

O.J.-037-2003

26 de febrero del 2003

Doctor

Eliseo Vargas García

Presidente Ejecutivo

Caja Costarricense del Seguro Social

Su Despacho

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, me es grato referirme a su oficio n.º 5833 del 14 de los corrientes, a través del cual solicita el criterio de la Procuraduría General de la República sobre si la Caja Costarricense del Seguro Social puede o no conciliar y someter a arbitraje el litigio que mantiene con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

Este criterio se solicita en acato del acuerdo de la Junta Directiva de esa entidad, adoptado en la sesión n.º 7728, artículo 2, celebrada el 11 de febrero del año en curso.

I.- ANTECEDENTES.

A.- Criterio de la Asesoría Legal del ente consultante.

Mediante oficio n.º DJ-0537-2003 del 6 de febrero del 2003, suscrito por los Licenciados Rodrigo Cordero Fernández y Guillermo Mata Campos, director jurídico y abogado de la Asesoría Jurídica de la C.C.S.S., se llega a la siguiente conclusión:

"Con fundamento en lo expuesto, se considera que la Junta Directiva de la Caja se encuentra facultada para acordar resolver mediante arbitraje de derecho, un asunto que se encuentra pendiente de resolución en la vía judicial contenciosa, en tanto el asunto objeto de litigio sea una cuestión de derecho público o privado de naturaleza estrictamente patrimonial, sea en su causa o en sus efectos, fundamentado en derechos respecto de los cuales las

partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes, y no se trate de cuestiones que se refieran a relaciones extracontractuales o de la actividad administrativa que se funda que se fundan en el ejercicio de la autoridad o el imperio del Estado, por cuanto en este último caso, se estaría ante una prohibición para resolver la controversia en la vía arbitral.

No obstante, en el caso objeto de consulta por tratarse de fondos pertenecientes a las reservas de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja, valga decir, propiedad de los cotizantes y beneficiarios, se considera que no es materia patrimonial disponible, por lo que la Junta Directiva no tendrá plena disposición sobre los mismos, por lo que a lo sumo podría ser objeto de arbitraje sería la determinación del porcentaje a reconocer por parte del Banco Popular por concepto de intereses moratorios, no así el monto del principal ni de los interés (sic) corrientes que se le adeudan a la Caja."

B.- Criterios de la Procuraduría General de la República.

El órgano asesor, en diversas oportunidades, se ha referido al tema que se nos consulta. En especial, y sin perjuicio de que recurramos a otros pronunciamientos, nos interesa resaltar los dictámenes C-111- de 16 de abril del 2001 y C-133-2001 de 7 de mayo del 2001.

II.- NATURALEZA DE NUESTRO PRONUNCIAMIENTO.

Existen tres razones que nos impiden emitir un dictamen sobre el asunto consultado. En primer lugar, se trata de un caso concreto y, como es bien sabido, la función consultiva se ejercer en forma general y abstracta sobre la interpretación, aplicación y alcance de las normas vigentes del ordenamiento jurídico. Al respecto, en el dictamen 054-99 del 5 de mayo de 1999, indicamos lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 1º de nuestra Ley Orgánica, la Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo técnico jurídico del Estado, dentro de cuyas competencias no se encuentra la de pronunciarnos -como se nos solicita-, sobre asuntos concretos."

Por otra parte, estamos en presencia de un asunto en el que la Contraloría General de la República, a tenor del inciso a) del numeral 184 constitucional y el numeral 1 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el cual señala que los convenios **interinstitucionales**, celebrados por los órganos y entes públicos *que integran la Administración Pública (constituida por el Estado, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas)*, en el tanto comprometan fondos públicos, deben ser refrendados por ese órgano, ejerce una atribución exclusiva y prevalente. Al respecto, en la opinión jurídica O.J.-148 de 18 de noviembre del 2002, expresamos lo siguiente:

Si bien nuestra Ley Orgánica (artículo 4) les permite a los auditores internos consultarle a la Procuraduría General de la República sin necesidad de que adjunten el criterio de la Asesoría Legal, esta norma debe interpretarse en sus justas dimensiones. Así las cosas, la consulta debe versar sobre una materia en la cual el órgano asesor puede ejercer válidamente la función consultiva, no así en aquellas, en las que otros órganos, tienen una competencia exclusiva y prevalente. En pocas palabras, la eximente del criterio de la Asesoría Legal no constituye un fundamento válido para que las auditorías internas puedan requerir el criterio de la Procuraduría General de la República en cualquier materia; ello sólo es posible en aquellos supuestos donde podemos ejercer nuestra función consultiva.

En el caso que nos ocupa, estamos en presencia de una materia en la que Contraloría General de la República tiene una competencia exclusiva y prevalente, y, por ende, el órgano asesor no puede ejercer la función consultiva emitiendo un dictamen vinculante en este supuesto. En un asunto similar al consultado, en el dictamen C-291-2000 de 22 de noviembre del 2000, expresamos lo siguiente:

‘En relación con la segunda consulta el órgano asesor es incompetente para emitir un dictamen, en vista de que estamos frente a un asunto en el cual la Contraloría General de la República ejerce una competencia prevalente y exclusiva. Como es bien sabido, de conformidad con el artículo 184 constitucional y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es a este órgano que le corresponde pronunciarse sobre aquellos asuntos donde está de por medio el uso correcto de los fondos públicos. En este sentido, el órgano asesor, en varios dictámenes, ha seguido

esta línea de pensamiento. En efecto, en las opiniones jurídicas OJ-016-98 del 6 de marzo de 1998 y OJ-083-98 del 2 de octubre de ese mismo año, expresamos que la Contraloría General de la República es el órgano encargado constitucionalmente de la vigilancia de la Hacienda Pública y legislativamente, de conformidad con su Ley Orgánica, artículos 4 y 12, por los que los criterios que emite el órgano contralor son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública y vinculantes, lo cual se ve claramente plasmado en el citado artículo 12 que establece:

‘La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplados en esta ley. Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan. (...)’

En el caso que nos ocupa, estamos frente a un asunto propio de la Hacienda Pública. En efecto, según se desprende de los documentos aportados por el ente consultante, la Auditoría Interna de la Municipalidad de Cartago, mediante el oficio n.º AI0132000 del 12 de agosto del 2000, referente a las sesiones extraordinarias, adjunta el informe AU 07032000 A.A.L. de julio de 2000 al concejo. En este informe se concluye que todas las sesiones extraordinarias realizadas por el concejo desde el mes de julio de 1999 a la fecha tienen vicios de nulidad absoluta, excepto aquellos acuerdos tomados de buena fe y que afectan a terceras personas. En ese documento se recomienda, entre otras cosas, que los señores ediles deben reintegrar a las arcas municipales la totalidad del dinero efectivo percibido por concepto de dietas y aguinaldo correspondiente al período indicado, lo que deben hacer a la brevedad posible por su participación irregular en las sesiones extraordinarias.

Además, ya el órgano contralor asumió la competencia en esta materia al emitir la circular PI/ES-348 de 27 de octubre de 1999, en la que definió el procedimiento para convocar a sesiones extraordinarias al concejo, la cual está fundamentada ampliamente en citas legales y doctrinales.”

Así las cosas, lo indicado en este estudio queda supeditado a lo que, en definitiva, resuelva el Órgano Contralor.

Por último, al estar el asunto ventilándose en los Tribunales de Justicia, mal haría el Órgano Asesor al emitir un dictamen vinculante, toda vez que se podría entender nuestro acto como una intromisión indebida en el ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, en la opinión jurídica O.J.-019-2003 de 6 de febrero del 2003, expresamos lo siguiente:

"Por otra parte, y así se desprende del exhaustivo estudio que hizo la Asesoría Legal del órgano consultante, gran cantidad de asuntos han sido remitido a los Tribunales de Justicia por parte de las entidades acreedoras, por lo que, con base en los principios de universalidad, exclusividad e independencia que regentan la función jurisdiccional, no podría la Procuraduría General de la República emitir un dictamen con los efectos vinculantes. En estos casos, en última instancia, serán los Tribunales de Justicia quienes los resolverán a través de una sentencia con autoridad de cosa juzgada material. En este contexto, un pronunciamiento del órgano asesor, además de innecesario, podría ser visto como una indebida injerencia en asuntos que están siendo conocidos por los Tribunales de Justicia, en los cuales no está ejerciendo la función de representante judicial."

No obstante lo anterior, y en un afán de colaboración con la entidad consultante, vamos a emitir una opinión jurídica, la cual, como es de todos conocido, no tiene efectos vinculantes.

III.- SOBRE EL FONDO.

En vista de que ya está trabada la litis en los dos juicios que planteó la C.C.S.S. contra el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el análisis de este asunto resulta pertinente. Para tal propósito, se hace necesario abordar dos temas de carácter general, concretamente: la utilización de los medios alternativos de solución de conflictos por parte de los entes públicos y las facultades de la C.C.S.S. en relación con los fondos de la seguridad social.

En relación con el primero, en el dictamen C-133-2001 de 7 de mayo del 2001, señalamos lo siguiente:

"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.

Entonces, no resulta lógico ni razonable que el INVU proceda a la contratación de árbitros que vengan a resolver sobre un tema respecto al cual, éste no guarda ninguna discrepancia con su contraparte. Es decir, si tanto la entidad consultante como el

particular concuerdan en que los intereses se encuentran prescritos y que el Derecho favorece a este último, qué justificaría la participación de un tercero - llámesele árbitro, mediador, conciliador - que resuelva de igual forma. Caso aparte, sería que hubiese una verdadera discrepancia entre esa Institución y el deudor, en que el primero disienta de la prescripción alegada por el último, pero, según nos pudimos percatar de sus manifestaciones, ésta no parece ser la situación que se plantea."

Por su parte, en el dictamen C-111-2001 de 16 de abril del 2001, sostuvimos lo siguiente:

"II.- El instituto del Arbitraje y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Ya en varias ocasiones esta Procuraduría General ha tenido la oportunidad de referirse sobre el arbitraje como uno de los medios alternativos de resolución de conflictos surgidos entre los particulares. (Entre otros, remito a los dictámenes C-187-96 de 11 de noviembre de 1996, C-089-99 de 10 de mayo de 1999, C-094-2000 de 11 de mayo del 2000, así como a las Opiniones Jurídicas OJ-048-99 de 29 de abril de 1999 y OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000).

Este proceso alternativo de resolución de conflictos fue reconocido por nuestro ordenamiento jurídico por medio de la 'Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social' – Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997-, como parte del desarrollo de la norma constitucional del artículo 43, según el cual 'Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente'.

En la citada ley se proponen algunos institutos fundamentales como medios alternativos a los judiciales para la resolución de los conflictos patrimoniales que surjan entre particulares, como lo son: el arbitraje, la mediación, la conciliación y otras técnicas similares (Art. 2° de la Ley N° 7727).

Podríamos definir el arbitraje como 'un proceso de carácter jurisdiccional, mediante el cual las partes –o un juez en ausencia de acuerdo- eligen, en forma privada, los sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia y cuya decisión, la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de la cosa juzgada' (Artavia Barrantes, S. "El Proceso Arbitral en Costa Rica". Tomo I. Editorial Jurídica DUPAS, 1996, p. 45. Citado en el dictamen C-089-99, op. cit.).

Las características más importantes de este instituto jurídico (el arbitraje) son las siguientes: es de carácter facultativo y se erige como un medio alternativo y no excluyente de la resolución jurisdiccional de los conflictos (Véase al respecto, el dictamen C-089-99, op. cit. y resolución N° 2307-95 de 9 de mayo de 1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

Además, puede ser de Derecho o de Equidad. En el primero, los árbitros deciden el diferendo con base en la normativa jurídica aplicable al caso concreto, es decir, sujetos al ordenamiento jurídico, mientras que en el segundo, el fallo se dicta aplicando los principios de equidad, honradez, prudencia y sentido común.

Sin embargo, entratándose de procesos arbitrales en los que participe como parte la Administración Pública, el arbitraje que deberá utilizarse es el de derecho, en razón del principio de legalidad al que está sometida, constitucional y legalmente, la Administración (OJ-048-99 op.cit). Esta interpretación se realiza a la luz de los artículos 18 y 19 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. Lo anterior, para garantizarse la obligación de los árbitros de resolver conforme con nuestro ordenamiento jurídico.

La resolución emitida por el árbitro se denomina laudo arbitral, y una vez dictado, goza de los efectos propios de la cosa juzgada material, pues tiene carácter definitivo y vinculante para las partes, y es inapelable salvo el recurso de revisión, según lo prevé nuestro ordenamiento –Ley N° 7727–.

III.- La Administración como parte del proceso arbitral.

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).

Sin embargo, ante la insuficiencia e imprecisión con que el legislador trató la regulación de estos institutos en el sector público, a efecto resolver sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, este órgano asesor estimó necesario precisar algunas consideraciones con el objeto de orientar a la Administración en la decisión de si debe someterse un determinado asunto a arbitraje.

En lo que interesa, se precisó:

- La Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social está estructurada para regular situaciones entre particulares, haciéndose en un único artículo mención al Estado y sus instituciones. Es, por lo tanto, una legislación prevista para regular situaciones entre particulares, que se encuentran cubiertas por el principio de autonomía.*
- Por el contrario, la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad.*
- Consecuentemente, mientras no exista una regulación especial en esta materia para la Administración, ésta debe adaptarlas a la naturaleza de la Administración.*

- *Así, de previo a la toma de la decisión de la Administración de acudir a un arbitraje, debe valorar la posible existencia de un derecho, o al menos la duda razonable o la apariencia de un buen derecho del particular.*
- *Existen materias, que implican el ejercicio de potestades de imperio, que no pueden ser sometidas a arbitraje.*
- *La decisión de la Administración de acudir a este medio alternativo de solución de conflictos debe estar debidamente motivada, como todo acto administrativo.*
- *Los elementos discrecionales de dicho acto quedan sujetos a lo dispuesto en los artículos 15 a 17 de la Ley General de la Administración Pública. (C-089-99 de 10 de mayo de 1999, C-094-2000 de 11 de mayo del 2000 y OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000).*

IV.- Materias que pueden ser sometidas a arbitraje, en tratándose de la Administración Pública.

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.

Al respecto, la Procuraduría General ha sido clara y concisa en advertir que existen ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la aplicación de los procesos de arbitraje, como lo serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos.

'Por ello, es conveniente recordar lo que este órgano asesor había pronunciado al respecto, cuando mediante estudio realizado por los Procuradores Dra. Magda Inés Rojas Chaves y Lic. Francisco Villalobos González, de fecha 18 de marzo de 1994, se indicó:

"El principio general en orden al arbitraje es que puede acudirse a él para dirimir las controversias patrimoniales. Principio que se desprende del artículo 43 de la Constitución Política...

Excede dicho principio toda proposición de arbitraje que comprenda directa o indirectamente asuntos de derecho público. Circunstancia que es, por sí sola, excepcional, en la medida en que el arbitraje concierne, por principio, pretensiones de índole patrimonial. El concepto de "asuntos de derecho público" abarca toda regulación que involucre los institutos específicos regulados por el derecho público en sí mismo considerados, sean potestades, servicios públicos, o bien el dominio público, etc. y la ejecución de las regulaciones correspondientes en la medida en que exceda el aspecto puramente patrimonial. Regulaciones que son de rango legal por la índole de la materia y que incluso conciernen el orden público institucional, como es el caso de las potestades públicas y su ejercicio o el dominio público..'

En igual sentido debemos consignar lo expresado por el profesor Ortiz Ortiz, al referirse al arbitraje como medio de solución de conflictos aplicable a la Administración Pública:

'La regla es que en derecho administrativo y público en general el arbitraje sobre los negocios de la Administración está prohibido, salvo disposición en contrario, que sería excepcional y de aplicación restrictiva."

Más adelante, citando al autor Guicciardi, indica:

'El arbitraje debe excluirse del campo de las controversias administrativas; porque si puede concebirse que la Administración acepte una composición de sus controversias de derecho público distinta de la judicial cuando la composición dependa de su voluntad, no parece que pueda sustituir la decisión de un tercero a la del juez, obligándose a respetarla, como es esencial en el caso del arbitraje. Ello tanto más si la solución del litigio implica, aunque sea en forma prejudicial, un control sobre la legalidad de

un acto administrativo, que no puede ser desarrollado sino por la misma Administración o por el juez...'

'Lo dicho en el texto en las dos últimas citas queda confirmado cuando se piensa que el compromiso o el arbitraje tienen que recaer, si no versan sobre la conducta de la Administración regulada por el derecho privado, sobre la regulada por el derecho público, dado que estos dos son los únicos segmentos de la actividad de la Administración. Esto es importante entenderlo bien, porque en el campo del derecho administrativo la Administración es titular de competencias públicas irrenunciables, de origen y contenido fijado por ley o por reglamento. Es obvio que la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus funciones públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero (el árbitro) el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio.

Es posible, entonces, trazar una distinción muy clara entre el campo de la actividad de la Administración que puede ser objeto de compromiso y el que no puede serlo: la distinción coincide con la que se da entre el derecho público y el privado, y ya no únicamente entre materia patrimonial y materia no patrimonial. Puede haber múltiples diferencias de tipo patrimonial o con repercusiones de igual índole que, sin embargo, no pueden ser objeto de compromiso ni de arbitraje, por ejemplo: todo lo concerniente al pago del precio de una obra pública, o al cobro y al monto de las tarifas de una concesión. Sólo aquello que es simultáneamente de índole patrimonial y objeto de regulación por el derecho civil, mercantil o laboral comunes, puede ser objeto de un compromiso o arbitraje. Fuera de esta materia ninguna otra puede serlo.

De conformidad, no pueden ser objeto de compromiso ni asuntos privados de la Administración de tipo no patrimonial, ni asuntos de derecho público, sean o no patrimoniales, sobre todo cuando conciernen el ejercicio o a la extensión de una competencia de la Administración. (Aspectos Legales de Concesiones Ferrocarrileras. 1966. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 27, pp. 221-223, citado en el dictamen C-187-96 de 11 de noviembre de 1996).

Finalmente, el autor Sergio Artavia Barrantes, también es conteste al señalar que '...el Estado y sus Instituciones no pueden someter a arbitraje las funciones o potestades administrativas y regladas,

propias de cada institución, como son la organización social, la organización política, las potestades de imperio.’ (Op. cit., pág 107, citado en el dictamen C-089-99, op. cit.).

En sí, la aplicación de medios alternativos de resolución de conflictos no es permitida en materias que impliquen el ejercicio de una potestad de imperio, al tratarse de potestades irrenunciables de la Administración, tal y como lo señala el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, al decir:

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

2. Solo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.

3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.’ (El subrayado es nuestro).

Entonces, la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus potestades públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero, sea de un árbitro o del propio administrado, el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio. El inciso 2 del numeral 66 de la Ley General de la Administración Pública, claramente dispone los límites jurídicos dentro de los cuales podría eventualmente declinarse el ejercicio de esas funciones públicas. En lo que interesa, dicho numeral establece que ‘Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral oneroso’.”

Con base en lo anterior, no cabe la menor duda que la Administración Pública está autorizada por el ordenamiento jurídico para utilizar los medios alternativos de solución de conflictos que él prevé. Más aún, esta postura encuentra un reforzamiento en el numeral 14, inciso d), de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, al conceder a la Junta Directiva de esa entidad la potestad de transar judicial o extrajudicialmente. En este aspecto, no hay mayores dudas.

En otro orden de ideas, es importante tener presente en este análisis, que el Derecho de la Constitución le encarga a la C.C.S.S. la administración y el gobierno de los seguros sociales, no pudiendo emplear en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de esos seguros (artículo 73 de la Constitución Política). Al respecto, en el dictamen C-217-2000 de 13 de setiembre del 2000, expresamos lo siguiente:

"Por otra parte, la seguridad social se nos presenta como un derecho constitucional. En efecto, el artículo 73 de la Constitución Política, en lo que interesa, crea los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a estos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

Tal y como se estableció en la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, el régimen de la seguridad social tiene una aplicación de carácter general.

Por su parte, el artículo 74 de Carta Fundamental, expresa que los derechos sociales que se encuentran consagrados en el Título V, Capítulo Único, son irrenunciables. Además agrega, que su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social.

En este artículo se consagra el derecho de los habitantes de la República a la seguridad social. Este contiene una serie componentes, entre ellos: el derecho a la salud preventiva y curativa y el derecho a la pensión.

Como bien lo ha afirmado la Sala Constitucional, este derecho

'... supone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los habitantes en el más alto rango, de manera que garantice la asistencia y brinde las prestaciones sociales suficientes antes situaciones de necesidad para preservar la salud y la vida. El ámbito subjetivo de aplicación del derecho de la seguridad social incorpora el principio de universalidad, pues se extiende a todos los ciudadanos, con carácter de obligatorio. El ámbito objetivo asume el principio de generalidad, en tanto protege situaciones de necesidad, no en la

medida en que éstas hayan sido previstas y aseguradas con anterioridad, sino en tanto se produzcan efectivamente. Además, incorpora los principios de suficiencia de la protección, según módulos cuantitativos y cualitativos y de automaticidad protectora, lo que se traduce en la adecuada e inmediata protección en materia de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. Por expresa disposición constitucional, esta gestión ha de ser pública, a cargo del Estado, representado por la Caja Costarricense de Seguro Social, y la financiación responderá al principio cardinal de Solidaridad Social, pues se funda en la contribución forzosa y tripartita que realizan los trabajadores, patronos y el Estado'. (Véase la resolución número 7393-98 de la Sala Constitucional).

*Tal y como lo ha indicado la Sala Constitucional, la administración y el gobierno de los seguros sociales corresponden a la CCSS. Institución Autónoma que tiene un grado de autonomía distinto y superior a las que poseen las demás instituciones autónomas en virtud del artículo 188 de la Constitución Política (1) Al otorgarle un grado de autonomía tan importante la Carta Fundamental a esta entidad – la administración y **el gobierno** de los seguros sociales-, es necesario y lógico que las normas secundarias que desarrollan estos principios y normas constitucionales, le concedan importantes potestades a la entidad aseguradora con el fin de garantizarle a todos los habitantes de la República el derecho a la seguridad social, entre ellos: la facultad a la Junta Directiva de realizar las inversiones de los fondos que se han creado en los diversos regímenes, la facultad legal para compeler a las partes al pago de las sumas que se le deben, la potestad de emitir certificaciones con carácter de títulos ejecutivos, medios efectivos de coerción, a fin de que pueda recaudar los recursos económicos representados en las contribuciones instituidas por el Constituyente, y pueda garantizar, así, la existencia del régimen autosuficiente de seguridad social, mediante el fortalecimiento del fondo creado para la protección y el beneficio de todos los habitantes del país (2) y la facultad de dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización que le permitan cumplir, de la mejor forma, sus fines."*

Adoptando como marco de referencia lo anterior, nos corresponde ahora entrar al meollo de la cuestión, el cual se afinca 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. Para tal propósito, se hace necesario transcribir el numeral 39 de

la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, el que señala lo siguiente:

"Artículo 39.- La Caja, en la inversión de sus recursos, se regirá por los siguientes principios:

a) Deberán invertirse para el provecho de los afiliados, en procura del equilibrio necesario entre seguridad, rentabilidad y liquidez, de acuerdo con su finalidad y respetando los límites fijados por la ley.

b) Los recursos de los fondos solo podrán ser invertidos en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en valores emitidos por entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras.

c) Deberán estar calificados conforme a las disposiciones legales vigentes y las regulaciones emitidas por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.

d) Deberán negociarse por medio de los mercados autorizados con base en la Ley Reguladora del Mercado de Valores o directamente en las entidades financieras debidamente autorizadas.

e) Las reservas de la Caja se invertirán en las más eficientes condiciones de garantía y rentabilidad; en igualdad de circunstancias, se preferirán las inversiones que, al mismo tiempo, reporten ventajas para los servicios de la Institución y contribuyan, en beneficio de los asegurados, a la construcción de vivienda, la prevención de enfermedades y el bienestar social en general.

Para la construcción de vivienda para asegurados, la Caja podrá destinar hasta un veinticinco por ciento (25%) a la compra de títulos valores del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y del Banco Hipotecario de la Vivienda. Además, para el uso de tales recursos, se autoriza a ambas instituciones para suscribir convenios de financiamiento con las asociaciones solidaristas y las cooperativas con el propósito de que otorguen créditos hipotecarios para vivienda a los asociados. Dentro de este límite, la Caja podrá otorgar préstamos hipotecarios para vivienda a los afiliados al

Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, siempre y cuando se realicen en condiciones de mercado.

Los títulos valores adquiridos por la Caja deberán estar depositados en una central de valores autorizada según la Ley Reguladora del Mercado de Valores. Además, la Junta Directiva deberá establecer reglamentariamente el mecanismo de valoración de los títulos adquiridos, de tal forma que reflejen su verdadero valor de mercado.

Los fondos de reserva del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social son propiedad de cotizantes y beneficiarios.

La Superintendencia de Pensiones, sin perjuicio de sus obligaciones, contribuirá con la Junta Directiva a la definición de las políticas que afecten el funcionamiento del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja, sugiriendo todas las medidas garantes de la rentabilidad y la seguridad de los fondos de este Régimen.

De igual forma, se crea un Comité de Vigilancia, integrado por representantes democráticamente electos por los trabajadores y los patronos, siguiendo el procedimiento del Reglamento respectivo. La Caja le rendirá un informe anual sobre la situación actual y proyectada del Régimen. El Superintendente de Pensiones también presentará un informe con una evaluación del presentado por la Caja al Comité de Vigilancia. Estos informes serán de conocimiento público y dicho Comité emitirá recomendaciones a la Junta Directiva de la Caja."

Por su parte, el numeral 14 de ese cuerpo normativo indica lo siguiente:

"Artículo 14.- Son atribuciones de la Junta Directiva:

(...)

c) Acordar las inversiones de los fondos de la Caja;

d) Aceptar transacciones judiciales o extrajudiciales con acuerdo, por lo menos, de cuatro de sus miembros..."

Como es bien sabido, existen diversos métodos de interpretación jurídica, dentro de los cuales se encuentran la interpretación gramatical o literal (3), la sistemática (4), la histórica (5), la teleológica (6) y la analógica (7). En ese análisis recurriremos a los cuatro primeros métodos.

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. Como es bien sabido, el derecho del trabajador se concretiza, al igual que sucede con el Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias, a partir del momento de que cumple con todos los requisitos para obtener la pensión o se dan las condiciones reales y objetivas para obtener el beneficio en los casos de invalidez y muerte. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en el voto n.º 7605-01, expresó lo siguiente:

"1) Naturaleza de la contribución al régimen: El primer aspecto que se consulta, es dilucidar si las contribuciones que se establecen en este artículo del proyecto son o no un tributo. El régimen de pensiones y jubilaciones objeto de este análisis corresponde a la modalidad llamada contributiva, en el que se constituye un fondo con los aportes de los trabajadores, de los empleadores o patronos, y del Estado, para sufragar el costo de los beneficios, una vez que el trabajador se acoge al retiro. Corresponde a la Ley definir, conforme a las especiales características de cada sistema de pensión o jubilación, el monto de las contribuciones que corresponde a cada una de las tres partes. Como lo indica la consulta, la Corte Suprema de Justicia en resolución de las quince horas del 12 de agosto de 1987, declaró sin lugar la acción de

inconstitucionalidad interpuesta contra la facultad de la Caja Costarricense de Seguro Social para determinar las cuotas y prestaciones de los seguros sociales. Esta Sala comparte lo ahí expresado y no encuentra razón alguna para variar ese criterio, el que lo hace suyo, declarando que la contribución a que alude el artículo 12 del proyecto, por su naturaleza y efectos no es un tributo, como lo ha señalado la más calificada jurisprudencia y doctrina constitucionales." (Las negritas no corresponden al original).

En otro orden de ideas, hay que tener presente que la norma que estamos comentando no nace con la emisión de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S. Todo lo contrario, su vigencia es muy reciente. En efecto, entró en vigor el 18 de febrero del 2000, ya que formaba parte de la Ley de Protección al Trabajador, Ley n.º 7983 de 16 de febrero del 2000, artículo 87, en el cual se hacían adiciones a varios artículos de la Ley n.º 17 de 22 de octubre de 1943. Revisando el expediente legislativo n.º 13.691, "Proyecto de Ley de Protección al Trabajador", tenemos que la norma que señala que los fondos del Régimen de Invalidez Vejez y Muerte son propiedad de los cotizantes y beneficiarios, se encontraba en el proyecto que envió el Poder Ejecutivo a la Asamblea Legislativa en el artículo 45 (véase folio 45 del expediente legislativo n.º 13.691). Así se mantiene en la moción de texto sustitutivo aprobada por la Comisión Especial en su sesión n.º 13 del 19 de octubre de 1999, sin que haya provocado ninguna discusión en el seno de ese órgano parlamentario (véase el folio 364 del expediente legislativo n.º 13.691) Igual ocurre con el dictamen unánime afirmativo que rinde la Comisión Especial el 25 de octubre de 1999 (véase el folio 2062 del expediente legislativo n.º 13.691). Por último, tampoco se suscita ninguna discusión con una moción presentada por el diputado Vargas Artavia, en la cual pretendía, entre otras cosas, enfatizar que ese fondo eran propiedad EXCLUSIVA de los cotizantes y beneficiarios, la que fue desechada en la sesión n.º 19 de la Comisión Especial, celebrada el 24 de noviembre de 1999 (véase el folio 4569 del expediente legislativo n.º 13.691).

Adoptando como marco de referencia los anteriores antecedentes legislativos, debemos hacer varias reflexiones. En primer término, si el argumento de que sobre los recursos del Fondo de Invalidez, Vejez y Muerte no existe poder de disponibilidad por parte de la Junta Directiva de la C.C.S.S., por el hecho de que son propiedad de los cotizantes y beneficiarios fuera correcto, lo anterior significa que, antes de la entrada en vigencia de esa norma (18 de febrero del 2000) si existía tal disponibilidad, toda vez que esos fondos no eran de ellos. 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.

En segundo lugar, si la intención del legislador, y los miembros del Poder Ejecutivo que trabajaron en el proyecto de Ley de Protección al Trabajador, hubiese sido de que, a partir de la vigencia de la norma de comentario, se diera una situación novedosa, distinta a la del pasado, así lo hubieran señalado y resaltado en su exposición de motivos y en las comparecencias del Lic. Ronulfo Jiménez y del Dr. Rodolfo Piza. Incluso, en la comparecencia de este último ante la Comisión Especial, cuando expresa los trece objetivos fundamentales de la reforma, no destacada, por ninguna parte, la norma que estamos glosando (véanse los folios 117 al 120 del expediente legislativo n.º 13.691). Desde esta perspectiva, con la vigencia de precepto que estamos comentando, no se vinieron a varias la "reglas de juego" que existían antes de su vigencia.

En tercer término, el párrafo antepenúltimo del numeral 39 de la Ley n.º 17 no puede leerse en forma separada de sus dos últimos párrafos; los tres constituyen una unidad. Si se hace una lectura completa de estos últimos tres párrafos, se puede arribar a la conclusión de que su promulgación fue con la finalidad de fortalecer al máximo las inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, en vista de existía un serio cuestionamiento sobre ciertas inversiones que se habían realizado en el pasado con los recursos de este régimen (sobre el particular, véanse las intervenciones del Lic. Ronulfo Jiménez y del Dr. Rodolfo Piza, expediente legislativo n.º 13.691). Desde esta perspectiva, la intención del legislador no puede visualizarse como el establecimiento de un principio de indisponibilidad patrimonial a la Junta Directiva de la C.C.S.S. sobre los recursos de este fondo. La idea, y ya la expresamos al inicio de este estudio, es que el órgano colegiado, cuando adoptada una decisión sobre ellos, debe tener muy en cuenta que son recursos que pertenecen a los cotizantes y beneficiarios y, por consiguiente, la política que se fije debe necesariamente estar dirigida a garantizar su rentabilidad y su seguridad.

Por último, la finalidad de la norma que estamos glosando, es establecer, en forma expresa, el principio de que los recursos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte pertenecen a los cotizantes y beneficiarios, en el tanto y cuanto constituye el instrumento financiero necesario e indispensable para financiar el primer pilar de nuestro sistema de seguridad social (el segundo, lo constituye el sistema obligatorio de pensiones complementarias; el tercero, el sistema

voluntario de pensiones complementarias; y, el cuarto, el régimen no contributivo de la C.C.S.S.). Ergo, de la citada norma no se puede concluir que la Junta Directiva de la C.C.S.S. no tenga disponibilidad sobre los recursos que forman parte del fondo de este régimen.

IV.- CONCLUSIÓN.

Con base en lo anterior, la Procuraduría General de la República considera que el asunto consultado puede ser sometido a conciliación y arbitraje, decisión que compete a la Junta Directiva de la C.C.S.S.

De usted, con toda consideración y estima,

Dr. Fernando Castillo Víquez
Procurador Constitucional

FCV/Deifilia

-
- (1) Véase la resolución n.º 3403-94 de la Sala Constitucional.
 - (2) Véase la resolución n.º 7393-98 de la Sala Constitucional.
 - (3) De acuerdo con el artículo 12 del Código Civil consiste en interpretar los textos normativos según el sentido propio de sus palabras.
 - (4) Según el artículo 10 del Código Civil las normas deben interpretarse en relación con el contexto, o sea, haciendo una interpretación acorde con todo el ordenamiento jurídico.
 - (5) El Código Civil también señala, en el artículo 10, que las normas deben interpretarse en relación con los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.
 - (6) También nos habla el Código Civil, en el artículo 10, que las normas deben interpretarse atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.
 - (7) El artículo 12 señala que "procede la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie idéntica razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación".