Contraloría General).*

*De manera general, la decisión de transar o conciliar, así como la de acudir a un arbitraje, debe ser tomada por el jerarca respectivo, aunque la implementación del acuerdo puede ser llevado a la práctica por un funcionario distinto del jerarca, como una delegación de funciones o bien utilizando la figura de la representación institucional. Pero en todo caso, la decisión de transar debe estar debidamente motivada.*

*En cuanto a las materias transigibles, no existe disposición alguna que expresamente las regule, por lo cual, en tesis de principio, podría pensarse en una amplitud mayor que la existente entratándose del arbitraje, pues a diferencia de ésta, en la conciliación y/o transacción, es la propia Administración la que se encuentra negociando y resolviendo, y no un tercero.*

***En todo caso, debemos advertir que la limitación va a estar definida por la imposibilidad de negociar en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De esta forma, no es posible que se concilie aspectos sobre los que hay norma expresa en contrario, incluidas las reglamentarias, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. De lo cual deviene la imposibilidad de transar o conciliar sobre la exigibilidad misma del canon en cuestión.***

***Dentro de este marco de referencia general, es posible concluir que sería legalmente procedente utilizar o aplicar, por parte de las municipalidades, el mecanismo de la conciliación y/o transacción dentro de un proceso judicial en trámite, no teniendo más límite que propio principio de legalidad al que inexorablemente está sometida la Administración Pública, y por supuesto, el acto por el cual el órgano superior jerárquico acuerde optar por dichos mecanismos, deberá estar debidamente motivado.***

*(...)*

***Ahora bien, como las construcciones modernas del principio de legalidad apuntan a la llamada "vinculación positiva", según la cual "no se admite ningún poder jurídico a favor de la Administración Pública, que no sea desarrollado de una atribución normativa precedente" (DROMI, Roberto. El procedimiento administrativo. Primera reimpresión: Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p.214.), es decir, aquella sólo puede hacer lo que está permitido expresamente. Por lo tanto se requiere de una norma que expresamente faculte a la Municipalidad para negociar el cobro de los intereses y multas generados por el atraso en el pago del referido canon,***

***ésta no podrá disponer extrajudicialmente el cobro de tales rubros.***” (El resaltado no es del original)

Tal y como se expone en el dictamen transcrito, la Administración Pública tiene la posibilidad genérica de utilizar los mecanismos dispuestos en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos para dirimir sus controversias, sin embargo, dicho poder se encuentra limitado por el principio de legalidad, lo cual, a criterio de esta Procuraduría, implica que estos mecanismos pueden ser utilizados por la Administración, siempre y cuando no se negocie en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Esta línea de pensamiento se observa también en el nuevo Código Contencioso Administrativo, al realizar una lectura de los artículos 72 y 76, ya que en el primero se establece la posibilidad genérica que tiene la Administración para acudir a la conciliación, y en el segundo se condiciona la homologación de esos acuerdos conciliatorios a que los mismos no resulten contrarios al ordenamiento jurídico o al interés público, dejándolos sujetos siempre al principio de legalidad.

Así las cosas, hasta este punto –es decir, en orden a la primera de las interrogantes contenidas en la consulta– esta Procuraduría comparte el criterio externado por la asesoría legal de FEDEMUR, respecto a que dicha entidad tiene la facultad de utilizar el mecanismo de la conciliación para solucionar sus conflictos.

No obstante, consideramos que el planteamiento de la gestión que aquí nos ocupa va más allá, porque no solo se cuestiona la posibilidad genérica de acudir a la conciliación, sino que se pregunta acerca de la posibilidad que tiene FEDEMUR de condonar deudas utilizando dicho mecanismo, aspecto que será desarrollado en el siguiente apartado.

#### **b. Sobre la condonación de deudas mediante el mecanismo de la conciliación**

Respecto a este tema, consideramos que la Administración no puede condonar deudas mediante el mecanismo de la conciliación, por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque la figura de la condonación y el mecanismo de la conciliación resultan incompatibles por definición, como pasaremos a explicar, y en segundo lugar, porque en materia de disposición y manejo de recursos públicos rige el principio de legalidad financiera, lo cual apareja innegablemente una limitación para tales efectos, como también pasamos de seguido a comentar.

En efecto, tenemos que la condonación es una forma de extinción de las obligaciones que deriva del verbo *condonar*, acción que ha sido definida de la siguiente forma: “Anular, perdonar o remitir una deuda en todo o en parte. // Dar por extinguida una obligación por voluntad del deudor”. En ese mismo sentido, *remitir una deuda se*

define como *“la renuncia voluntaria y por lo general gratuita que un acreedor hace de todo o parte de su derecho contra el deudor.”*<sup>9[1]</sup>

Tal y como se observa, la condonación parte de la existencia de una deuda cierta y determinada -no de un derecho controvertido- de la cual el acreedor dispone mediante un acto unilateral de voluntad, renunciando a su derecho de cobro, perdonando así la deuda sin recibir contraprestación alguna por ello.

Por otra parte, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, cuya propia naturaleza exige la existencia de un conflicto –justamente para que pueda surgir una conciliación– en la cual las partes lleguen a un acuerdo sobre un determinado tema que se encuentra en litigio.

Así las cosas, consideramos que la propia naturaleza jurídica de dichos institutos hace que los mismos resulten incompatibles, pues en uno se necesita que exista un derecho de crédito cierto incontrovertido, del cual el acreedor pueda disponer libremente; y en el otro, se requiere la existencia de un conflicto de intereses que las partes decidan resolver –y por tanto definir– mediante un acuerdo conciliatorio.

En cuanto a la necesidad de que exista un conflicto o pugna de intereses para que sea posible la aplicación de los mecanismos de resolución alterna de conflictos, esta Procuraduría ha indicado:

*“Basta realizar un examen preliminar de la citada Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de La Paz Social, N° 7727 del 9 de diciembre de 1997, para constatar que su razón de ser gira en torno a los conflictos o pugnas que se puedan suscitar entre no menos de dos personas: sean físicas o morales, públicas o privadas.*

*Lo cual, es concorde con las elaboraciones doctrinales que se han desarrollado respecto a los medios alternativos de resolución de controversias - mediación, conciliación y arbitraje - que parten de la "Teoría del Conflicto". En palabras del autor Leonardo Beltrán:*

*"La práctica diaria de las relaciones entre las entidades de la administración y los particulares, evidencia que no solo en el ámbito del derecho privado coexiste una tendencia hacia el conflicto y hacia el surgimiento de diferencias; y por lo tanto, mal podría afirmarse que los métodos alternos de solución de controversias son consecuencia exclusiva del surgimiento de diferencias en ámbito privado únicamente."*

*(BELTRÁN LEONARDO, El papel del Estado frente a la Resolución Alternativa de Conflictos; Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República*

*en la Resolución Alternativa de Conflictos, 13 y 14 de abril del 2000, Imprenta Nacional, San José, 2001, p.104). El destacado no es del original.*

***Estas observaciones se hacen con el afán de resaltar la necesidad de que exista un conflicto en aras de aplicar los conocidos medios alternativos para solventarlo. De manera que, si desde un inicio hay un claro consenso entre las partes sobre un mismo punto, no tiene ningún sentido que un tercero componedor intervenga, en virtud de que no existe diferendo alguno que solucionar.***

*Del estudio de su consulta, sobretodo, el segundo punto planteado, se comprueba que en realidad no hay una definida posición distinta o antagónica del ente consultante con respecto a sus deudores. Por el contrario, se evidencia una marcada intención institucional de que se declare por un tercero la prescripción de los réditos, de forma que se ataque la morosidad y se disminuya el impacto económico que acarrea para la Institución el cobro de ese tipo de deudas, posición ésta que no es contraria a la de los deudores por el beneficio que les significa.” (Dictamen C-133-2001 de 7 de mayo de 2001, el resaltado no es del original)*

Al igual que en el caso analizado en el anterior dictamen, en el caso de marras, esta Procuraduría no observa la existencia de un conflicto entre FEDEMUR y sus deudores, sino una intención abierta y marcada de dicha institución de condonar las deudas – puntualmente en cuanto al extremo de los intereses– por lo que la aplicación del instituto de la conciliación resultaría improcedente.

Ahora bien, la otra razón por la que se considera que no es posible utilizar el mecanismo de la conciliación para condonar deudas es la existencia del principio de legalidad financiera. Respecto a este principio, hemos indicado:

*“No está de por demás recordar que las Administraciones Públicas se encuentran sometidas al principio de legalidad, con lo cual sólo pueden realizar aquellos actos que el ordenamiento jurídico les autoriza (todo lo que no está permitido está prohibido). Esta vinculación es aún más fuerte, cuando se trata del manejo de los fondos públicos (1). Es por ello, que el artículo 7 de la Ley de la Administración Financiera de la República, N° 1279 de 2 de mayo de 1951, señala que ningún funcionario público puede contraer compromisos o deudas en nombre del fisco en contra de las leyes o sin autorización legal. Como puede observarse, en esta materia hay reserva de ley.*

*No sólo de la norma legal anteriormente indicada, se deriva el principio de reserva de ley, sino que el mismo se encuentra recogido, aunque de forma imprecisa, en el artículo 140 inciso 8) de la Constitución Política que señala, como atribución del Presidente y el respectivo Ministro de Gobierno, disponer la inversión de las rentas nacionales de acuerdo con las leyes. En este aspecto, la Constitución española de 1978 es más clara, ya que en el inciso 4 del artículo 133 señala que las Administraciones Públicas sólo*

*pueden contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con la ley. Por su parte, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, en su artículo 115, expresa que la emisión de deuda, así como la prestación de fianzas, garantías u otras seguridades susceptibles de originar gastos en ejercicios económicos venideros, requieren autorización mediante ley federal que fije o permita fijar su importe. En relación con los patrimonios especiales de la Federación, se pueden autorizar mediante ley excepciones a lo indicado anteriormente.*

*Por su parte, la doctrina ha sostenido que existe reserva de ley para contraer compromisos o deudas a cargo de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, ‘...todo actividad administrativa de la que se deriven gastos públicos o sea causa del nacimiento de obligaciones ha de cumplir, además de la legalidad formal, la legalidad material de cobertura presupuestaria. (2)’*

*Como es bien sabido, las obligaciones económicas de la Hacienda Pública pueden tener origen en la ley – obligaciones ex lege-, en las sentencias judiciales firmes y en los contratos y actos administrativos (a esta última fuente de las obligaciones la doctrina las denomina voluntarias).*

*Ahora bien, en el caso de las obligaciones voluntarias se supone que las actuaciones de las Administraciones Públicas, a causa del principio de legalidad, está autorizada en una norma del ordenamiento jurídico, concretamente en una ley, en cuya aplicación la administración emite actos administrativos o contratos, de donde surgen obligaciones a cargo de la Administración Pública.*

*En otras palabras, ya sea de que se trate de obligaciones que surgen directamente de una ley, verbigracia: cuando se reconoce un derecho a favor de grupo de individuos, como sucedió con el aguinaldo; o de obligaciones que tienen su origen en un acto administrativo o contrato, **la Administración Pública deberá contar siempre con una norma habilitante del ordenamiento jurídico, en este caso de rango legal, para comprometer el patrimonio del Estado o de sus instituciones.** (Dictamen C-139-99 de 22 de noviembre de 1999)*

En este sentido, en razón de que la consulta versa específicamente sobre la condonación de deudas, es necesario señalar que los créditos a favor de una institución pública constituyen recursos públicos, por lo que en el manejo de éstos rige el principio de legalidad financiera, el cual obliga, salvo norma en contrario o criterios de “utilización óptima” de recursos públicos, a que la Administración gestione y realice el cobro de todos los créditos que hayan a su favor.

Al respecto, en el dictamen C-240-2008 de 11 de julio de 2008, esta Procuraduría señaló:

*“Los créditos a favor de la Administración Pública constituyen fondos públicos. Por consiguiente, la Administración está obligada a procurar que el deudor satisfaga todas sus obligaciones. En tratándose de créditos líquidos y exigibles que el deudor pague el monto adeudado en los plazos establecidos. La Administración Pública carece de un derecho de disposición de los fondos públicos, por lo que no puede quedar a su entera voluntad cómo gestiona los fondos y si los gestiona o no. En tanto tenga un crédito, está en el deber de recuperarlo, puesto que se trata de fondos públicos. Como dijimos en el dictamen C-174-2000 de 4 de agosto del 2002:*

*“... Por consiguiente, de ese acreedor público se espera un comportamiento tal (es un deber ser) que conduzca a exigir el cumplimiento de la obligación, salvo que el interés público justifique una condonación de las deudas (particularmente por razones sociales) que procede cuando hay autorización legal o bien, que las acciones de recuperación de las sumas debidas conduzcan a una erogación superior que lleve a afectar el interés financiero y, por allí, el interés público; por consiguiente, que exista la posibilidad legal de definir no perseguir dichas deudas para no irrogar más perjuicios a la Administración.*

*(...)*

#### **CONCLUSIONES:**

*(...) La Administración Pública carece de un derecho de disposición de los fondos públicos, por lo que no pueden quedar a su entera voluntad las decisiones sobre cómo gestiona los fondos y créditos públicos y en su caso, si los cobra o no. Dentro del marco de la legalidad, esas decisiones deben provocar la “utilización óptima” de los recursos públicos para el cumplimiento de los objetivos estatales. Ergo, el ejercicio de las facultades propias debe armonizarse con el carácter escaso de los recursos públicos.”*

Así las cosas, consideramos que en materia de recursos públicos la regla de principio es la indisponibilidad por parte de la Administración, indisponibilidad que únicamente puede ser superada por ley. Bajo esta óptica, al no existir una ley que autorice la disposición por parte de FEDEMUR de los derechos de crédito a su favor, esa institución se ve impedida de condonar las deudas existentes por cualquier otro mecanismo, incluyendo la conciliación. (En sentido similar ver Dictamen N° C-059-2003 y la opinión jurídica N° O.J.-15-2002)

### **3. Posibilidad de Asumir las Vías de Resolución Alterna de Conflictos por parte de la Administración Pública, El Manejo de Fondos Públicos, El Dominio Público y el Principio de Legalidad**

[Procuraduría General de la República]<sup>ix</sup>

## **II. LAS PARTICULARIDADES DE LAS VÍAS ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.**

En cuanto a lo que es objeto de consulta, sin lugar a dudas el gran tema de fondo o en discusión no es si la Municipalidad de Aserrí – al igual que el resto de entidades que conforman la Administración Pública – se encuentra facultada legalmente para acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos. La normativa citada por el Director Jurídico de la corporación consultante no solo lo permite, particularmente, los artículos 18, párrafo final, de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en lo sucesivo Ley RAC) y 72 y 79 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA), sino que incluso podría afirmarse que lo fomenta; debido a las pregonadas ventajas que se extraen de su aplicación.<sup>10[1]</sup>

De igual modo la Procuraduría ha reiterado recientemente su posición de que “la Administración Pública tiene la posibilidad genérica de utilizar los mecanismos dispuestos en la Ley de Resolución Alterna de Conflictos para solucionar sus controversias” (dictamen C-388-2008 del 28 de octubre del 2008, ver asimismo el dictamen C-024-2009 del 4 de febrero del 2009).

Como así también la Sala Primera de la Corte, en su conocida resolución n.º 069-2005, de las 11:10 horas del 9 de febrero del 2005, al manifestar:

“VII.- (...) La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional.” (El subrayado no es del original).

La cuestión de fondo, entonces, no es si el ordenamiento jurídico le reconoce a la Administración Pública la potestad para someter sus controversias con los particulares a los medios alternos de solución de conflictos, que según se acaba de ver, lo hace en prácticamente todos los niveles de nuestra escala de fuentes del Derecho; sino la determinación de los criterios según los cuales resultaría válido o lícito para cualquier Administración Pública someterse a los mecanismos de esta naturaleza. Lo que no es

otra cosa que definir, precisamente, los alcances y los límites de la facultad que tanto la entidad local consultante como todo otro ente público tienen para llevar a cabo acuerdos conciliatorios o de naturaleza similar.

Pues pese a la generosa y notable amplitud con que se encuentra redactado el párrafo primero del artículo 72 del CPCA – que es la más reciente expresión de nuestro legislador a favor de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito estatal – de tal forma que “La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada” (el subrayado no es del original); lo cierto es como veremos de seguido, que existen determinadas materias sumamente sensibles que, en tesis de principio, no admiten una solución por alguna de esas vías.

La explicación de ello la encontramos en uno de los rasgos básicos de este tipo de medios alternativos: la *naturaleza disponible por las partes*.<sup>11[2]</sup> Es decir, los conflictos que puedan resolverse con este sistema han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a Derecho, tal y como se recoge por el artículo 2 de la Ley RAC, al disponer: “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*” (la cursiva no es del original).

El problema que se presenta desde la perspectiva de la Administración con dicho requisito, es que la globalidad de la actuación administrativa está vinculada al principio de legalidad (artículos 11 de la Constitución Política y 11, 12 y 13 de la Ley General de la Administración Pública, en adelante LGAP), vinculación que en una interpretación extensa se opondría al concepto de libre disposición, debido a que la Administración solo podría actuar en el sentido que le autoriza una norma previa.<sup>12[3]</sup> Dicho en los términos del jurista Jesús González Pérez es “la imposibilidad o limitadísima posibilidad de disposición por parte de la Administración Pública” lo que ha servido de fundamento a la negativa a admitir este tipo de formulas de autocomposición en el Derecho Administrativo.<sup>13[4]</sup>

En ese sentido, este órgano consultivo en el dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001 – exponente de una doctrina reiterada de la Procuraduría – explicó:

---

“El asunto, sin embargo, va más allá de las disposiciones legales aludidas, pues mientras los sujetos de Derecho Privado están habilitados para disponer de su patrimonio, en ejercicio de su autonomía de voluntad (*artículo 28 de la Constitución Política*) en la forma que mejor les convenga, y de esta forma están posibilitados para resolver sus controversias utilizando los medios alternos de resolución de conflictos, la Administración Pública debe sujetarse al principio de legalidad consagrado tanto en la Constitución Política como en la Ley General de la Administración Pública (*numeral 11 en ambas*). De ello se desprende que la Administración Pública (*concepto que abarca a las Municipalidades*) podrá someter sus controversias a estos medios alternativos únicamente en tanto el ordenamiento y la naturaleza del caso se lo permitan. Consecuencia de ello, existen materias que por su especial naturaleza no pueden ser objeto de un proceso arbitral.”

Incluso, esta limitación es visible en la nueva legislación procesal que regula las relaciones jurídico-administrativas de la Administración con los particulares, pues a pesar de la amplitud del artículo 72 inmediatamente después el artículo 76 del CPCA cierra sus alcances al señalar:

“Artículo 76.- Si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado **no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público.**”(El destacado no es del original).14[5]

Conforme al texto anterior, la conformidad con el ordenamiento jurídico y con el interés público constituyen los dos límites básicos a las facultades genéricas de la Administración para acudir a la conciliación y en general a los medios alternos de solución de conflictos.

De manera que el interés público y el principio de legalidad – cuya observancia implica la conformidad con el ordenamiento jurídico – constituyen los dos parámetros que deben ser valorados por toda Administración pública tanto a la hora de decidir si se someten o no a cualquiera de estos mecanismos, como al momento de conducirse por las negociaciones para llegar a un eventual arreglo con la contraparte distinto a la sentencia, independientemente del rol procesal (como actor, demandado, actor civil, etc.) que asuma en un juicio determinado.

### III. LA OBSERVANCIA DEL INTERÉS PÚBLICO.

Por lo que se refiere al deber de velar por el interés público, inmediatamente hay que advertir que dicho mandato en modo alguno se reduce al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Al igual que sucede con el principio de legalidad, que deriva directamente del artículo 11 de la Constitución Política y permea toda actuación de la Administración Pública y sus funcionarios en cada uno de los campos en que intervengan (sea de naturaleza penal, tributaria o asociada con la función pública), el interés público es el otro eje rector que sostiene al conjunto de la actividad estatal.

Tal y como lo explica el jurista español Luciano Parejo, la entera actividad de la Administración Pública se justifica exclusivamente en el interés público, que al propio tiempo le marca sus límites:

“...todas las Administraciones públicas están vinculadas – para su garantía, fomento y realización – al interés general o público, lo que – en expresión abstracta – significa a los fines diversos y concretos de los cometidos y las tareas que en cada momento tenga encomendadas. Desde el punto de vista del Estado democrático y social, éste es cabalmente el sentido de la reserva por el pueblo de la soberanía: gracias a ella, la vinculación de la Administración a la Ley equivale primariamente a lo que el legislador define en cada caso y en cada momento, en el marco de la Constitución... como interés general o público, programando consecuentemente la actividad administrativa. En cualquier caso, incluso en ausencia de Ley específica aplicable, el interés general o público opera simultáneamente como justificación y límite de la actuación administrativa.”<sup>15</sup>[6]

En efecto, la Administración pública interviene sobre la base de la concreción legislativa del interés público, que en nuestro medio lo vemos con el artículo 113 de la LGAP:

“Artículo 113.-

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.
2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.
3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no

puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.” (El subrayado no es del original).

La norma anterior es además importante porque pone de manifiesto que el interés público constituye efectivamente un límite infranqueable a la actuación de todo funcionario público, idea que se ve reforzada recientemente por el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (n.º8422, del 6 de octubre del 2004), que dispone:

“Artículo 3º—**Deber de probidad.** El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.” (El subrayado no es del original).

La norma anterior, expresión básica del principio democrático y materialización del deber ético de probidad, establece una serie de claves de gran utilidad para toda Administración a efectos de determinar si la opción de intentar una solución alterna al conflicto concreto que se le presente conviene al interés público que representa: ¿Se atiende mejor de esa forma las necesidades colectivas prioritarias? ¿Implicaría un uso más eficiente y eficaz de los recursos públicos asignados? ¿Le asiste al particular con el que se tiene el conflicto la existencia de un derecho, un interés legítimo o al menos la duda razonable o apariencia de buen derecho de su pretensión? (Dictamen C-111-2001, ya citado).

Esas son parte de las interrogantes que deberían pasar por la cabeza del funcionario o funcionarios responsables – que en el caso de las municipalidades serían los miembros del Concejo Municipal a través de una *decisión debidamente motivada* de conformidad con el numeral 13 inciso e) del Código Municipal (ver nuestros dictámenes C-111-2001 y C-382-2008, del 22 de Octubre del 2008) – aún cuando el ordenamiento jurídico contenga una habilitación genérica para someterse a alguno de estos mecanismos.

Pues debe también quedar claro desde ahora que esa habilitación general en modo alguno significa que la Administración está obligada a acudir a alguno de estos mecanismos alternativos para dirimir las controversias que se le presenten. Se trata ante todo de una facultad discrecional, que como tal, puede no ser usada cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen; por ejemplo, cuando se tiene la plena

seguridad de que se está actuando con pleno derecho, por lo que resulta preferible que el asunto se ventile en vía judicial (dictamen C-094-2000 del 11 de mayo del 2000).

En suma, la Administración consultante deberá sopesar en cada caso concreto, bajo el prisma del interés público, acerca de la conveniencia, oportunidad o beneficio de intentar llegar a una solución mediante la implementación de alguno de esos instrumentos alternativos.

Recapitulando y siguiendo en este punto al citado autor PAREJO ALFONSO, conforme al orden constitucional costarricense, las distintas organizaciones integrantes de la Administración pública o ejercientes de potestades administrativas están estrictamente obligadas a servir (definir, proteger, perseguir y realizar) los intereses públicos determinados por los poderes públicos conforme a sus competencias: el constituyente, en la Constitución; el legislador, en la Ley; la propia Administración, en Reglamentos y demás normas de rango y eficacia reglamentarias; la Sala Constitucional, en la doctrina constitucional e incluso los Tribunales ordinarios, en la doctrina jurisprudencial. Éstos y no otros son los intereses públicos determinantes para las Administraciones públicas, por lo que “...puede decirse que el legislador y, en menor medida los restantes órganos estatales, tienen una prerrogativa de definición de dichos intereses; pues las formalizaciones normativas, complementadas por la doctrina jurisprudencial, valen como intereses públicos reales correctamente identificados (presunción, que sólo puede ser destruida mediante derogación o declaración de nulidad de la norma o modificación de la jurisprudencia). Y ello es así, en último término, porque el primer y más fundamental interés general en un Estado de Derecho consiste en la observancia del Derecho objetivo establecido, frente al cual ningún otro interés público puede prevalecer en circunstancias normales.”<sup>16[7]</sup> (El subrayado no es del original).

La cita anterior evidencia la simbiosis existente entre interés público y principio de legalidad o la estrecha interrelación entre ambos conceptos a los cuales se encuentra vinculada toda Administración Pública en su actividad diaria. Conviene, entonces, referirnos inmediatamente a cómo se manifiesta el principio de legalidad en el uso por el Estado o alguno de sus entes públicos menores de los mecanismos alternos de solución de conflictos.

#### **IV. LA VINCULACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Acatar el principio de legalidad implica actuar conforme al ordenamiento jurídico y es el ordenamiento jurídico el que establece las materias sobre las que en principio la Administración pública carece de facultad para negociar. En los términos del citado

---

dictamen C-111-2001: "...la limitación va a estar definida por la imposibilidad de negociar en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De esta forma, no es posible que se concilie aspectos sobre los que hay norma expresa en contrario, incluidas las reglamentarias, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos."

Aclaremos que, en principio, pues tal como lo indica la doctrina,<sup>17[8]</sup> no resulta fácil encontrar una fórmula general para delimitar las materias susceptibles de ser objeto de estos mecanismos de resolución de conflictos. Ciertamente el legislador ha desaprovechado la oportunidad para regular con precisión este punto<sup>18[9]</sup> limitándose a efectuar apoderamientos generales a favor del Estado y sus instituciones del tipo del artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública, 18 de la Ley RAC, y más recientemente, 72 del CPCA, correspondiéndole en consecuencia al operador jurídico y, concretamente, al órgano superior jerárquico supremo de la entidad de que se trate, la labor de precisar a la luz de las leyes sectoriales y demás normas desperdigadas del ordenamiento administrativo patrio las materias que válidamente pueden someterse a este tipo de medios alternos.

Incluso, aún cuando de entrada se puede considerar que determinados temas o materias en términos generales resultan ajenos a los mecanismos RAC (verbigracia, manejo de fondos públicos o el dominio público) la propia legislación sectorial y la casuística introducen matices que dan pie para que en ciertos supuestos la Administración cuente con un margen de discrecionalidad para buscar la solución a un conflicto a través de alguno de esos instrumentos en lugar de esperar el resultado de la sentencia.

De ahí la importancia que cobran los límites a la discrecionalidad administrativa de que goza la Administración en este ámbito como parte del bloque de legalidad a la que está sujeta (artículos 15 a 17, 158.4 y 160 de la LGAP), relativos a las reglas unívocas de la ciencia, de la técnica y a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (ver en ese sentido de la Procuraduría, los pronunciamientos C-089-1999 del 10 de mayo de 1999, C-094-2000, del 11 de mayo y OJ-077-2000, del 20 de julio, ambos del 2000, y el C-111-2001, ya citado), entre los que se cuenta el principio constitucional de proporcionalidad y razonabilidad:

**"VII.-PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD.** Esta Sala, en reiterados pronunciamientos, ha indicado que este principio constituye, incluso, un parámetro de constitucionalidad de los actos sujetos al derecho público (leyes, reglamentos y actos administrativos en general), razón por la cual, se ha preocupado de su análisis y

---

desarrollo. En el Voto No. 732-01 de las 12:24 hrs. del 26 de enero de 2001, este Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

*“(...) V.-DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO PARÁMETRO CONSTITUCIONAL. La jurisprudencia constitucional ha sido clara y conteste en considerar que el principio de razonabilidad constituye un parámetro de constitucionalidad. Conviene recordar, en primer término, que la "razonabilidad de la ley" nació como parte del "debido proceso sustantivo"(substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal. En la concepción inicial "debido proceso" se dirigió al enjuiciamiento procesal del acto legislativo y su efecto sobre los derechos sustantivos. Al finalizar el siglo XIX, sin embargo, se superó aquella concepción procesal que le había dado origen y se elevó a un recurso axiológico que limita el accionar del órgano legislativo. A partir de entonces podemos hablar del debido proceso como una garantía genérica de la libertad, es decir, como una garantía sustantiva. La superación del "debido proceso" como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada "**razonabilidad técnica**" dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Una vez establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de "razonabilidad técnica" hay que analizar la "**razonabilidad jurídica**". Para lo cual esta doctrina propone examinar: **a) razonabilidad ponderativa**, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; **b) la razonabilidad de igualdad**, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; **c) razonabilidad en el fin**, en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos por el legislador con su aprobación. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable (...).”*

*Siguiendo la doctrina alemana, esta Sala Constitucional ha considerado que los componentes básicos de la proporcionalidad lo son la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Así, en el Voto No. 3933-98 de las 09:50 hrs. del 12 de junio de 1998, indicó lo siguiente:*

*“(...) La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona.*

*La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea "inexigible" al individuo.(...).”*

En el Voto No. 8858-98 de las 16:33 hrs. del 15 de diciembre de 1998, este Tribunal volvió a mencionar los componentes referidos, al indicar lo siguiente:

*“(...) Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida.*

*La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. (...).”*

(...)

Conviene indicar que el principio de razonabilidad y proporcionalidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos. Así, es de vital importancia como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, al establecer la Ley General de la Administración Pública que no podrán dictarse actos

administrativos discrecionales contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículos 16, párrafo 1°, 158, párrafo 4° y 160). En materia de los elementos constitutivos de índole material objetivo (motivo, contenido y fin), debe existir una relación de proporcionalidad entre los mismos, así para una falta disciplinaria específica de un funcionario –motivo- debe existir una sanción proporcionada –amonestación verbal o escrita, suspensión o destitución-, en tal sentido el artículo 132, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública establece que el contenido “Deberá ser (...) proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados” (...)

Aplicando las consideraciones anteriores, hechas por la Sala Constitucional en su voto n.º2008-001571 de las 14:53 horas del 30 de enero del 2008, al tema bajo estudio, tenemos que la legitimidad de aplicar un mecanismo RAC a un determinado conflicto refiere a que el objetivo pretendido con dicha negociación no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida empleada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo (incluida la propia sentencia del juez que pone fin al conflicto luego de un proceso judicial común), debe la autoridad administrativa competente elegir aquella que afecte lo menos posible los intereses públicos en juego. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la medida sea apta y necesaria, lo acordado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido de llegar a una solución del conflicto que sea lo más beneficiosa para el interés público que representa la Administración.

De manera que el juicio o test de razonabilidad anterior ayudaría a garantizar la razonabilidad y la proporcionalidad de lo negociado.

Ahora bien, inmediatamente, debemos hacer una segunda aclaración en el sentido de que con este dictamen no pretendemos dotar a la municipalidad consultante, ni al resto de la Administración Pública, de la pomada canaria que le permita discernir con exactitud matemática cuando deben acudir a los mecanismos RAC ante un eventual conflicto que se les presenten con los particulares.

Como facultad discrecional que es y según se explicó líneas atrás, el uso de estas vías alternativas no se encuentra precisado con detalle por el legislador, con lo cual, la conveniencia u oportunidad en su empleo dependerá de las circunstancias particulares de cada caso o conflicto que se le presente a la Administración.

Por lo que el objetivo de este dictamen es brindar una serie de lineamientos o pautas que contribuyan a orientar la labor de la Administración activa en su decisión de acudir o no a alguno de los instrumentos RAC, explicitando, de un lado, los límites ya

explicados con los que se topa cualquier ente público en tal valoración y de otro, enumerando determinadas materias relacionadas con el quehacer diario de la Administración que se muestran particularmente sensibles a dichos instrumentos, debido a que conectan inmediatamente con la idea de que aquella carece de una facultad de disposición sobre su contenido.

#### **A. El ejercicio de potestades de imperio y el cumplimiento de los deberes públicos.**

En términos generales, el ejercicio de potestades de imperio y el cumplimiento de los deberes públicos se considera como una materia **no negociable**. La potestad de imperio, según se explica por el jurista costarricense Eduardo ORTIZ ORTIZ, es aquella “que le permite crear obligaciones o suprimir derechos del particular sin el consentimiento de éste. En este poder resalta la necesidad de lograr el fin público a toda costa, pues su carácter imperativo se explica como un medio para vencer la resistencia del particular en los casos en que tiene que colaborar al logro de dicho fin y no lo hace.”<sup>19</sup>[10]

Con esta expresión se alude al conjunto de prerrogativas exorbitantes de derecho común, extrañas por tanto a los derechos y facultades que comúnmente se reconocen a los particulares, de que goza la Administración Pública para asegurar el predominio del interés público cuando se encuentra en conflicto con los intereses particulares (dictámenes C-002-2002, del 7 de enero del 2002, y C-124-2006, del 24 de marzo del 2006).

La naturaleza indisponible de este tipo de potestades deriva del artículo 66 LGAP, que establece que serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles y que solo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercerla (ver en ese sentido, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la resolución n.º 906-A-04, de las 9:40 horas del 21 de octubre del 2004 y de la Procuraduría los pronunciamientos, ya citados, C-089-1999, C-094-2000, OJ-077-2000 y el C-111-2001).

Algunas de las prerrogativas en que se manifiesta el poder de imperio de la Administración sobre los particulares, y su consiguiente superioridad respecto a ellos, son el poder de policía, la potestad sancionadora, la potestad de autotutela, la potestad expropiatoria, la potestad de revisión de oficio, la potestad tributaria, en relación con las cuales, se presenta el mismo rasgo de indisponibilidad por el Estado de su ejercicio.

Es decir, la Administración está compelida a actuar cada una de esas potestades cuando así lo exija el Interés Público o el ordenamiento jurídico, no siendo posible negociar con un administrado su no ejercicio, a menos que así lo disponga el legislador.

Una de esas potestades públicas analizadas por la Procuraduría desde la perspectiva de los medios alternos de solución de conflictos fue la **fijación y ajuste de las tarifas** de la revisión técnica vehicular, indicándose al efecto:

### **“III.- POSIBILIDAD DE SOMETER A ARBITRAJE LA FIJACIÓN Y AJUSTE DE LAS TARIFAS DE LA REVISIÓN TÉCNICA VEHÍCULAR**

Tal y como se analizó en el apartado anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el Estado y demás instituciones públicas pueden someter a arbitraje sus controversias de orden patrimonial, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición. Por supuesto, no reúnen tal condición las materias que impliquen el ejercicio de potestades de imperio.

Y, precisamente, la fijación y ajuste de las tarifas de la revisión técnica vehicular presentan tal naturaleza, es decir, constituyen una potestad de imperio encomendada al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo final, de la Ley de Tránsito, n.º 7331 del 13 de abril de 1993:

“El pago de la revisión se establecerá de acuerdo con los estudios técnicos que determine el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y será cubierto por los propietarios de los vehículos.”

Recordemos que mediante la revisión técnica se verifica que los vehículos reúnen las condiciones mecánicas, de seguridad, de emisiones de contaminantes y demás requisitos que determine la Ley y su Reglamento para poder circular (artículo 19 de la Ley de Tránsito); constituyéndose en un requisito para poder obtener la tarjeta de derechos de circulación (...)

Conforme se podrá apreciar, la Contraloría General de la República, en los pronunciamientos transcritos –que esta Procuraduría comparte–, es clara en el sentido de que la fijación tarifaria del servicio de revisión técnica de vehículos es una potestad conferida por ley al MOPT (artículo 20 de la Ley de Tránsito), quien a su vez la ha delegado en el Consejo de Transporte Público.

Lo anterior implica que la fijación tarifaria del servicio en cuestión no puede ser el resultado de una libre negociación entre las partes contratantes, sino el ejercicio de una competencia pública, que debe establecerse con posterioridad a los estudios técnicos que determine la Administración y en la cual se debe atender, principalmente, a los costos y gastos reales de la prestación del servicio que interesa, manteniendo eso sí, el equilibrio económico-financiero de la relación contractual (...)

Como bien señala la Procuraduría, la fijación tarifaria constituye una potestad exclusiva del Estado y, en ese sentido, resulta irrenunciable, imprescriptible e intransferible. En otras palabras, no es una materia de libre disposición por parte de la Administración y, en consecuencia, no podría ser sometida a arbitraje (...)

En ese sentido, a pesar de la inclusión en el Contrato en referencia de una cláusula que obliga a las partes para someter sus diferencias a arbitraje, su aplicación no es irrestricta pues como bien lo señaló la Contraloría al momento de refrendarlo, existen materias que por su naturaleza no pueden ser delegadas, por parte de la Administración, al arbitrio de un tercero. Una de ellas es precisamente la fijación y actualización de tarifas (...)

Precisamente, el ejercicio de potestades de imperio, tal y como lo es la fijación tarifaria de la revisión integral vehicular, constituye una de las materias no susceptibles de ser sometida a arbitraje –por ser una potestad exclusiva del Estado-, y de hacerse conllevaría, eventualmente, la nulidad de laudo que se llegare a dictar.” (OJ-080-2004 del 30 de junio del 2004).

Por lo que se refiere al tratamiento concreto que le ha dado este órgano asesor a la **materia tributaria**, recientemente se reiteró que la competencia de las municipalidades para recaudar los impuestos por patente es indisponible, no sujeta a transacción o conciliación (ver dictámenes C-73-2009 del 16 de marzo y C-24-2009 del 24 de febrero, ambos del 2009, y C-382-2008 del 22 de Octubre del 2008).

Así se desprende de los artículos 121 inciso 13 de la Constitución Política en relación con los artículos 13, inciso b), y 68 y siguientes del Código Municipal y 50 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Ley n.º4755 del 3 de mayo de 1971), de tal forma que el ejercicio de la potestad tributaria que se encomienda a las Municipalidades, entendida como la posibilidad de determinar los tributos, ejercitar su cobro, así como de los intereses corrientes y por mora que se generen por el incumplimiento de pago, y aplicar exoneraciones, es materia excluida de los mecanismos alternos de solución de conflictos, pues todo ello está sujeto al principio de legalidad tributaria (artículo 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios). De manera que el único punto que podría someterse a esos medios alternativos sería la forma de pago de la deuda tributaria que eventualmente se hubiera generado entre un determinado contribuyente y la corporación, en aras de llegar a un arreglo, sea en sede administrativa o bien, dentro del proceso de cobro judicial:

“Las Municipalidades tienen competencia para hacer uso de los instrumentos de resolución alterna de conflictos, amparadas tanto en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, como en el Código Procesal Contencioso Administrativo. En este sentido, pueden válidamente conciliar, en los términos que prescribe el artículo 4.3.2 de la Ley de Cobro Judicial. No obstante, en virtud de la

sujeción al principio de legalidad, no cabe aplicar ese instituto jurídico sobre materias que se encuentran sometidas a su potestad de imperio. Por lo que, para el caso de su consulta, es posible que se concilie respecto a las formas de pago de los adeudos que se hayan generado por incumplimiento en la cancelación de impuestos y servicios municipales, pero no en cuanto a los montos de tributos, y sus eventuales intereses corrientes y por mora, por cuanto su establecimiento y percepción son derivados de la potestad tributaria y por ende, excluidas de la competencia que se viene comentado.” (Dictamen C-382-2008, ya citado; el subrayado no es del original).

El pronunciamiento anterior es interesante porque justo muestra uno de los matices de los que veníamos hablando, pues a pesar de que la materia tributaria se presenta como indisponible para la Administración de forma que no puede reusar su ejercicio, admite, como vemos, cierto grado de negociación respecto a la manera en que los particulares pueden dar cumplimiento a los deberes públicos u obligaciones que se derivan de ella a fin de facilitar la consecución eficaz de los objetivos de Interés Público que se persiguen con dicha potestad.

Otro matiz lo encontramos en la potestad de imperio más representativa de la Administración: la potestad expropiatoria. Aquí fue el propio legislador quien expresamente abrió las puertas al arbitraje para la resolución de determinados puntos concretos, no sin reservas por parte de este órgano asesor (ver al efecto nuestro pronunciamiento OJ-069-1997 del 18 de noviembre de 1997). En efecto, el artículo 27 de la Ley de Expropiaciones (n.º 7495 del 3 de mayo de 1995), dispone:

**“ARTÍCULO 27.- Arbitraje.**

En cualquier etapa de los procedimientos, las partes podrán someter a arbitraje sus diferencias, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos vigentes del derecho internacional.

Cuando la diferencia verse sobre la determinación del precio justo y el diferendo se rija por la legislación procesal costarricense, el arbitraje será de peritos y los gastos correrán por cuenta del ente expropiador.

Los peritos deberán ajustarse a los criterios de valoración establecidos en el artículo 22 y a los honorarios indicados en el artículo 37, ambos de esta Ley.

Cuando se recurra a mecanismos de arbitraje estipulados en instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, se estará a las regulaciones allí contenidas.

Si la diferencia versa sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar, la discrepancia se resolverá antes de determinar el

justo precio, mediante un arbitraje de derecho, con los gastos a cargo de ambas partes.” (El subrayado no es del original).

Nótese de la norma anterior cómo los puntos que de acuerdo al texto anterior podrían eventualmente ser sometidos a arbitraje por la Administración no suponen en modo alguno la renuncia, delegación o extinción por parte de ésta del ejercicio de la potestad expropiatoria. Lo que demuestra que dentro de la generalidad de una materia que se nos presenta de entrada como indisponible para el Estado (la potestad expropiatoria) pueden hallarse extremos relacionados con su ejercicio que admiten cierto grado de negociación por parte de aquél (la determinación del justiprecio), todo con el propósito de encontrar una solución más eficaz y eficiente al conflicto en cuestión.

## **B. El manejo y conservación de fondos públicos.**

En estrecha conexión con el tema tributario, la Procuraduría en el dictamen C-388-2008 también señaló que en materia de administración y uso de recursos públicos la regla de principio es la indisponibilidad por parte de la Administración, indisponibilidad que únicamente puede ser superada por ley.

A este respecto el artículo 7 de la antigua Ley de la Administración Financiera de la República (n.º1279 de 2 de mayo de 1951), señalaba, desde entonces, que ningún funcionario público podía contraer compromisos o deudas de cualquier naturaleza en nombre del fisco en contra de las leyes o sin autorización legal.

En la actualidad la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos vigente (n.º8131 del 18 de setiembre del 2001) en su artículo 5, inciso f), dispone que no podrán adquirirse compromisos para los cuales no existan saldos presupuestarios disponibles, como tampoco es posible destinar saldos presupuestarios a una finalidad distinta de la prevista en el presupuesto, de conformidad con los preceptos legales y reglamentarios. Mientras que su artículo 110 recoge, en lo que interesa, como hechos generadores de responsabilidad administrativa:

“(…) b) La omisión, el retardo, la negligencia o la imprudencia en la preservación y salvaguarda de los bienes o derechos del patrimonio público o la adopción de acciones dolosas contra su protección, independientemente de que se haya consumado un daño o lesión.

(…)

e) El empleo de los fondos públicos sobre los cuales tenga facultades de uso, administración, custodia o disposición, con finalidades diferentes de aquellas a las que están destinados por ley, reglamento o acto administrativo singular, aun cuando estas

finalidades sean igualmente de interés público o compatibles con los fines de la entidad o el órgano de que se trate.

(...)

f) La autorización o realización de compromisos o erogaciones sin que exista contenido económico suficiente, debidamente presupuestado.

g) La autorización o realización de egresos manifiestamente innecesarios, exagerados o superfluos.

h) Las actuaciones simuladas o fraudulentas en la administración, el manejo y la custodia de bienes o fondos públicos.

i) El endeudamiento al margen de lo preceptuado por el ordenamiento jurídico aplicable (...)"

Por su parte, el artículo 8, inciso a) de la Ley General de Control Interno (n.º 8292 del 31 de julio del 2002), establece como parte del *sistema de control interno* la serie de acciones ejecutadas por la administración activa – incluidas, por supuesto, las municipalidades – dirigidas a proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal.

Sobre la base de las consideraciones anteriores este órgano asesor en el dictamen C-240-2008 de 11 de julio de 2008 sostuvo:

“La Administración Pública carece de un derecho de disposición de los fondos públicos, por lo que no pueden quedar a su entera voluntad las decisiones sobre cómo gestiona los fondos y créditos públicos y en su caso, si los cobra o no. Dentro del marco de la legalidad, esas decisiones deben provocar la “utilización óptima” de los recursos públicos para el cumplimiento de los objetivos estatales. Ergo, el ejercicio de las facultades propias debe armonizarse con el carácter escaso de los recursos públicos.”

Sucede, sin embargo, que toda la actividad y organización de la Administración Pública se nutre de fondos públicos. Es decir, toda acción que realice el Estado o sus entes depende o está en función de los recursos públicos con los que cuente (principio de legalidad presupuestaria). Con lo cual la regla general acerca de la indisponibilidad de los fondos públicos también admite excepciones, pues de lo contrario la posibilidad de admitir los mecanismos RAC en el ámbito estatal quedaría prácticamente vedada.

Ciertamente se trata de uno de los temas más sensibles, dado los inminentes riesgos de corrupción para la Hacienda pública, por lo que en ningún caso se puede dejar a la libre. Pero no por ello se puede cerrar la vía a estos instrumentos si con ello se puede obtener un uso más eficiente y adecuado de los recursos públicos, en los términos

explicados en las páginas precedentes, particularmente en los llamados **asuntos patrimoniales de naturaleza disponible**.

En ese sentido, este órgano asesor en el pronunciamiento OJ-077-2000 del 20 de julio del 2000, “ha mantenido el criterio de que, aún en tratándose de fondos públicos, sí es posible someter a arbitraje una diferencia patrimonial de la Administración por existir disposición normativa que lo autoriza. Asimismo, se ha tratado de establecer, a través de nuestros dictámenes y pronunciamientos, una serie de reglas que de alguna manera adecuen el instituto del arbitraje, que fue diseñado para resolver controversias entre particulares, al ámbito de la Administración” (en igual sentido ver la OJ-093-2003 del 18 de junio del 2003).

Un ejemplo muy interesante de ese tipo análisis exegético fue el que se hizo en el pronunciamiento OJ-037-2003, del 26 de febrero del 2003, relacionado con el carácter patrimonial y la naturaleza disponible de los fondos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense del Seguro Social (C.C.S.S.):

“Adoptando como marco de referencia lo anterior, nos corresponde ahora entrar al meollo de la cuestión, el cual se afina en determinar si la Junta Directiva de la C.C.S.S. puede o no someter a arbitraje o a conciliación el asunto que estamos comentando, en vista de la naturaleza de los fondos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (...)

En el caso que nos ocupa, existe una tentación a seguir una interpretación literal. Con base en ella, y siguiendo un silogismo tradicional o clásico, se podría afirmar que si los fondos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte son propiedad de cotizantes y beneficiarios, sólo ellos tienen poder de disposición. Ergo, la Junta Directiva sería, pues, incompetente para someter este asunto a arbitraje o a conciliación, ya que es una materia patrimonial no disponible. Empero, y siguiendo una norma elemental de hermenéutica jurídica, que señala que a la hora de la interpretación de un precepto debemos aplicar la mayor cantidad de métodos, y no uno sólo de ellos, debido a que podríamos caer en una visión reduccionista y parcial del ordenamiento jurídico, para determinar cuál es el elemento predominante, necesariamente tenemos que relacionar la norma con su conjunto, ver sus antecedentes y su finalidad.

Si ubicamos la norma en su contexto, es decir, la relacionamos con todo el ordenamiento jurídico, fácilmente se llega a la conclusión de que ésta debe entenderse en su justa dimensión. Desde esta perspectiva, no resulta lógico ni congruente concluir que los fondos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte constituyen un patrimonio no disponible para la Junta Directiva de la C.C.S.S. Todo lo contrario, tanto de la norma que se encuentra en el numeral 14 como de las que están en el artículo 39, se deduce claramente que la Junta Directiva tiene la potestad de disposición de esos fondos. Ahora bien, esta potestad de disposición no es irrestricta ni absoluta; en su ejercicio, la Junta Directiva de la C.C.S.S. debe ceñirse necesariamente a un conjunto de reglas y

principios que fijó el legislador. Dentro de estos principios y reglas están el de que, en todo momento, debe tener presente de que esos fondos pertenecen a los cotizantes y beneficiarios, es decir, que son una masa de recursos destinada a financiar el pilar primario de nuestro sistema de seguridad social y, por ende, toda decisión que se adopte en relación con ello debe buscar siempre ese norte. De no seguirse la línea interpretativa que estamos esbozando, caeríamos en el absurdo de que la Junta Directiva no podría disponer de esos fondos, con el agravante de que, por un lado, el ordenamiento jurídico le exige invertirlos en operaciones rentables, para lo cual requiere necesariamente del poder de disposición sobre ellos y; por el otro, de que si no lo hace, perderían el valor real con el consecuente perjuicio para los beneficiarios de este régimen.

Por otra parte, tampoco se podrían justificar un sin número de operaciones comerciales y financieras que realiza la C.C.S.S. con los recursos de ese fondo, tales como préstamos o fideicomisos, sobre todo en este último caso, que la disposición de los recursos conlleva una transmisión de la propiedad a favor del fiduciario (artículo 633 del Código de Comercio).

Un cuarto argumento a favor de la tesis que estamos siguiendo, lo constituiría el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias (segundo pilar de nuestro sistema de seguridad social) o el Fondo de Capitalización Individual, donde cada beneficiario tiene una cuenta individual y se puede determinar, a ciencia cierta, cuál es su participación y **su derecho** dentro de toda la masa, derecho que guarda simetría entre lo que se aporta y recibe; en el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte no existe un derecho individualizable de cada cotizante y beneficiario dentro de la masa, a pesar de que sí es posible cuantificar el aporte de cada trabajador al citado régimen. Ergo, ningún cotizante o beneficiario tiene derecho a una parte del fondo en proporción a las sumas cotizadas a él. Desde esta perspectiva, la norma que está en el numeral 39 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. debe interpretarse en sus justos alcances, máxime que, en este caso, el principio de solidaridad se manifiesta en toda su expresión, toda vez que no necesariamente coincide el beneficio con los aportes realizados por el trabajador, aunque existe un número mínimo de cuotas que debe realizar toda persona para obtener el beneficio (...)

A nuestro modo de ver, la correcta inteligencia del precepto nos indica, que los recursos del Fondo **siempre** han sido de los trabajadores, en vista de su finalidad (financiar un componente básico y esencial de la seguridad social costarricense), lo cual no significa, ni ahora ni antes, que la Junta Directiva de la C.C.S.S. no tenga disponibilidad sobre ellos, toda vez que esta atribución es fundamental para lograr su rentabilidad y su seguridad." (El subrayado no es del original).

Otro ejemplo puntual de asunto patrimonial de carácter disponible contemplado en nuestro ordenamiento vigente es el relativo a las discrepancias que pudieran darse sobre las condiciones de una obra pública al momento de su recibo por parte de la Administración pública contratante en el contrato de obra pública (artículo 61 de la Ley de Contratación Administrativa n.º7494 del 2 de mayo de 1995).

En términos generales, se pueden señalar las siguientes materias como susceptibles de ser catalogadas como asuntos patrimoniales de naturaleza disponible:

**1. Los conflictos de índole patrimonial que sean objeto de regulación por el derecho civil, mercantil o laboral común:** Este apartado hace referencia a los supuestos cuando la Administración actúa, excepcionalmente, bajo un régimen de Derecho Privado, como así se prevé por los artículos 1 y 3.2 de la LGAP; campo en el que como hemos visto, es ampliamente posible la solución de conflictos mediante las vías alternas que dispone nuestro ordenamiento jurídico (ver al efecto, nuestros dictámenes C-187-96 del 11 de noviembre de 1996 y C-253-99 del 22 de diciembre de 1999). Este supuesto tiene que ver sobre todo con las llamadas empresas públicas, que por su giro eminentemente comercial, actúan en igualdad de condiciones respecto a un administrado – es decir, sin hacer uso de sus prerrogativas exorbitantes del Derecho común –, que es el caso de los bancos estatales o del Instituto Nacional de Seguros.

**2. La responsabilidad del Estado:** Es otra de las materias en que se ha admitido la posibilidad de negociar con el particular o particulares afectados por la actuación lícita o ilícita de la Administración Pública (artículo 190 de la LGAP). Así, en el pronunciamiento OJ-006-2000, del 25 de enero del 2000, se indicó:

“El arbitraje no conlleva, en consecuencia, discusión sobre potestades públicas, ni renuncia a su ejercicio que, como se sabe, sólo por ley podría celebrarse un compromiso en tal sentido (...) La cuestión debatida, circunscrita a los daños y perjuicios que habría irrogado la Administración Central al presunto derecho subjetivo, con fijación de su monto, sería patrimonial, disponible. En dictámenes anteriores se ha reconocido esa naturaleza a asuntos análogos. [Dictámenes C-074-89, C-186-91, C-011-92 y C-045-92]”

Naturalmente, la decisión de la Administración involucrada en someterse a esta clase de mecanismos alternativos a fin de determinar una eventual indemnización pecuniaria debe sustentarse en la comprobación de que se causó un daño en los términos del artículo 196 de la LGAP, es decir, dicho daño “...habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo.” Adicionalmente, y no menos importante, deberá verificar que dicho daño tuvo su origen en una actuación administrativa y que no fue consecuencia del hecho de un tercero, de la propia víctima o por fuerza mayor (artículo 190.1 de la LGAP). En fin, es importante que la Administración interesada realice una verificación de los requisitos del Título

sétimo del Libro primero de la LGAP, pues en caso contrario no podríamos hablar ni siquiera de un derecho del particular a que se le indemnice.

La idea entonces de acudir a los medios que contiene la Ley RAC en estos supuestos de responsabilidad estatal, es evitar, siempre desde la perspectiva del interés público en juego en los términos antes expuestos, que la Administración incurra en las costas y gastos de un proceso judicial al que inevitablemente sería arrastrada por el particular afectado y desde luego una posible sentencia condenatoria que reconozca una indemnización mucho más onerosa a la que se estaba dispuesto a ceder. Sobre todo si ya existe una línea jurisprudencial consolidada o incluso precedentes judiciales que por el mismo supuesto de hecho generador de responsabilidad han condenado civilmente al Estado.

En ese orden de ideas, en el dictamen C-342-1982, del 16 de diciembre de 1982, esta Procuraduría también aceptó esta posibilidad cuando se trate de la responsabilidad contractual del Estado:

"Ahora bien, la fijación o determinación del monto de los daños y perjuicios irrogados por el contratista a quien la Administración le resuelve un contrato, no puede ser realizado unilateralmente por ésta, en ejercicio de sus potestades de imperio o de derecho público. Los aspectos patrimoniales resultantes de la cancelación de un contrato (asunto de derecho privado), deben ser determinados por los tribunales de justicia, a los cuales acude la Administración con igual condición que el administrado-. De este modo, este aspecto patrimonial, que debe ser objeto o está pendiente de resolución por parte del poder Jurisdiccional, puede ser materia de transacción o compromiso..." (El subrayado es nuestro).

### **C. Los conflictos suscitados en el marco de una relación de empleo público.**

En estrecha relación con el tema del manejo de fondos públicos, la materia de empleo público resulta de suma importancia para lo que se consulta al tratarse de unos de los principales focos generadores de conflictos entre la Administración y los administrados.

Sin embargo, también sobre este punto la aplicación de los medios alternativos de conflictos era limitada debido a la distinta naturaleza de la relación de empleo público de la laboral o privada, lo que impedía aplicar en principio las disposiciones del Código de Trabajo sobre la materia, concretamente los artículos 474 y 475 que regulan la conciliación en Derecho Laboral.

A este respecto la Sala Constitucional, en su conocido voto n.º 1696-92 de las 15:30 horas del 23 de agosto de 1992, adicionado por el voto n.º 3285-92 de las 15:00 horas del 30 de octubre siguiente, subrayó la diferencia del régimen de empleo público de

una relación laboral privada, así como los principios propios, diferentes, y a veces contrapuestos con esta última que lo rigen, particularmente, la sujeción al principio de legalidad. A tal punto que la Sala Constitucional consideró inconstitucional la aplicación de los mecanismos "de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social", previstos en el Código de Trabajo (arreglo directo, conciliación y arbitraje) a las relaciones de empleo público; exceptuando, en consecuencia, a los obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, cuando los mismos sean contratados por el Estado conforme al ejercicio de su capacidad de Derecho Privado (ver en igual sentido, el voto constitucional n.º2006-007261 de las 14:45 horas del 23 de mayo de 2006).

Por su parte, la Procuraduría en el dictamen C-205-2001, de 23 de julio del 2001, adentrándose en la línea de razonamiento anterior, determinó que los artículos 474 y 475 del Código de Trabajo, que dan cabida a la conciliación en la jurisdicción laboral, fueron concebidos para una relación obrero patronal de naturaleza privada:

“De todos los argumentos que se han expuesto, se desprende con suficiente claridad que la conciliación es un mecanismo válido para el Sector Privado, pero no para la Administración Pública, que se encuentra sujeta a diversos principios, tanto de orden presupuestario, como de legalidad y que le impiden disponer de los recursos públicos en contraposición a la ley.”

No obstante, desde la emisión del pronunciamiento anterior se han dado dos acontecimientos recientes que modificaron el panorama actual y, en consecuencia, el criterio que este órgano asesor mantenía al respecto.

En primer lugar, la entrada en vigencia del CPCA el 1º de enero de 2008 con su habilitación genérica y expresa para conciliar a favor de toda la Administración Pública de conformidad con su artículo 72, evidenciando, según se explicó en un inicio, una clara intencionalidad del legislador de que el Estado y sus entes también pudieran someterse a esta clase de mecanismos para solucionar sus conflictos con los particulares.

Idea que se ve reforzada con la reforma que el artículo 217 del mismo texto normativo hizo de los artículos 3.l) y 20 de la Ley orgánica de la Procuraduría General de la República, en donde se faculta al cuerpo de procuradores para transar, conciliar, someter los juicios a decisión de árbitros y en general para proponer y acordar arreglos “*durante la tramitación de cualquier proceso*” con solo la autorización escrita del procurador general o del procurador general adjunto, habilitación que si bien se refiere a los juicios representados únicamente por la Procuraduría, evidencia que la habilitación para acudir a este tipo de instrumentos no solo se limita a los procesos ventilados en la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también a todo proceso

en el que intervenga el Estado central, sea en la sede penal, la agraria o la misma sede laboral.

El segundo acontecimiento de relevancia fue la emisión de la sentencia de la Sala Constitucional número 2010-9928 de las 15:00 horas del 9 de junio del 2010 en cuya virtud se declara, entre otras cosas, la inconstitucionalidad del artículo 3.a) del CPCA, que remitía a la jurisdicción laboral las pretensiones relacionadas con la conducta de la Administración Pública en materia de relaciones de empleo público. De tal forma que, actualmente, y según el dimensionamiento que la propia Sala hizo de los efectos del voto anterior a través de la resolución n.º2010-11034 de las 14:51 horas del 23 de junio siguiente, la jurisdicción contencioso-administrativa también conoce de los procesos que por el **carácter material o sustancial y el régimen jurídico aplicable** de sus pretensiones, aunque deducidas en el contexto de una relación de empleo público, se rigen por el Derecho Administrativo.

Lógicamente, a estos procesos, que anteriormente se ventilaban en la jurisdicción laboral, también les son aplicables las nuevas instituciones reguladas en la normativa procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa que introdujo el CPCA, incluida la conciliación, con lo cual ya no es posible afirmar que la materia de empleo público queda excluida de estos mecanismos.

Por otra parte, y según lo destaca la Sala Constitucional en el citado voto número 2010-9928, existe un segundo tipo de pretensiones que, igualmente, por su contenido sustancial y el régimen jurídico aplicable, deben ser conocidas y resueltas por la jurisdicción laboral, a pesar de estar relacionadas con la conducta o función administrativa ejercida por un ente público, *“...habida cuenta de su especialidad competencial y de la necesidad de aplicar, al caso concreto, las categorías dogmáticas, instituciones, institutos, principios y herramientas hermenéuticas particulares de esa disciplina jurídica.”*

En nuestro criterio no resulta razonable interpretar que para este otro grupo de procesos que siguen siendo de conocimiento de los tribunales laborales se mantiene la interpretación que limita la aplicación de la conciliación en la resolución de los diferendos con la Administración, de tal forma que existan litigios que sí admitan dicho mecanismo (los que se sustancien en la jurisdicción contencioso-administrativa) y otros que no (los que abarquen extremos, en términos de la propia Sala Constitucional, *“típica o materialmente laborales”*), en función de cómo se formule la pretensión. Pues nos parece que se contrapone con la tendencia del legislador de facilitar su uso en el sector público, plasmada en las normas antes analizadas, y que se procura hacer extensiva a la misma rama laboral, de lo cual es reflejo el proyecto de ley de Reforma

Procesal Laboral, expediente legislativo n.º15 990 – publicado en el Alcance n.º34 a La Gaceta n.º188 del 30 de setiembre de 2005 –20[11] cuyo artículo 459 dispone:

“Artículo 459.—La Administración Pública y las demás instituciones de Derecho público, podrán conciliar sobre su conducta administrativa, la validez de sus actos o sus efectos, con independencia de la naturaleza pública o privada de esos actos.

A la actividad conciliatoria asistirán las partes o sus representantes, con exclusión de los coadyuvantes.

Los representantes de las instituciones del Estado deberán estar acreditados con facultades suficientes para conciliar, otorgadas por el órgano competente, lo que deberá comprobarse previamente a la audiencia respectiva, en el caso de intervención judicial.

Cuando corresponda conciliar a la Procuraduría General de la República, se requerirá la autorización expresa del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, quienes deberán oír previamente al Procurador Asesor.”

A partir de las consideraciones anteriores se reconsidera de oficio el dictamen C-205-2001, de 23 de julio del 2001, en el sentido de que la conciliación sí es un mecanismo válido para resolver los conflictos suscitados en el marco de una relación de empleo público.

#### **D. El dominio público.**

El dominio público es otro de los grandes temas en los que tradicionalmente se ha entendido que la Administración carece de una facultad de disposición, a partir de una interpretación armónica de los artículos 121, inciso 14, y 174 de la Constitución Política y 261 y 262 del Código Civil, dada su naturaleza y el régimen especial al que se encuentran sometidos con el propósito de asegurar el fin al que se encuentran afectados.

Sobre el particular, la Sala Constitucional en su voto n.º 2306-91 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991, señaló:

“IV).- (...) El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público.- Son los llamados bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del

comercio de los hombres.- Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación.- En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa.- Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio.- Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad.- El permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa.- La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública.- En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen.-

(...)

VI).- (...) En general, ningún derecho fundamental se puede entender vulnerado, si se trata de conservar la naturaleza y el uso de los bienes públicos; el trabajo, el libre comercio, la propiedad y el patrimonio objetivo de las personas y todos los demás derechos, no pueden imponerse ilegítimamente por sobre y contra el interés general, gravando los bienes del Estado que conforman el demanio.-" (El subrayado no es del original).

Más recientemente, ese alto Tribunal subrayó en el voto n.º 2003-3667, de las 14:54 horas del 7 de mayo del 2003, lo que sigue:

"En efecto, para considerar un bien como demanial se requiere la existencia de una ley que lo afecte al cumplimiento de un fin público, o bien que la cosa en sí misma considerada sea de uso público, como una calle, un puente, un parque, entre otros. El Estado es propietario de una serie de bienes, sobre los cuales ejerce directamente su derecho pleno. Estos bienes se caracterizan por ser de su exclusiva titularidad y porque tienen un régimen jurídico especial; integran la unidad del Estado y junto con su

organización política, económica y social, persiguen la satisfacción -en plano de igualdad- de los intereses generales; su objetivo final es alcanzar, plenamente, el bien común. Es ésta la principal razón para justificar la existencia de un impedimento, por lo menos en principio, para la libre disposición de esta categoría de bienes." (El destacado no es del original).

Un elemento adicional y también reciente que pone de manifiesto la indisponibilidad que pesa sobre esta clase de bienes la encontramos en el artículo 170 del propio CPCA, que de manera tajante limita las facultades del mismo juez executor tratándose del dominio público:

**“ARTÍCULO 170.-**

**1)** No podrán ser embargados los bienes de titularidad pública destinados al uso y aprovechamiento común, tampoco los vinculados directamente con la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, la educación o la seguridad y cualquier otro de naturaleza esencial.

**2)** Tampoco podrá ordenarse ni practicarse embargo sobre los bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión (...)" (el subrayado no es del original).

Por citar un par de ejemplos de bienes dominicales que interesan a las corporaciones municipalidades en general, dadas las competencias expresas que les otorga el legislador en cuanto a su administración y tutela, tenemos las áreas de calles, caminos, plazas, jardines y parques municipales (artículos 1, 2 y 28 de la Ley General de Caminos Públicos, n.º5060 de 22 de agosto de 1972, y 44 de la Ley de Planificación Urbana, n.º4240 de 15 de noviembre de 1968) y la zona marítimo terrestre (artículos 1, 3, 34, 35, 36, 37 y 38 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, n.º6043 del 2 de marzo de 1977).

No obstante lo anterior, la Procuraduría ha admitido, por ejemplo, la naturaleza disponible de la forma de cálculo del monto del canon exigible a los concesionarios de la zona marítimo terrestre, por ser de orden patrimonial y no tratarse de un tributo, siempre y cuando no se exceptúe la aplicación del ordenamiento vigente, ni se discuta la exigibilidad misma de dicho canon (dictámenes C-094-2000 y C-111-2001, ya citados).

También es factible reconocer cierto margen de negociación a la Administración a través de los medios alternativos, cuando ello suponga un acrecentamiento o de los bienes que pasan al demanio público o una mejora de su estado, pero no si la negociación tiene por objeto la desafectación o la disminución del dominio público. Pues esa desafectación requeriría como mínimo que fuese decretada por una Ley de la

República lo que la hace indisponible para la Administración. En tanto que la opción para que el Estado evite entablar una acción judicial o llegue a un arreglo con un administrado a cambio de que él done, por ejemplo, un terreno para la construcción de una escuela pública, de un parque, de una plaza, etc., de manera que pase a formar parte del dominio público o bien, que lleve a cabo una labor que se traduzca en un beneficio para esta clase de bienes sí es posible y válido a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

#### **E. La prestación de servicios públicos.**

La limitación para que la Administración pública pueda disponer de la prestación de los servicios públicos, entre los que se cuentan, naturalmente, los municipales (artículo 4, inciso c del Código Municipal), deriva del régimen propio al que están sujetos estos servicios y que encuentra su fundamento en los artículos 61 de la Constitución Política, 4 de la LGAP, 4, inciso d, y 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (n.º 7593, del 9 de agosto de 1996), 375 del Código de Trabajo y el ya citado 170 del CPCA. Este régimen, que tiene su base en las celeberrimas leyes de ROLLAND, impone que el servicio público debe ser prestado en condiciones de igualdad, adaptabilidad al cambio, eficiencia, calidad, confiabilidad, oportunidad y, en lo que nos es de interés, continuidad.

Es decir, partiendo de este último rasgo, la prestación de un determinado servicio público (como pueden ser los servicios de salud, luz, agua e incluso la recolección de basura) no puede verse interrumpida por la sola decisión de la Administración encargada en brindarlo, pues dicho servicio está orientado a la satisfacción de una necesidad social o colectiva que se considera básica para vivir en unas condiciones mínimas de dignidad, por lo que ineludiblemente debe asegurarse su continuidad en el tiempo. Este dato pone de manifiesto su carácter indisponible o innegociable por parte de la Administración prestataria del servicio público, que se ve reforzado por el ya comentado artículo 170 del CPCA, que en su párrafo 1º alude a los llamados *servicios públicos esenciales*, como la salud, educación o la seguridad (al efecto pueden verse, además, nuestros pronunciamientos C-151-2003 del 28 de mayo del 2003 y OJ-125-2007 del 19 de noviembre del 2007).

No obstante, es importante indicar a este respecto que la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (n.º 7762 del 14 de abril de 1998), establece en su artículo 4, párrafo segundo, que el cartel de la licitación deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia, cuyos parámetros son desarrollados por el artículo 39 de la Ley de cita:

### **“Artículo 39.- Resolución alterna de conflictos**

En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver las controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Estas cláusulas se regirán por la Ley N.º 7727, de 9 de diciembre de 1997, y sus reformas, y en ellas podrán definirse las reglas que se seguirán en los procedimientos de resolución alterna de conflictos, o bien, podrá remitirse al instrumento en el que dichas reglas se encuentran, siempre y cuando se respete lo dispuesto en la legislación costarricense vigente en esta materia. El establecimiento de la cláusula compromisoria en el contrato, obliga a la administración y al concesionario a someter sus controversias a los procedimientos de resolución alterna de disputas, establecidos en la Ley N.º 7727.

No podrá someterse al procedimiento de resolución alterna de disputas, el ejercicio de las potestades de imperio ni el ejercicio de los deberes públicos por parte de la administración, de conformidad con el artículo 66 de la Ley general de la Administración Pública; sin embargo, sí procederá en cuanto al derecho y el monto de la indemnización al que pueda tener derecho el concesionario, como consecuencia de su ejercicio por parte de la administración.

Podrán ser sometidas a arbitraje las disputas referidas al reajuste del equilibrio financiero del contrato, siempre y cuando dicho equilibrio no se encuentre sujeto a eventuales ajustes tarifarios, que formen parte de la potestad de imperio, caso en el cual no procedería. El arbitraje será necesariamente de derecho y, salvo las excepciones señaladas en esta Ley, solo se podrá hacer exigible la cláusula compromisoria, sin que se requiera agotar la vía administrativa.” (El subrayado no es del original).

*(Así reformado por el artículo 1 aparte A) punto 25) de la Ley N° 8643 del 30 de junio de 2008).*

### **F. La separación de dictámenes vinculantes para la Administración activa.**

En realidad este supuesto es una derivación del mismo principio de legalidad. Con lo cual, la Administración activa – definida por el artículo 2 de la Ley General de Control Interno, desde un punto de vista funcional, como la función decisoria, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa y desde un punto de vista orgánico, como el conjunto de órganos y entes de la función administrativa, que deciden y ejecutan, incluido al jerarca como última instancia – estaría actuando de manera contraria al ordenamiento jurídico si acepta someter a alguno de los medios alternativos la resolución de un asunto que pueda suponer la desaplicación o inobservancia de un dictamen vinculante, caso de los dictámenes de la Procuraduría General de la República (artículo 2 de su Ley

orgánica, n.º6815 del 27 de setiembre de 1982) o de la Contraloría General de la República (artículo 29 de su Ley orgánica, n.º7428 del 7 de setiembre de 1994).

Dicho de otra manera, la Administración activa carece de una facultad de disposición para poder separarse libremente, a través de un laudo arbitral o acuerdo conciliatorio, de un dictamen que le es vinculante por Ley o lo que es lo mismo, no puede negociar en contra de lo dispuesto en un pronunciamiento de esta naturaleza, salvo que una disposición legal la habilite en ese sentido, como es el caso de los artículos 27.2) y 29.f) de la LGAP.

#### **G. El cumplimiento de conductas violatorias de los Derechos fundamentales de Petición y Justicia Pronta y Cumplida.**

Como debe ser de conocimiento por parte de la corporación consultante, la Administración está en el deber de responder incluso a las peticiones puras y simples que los particulares le planteen por escrito en los plazos establecidos por el ordenamiento jurídico, por así derivarse de los artículos 27 y 41 de la Constitución Política que consagran los Derechos de petición y pronta resolución, y el Derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida, respectivamente. Sin embargo, como así lo ha aclarado la Sala Constitucional en innumerables ocasiones, los artículos dichos no garantizan el derecho a obtener lo pedido, esto es, no implican una contestación favorable a la gestión planteada por el administrado.

El cumplimiento tardío o la mera falta de respuesta por parte de la Administración a la petición de un particular acarrearán casi de manera automática una violación ya sea al Derecho de petición o al Derecho de justicia administrativa pronta y cumplida.

Esta situación irregular o anómala en la que se puede colocar una Administración con una conducta de esa naturaleza podría aconsejar acudir a alguno de estos medios alternativos en aquellos supuestos en que la respuesta al particular sea vea dilatada en el tiempo por problemas o deficiencias administrativas a lo interno de la organización pública que imposibilitan una resolución inmediata a su petición, todo en aras de acordar entre ambas partes una fecha prudencial en la que será definitivamente comunicada la resolución de la gestión del interesado.

**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 8508 del veintiocho de abril de dos mil seis. **Código Procesal Contencioso Administrativo**. Vigente desde: 01/01/2008. Versión de la norma: 4 de 4 del 25/02/2014. Publicada en: Gaceta N° 120 del: 22/06/2006, Alcance: 38.

<sup>ii</sup> BARBOZA CORDERO, Julieta. y otros (2008). **Código Procesal Contencioso Administrativo Comentado**. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. Pp 291-300.

<sup>iii</sup> CHINCHILLA NÚÑEZ, Diana y NARANJO LÓPEZ, Susan. (2007). **Alcances y Limitaciones de la Conciliación Judicial en el Nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo**. Tesis de Grado para optar por el título de Licenciadas en Derecho, Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp 160-162.

<sup>iv</sup> ROJAS FRANCO, Dr. Enrique. (2008). **Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica**. Colegio de Abogados de Costa Rica y la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Prof. Jesús González Pérez. San José, Costa Rica. Pp 177-186.

<sup>v</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1413 de las catorce horas con diez minutos del dieciséis de noviembre de dos mil diez. Expediente: 09-000028-1027-CA.

<sup>vi</sup> TRIBUNAL DE CASACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. Sentencia 75 de las once horas con veinticuatro minutos del seis de enero de dos mil diez. Expediente: 08-001266-1027-CA.

<sup>vii</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 382 del veintidós de octubre de dos mil ocho.

<sup>viii</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 388 del veintiocho de octubre de dos mil ocho.

<sup>ix</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 273 del veintitrés de diciembre de dos mil diez. (Reconsidera de Oficio Parcialmente).