

Diseño y Diagramación:
Ofiprinte Comercial MB S.A.

REVISTA EL FORO
Edición Número 26, I Cuatrimestre 2024
COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA
Sitio Web Oficial: <https://www.abogados.or.cr/revista-el-foro/>

Teléfono: 2202-3648
www.abogados.or.cr
De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

Junta Directiva 2022-2023

Álvaro Sánchez González, Presidente
Sandra Arauz Chacón, Vicepresidente:
Olman Ulate Calderón, Secretario
Abril Villegas Pérez, Prosecretaria
Francisco Eiter Cruz Marchena, Tesorero
Rebeca Vargas Chavarría, Vocal I
Hugo Hernández Alfaro, Vocal II
Kristel Faith Neurohr, Vocal III
Daniel González Ramírez, Vocal IV
Dyanne Marengo González, Vocal V
Carlos Villegas Méndez, Fiscal



REVISTA EL FORO

EDICIÓN NÚMERO 26 • SAN JOSÉ, COSTA RICA • ENERO 2024



ABRIL VILLEGAS PÉREZ
DIRECTORA



MARÍA JESÚS DOLANESCU ALPÍZAR
ASISTENTE DE DIRECCIÓN

CONSEJO EDITORIAL



ANDREA HULBERT VOLIO



MAURICIO PARIS CRUZ



OLMAN ULATE CALDERÓN



RODRIGO BARAHONA ISRAEL



ROLANDO VEGA ROBERT



ROSIBEL JARA VELÁSQUEZ



SANDRA ARAUZ CHACÓN



SERGIO HERRA RODRÍGUEZ



VIVIAN LIBERMAN LOTERSTEIN

Sumario

5. **Presentación**

*por: Abril VILLEGAS PÉREZ – Directora Revista EL FORO
y María Jesús DOLANESCU ALPÍZAR – Pasante - Asistente de Dirección*

8. **"Permisos y concesiones sobre bienes municipales: precisiones conceptuales y consecuencias prácticas".**

por: David Gerardo SALAZAR MORALES y Josué Arturo BOGANTES CARVAJAL

23. **"El papel de la Municipalidad en el Ciberespacio".**

por: Michael DURÁN ARRIETA

37. **"La reforma del empleo público en Costa Rica".**

por: Celin ARCE GÓMEZ

48. **"Reflexiones sobre los criterios de las Salas Comerciales peruanas para determinar la anulación de laudos arbitrales por defectos en la motivación".**

por: Jean Pierre REQUENA CARRASCO

59. **"La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana".**

por: Marcial G. GUTIERREZ LUCAR

Presentación



Abril VILLEGAS PÉREZ
Directora – El Foro



María Jesús DOLANESCU ALPÍZAR
Pasante – Asistente de Dirección – El Foro

Presentación por parte de la Directora y Pasante-Asistente de Dirección de la Revista El Foro.

Con satisfacción, inauguramos el año 2024 con nuestra Vigésima Sexta Edición, la cual destaca por una serie de artículos de gran interés que abordan una diversidad de temáticas. Antes de proceder con la presentación habitual de nuestra edición, deseamos expresar nuestro profundo agradecimiento por la colaboración invaluable de nuestros distinguidos y distinguidas agremiadas, quienes han contribuido significativamente a hacer de esta publicación una realidad. Asimismo, mantenemos nuestro compromiso constante de mejora, y les extendemos una cordial invitación a participar activamente en las próximas ediciones.

En esta ocasión, nos complace presentar una cuidada selección de artículos que abarcan diversas ramas del Derecho. Iniciamos con contribuciones centradas en el ámbito del Derecho Municipal, con la valiosa colaboración de la Comisión de Derecho Municipal del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Posteriormente, exploramos temas pertinentes al Derecho Laboral costarricense y sus recientes reformas, para luego darle espacio a los artículos internacionales abordando el espacio del Derecho Comercial y el arbitraje.

Los destacados abogados **David Gerardo Salazar Morales** y **Josué Arturo Bogantes Carvajal** nos brindan una mirada detallada sobre dos figuras doctrinales: permisos y concesiones sobre bienes municipales. Con su artículo titulado “*Los permisos y concesiones sobre bienes municipales: precisiones conceptuales y consecuencias prácticas*” los autores ofrecen un exhaustivo examen conceptual, seguido de una exploración de las consecuencias práctico-jurídicas y una guía de soluciones para estas consecuencias. Un aporte valioso para comprender mejor las implicaciones de ambas figuras en el ámbito local.

Además, el artículo nombrado “*El papel de la Municipalidad en el Ciberespacio*”, el señor **Michael Durán Arrieta** nos sumerge en el mundo del ciberespacio y su relación con las administraciones descentralizadas. Este artículo explora de manera profunda cómo las entidades municipales y la teoría clásica del Derecho Municipal han abordado el fenómeno de la “*Sociedad de la Información*”.

Un análisis esencial en un entorno cada vez más digitalizado, donde la transferencia de datos y la producción de bienes y servicios digitales, así como la ciberseguridad atañen a la Administración Pública municipal y su “*ciberterritorio*”.

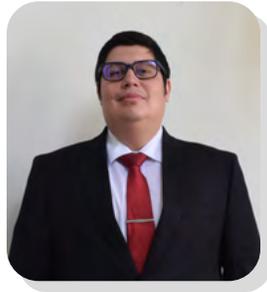
Asimismo, cerramos la sección de artículos nacionales de esta edición con el artículo del jurista **Celín Arce Gómez**, titulado “*La reforma del empleo público en Costa Rica*”, analiza las transformaciones jurídicas y prácticas en el ámbito del empleo público en Costa Rica tras las reformas más recientes. Y con esto, proporciona una visión actualizada de los cambios ocurridos en el Derecho Laboral con la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas que introdujo cambios sustanciales, ofreciendo una perspectiva esencial para comprender las dinámicas actuales en administración pública y su régimen general.

En esta edición, contamos con la alegría y honor de contar con la sección de artículos internacionales. En esta ocasión contamos con dos artículos de juristas peruanos. Para iniciar, el destacado abogado **Jean Pierre Requena Carrasco** aborda de manera exhaustiva y rigurosa la problemática de la anulación de laudos arbitrales en el contexto del Derecho Comercial peruano. A través de un análisis jurisprudencial, doctrinal y normativo, Requena Carrasco examina detenidamente los criterios adoptados por las Salas Comerciales peruanas para determinar la anulación de laudos arbitrales, centrándose específicamente en los defectos relacionados con la motivación.

Para finalizar, el abogado y docente de la Universidad de Lima, Perú, **Marcial Giovanni Gutierrez Lucar**, con su artículo “*La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana*” examina con rigor académico y pertinencia actual, el origen, desarrollo y aplicación actual de dicha doctrina, centrándose en su impacto en una controversia internacional de inversión entre el Estado Peruano y Odebrecht Latinvest, vinculada con Odebrecht Brasil. El presente artículo ha sido redactado con base en el trabajo de final de graduación para optar por el grado de Maestría del autor, por lo cual cuenta con un análisis riguroso, reflejando el compromiso con la excelencia académica en la búsqueda del avance del conocimiento en el ámbito del arbitraje y corrupción en el Perú.

Finalmente, la Revista “El Foro” se enorgullece de presentar una serie de valiosos aportes que buscan enriquecer la comprensión y el debate en torno a cuestiones jurídicas de importancia y actualidad en Costa Rica así como en América Latina. Agradecemos a nuestros distinguidos colaboradores por compartir su experiencia y conocimientos en estas áreas especializadas del Derecho. Confiamos en que esta edición sea de gran disfrute y utilidad para todos los lectores y lectoras de la Revista El Foro.

ARTÍCULOS NACIONALES



Permisos y concesiones sobre bienes municipales: precisiones conceptuales y consecuencias prácticas

Josué Arturo BOGANTES CARVAJAL ¹

David Gerardo SALAZAR MORALES ²

Resumen

El presente artículo analiza dos figuras utilizadas en el Derecho administrativo costarricense: la concesión y, por otro lado, el permiso sobre bienes de dominio público, con una particular atención en cuanto a su aplicación a nivel local, buscando los orígenes doctrinarios con la intención de sistematizar la conceptualización de estos derechos reales administrativos para una guía en la solución de necesidades y problemas que suscitan en la vida cotidiana, comprendiendo sus alcances y limitaciones entre una figura y otra.

Palabras clave: permiso, concesión, Derecho real administrativo, precariedad, dominio público, municipalidad.

Abstract:

This article analyzes two figures used in Costa Rican Administrative Law, the concession and, on the other hand, the permission on public domain assets, with particular attention to its application at the local level, seeking for doctrinal origins with the intention of systematizing the conceptualization of these administrative real rights for a guide for solving needs and problems that arise in daily life, understanding their scope and limitations between one figure to another.

Key Words: Permission on public assets – Concession rights – Real right – Non-freehold estates – Public domain – City Hall.

¹ Licenciado en Derecho por la UCR, con énfasis en Telecomunicaciones, Comercio Electrónico y Tecnología. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante, socio de la firma BSA Consultores SRL.

² Licenciado en Derecho por la UCR, con énfasis en Derechos Humanos. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Magíster en Dirección y Gestión Pública Local por la Unión Iberoamericana de Municipalistas, homologada por la Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Internacional Meléndez Pelayo. Socio de la firma BSA Consultores SRL. Ha sido profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Hispanoamericana de Costa Rica.

1. Introducción

La experiencia que suscita de la práctica del Derecho administrativo lleva constantemente a las instituciones públicas a enfrentarse, resolver y gestionar situaciones vinculadas a bienes clásicamente catalogados como “dominio público”; en lo particular, aquellas relacionadas con las concesiones y permisos. El presente artículo busca brindar algunas aproximaciones sobre el contenido de tales conceptos, su naturaleza, características, formas de constitución, extinción y distinciones; pero, fundamentalmente, ello se contrapondrá a situaciones acontecidas en la práctica jurídica donde este tipo de figuras se aplican sobre bienes de dominio público de titularidad municipal.

2. Bienes de dominio público: su uso común y uso privativo

De previo a establecer alguna referencia sobre las figuras de la concesión y el permiso de uso, corresponde establecer que, sobre aquellos bienes catalogados como parte del dominio público, su concepción deriva normativamente de los artículos 261 y 262 del Código Civil, así como respecto del artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política.

Este tipo de bienes se encuentran afectos a una técnica especial de protección, que les brinda las características de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables; siendo relevante la finalidad como elemento definidor acerca de qué inmuebles están afectos al demanio o, por el contrario, serían bienes fiscales de la Administración –regidos por el Derecho civil–.

En el caso de los bienes de dominio público, su utilización se rige bajo dos criterios: un uso común –que es imperante– y un uso especial, en ocasiones referenciado también como uso privativo. En principio, el uso de los bienes de dominio público corresponde a la generalidad

de la comunidad sin requerir de título habilitante para ello; por el contrario, el uso privativo suscita cuando se consolida alguno de los mecanismos arbitrados por el ordenamiento jurídico –como lo es la concesión o el permiso– (Marienhoff, 1960, 319-321).

Sobre este aspecto se debe llamar la atención, en el tanto, González Pérez precisa que existen bienes de dominio público que, por su carácter, serían incompatibles con el uso privativo (1957,103). Esto es relevante, pues, para considerar otorgar sobre bienes afectos al demanio usos especiales, deberá valorarse que dichos usos sean compatibles con un uso distinto del común y que, con ello, no se llegue a vaciar de contenido el elemento teleológico que justifica la afectación al demanio. Autores como Fernández (1994, 31-35) desarrollan esta idea para los permisos dados en precario, pero tampoco deberá dejarse de lado respecto de la formulación de concesiones, en atención al principio de hermenéutica del ordenamiento jurídico, en resguardo de la vocación de cada bien afecto a la demanialidad (Romero, 1997, 69).

3. Concesión y permiso sobre bienes de dominio público: punto de salida a nivel conceptual

Como punto de partida, es menester contar con algunos insumos preliminares para esta discusión. De la doctrina, como ya se ha indicado *ut supra*, al menos se pueden identificar tres tipos de utilización de los bienes de dominio público: el uso común general, el aprovechamiento especial y el uso privativo del dominio público (González, 2015, 144-145). El presente artículo se enfoca en la última categorización. Además, el mismo autor apunta que, para el uso privativo del dominio público, debe existir título habilitante (González, 2015,149).

Sobre las concesiones, se puede precisar que otorgan a su titular un derecho real administrativo

sobre el bien y las obras que sobre el mismo se edifiquen, por un tiempo determinado, oponible *erga omnes* y con la posibilidad de que pueda ser transmitido *inter vivos* o *mortis causa*, con la autorización respectiva de la Administración Pública, y que debe formalizarse mediante contrato (González, 2015, 156-157). Por otro lado, los permisos sobre bienes de dominio público consisten en derechos reales administrativos en precario –que pueden extinguirse de forma unilateral, sin que la Administración deba indemnizar al permisionario– (González, 2015, 159).

4. Concesiones y permisos, ¿derechos reales administrativos?

Los derechos reales se diferencian de aquellos llamados personales, en el tanto, comprenden la posibilidad de los sujetos que lo detentan, de contar con un poder jurídico vinculado a una cosa. Esta distinción diáfana se puede localizar en el artículo 259 del Código Civil que, además, agrega que los derechos reales pueden darse contra una cosa sin relación a determinada persona. Tómese en consideración, a partir de esa misma distinción normativa, que todo derecho real implica el dominio o poder sobre alguno o algunos de los derechos que este comprende, tal como lo dispone el numeral antes referenciado.

En concreto, sobre este tipo de derechos, se prepondera la oponibilidad del derecho obtenido con un carácter universal; para el caso de los derechos reales administrativos, que se consolidan sobre bienes afectos al demanio público, se considera la relación que se genera a partir de un bien cuya titularidad es mantenida por una Administración Pública, condición bajo la cual procede examinar, sobre un derecho inmaterial y real, los elementos subjetivos –activo y pasivo; quien lo ejerce y frente a quiénes lo puede oponer–, objetivo –el bien sobre el que se concede el derecho– y contenido de tal tipo de

derechos.

Actualmente, no se encuentra mayor discusión en torno a si la concesión es un derecho real administrativo³, admitiéndose inclusive que, quien cuenta con una concesión, puede oponer su contenido y prerrogativas frente a terceros e inclusive frente a la Administración concedente. González Pérez ya hablaba del amplio margen de utilidad a sus titulares, respecto de la posibilidad de revocar una concesión (1957, 101).

Sin embargo, ¿qué pasa con los denominados permisos sobre los bienes de dominio público? Para Marienhoff, este tipo de permisos “de uso” no son *derechos subjetivos* y, más bien, los llega a identificar como un *interés legítimo*, tomando partida sobre las posiciones sostenidas por Otto Mayer o García Oviedo (1960, 332)⁴. Posteriormente, el mismo Marienhoff variaría ligeramente su tesis, para llamar al permiso una *mera tolerancia* o un *derecho imperfecto* (1988, 152-153). Ha sido constante la reiteración acerca de que el otorgamiento de permisos sobre los bienes de dominio público no comporta siquiera un derecho, vinculando dicho aspecto a la precariedad del título o a la improcedencia de indemnización en caso de retirarse el permiso.

Por otro lado, autores como Álvarez Hernández sostienen que el permiso es un modo bajo el cual nace un derecho real administrativo (2011, 80). El mismo Marienhoff reconoce que autores como Jansse, Spota o Juan Francisco Linares sostuvieron que este tipo de permisos son derechos reales administrativos, independientemente de su revocabilidad (1960, 333). Aunado a esto, la Sala Constitucional, en resolución 893-1993 de las 9:33 horas del 20 de febrero de 1993, examinaba aspectos relacionados

³ Así lo reconocen Hernández (2008, 322), Álvarez (2011, 80) y Marienhoff (1960, 362).

⁴ Esta misma idea es retomada por Comadira y otros (2012, 1690).

con un denominado *arrendamiento* de puestos en los mercados municipales; determinando el colegiado que la explotación de un puesto en un mercado en el cantón de Cartago no era una simple relación de alquiler, habiendo de por medio un uso y aprovechamiento privativo de una cosa pública, y conforme al texto del artículo 263 del Código Civil⁵. Con mayor concreción, el voto 5789-1994 del 5 de octubre de 1994 del mismo Tribunal Constitucional se refirió a un asunto similar en la Municipalidad de Liberia, donde plasmó lo siguiente:

“El dominio público, entendido como una suma de bienes, sujeto a un régimen jurídico especial en razón de la afectación de esos bienes a un fin de utilidad pública, impone reglas distintas a las que regulan la propiedad privada, puesto que queda sujeto al Derecho Administrativo, según se afirma en la más calificada doctrina al respecto, y como sobre estos bienes se pueden realizar válidamente negocios jurídicos, entonces se trata de los llamados «Derechos Reales Administrativos». En virtud de esta figura jurídica, el particular se vincula con la Administración titular del derecho por la vía del simple permiso o la concesión” (El resaltado no es del original).

Teniendo en cuenta las posiciones descritas de manera sucinta, se comparte el argumento bajo el cual no se encontraría sustento suficiente para diferenciar a los permisos dados sobre bienes de dominio público de las concesiones, denegándose la condición de derecho a los permisos. Si bien es cierto, la oponibilidad de los permisos sobre bienes del demanio público se encuentra mayormente debilitada frente a la Administración en razón de la precariedad, no se

observa que ello demerite que, igualmente, existe un contenido dentro de este tipo de permisos que confieren un poder jurídico a las personas a las que se les otorga; poder jurídico oponible frente a terceros en relación con el contenido del permiso definido por la Administración y que inclusive podrá ser oponible al ente público que lo ha conferido cuando se busque revocarlo fuera de su prerrogativa legal.

Es importante señalar que, dentro de la visión de mundo de un Estado de Derecho, no sería posible extinguir un permiso, a pesar de su condición de precariedad, sin que no se motive diligentemente las razones de oportunidad o conveniencia que fundamenten su revocación; porque, de lo contrario, se estaría habilitando a la Administración Pública que de forma arbitraria saque estos derechos –que, aunque debilitados o limitados, sí constituyen un poder jurídico– de la esfera de los permisionarios, que a la postre podría generar vicios en el elemento motivo del acto administrativo.

Valga acotar, además, que, inclusive la decisión de revocar un permiso/derecho conferido en precario –dispuesta por el Concejo Municipal en el medio nacional, en el ámbito cantonal–, podría ser recurrida por quien figure como persona interesada; siendo la apelación admisible por razones de legalidad, pero, inclusive, admitiendo tal conducta recurso de revocatoria, inclusive contra aspectos de oportunidad y conveniencia –artículo 165 del Código Municipal–. Esto se enuncia en virtud de que, en ocasiones, ha sido invocada en la doctrina, la imposibilidad de contar con recursos por parte de la persona permisionaria, para impugnar la revocación del permiso.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de revocar el permiso otorgado en precario, siempre que se busque una mejor realización de la finalidad que persigue el bien que debe satisfacer las necesidades locales, el criterio del presente

⁵ Norma que hace referencia a los reglamentos administrativos como forma de regular el uso de las cosas públicas. Romero Pérez referencia que dicho concepto se empleaba para referirse al Derecho administrativo (1997, 72).

artículo se posiciona en que ni siquiera es necesario activar un procedimiento o audiencia de previo a revocar el permiso, porque el despliegue de la Administración de recuperar su bien dado al permisionario no se realiza en el marco de la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración y que ostentar un derecho en precario no faculta reclamo de algún otro derecho o indemnización.

Aunado a lo anterior, deberá observarse que el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, norma que por antonomasia reconoce este tipo de permisos sobre bienes de dominio público, no solo refiere a la posibilidad de otorgar permisos de uso sobre el dominio público, sino que también establece la posibilidad a la Administración Pública, de que gire actos que reconozcan a un administrado un derecho en precario; mientras que se haga expresamente referencia a la condición precaria. La inclusión de tales términos en el texto del canon 154 antes mencionado implica que se debe arribar a tres conclusiones:

- a) Los permisos dados en precario son derechos reales administrativos –poderes jurídicos sobre una cosa que se mantiene bajo titularidad de la Administración–.
- b) Los permisos dados en precario no se limitan únicamente a conferir al administrado el mero uso de un bien de dominio público, sino que puede incluir como parte del contenido del derecho, otros poderes jurídicos siempre que se confieran en precario.
- c) Los permisos sobre bienes afectos al demanio se pueden oponer frente a terceros, encontrándose esa característica debilitada frente a la Administración concedente cuando decida revocarlo por motivos de oportunidad y conveniencia, sin indemnización alguna; pero oponible igualmente frente a esta, en caso de que el permiso se buscare extinguir

fuera de un plazo razonable o de manera intempestiva o por falta de motivación.

5. Concesiones y permisos: características y particularidades

Tanto a nivel nacional como internacional, se encuentran muy diversas indicaciones acerca de los elementos característicos de los permisos y de las concesiones sobre bienes de dominio público como expresión de su uso especial. En el presente apartado, se presentan las principales características que se han apuntado como distintivas entre ambas figuras, a fin de construir, a su vez, una consideración crítica sobre dichos elementos:

a. Precariedad: primeramente, se ha llegado a defender que una diferencia sustancial entre la concesión y el permiso se relaciona con la precariedad y los efectos que esta conlleva sobre uno u otro instituto. Algunos autores para defender que el permiso de uso no es un derecho –sino un interés, una mera tolerancia⁶ – o para referir que es un derecho con un contenido débil (Álvarez, 2011, 81).

En ese sentido, también se puede revisar las ideas esgrimidas por el maestro Ortiz Ortiz, quien, al referirse sobre la condición de precariedad, se liga a la inestabilidad del derecho otorgado porque puede ser revocado por la Administración Pública, sin que se deba indemnizar al sujeto, y que incluso la visión de mundo que acompaña a este tipo de derechos debe verse como una excepción, porque en otros supuestos en los que la Administración Pública otorgue un derecho, el mismo se consolida y, en caso de que se deba revocar, ese derecho se suprime y cabe indemnización a favor del sujeto quien fuese titular del derecho extinguido (Quirós, 1996, 254)⁷.

⁶ Ver *ut supra*, nota al pie número 4.

⁷ En igual sentido, puede consultarse la resolución de la

Al respecto, se observa que la precariedad sí es un elemento distintivo entre la concesión y el permiso, pues su presencia define de manera relevante los efectos jurídicos de ambos institutos, así como la dimensión del contenido de los derechos que confieren; si bien se comprende que el término “precario” viene del latín *precarius*, que es de poca duración, y que típicamente se ha asociado tal concepto a un derecho que se tiene sin título o por mera tolerancia, que se obtiene a modo de ruego o súplica –como ya lo retrataba la Procuraduría General de la República en dictamen C-80-1976 del 10 de noviembre de 1976–, lo cierto del caso es que no podría darse el mismo tratamiento a quien pretende ocupar, utilizar o gozar de un bien del dominio público sin permiso alguno, de quien ha pedido y se le ha otorgado un permiso a través de la configuración de una conducta de la Administración.

b. Plazo: también se ha establecido como nota distintiva entre ambas figuras que las concesiones suelen ostentar plazos definidos concretos o que pueden llegar a ser conferidas a perpetuidad; en el caso de los permisos de uso, se sostiene que, por la precariedad, no se define plazo de duración (Marienhoff, 1988, 158).

Sin embargo, autores como Comadira y otros señalan que el plazo de duración fijado para este tipo de institutos no determina el tipo de instituto que se aplica y que se deberá examinar cada figura, respecto de las condiciones en que se reconocen derechos (2012, 1692-1693). Desde la práctica jurídica en el medio nacional, se comparte esta última postura, en el tanto, suelen generarse permisos con base en el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, regidos por el carácter de precariedad; pero inclusive definiendo períodos de tiempo o días específicos dentro de los cuales se confiere el permiso. Por otro lado, la concesión suele constituirse considerando

Sala Constitucional número 5649-2002 de las 14:58 horas del 12 de junio de 2002.

un plazo de duración en el país.

c. Voluntad(es): otro aspecto que se ha referenciado como diferencia entre figuras es su carácter unilateral o bilateral, siendo típico que se defienda la primera condición para los permisos de uso y la segunda para el caso de las concesiones.

De hecho, ello parece respaldarse en el caso concreto de los permisos, a través de la mención del término “actos” en el numeral 154 de la Ley General de la Administración Pública; de hecho, en el dictamen C-343-2015 del 9 de diciembre de 2015, la Procuraduría General de la República defendió que, cuando lo que se haya otorgado sea un permiso en precario, lo que procedería sería la emisión de un acto administrativo unilateral. Bajo esta tesis, se sostendría la premisa de que, en aquellos casos donde hubiere concesión, se denota dentro del procedimiento administrativo la unilateralidad a través de la adjudicación que reconoce la administración como primer momento –y que es un acto administrativo–, pero se perfecciona la concesión a través de la concurrencia de voluntades mediante un contrato entre la Administración y el concesionario.

Ahora bien, para Marienhoff (1960, 328-329) esta característica no es un elemento diferenciador entre el permiso y la concesión, pues, aunque sostiene que el contrato no es factible para el caso de permisos dados en precario, por lo volátil de lo allí concedido, sí reconoce que suscita en tales casos la concurrencia de voluntades, como se da, por ejemplo, con la fijación de un canon o la fijación de responsabilidades recíprocas. Esta posición se considera más ajustada a la pragmática dentro del ámbito nacional, pues, típicamente, los permisos dados en precario, según el tipo de bien y contenido del permiso, terminan echando mano de lo indicado en el canon 71 del Código Municipal respecto del resguardo de condiciones de disposición sobre los bienes del ente local a través de la figura del convenio –revestido

de la condición de precariedad, de manera transversal⁸; así como en consideración de los términos externados por la Contraloría General de la República en oficio DJ-0263-2012 del 16 de marzo de 2012, verificando sobre los permisos se indicará:

1. Que cualquier reparación, arreglo o restauración que se hiciera sobre el bien se reputa en favor de la Administración propietaria, dada la precariedad del derecho concedido.
2. Que se consigne la posibilidad de revocar el permiso dentro de un plazo razonable y no arbitrario, sin responsabilidad alguna para la Administración.
3. Que los bienes objeto del permiso de uso deben utilizarse para cumplir con los cometidos propios de la institución pública titular del bien⁹.
4. Que se designe un órgano fiscalizador por el uso del bien conforme a los fines pactados –relevante, pues, al hablarse de “pacto”, se reconoce bilateralidad–.
5. Que quien sea depositario del bien se comprometa a cubrir los gastos de mantenimiento y conservación, y se haga responsable por los daños y perjuicios causados a la Administración propietaria como a terceros por su uso incorrecto¹⁰.

⁸ Figura introducida por el Código Municipal de 1998, que permite concertar voluntades entre las partes debido a sus intereses y, muchas veces, en atención a la coincidencia de intereses o fines públicos, y que es distinta de la figura del contrato.

⁹ Se discrepa de tal aspecto, en el tanto, lo que se debe verificar es que el uso especial, aun siendo privativo, no llegue a ser incompatible con el tipo de bien sobre el que se otorga el permiso y el fin público que sobre tal pesa.

¹⁰ En el mismo sentido, se expresan Comadira y otros, al apuntar que, con los permisos de uso, es procedente que se impongan condiciones inherentes a la conservación del dominio público afectado (2012, 1692).

Precisamente, cuando se tiene en cuenta el otorgamiento de permisos bajo ejemplos clásicos como la venta de sombrillas en la playa, el realce de aspectos como los apuntados por el órgano contralor pasan desapercibidos. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que, en Costa Rica, la regla del canon 154 de la Ley General de la Administración Pública, en variadas ocasiones confluyendo bajo la figura del Código Municipal del convenio –como mecanismo de concurrencia de voluntades distinto al contrato–, así como la consideración de diversos sujetos –desde asociaciones de desarrollo¹¹, hasta otras instituciones públicas– y contenidos del derecho en precario que se otorga, ha requerido no solo contar con un acto administrativo de disposición unilateral, haciéndose necesaria la concurrencia de voluntades, a fin de que la parte permisionaria acepte condiciones como las apuntadas en el criterio del órgano contralor; volviéndose en ocasiones el convenio, el medio a través del cual las partes plasman, en bilateralidad, su concurrencia de voluntades, y los compromisos que adquiere la persona permisionaria –de previo a que se disponga la procedencia del permiso en precario y autorizada la firma del convenio–.

En el caso de las concesiones, se observa que, en el medio nacional, la configuración de tal tipo de derecho se perfecciona con la concurrencia de voluntades, a través de un contrato entre la Administración y el concesionario. Contrato que obedece a la solidez del derecho reconocido, que permite fijar bajo contrato aspectos a modo de contraprestación, y donde la fijación de plazos no se encuentra sujeta a los efectos de la precariedad que sí afectan a los permisos.

¹¹ Los sujetos privados que, aunque cuenten con alguna coincidencia con los intereses públicos, pretendan ostentar algún beneficio patrimonial –de cualquier tipo y no solo dinerario–, deben contar con una debida comprobación de su idoneidad, acorde con los parámetros señalados por el órgano contralor y que no son objeto del presente artículo.

d. Discrecionalidad/conducta reglada: también se ha llegado a establecer que es propio de la figura de la concesión encontrarse previamente reglada y, a partir del cumplimiento de determinados requisitos, correspondería a la Administración conferir la respectiva concesión.

En el caso del permiso, el halo de discrecionalidad es mayor, por lo que no estaría la Administración Pública obligada a conferir un permiso que fuere requerido¹², sin demérito de que, estableciéndose determinados requisitos para este tipo de permisos por parte de una Administración como lo sería un ente local, se deje de lado la preponderancia de examinar elementos propios de discrecionalidad administrativa, incluyendo elementos de oportunidad y conveniencia –que no deberán traducirse en arbitrariedad–. Al respecto, se comparte que la Administración Pública Local se encuentra habilitada para conferir permisos de uso sobre bienes de dominio público a tenor de lo consignado en el canon 154 de la Ley General de la Administración Pública; así como a conferir las concesiones que correspondan con base en la ley que así lo habilite. Sin embargo, en el primer caso, dado que la precariedad permite la revocación por razones de oportunidad o conveniencia institucional, esa misma discrecionalidad se mantiene como aspecto de orden casuístico para la figura de los permisos que, si bien pueden ser objeto de regulación, la supresión de estos elementos de discrecionalidad –que no arbitrariedad– podría devenir en una incongruencia con el instituto jurídico.

e. Intensidad de la utilización del bien: existe un sector de la doctrina que establece como un elemento que diferencia a los permisos sobre el dominio pública de manera privativa, que estos se efectúen con instalaciones desmontables o bienes muebles, mientras que si el uso privativo determina que sea con obras o instalaciones fijas

¹² En tal sentido, se pronuncia Marienhoff (1960, 349,334), Comadira y otros (2012, 1691).

(González, 2015, 149).

En relación con lo anterior, es coincidente criterio de la Procuraduría General de la República, en dictamen C-026-2001 del 7 de febrero de 2001, donde se indicó que los permisos implican actividades que no requieren típicamente construcciones u obras fijas, siendo que la dimensión de estructuras e inversión sobre el bien de dominio público sobre el que se pretende un uso privativo es mayor en el caso de las concesiones¹³.

Se debe destacar que, incluso en el Reino de España, mediante la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 101, se comprende que, refiriéndose a las obras fijas construidas por el concesionario, al momento de extinguirse la concesión, no debe este asumir los gastos relacionados con su demolición o las obras constructivas son adquiridas por la Administración gratuitamente y libres de gravámenes.

f. Canon: para el caso de ambas figuras, suele reconocerse la posibilidad de fijar el pago de un emolumento en favor de la Administración, usualmente denominado canon; aunque en el permiso su implementación es casuística y facultativa. Al respecto, en Opinión Jurídica de la Procuraduría General de la República, OJ-144-2001 del 2 de octubre de 2001, se apuntó que el canon implicaba una suerte de contraprestación pecuniaria dada por el administrado por el "uso y disfrute de un bien demanial y la ventaja diferencial" obtenida. Esta posición inclusive debió llevar a considerar que tanto las concesiones como los permisos, en su confluencia de voluntades se encuentran ubicados dentro de una dimensión bilateral, cuando se fija un monto por cancelar –

¹³ Este criterio de diferenciación se ha empleado en el medio nacional, también por la Procuraduría General de la República en dictámenes C-100-1995 y C-026-2001 del 7 de febrero de 2001.

que debe ser razonable y proporcional¹⁴ –.

g. Surgimiento: sobre la forma en que se constituyen ambos institutos, se reconoce que tales figuras surgen a la vida jurídica a través de disposición legal, por el dictado de una conducta de la Administración, o bien por prescripción –esta última que, en el país, no es admisible– (Álvarez, 2011, 80). Precisamente, sobre este tipo de bienes, únicamente se pueden conferir concesiones en los términos expresados por la ley, o bien, derechos o permisos a título precario, conforme a los términos del canon 154 de la Ley General de la Administración Pública. En una línea similar, habría externado el Tribunal Contencioso Administrativo en su condición de contralor no jerárquico de legalidad –Sección III, mediante resolución 264-2010 del 29 de enero de 2010– en relación con un convenio signado con un tercero sobre un bien de dominio público sobre el cual se dispuso del uso de un inmueble municipal:

*“Ahora bien, por la naturaleza del bien sobre el que se conceden, este tipo de actos únicamente otorgan derechos a título precario, que son en esencia revocables, si llegara a darse una divergencia entre los efectos de éste y el interés público. Esa es la doctrina que deriva del numeral 154 de la Ley General de la Administración Pública... Se establece allí, la potestad irrenunciable de la Municipalidad, para recuperar esos terrenos, en beneficio de la colectividad que representa y conforme a las reglas que ese precepto impone...”*¹⁵

¹⁴ ¿Cómo se calcularía un canon de un permiso de uso, en el caso de que se admitiera su emisión sin un plazo de referencia? Ello es parte de las afrentas de las figuras de uso privativo del demanio público.

¹⁵ Convenio de permiso de uso de terreno municipal en Residencial Santander en San Roque de Barva, donde se confirieron en permiso, áreas de recreo dentro de la urbanización.

Esto se deberá tomar en cuenta, en el tanto, sobre bienes parte del demanio público no sujetos a concesión, suscita frente a terceros la posibilidad de conferir permisos de uso o derechos a título precario.

h. Transmisibilidad / Cesión: cuando los permisos o concesiones son conferidas *intuitu personae*, se tiene que lo concedido puede ser factible de ser cedido, con la limitación correspondiente a que, para su transmisión, se requeriría de autorización expresa de parte de la Administración Pública concedente, siempre y cuando no susciten condiciones que extingan la concesión o el permiso generado.

Como se ha expuesto en las primeras líneas de este artículo, un sector de la doctrina, haciendo una remisión a lo establecido en algunas normas de alcance legal, ha sostenido que los permisos para un uso privativo sobre bienes de dominio público no permiten que puedan ser cedidos o trasladados a otro titular; mientras que, si se acude al ordenamiento jurídico costarricense, no se ubica alguna prohibición en ese sentido – que debería valorarse, particularmente, para los permisos–.

Por el contrario, algunas normas como la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, para el caso de las concesiones, permiten la transmisión o cesión de la titularidad de la concesión *inter vivos* o *mortis causa*, pero condicionada a la autorización del ente local. Sobre la transmisión, en la práctica, sí se divisa una oportunidad de mejora, en cuanto a la necesidad de que, para aquellos casos de las concesiones que requieran inscripción en el Registro Nacional, exista coordinación entre el Registro Nacional y las municipalidades, a fin de que la transmisión de este tipo de derechos no se efectúe si no se cuenta con el acuerdo municipal correspondiente; aspecto que no se termina de consolidar a pesar de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 21756-MP-J-TUR (González, 2015,

157).

i. Extinción / Terminación: en cuanto a sus formas de terminación, dada la precariedad sobre los permisos, se sostiene por antonomasia la aplicación sobre estos de la revocación, sin que traiga aparejada una indemnización. En el caso de las concesiones, la revocación sería factible, igualmente, bajo parámetros debidamente motivados, procediendo indemnización; aunque respecto de las concesiones, suele destacarse, además, el establecimiento de causales de incumplimiento –que en alguna doctrina se identifica con el término “caducidad”¹⁶ –, aunque también se referencia la renuncia. Así mismo, se ha llegado a admitir como causal de extinción, la muerte o desaparición de la persona a quien se hubiere conferido la concesión o permiso¹⁷, según se disponga o no en el ordenamiento jurídico aplicable y la condición *intuitu personae* o *intuitu rei*.

También se reconoce afectación cuando el bien al que está vinculada la concesión o permiso desaparece, se vence el plazo por el que se confirió el derecho o cuando el bien sobre el que se confirió concesión o permiso pasa a ser desafectado. También se encuentra coincidencia en que, tanto permiso como concesión, pueden ser sujetas a examen de nulidad por vicios en sus elementos –ya sea a nivel constitutivo o sobreviniente –¹⁸. Sobre este tópico, se ha desarrollado también como causal de finalización, cuando se genera de forma sobrevenida la extinción de la persona jurídica, y que incluso podría entenderse en aquellos casos

¹⁶ Así lo reseña Marienhoff (1988, 160, 185), o González Pérez (1957, 110), por ejemplo.

¹⁷ Álvarez (2011, 83) sostiene que la quiebra de una persona jurídica lleva aparejada la extinción del derecho real administrativo sobre bienes de dominio público.

¹⁸ Sobre tal temática, se refiere Álvarez (2011, 82-83), así como Marienhoff (1960, 338-351) y González Pérez (1957, 109-113), quien distingue las formas de terminación debido a las que se encuentran vinculadas al titular del derecho, a la Administración, al objeto y al título.

en que se genera una fusión de sociedades, como causal para la cancelación del título (González, 2015, 155).

Atendiendo a los aspectos antes descritos, se observa que, entre la concesión y el permiso, la principal característica diferencial entre ambos institutos pasa por la precariedad remarcada en el permiso, que incide sobre la estabilidad del derecho otorgado, así como sobre la posibilidad de pactar condiciones por períodos concretos, certeros en el tiempo y que incide sobre la oponibilidad frente a la Administración.

De ello se demarca al menos que, en las concesiones, se perfeccione la bilateralidad a través de un contrato entre la Administración y la persona concesionada; en el caso de los permisos, atendiendo al tipo de inmueble sobre el cual se ligará el derecho. A nivel nacional se ha defendido la posición de que tales conductas se bastan de la emisión de un acto unilateral, aunque, como se ha referido, suelen suscitar una serie de condiciones asumidas por el permisionario, que suele expresarse echando mano de la figura del convenio, en los términos del Código Municipal.

Otro aspecto que desde el ámbito nacional se ha tenido en cuenta es la intensidad de las actividades por desarrollar en cada caso concreto; pues, en atención a la permanencia propia de la infraestructura requerida; otra característica propia del permiso suscita en la amplia discrecionalidad que debería mantenerse para su adopción, manteniendo el análisis de criterios de oportunidad y conveniencia del lado de la Administración y donde también podrá examinarse que no sea incompatible el uso de la figura en relación con el contenido del permiso por girar y el tipo de inmueble a vincular.

También deberá atenderse a que, en principio, sobre aquellos bienes donde no se haya dispuesto por ley un uso especial del dominio público,

lo único que se podría valorar conceder de parte de cada ente local, en el tanto no sea ello incompatible, corresponde a permisos en precario, sobre los cuales podrían plantearse compromisos y alcances del contenido del permiso diversos, pero siempre en precario. Inclusive, plasmándose desde el origen del acto administrativo que da origen al permiso, en caso de que no se lleguen a cumplir los compromisos por parte del permisionario, ese derecho otorgado sobre el bien público es contrario a la finalidad del mismo, y que ello implicaría la extinción del permiso, dado que será responsabilidad de la Administración Pública darle el mejor uso a dicho bien para un mayor alcance del propósito de su demanio.

6. Concesiones y permisos: su utilización en la cotidianeidad del ente local

Teniendo en cuenta las particularidades y criterios externados sobre las figuras de uso especial del dominio público, en el presente apartado se desarrollan algunos aspectos que, desde la práctica propia del Derecho municipal, se suelen encontrar en la cotidianidad, y sobre los cuales se plasman algunas consideraciones que se externan de seguido.

a) Administración de cementerios: ¿concesiones, arrendamientos, permisos?

A pesar de que se ha referenciado que el Derecho debe responder a la realidad, en variadas ocasiones, la imprecisión conceptual genera situaciones que complican el examen de los problemas afrontados en el quehacer municipal. Un ejemplo para comprender lo anterior es la prestación que se brinda a los municipios en cuanto al servicio de los cementerios municipales. Algunos autores como Marienhoff (1988,165) y González Pérez (1957, 96) han señalado que el derecho de usar un determinado espacio de un cementerio para dar sepultura a una persona es una dinámica que se acerca más a la figura de la

concesión que del permiso.

A pesar de que los terrenos que son parte de los cementerios municipales no se establecen de forma expresa que deban ser dados mediante concesión a los particulares, en algunas ocasiones, sin la precisión que se busca, ya la jurisdicción ha comprendido la posibilidad de que se pueda considerar a quienes ejercen este derecho, condición de concesionarios, como se estableció en el voto 144-1999 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo.

Respecto al funcionamiento de los cementerios municipales, en concordancia con las ideas esbozadas en el presente documento, a pesar de que no existe expresamente norma legal que defina la existencia de una concesión sobre los espacios que utilizan los particulares para colocar difuntos en un cementerio municipal, ello *per se* no se constituye en una limitante para que se reflexione que, sobre ese espacio de tierra, se está generando un uso privativo del bien, y constituyendo un derecho real administrativo que, indefectiblemente, guarda relación con una vocación de interés público que tienen los cementerios municipales, y que por ello el uso privativo del espacio que corresponde a la parcela fúnebre ¹⁹ puede verse a través de la figura de la concesión que, inclusive por razones de sanidad y la infraestructura requerida, sería incompatible con el otorgamiento de un permiso de uso. Incluso, la doctrina explica que el derecho real de superficie es posible de ser utilizado sobre el bien, en el espacio aéreo o debajo de la tierra (Alberdi Imas, 2019, 122); ámbito que aplicaría para el uso de las parcelas fúnebres, en las que es posible colocar cadáveres ya sea sobre o bajo tierra –haciéndose uso del subsuelo–.

¹⁹ Podemos definir la parcela fúnebre como una porción de terreno del cementerio municipal sobre la cual se puede construir bóvedas, con sus respectivos nichos, destinada para el depósito de cadáveres o restos humanos.

El uso de esa parcela fúnebre no puede intempestivamente ser revocado, porque en este caso incluso convergen aspectos de salud pública que, como se entiende del Reglamento General de Cementerios, cinco años es un período en el que usualmente el cadáver ha llegado a un estado de descomposición que permite su manipulación. Así las cosas, en la forma en que se comporta la dinámica del uso de las parcelas fúnebres en los cementerios, con algunos insumos que se han plasmado en este documento, se podría concluir que es plausible redireccionar la relación entre los sujetos usuarios del mismo y la Administración Pública Local, mediante la figura de las concesiones, estableciéndose plazos para el otorgamiento de los mismos, con la suscripción de contratos para el perfeccionamiento de estas, y así se le brindaría estabilidad a los derechos otorgados a los usuarios de los cementerios municipales. No está de más señalar que, en el ámbito municipal, se plantean regulaciones donde se otorga arrendamiento de espacios del cementerio a los munícipes cuando la actual figura del arrendamiento no es congruente con los bienes propios del dominio público, sino que es procedente la concesión o el otorgamiento de permisos en precario.

b) Locales en mercados municipales: ¿arrendamientos, concesiones?

En el caso de los locales existentes sobre los mercados municipales, el uso del concepto *arrendamiento* se deriva de la legislación relacionada con la Ley 180 del 21 de agosto de 1929 y que se trasladó a la Ley 2428 de 1959, y que es la Ley sobre Arrendamientos de Locales Municipales.

En dicha ley, se establece una serie de medidas sobre la relación de los administrados que ocupan puestos o tramos en mercados municipales, definiendo una forma para definir una remuneración por el uso de esos espacios

—denominada tarifa—, y establece la existencia de contratos entre la Administración y quienes *arriendan*. Desde resoluciones como la 893-1993 de la Sala Constitucional, se reconoció en el ordenamiento jurídico costarricense que los mercados municipales son un bien de dominio público y que la relación entre quien arrienda y la Administración es compatible con la concesión.

El ordenamiento jurídico, sin embargo, no ha optado por dar sistemática a los conceptos mismos empleados por el Derecho administrativo, lo que da asistemática y pie para generar malos entendidos, donde este tipo de denominados *arrendamientos* puedan ser examinados a través de normativa fuera del marco del Derecho público. Por ejemplo, la Procuraduría General de la República, en dictamen C-160-2015 del 23 de junio de 2015, se decanta por establecer que, en el caso de los locales de los mercados municipales, lo que hay es un “régimen especial de arriendo”. Al respecto, se comparte lo externado por Marienhoff en el tanto en la Francia de 1938, se admitía que los bienes de dominio público podían ser dados en arrendamiento, figura que fue evolucionando (1998, 111), para remarcar el régimen normativo público y sus principios. Sin embargo, el uso del vocablo *arrendamiento* no cambiaría que, en esencia, se esté en presencia de derechos reales sobre bienes afectos al dominio público, entregados bajo un uso especial. Correspondería, más bien, que este tipo de normativa sea actualizada.

c) Concesión de instalaciones públicas y arrendamiento de inmuebles

Se aprovecha el presente estudio, además, para hacer notar que, típicamente respecto de instalaciones deportivas o recreativas en titularidad de los entes locales, con una inminente vocación pública, se suele caer en la premisa de que dichos bienes pueden ser sujetos a contratos de arrendamiento, que se terminen rigiendo bajo las reglas propias del Derecho privado y cual si

estas fueran bienes fiscales de la Administración Pública.

Sobre ello deberá tenerse especial cuidado, en el tanto, la vigente Ley General de Contratación Pública define el procedimiento para otorgar en concesión instalaciones públicas; llama la atención que el canon 83 de la ley en materia de compras públicas es preciso en distanciarse de las relaciones de inquilinato, y donde confluye la satisfacción de un interés público para que se brinden servicios complementarios. Bajo tal figura, se concede parte de un bien de dominio público, para que sea empleado en un uso privativo por el cual corresponderá pagar un canon. La misma normativa dispone la posibilidad de revocación de la concesión, con un aviso previo de, al menos, un mes, pero reconociendo la procedencia de indemnización. En el caso de que la Administración pretenda arrendar un inmueble o arrendar un bien fiscal de su propiedad, podrá hacerlo considerando la normativa legal en materia de contratación, pero observando la regulación propia del arriendo de bienes parte del comercio de los hombres.

d) ¿Qué pasa con los salones comunales y espacios recreativos?

Finalmente, deberá tenerse en cuenta que los entes locales que cuentan con gran cantidad de activos municipales suelen terminar pactando con personas jurídicas como lo son las Asociaciones de Desarrollo Comunal u otras organizaciones sin fines de lucro para que puedan usar bienes notoriamente parte del dominio público, como lo son salones comunales o espacios recreativos; inclusive, más allá del uso de tales inmuebles, los entes locales requieren colaboración con la organización o mantenimiento de ese tipo de bienes.

Este tipo de beneficios de orden patrimonial sobre sujetos privados –y que debería encontrarse

respaldada en la demostración de idoneidad previamente– suelen ir más allá del mero permiso de uso en precario, aunque reconocen en su contenido, otras prerrogativas y compromisos de parte de este tipo de sujetos, vinculando los derechos ahí reconocidos a una condición de precariedad; para ello, aparte del otorgamiento del permiso en precario, las instituciones suelen formular una serie de compromisos como los enunciados por la Contraloría General de la República, vinculados al mantenimiento y conservación de esos inmuebles, así como a la expresión de diversos intereses compartidos entre el sujeto que conviene y la Administración Pública local.

Al respecto, se denota que el uso clásico dado al permiso en precario, para usos limitados en el tiempo y típicamente vinculado a usos privativos y goce de los mismos, ha ido evolucionando en razón de la necesidad de las municipalidades de atender particularidades que suscitan en las comunidades; en tales casos, se sostiene que a nivel local, este tipo de acciones se consolida bajo una concurrencia de voluntades que se plasman en un convenio, admitido por el Código Municipal, sin demérito de que, con ello, a su vez, se confieren beneficios a particulares –no necesariamente con lucro– y que se confieren a título precario; en razón de que el ente local se reserva la posibilidad de contemplar la disposición, uso, goce o administración de tales bienes con finalidades distintas, teniendo como norte el interés público o criterios de oportunidad y conveniencia.

En razón de lo anterior, se divisa una necesidad de que, ya sea que las municipalidades acudan o no a la suscripción de convenios para otorgar derechos en precario sobre un salón comunal, sí se debería implementar el análisis previo de idoneidad del permisionario, así que quede claro ya sea en el acto administrativo que otorgue el título habilitante o en el convenio, pero que los derechos sobre el salón comunal no se limitan a

su uso, sino al goce y disfrute en aras de que el bien cumpla de forma simultánea la satisfacción de intereses locales-comunales, y que los recursos que eventualmente puedan generarse a través de dicho bien sean exclusivamente utilizados para el mantenimiento del mismo. Además, que cualquier acción que pueda colocar en detrimento la persecución del fin público ocasionaría la revocación del derecho otorgado.

7. Conclusiones

Tanto las concesiones como los permisos son derechos reales administrativos con contenido distinto y que, dependiendo de las condiciones del bien, se desplegaría ya sea el régimen jurídico asociado a las concesiones, si se trata de un derecho subjetivo estable o el régimen jurídico de los permisos, si se tratase de un derecho en precario, siendo que estos últimos pueden darse tanto para el uso como para el goce y disfrute del bien. Entre ambas figuras, la precariedad, la intensidad de la actividad por desarrollar, así como la discrecionalidad en su otorgamiento y la forma de surgimiento, se destacan como aspectos diferenciales entre ambas figuras, donde la concurrencia de voluntades se aprecia ser un elemento coincidente. Las Administraciones Públicas locales deben tener en cuenta que, si bien es cierto ambos títulos habilitantes pueden extinguirse por revocación, solo en cuanto a las concesiones cabría indemnización a favor del sujeto beneficiado. Finalmente, se invita a través del análisis conceptual y características de tales institutos, a analizar la casuística que se presenta sobre tales figuras en el ámbito local, así como la búsqueda de sistemática y congruencia entre institutos jurídicos.

Bibliografía

I- Libros

Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor;

Comadira, Julio Pablo. 2012. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

González García, Julio. 2015. *Derecho de los Bienes Públicos*: Editorial Tirant Lo Blanch.

Hernández Valle, Rubén. 2008. *Constitución Política de Costa Rica, actualizada, comentada, anotada y con citas de jurisprudencia*. San José: Editorial Juricentro.

Quirós Coronado, Roberto. 1996. *Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitución*. San José: Editorial Aselex.

Marienhoff, Miguel. 1960. *Tratado del Dominio Público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Marienhoff, Miguel. 1988. *Tratado de Derecho Administrativo. Dominio Público*, Tomo V. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

II- Revistas

Alberdi Imas, Luana. 2019. “Derecho real de superficie: una mirada registral aplicada”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*: Universidad Nacional de La Plata, N° 49-2019: 118-138.

Álvarez Hernández, Frank. 2011. “Derechos Reales Administrativos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°126: 66-87.

González Pérez, Jesús. 1957. “Los derechos reales administrativos”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*: Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo VII, N°25-26: 79-114.

Romero Pérez, Jorge Enrique. 1997. “Dominio Público, algunas notas”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°85: 63-83.



III- Tesis de graduación

Fernández Fernández, Edgar. 1994. *Los permisos de ocupación en la Zona Marítimo Terrestre*. Tesis de grado para optar por la Licenciatura en Derecho: Universidad de Costa Rica.

IV- Votos de la Sala Constitucional

Resolución 893-1993 de las 9:33 horas del 20 de febrero de 1993.

Resolución 5789-1994 de las 15:24 horas del 5 de octubre de 1994.

Resolución 5649-2002 de las 14:58 horas del 12 de junio de 2002.

V- Votos del Tribunal Contencioso Administrativo

Resolución 144-1999 de las 9:40 horas del 22 de abril de 1999.

Resolución 264-2010-III de las 10:25 horas del 29 de enero de 2010.

VI- Procuraduría General de la República

Dictamen C-80-1976 del 10 de noviembre de 1976.

Dictamen C-100-1995 del 10 de mayo de 1995.

Dictamen C-026-2001 del 7 de febrero del 2001.

Opinión Jurídica OJ-144-2001 del 2 de octubre de 2001.

Dictamen C-160-2015 del 23 de junio de 2015.

Dictamen C-343-2015 del 9 de diciembre de 2015.

VII- Contraloría General de la República

Oficio DJ-0263-2012 del 16 de marzo de 2012.



EL PAPEL DE LA MUNICIPALIDAD EN EL CIBERESPACIO

Lic. Michael DURÁN ARRIETA. ¹

Palabras claves: ciberespacio, tecnologías de la información y la comunicación, ciberterritorialidad, gobierno local y ciberseguridad.

Key Words: Cyberspace, Information and communications technology, Ciberterritoriality, Local Government and Cybersecurity.

Presentación. El concepto de territorialidad y de lo local es esencial para la teoría clásica del Derecho municipal. Ante el fenómeno llamado sociedad de la información, misma que está caracterizada por nuevas formas de relación e interacción social, gestión y transferencia de datos, producción de bienes y servicios digitales, los cuales son producto de la interconectividad y de procesos digitales que suceden en el ciberespacio, resulta indispensable que los entes gubernamentales entiendan las concepciones de ciberterritorialidad y ciberseguridad como elementos necesarios para entender su papel y perfilar la forma de desarrollar su actividad como administración pública en esta

nueva realidad, así como utilizar el arte de la guerra para la protección de su ciberterritorio.

Abstract: The concept of territoriality and locality is essential for the classic theory of Municipal Law. Given the phenomenon called Information Society, which is characterized by new forms of relationship and social interaction, management and transfer of data and production of digital goods and services, which are the product of interconnectivity and digital processes that occur in Cyberspace, it is essential for governmental entities to understand the concepts of ciberterritoriality and cybersecurity as elements of cybersecurity. Therefore, it is essential that governmental entities understand the concepts of ciberterritoriality and cybersecurity as necessary elements to understand their role and outline the way to develop their activity as Public Administration in this new reality, as well as to use the art of war for the protection of their cyberterritory.

¹ Socio en BSA CONSULTORES SRL, licenciado en Derecho con énfasis en Tecnología, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones, con estudios formales en Auditoría de Tecnologías de la Información y Comunicación en la Escuela de Administración de Negocios de la Universidad de Costa Rica, Analista de Ciberseguridad certificado por Elev8, egresado de la Maestría en Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica, asesor en materia de derecho administrativo en diversas instituciones públicas y gobiernos locales del país.

PRELUDIO: EL CIBERESPACIO, LOS GOBIERNOS LOCALES, LA CIBERTERRITORIALIDAD Y LA CIBERSEGURIDAD

Lo primero que resulta conceptualmente útil para empezar a problematizar sobre el tema propuesto es perfilar un concepto operativo para el Derecho del término ciberespacio. Partiendo desde un punto de vista etimológico con motivo de ilustrar la raíz del concepto, se encuentra que el prefijo "ciber" proviene de la palabra *cibernética* que, a su vez, proviene del griego, tal como explica Valencia Giraldo (2016, p.9): “*La palabra cibernética viene del griego Κυβερνήτης (kybernētēs, el timonel que «gobierna» la embarcación) o sea que se refiere a mecanismos precisos de gobierno y control y en ese sentido fue usada por Platón. En el mismo sentido político-social fue utilizada en 1834 por el físico André-Marie Ampère (1775-1836) para referirse a las ciencias de gobierno en su sistema de clasificación de los conocimientos humanos*”.

Según lo anterior, es posible definirla como el arte de gobernar una embarcación (Breton, 2000) y dentro de esta lógica se debe entender a “la embarcación” como un sistema, siendo este como un conjunto de elementos interrelacionados para lograr un objetivo. En este sentido, el internet sería la vía en la cual navega la embarcación, entendida como una red de transporte interconectada y de acceso público, donde la infraestructura de la información es interoperable y globalmente accesible por medio de la conectividad a esta red.

Así se puede ver cómo el prefijo ciber evoca de primera entrada a los conceptos de sistemas, control, gobierno, navegación y, especialmente, al de la comunicación en seres vivos y máquinas; por lo cual, al anteponerlo al término espacio, se encuentra como idea principal el desvincular al concepto de espacio de su contexto más común sea el físico, que se refiere a la extensión tridimensional que contiene todos los objetos

y en el que ocurren los fenómenos físicos, el cual tiene tres dimensiones: largo, ancho y alto; realidad que no existe en ese ciberespacio con esas características particulares.

Es así como, al hacer referencia al ciberespacio, se habla del espacio virtual o digital en el que se lleva a cabo la comunicación, la interacción y el intercambio de información a través de redes de computadoras y sistemas de información. En esencia, el ciberespacio es, entonces, un espacio de datos interconectado que existe especialmente en la infraestructura de internet, que rompe las barreras del espacio y del tiempo físico, donde se almacena, procesa y comunica información; un terreno poco explorado y que escapa a un control central de los Gobiernos.

Este escapa a un control central de los Gobiernos, por cuanto en esencia el ciberespacio como concepto es etéreo e intangible, y no resultan operativos en esa realidad conceptos clásicos del Derecho como el de soberanía, territorialidad, localidad y temporalidad strictu sensu. López de Anda (2011, p. 80) explica que estas discusiones: “*no se agota con la creación de organismos internacionales de regulación, demanda el diálogo abierto, plural y sistemático entre diversas instancias*”.

Antes de alarmarse por esa conclusión adelantada, es necesario ver que la disciplina jurídica no es ajena a este tipo de nociones etéreas y abstractas que logran ser operativas, tales como los conceptos de justicia y el propio concepto de interés público; dado que el derecho como fenómeno también puede ser entendido como una disciplina intangible al menos en su base axiológica y normativa. Nótese que el concepto central de ordenamiento jurídico tampoco puede ser encontrado en el espacio físico, dado que ese universo axiológico de valores, principios y normas es inmaterial y está en un entorno humanamente construido, con sus

respectivas reglas de funcionamiento interno y sus limitaciones en la aplicación de la realidad física, por lo cual conceptualmente no resulta imposible operativizar para ser utilizados en el derecho, conceptos como el de ciberespacio.

Una vez sentadas estas bases, se encuentra la pertinencia de preguntarse: ¿cuál es el papel que debe desarrollar un gobierno local en el ciberespacio?, dado que, en un análisis clásico, se encuentra que estas ejercen sus potestades de imperio y prestan servicios públicos en la limitación de un espacio físico, normalmente ligado a un territorio geográficamente determinado. Esto es parte de la propia esencia del concepto de gobierno local.

El cuestionamiento, entonces, resulta de gran relevancia en el contexto del ejercicio de los municipios como sujetos de Derecho público, en el cual el concepto de territorialidad se erige como un principio que establece los límites dentro de los cuales una autoridad administrativa tiene jurisdicción y competencia para ejercer sus funciones y tomar decisiones.

Esto significa que una entidad administrativa, ya sea a nivel local, regional o nacional, tiene la autoridad y la responsabilidad de administrar y regular asuntos específicos dentro de su territorio designado. Así se han construido conceptos clásicos del derecho como el de soberanía y el de autonomía municipal, cuya concepción resulta entrar en crisis ante esta nueva realidad del ciberespacio, por ejemplo, Peña (2007) afirma: “*En el ciberespacio no existen tratados de soberanía y principios de territorialidad, el acceso se desliga de viejos parámetros de nacionalidad*” (p. 18).

En este punto, se debe hacer énfasis en el concepto de territorialidad. Velasco Rico (2009) explica la función del territorio como límite del poder de las organizaciones jurídico-públicas de

base territorial, siendo que este ha sido utilizado clásicamente en el Derecho público para definir la extensión de las competencias y responsabilidades de una entidad administrativa y, a su vez, establecer limitaciones al ejercicio del poder para la toma de decisiones y la ejecución de políticas públicas en una determinada área geográfica. Siendo esta la clave en la que el concepto debe ser reevaluado, para comprender el papel que juegan los entes públicos en esta nueva realidad. Así las cosas, para hablar de la municipalidad, en el contexto del ciberespacio, debe reevaluarse el concepto de territorialidad, separando de alguna manera la jurisdicción territorial, del ejercicio de las competencias para el cumplimiento de los fines locales.

Para ejemplificar esta redefinición, resulta útil enfocar la mirada, para ver la legislación a la luz de los avances tecnológicos. Así, es posible empezar por reevaluar el numeral 3 del Código Municipal (1998), mismo que indica:

*“Artículo 3. - La **jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, cuya cabecera es la sede del gobierno municipal. El gobierno y la administración de los intereses y servicios cantonales estarán a cargo del gobierno municipal. La municipalidad podrá ejercer las competencias municipales e invertir fondos públicos con otras municipalidades e instituciones de la Administración Pública para el cumplimiento de fines locales, regionales o nacionales, o para la construcción de obras públicas de beneficio común, de conformidad con los convenios que al efecto suscriba**”.* (El destacado es propio)

En este caso, si se entiende que la jurisdicción de la municipalidad es el cantón respectivo, es incontrovertible que esta se refiere a un espacio físico bajo el concepto clásico de territorialidad antes citado; cuestión que no permite por medio

de interpretación ser extendida o variada.

No obstante, lo que sí puede y en el contexto actual debe ser entendido de forma amplia y comprensiva es el elemento teleológico en la forma de actividad y el ejercicio de las competencias de los gobiernos locales; adaptando entonces el concepto jurídico indeterminado de interés público local o de fines públicos locales, como algo que traspasa y trastoca el concepto de territorialidad, para dejar de estar dirigido solo a un espacio físico geográfico.

Esto es posible, en el tanto el tema del cumplimiento de fines, la protección de los intereses y la prestación de servicios cantonales o locales no están ligados específica y necesariamente al entorno o espacio físico donde se ejerce la jurisdicción, por cuanto cada día más estos intereses y fines están inmersos o relacionados con el ciberespacio, convirtiéndose en una realidad de la cual la municipalidad y sus administrados no pueden escapar. Interpretación que se liga de manera indefectible a lo establecido en el numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública (1978) en el tanto indica:

*“Artículo 4º.-La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su **continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio** en el régimen legal o en **la necesidad social que satisfacen** y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios”.* (El destacado es propio)

Esto es así porque, a medida que la tecnología y la digitalización se han vuelto cada vez más prominentes en la sociedad, resulta indispensable la adaptación paulatina de la actividad municipal en esta nueva interacción, para proporcionar servicios a través del entorno digital y proteger el interés público local; sin olvidar la distinción

primaria de la actividad administrativa en actividades de fomento, control o policía y prestacional; más su adaptación complementaria que refuerza su capacidad explicativa, ordenadora y dogmática que incluye la actividad de garante y regulatoria, en las cuales se puede perfilar con alguna facilidad toda la actividad administrativa de una municipalidad en el ciberespacio.

Dentro de estas acciones públicas, se encuentran múltiples ejemplos, tales como la digitalización de trámites y gestiones en línea, la videovigilancia, la creación de plataformas de participación ciudadana con incidencia directa en la toma de decisiones, la instauración del gobierno abierto, plataformas electrónicas para la recepción de mensajes, denuncia o reporte de problemas de índole pública, plataformas para la coordinación interadministrativa de atención centralizada de solicitudes administrativas, entre muchas otras actividades administrativas de carácter público que pueden ser realizadas en línea; las cuales resultan verse reflejadas como un impacto sistemático e inevitable de la disrupción digital, tal como lo explica la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2021, pp. 11-13).

No obstante, es necesario destacar que, para actuar en el ciberespacio, las municipalidades deben considerar como vitales aspectos de seguridad y privacidad de la información, protección de la infraestructura tecnológica, la planificación y diseño especializado y cuidadoso de los servicios tecnológicos basados en experiencia y evidencia. Dado que no se trata solamente de trasladar sus procesos al entorno digital, sino que esta transformación debe suponer una ventaja o valor al momento de su virtualización, por cuanto no son pocos los problemas que se presentan cuando no existe una visión, planificación y gestión correcta del cambio.

Además de lo anterior, desde la perspectiva de los ciudadanos a los que se le prestan los

servicios en línea, el ente local debe asegurar que los servicios en línea sean accesibles, tal como lo referencia la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2021, p.47). Estos deben ser utilizables por una amplia gama de usuarios, incluyendo aquellos con diferentes niveles de habilidades digitales, pero sin perder el control de su infraestructura tecnológica y el gobierno de los datos que debe proteger en el ciberespacio, por lo cual resulta necesaria la introducción del concepto de ciberterritorialidad.

Por lo anterior, la ciberseguridad resulta central para desarrollarse en el ciberespacio, entendida aquella como una disciplina que pone énfasis en la protección de los derechos de las personas en las interacciones, transacciones y comunicaciones que se despliegan a través de redes de comunicación y sistemas de información. Es decir, en el entorno digital donde se almacena, procesa y comunica información, sea el ciberespacio, y específicamente en su ciberterritorio, en protección de la infraestructura crítica, donde las amenazas pueden atacar contra el suministro de servicios públicos, tal como lo indica la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2021, p.83).

Es así como, aplicado al Derecho administrativo, se puede ensayar el concepto de ciberterritorialidad como un término que hace converger las nociones de ciberespacio y territorialidad, y se refiere a la extensión de la autoridad y la influencia de un ente de gobierno a través de su actividad en internet. Implica la capacidad de regular y gobernar las actividades que ocurren en línea con su participación y normalmente en su infraestructura tecnológica, abarcando la prestación de servicios digitales.

Este concepto de ciberterritorialidad, desarrollado por Ruiz, M. (2018) con motivo de su aplicación en el Derecho procesal penal, se ensaya para hacerlo operativo en el Derecho

público y, específicamente, en el Derecho municipal, reconoce que, en la era digital actual, la soberanía estatal y la autonomía municipal en la administración de asuntos locales se expanden más allá del espacio físico, abriendo nuevas posibilidades y desafíos en la relación entre entidades públicas y ciudadanos que sucede en el entorno digital, específicamente, a través de internet.

Es así como la ciberterritorialidad emerge como un concepto crucial para entender la interacción entre los gobiernos locales y los administrados en el espacio virtual, entendiendo la extensión de la competencia local de la municipalidad al ciberespacio, destacando tanto las oportunidades como los retos y provocaciones que surgen al expandir su presencia y servicios hacia el ciberespacio.

De lo dicho, es necesario destacar que, a pesar de la expansión hacia el ciberespacio, es esencial recordar que la territorialidad física sigue siendo fundamental. La ciberterritorialidad no reemplaza la importancia de la administración efectiva de espacios físicos locales ni compite con ella, sino que complementa y enriquece la interacción entre el gobierno y la comunidad en nuevos ámbitos de una realidad atemporal y deslocalizada geográficamente.

Por lo tanto, la ciberterritorialidad representa una evolución en la forma en que los gobiernos locales interactúan con sus ciudadanos y administran sus territorios. Al abrazar la expansión hacia el ciberespacio, los gobiernos locales tienen la oportunidad de ofrecer servicios más eficientes y accesibles, promover la participación ciudadana y mejorar la transparencia. Sin embargo, este avance no está exento de desafíos, particularmente en términos de seguridad y privacidad. En última instancia, una estrategia equilibrada que integre lo digital y lo físico permitirá a los gobiernos locales prosperar en la era de la ciberterritorialidad, para

promover el bienestar y la calidad de vida de la comunidad que sirven, es decir, protegiendo el interés público local.

De esta forma, la municipalidad se convierte en una entidad clave para la gestión de su ciberterritorio y por derivación lógica necesaria, de la implementación de ciberseguridad a nivel local, como primer nivel de defensa contra amenazas cibernéticas que puedan afectar a la comunidad que sirve.

LA NECESIDAD DE INTEGRACIÓN DE LAS CAPAS 8, 9 Y 10 EN EL MODELO OPEN SYSTEMS INTERCONNECTION (OSI) PARA ENTENDER EL PAPEL DE LOS GOBIERNOS LOCALES EN EL CIBERESPACIO

Una vez puestas en crisis las concepciones jurídicas, resulta necesario también poner de manifiesto la crisis en las concepciones técnicas, para poder entender la actividad de las administraciones públicas y el papel regulador del derecho en el internet.

El Modelo de Sistemas de Interconexión Abiertos (por sus siglas en inglés OSI) es una guía o modelo conceptual que describe y desagrega de manera analítica los componentes de la comunicación de datos a través de redes. Asimismo, describe cómo se hace posible la transmisión entre remitentes y destinatarios en este modelo de comunicación, lo que pone de manifiesto un punto de vista del funcionamiento técnico de esta comunicación a través de una división de siete capas.

Cada capa tiene una función específica, se comunica y funciona al interactuar de manera directa con las capas que tiene “encima” y “debajo”. Claramente, el modelo OSI es meramente conceptual en una abstracción técnica, que muestra cómo se posibilitan las comunicaciones en una red, desde sus componentes físicos y virtuales. Por lo cual, se realiza un repaso muy somero de este modelo para proceder a explicar la propuesta del profesor Peter Swire (2018), en torno a la inclusión conceptual de tres capas denominada “capas sociales” al modelo, como propuesta para enseñar los aspectos organizativos, jurídicos y diplomáticos de la ciberseguridad.

Tabla 1: Capas técnicas del modelo OSI

Número de capa	Función en el modelo
Capa 1: La capa física	Esta es la que actúa directamente en la operación de los equipos físicos y la que facilita la transferencia de datos, tales como cableado, conmutadores, enrutadores y puntos de acceso, que realizan su comunicación por medio de estándares, los que hacen posible la comunicación entre dispositivos de diversos fabricantes.
Capa 2: La capa de enlace de datos	La capa de enlace de datos es la responsable de ordenar la transferencia de información en la misma red, donde el enlace de datos convierte los paquetes recibidos en la capa de red en marcos,

	siendo la responsable del control de los errores y el flujo de datos para garantizar una correcta transmisión.
Capa 3: La capa de red	La capa de red es la encargada de adecuar los datos en tránsito entre diversas redes físicas, técnicamente es la que divide los datos en el equipo de quien remite y los recompone en el dispositivo del destinatario.
Capa 4: La capa de transporte	Esta capa es la responsable del control de la velocidad de transmisión de los datos, comunicando la capa de red con la capa de sesión, encargándose de generar una comunicación transparente y segura entre dos sistemas. Puede fragmentar los datos en un paquete de menor tamaño y los segmentos más pequeños contienen información de encabezado que los identifica y permite que estos puedan volver a ser ensamblados en el dispositivo de destino.
Capa 5: La capa de sesión	Para que se dé la comunicación entre dispositivos, se requiere una aplicación responsable de crear una sesión, siendo esta un espacio único para el usuario, que lo identifica en el servidor remoto, siendo la sesión la que se encarga de garantizar que los archivos se transfieran de forma completa, y de que la retransmisión se restablezca si los datos están incompletos, al estar ligada la transmisión a la sesión. Esta transferencia hace más eficiente la comunicación sobre la red.
Capa 6: La capa de presentación	Esta capa es la encargada de preparar los datos con motivo que estos sean mostrados al usuario de manera ordenada, resulta ser la responsable de la codificación y decodificación de los datos para presentarlos a modo de información en texto simple o plano.
Capa 7: La capa de aplicación	Es la capa más familiar para los usuarios no técnicos y la que permite la comunicación directamente con el humano, por medio de la interfaz que se ejecuta utilizando protocolos de comunicación entre servidores web y los navegadores.

Fuente: Elaboración propia.

En la noción de sistema basado en capas, existe el concepto central de unidad de datos del protocolo, que actúa como unidad básica usada en el modelo de interconexión de sistemas abiertos.

Hasta aquí se han abordado las capas técnicas, y por decirlo de alguna manera las consideradas como clásicas, en las cuales no existe una conexión directa entre derecho, administración pública y ciberespacio.

Por lo anterior, en el mundo de lo jurídico, se ha propuesto introducir tres capas que escapan

de los elementos técnicos, dado que se vinculan más al ámbito organizacional, gubernamental e internacional desde una perspectiva jurídica. Cuya propuesta de inclusión en el modelo OSI ha sido desarrollada por el profesor norteamericano experto en Derecho, Ciberseguridad y privacidad, Peter Swire (2018), quien propone la inclusión de las capas 8, 9 y 10 adicionales a las 7 capas técnicas, para entender el ciberespacio y la ciberseguridad fuera de los estándares meramente técnicos, y trasladarlos al ámbito de organización social, así como vincularlas con el Derecho. Tal como se referencia en la tabla 2.

Tabla 2: Propuesta de capas de organización social

Número de capa	Función en el modelo
Capa 8: Organizacional.	Propone entender a la organización misma como una capa del modelo, que tiene la función de gestionar sus riesgos en el ciberespacio, diseñar e implementar acciones y políticas para desarrollar su actividad en el ciberespacio. Incluye la concientización y el dictado de reglas de comportamiento de los individuos que forman parte de la organización respecto a la ciberseguridad, así como la importancia de mantener una actitud vigilante ante posibles amenazas.
Capa 9: Gobierno.	Esta capa se desarrolla a nivel del Gobierno nacional, en la cual se encuentra la creación de leyes y políticas de aplicación general. Esta capa se centra en la regulación de cómo las personas y las organizaciones interactúan con la tecnología y los sistemas de información, fijando derechos y deberes de los usuarios del ciberespacio, con los respectivos efectos jurídicos de su actividad o comportamientos en línea.
Capa 10: Nivel internacional.	Esta capa resulta comprender el nivel de acuerdos y protocolos internacionales de aplicación internacional, tales como el Convenio de Budapest, lo que implica una colaboración internacional para la comprensión profunda de los riesgos cibernéticos y una actitud proactiva para prevenir

	amenazas que desestabilicen la paz y la seguridad internacional.
--	--

Fuente: Elaboración propia.

Claramente, en la inteligencia de entender a estas tres capas adicionales como parte del modelo, se debe fijar al concepto de unidad de datos del protocolo, para mantener la coherencia mediante una unidad básica. El doctor Peter Swire (2018, p.25) propone que estas deben estar regidas o relacionadas directamente con un acuerdo o expresiones de voluntades, en la capa 8 por los contratos, en la capa 9 por las leyes y en la capa 10 por los acuerdos diplomáticos.

Estos acuerdos de voluntades, los cuales son una unidad central para el derecho, resultan operativos en cada una de sus capas, siendo que, para las organizaciones de carácter público, como las municipalidades, se pueden incluir los actos administrativos, como parte de la capa 8. Lo que justamente, a un nivel organizacional del sector público, se vincula con la capa 9 a través de las leyes que los fundamentan a nivel nacional y esta, a su vez, con la capa 10 a través de los acuerdos y protocolos internacionales que podría suscribir el país en materias relacionadas con la actividad en el ciberespacio.

En este punto, es necesario indicar también que, en esta capa 8, hay una condición específica para las organizaciones de carácter público, quienes deben reglar de manera adecuada su interacción en línea, cuando no haga uso de su propia infraestructura tecnológica; dado que es común en la actualidad, ver actividad de entes públicos mediante el uso de plataformas, tales como redes sociales, sobre las cuales la organización en la capa 8 no tiene la condición de autoridad o gobierno.

Siendo que en estas plataformas actúan como

un usuario más con su capacidad de derecho privado, acorde con la facultad dada por el artículo primero de la Ley General de la Administración Pública, aceptando las reglas previstas por la aplicación, a través de contratos tecnológicos. Por lo que se debe tener también regulación interna para poder operar de manera correcta en estos entornos en los que no se comportan o tienen la capacidad de derecho público ni uso de sus potestades de imperio y, por lo tanto, no tiene la capacidad coercitiva de imponer su autoridad; dado que está en un “espacio” ajeno a su competencia como ente público, lo cual sería también parte del ciberespacio, pero no de su ciberterritorio.

En virtud de todo lo dicho, es necesario, entonces, que la municipalidad, como ente de derecho público con capacidad además de derecho privado, establezca su modelo de gobernanza en el ciberespacio, entendiendo su posición y capacidad de acción sobre la capa 8, regulando su actividad a través de procedimientos, reglamentos y políticas.

Es importante destacar que, así entendidas, estas capas resultan cruciales en el entorno de la ciberseguridad, ya que incluso las defensas tecnológicas más avanzadas pueden ser eludidas, si los usuarios, las organizaciones y los Estados no están conscientes de las amenazas o no siguen buenas prácticas de seguridad y no fortalecen su postura de seguridad en línea. Además, resultan operativas en el sistema OSI, para fomentar una cultura de seguridad cibernética que promueva la responsabilidad compartida entre todos los miembros de una organización, una sociedad o la comunidad internacional. Por lo cual, la

introducción de las capas 8, 9 y 10 enfatizan la importancia de los factores humanos y sociales en la protección de la información, además, resultan esenciales para complementar las medidas tecnológicas y construir una defensa integral contra las amenazas en línea, tal como resalta la OEA, BID (2020 p. 39).

APLICAR EL ARTE DE LA GUERRA PARA PROTEGER EL CIBERTERRITORIO DE LOS GOBIERNOS LOCALES

La introducción de los conceptos de ciberterritorialidad y ciberseguridad al ámbito de lo municipal plantea grandes desafíos, los cuales requieren de una capacidad estratégica casi militar en el ciberespacio.

En virtud de lo anterior, es posible que, para abordar el concepto de ciberterritorio, resulte útil echar mano de la obra clásica de estrategia militar el Arte de la Guerra, escrita por Sun Tzu en el siglo V a.C. Dado que el concepto de territorialidad y las estrategias para su defensa ahí expuestas pueden ser adaptadas también, traspasando las fronteras físicas para adentrarse en el ciberespacio.

En este último apartado, se pretende adaptar las enseñanzas sobre la territorialidad expuestas en el Arte de la Guerra, para estudiar cómo estas pueden ser aplicadas y reinterpretadas en el contexto del ciberespacio que, tal como se ha revisado, resulta ser un escenario cada vez más relevante en el ámbito del derecho público, el ordenamiento jurídico, la seguridad y la geopolítica.

El concepto de territorialidad en el *Arte de la Guerra* pone énfasis en la importancia de conocer y controlar el terreno en el que se libra una batalla. Implica la comprensión de la geografía, el clima, los recursos y las ventajas estratégicas de un lugar. Sun Tzu (2022) enfatiza que quien domina el terreno tiene una ventaja crucial en la

confrontación, el artículo X reza en su inicio: “*En la superficie de la tierra, no todos los lugares son equivalentes. Debes huir de algunos y buscar otros; pero tienes que conocerlos todos a la perfección*” (p.77).

Siendo que el ciberespacio resulta ser un nuevo ámbito en el que se libran batallas de información y ciberseguridad, la territorialidad se transforma en el conocimiento y control de la red, los sistemas, la infraestructura y la información digital. Los actores en el ciberespacio buscan obtener ventajas estratégicas a través del acceso y la manipulación de estos elementos, por lo cual una municipalidad debe conocer y controlar su infraestructura tecnológica como parte de su ciberterritorio.

Tal como se ha visto a lo largo de este estudio y lo indica claramente López de Anda M. (2011), la naturaleza virtual, sin fronteras y atemporal del ciberespacio, dificulta la definición clara del territorio digital y, por lo tanto, hace más complicada la atribución de responsabilidades y la fijación de acciones de protección. Además, la constante evolución tecnológica exige una adaptabilidad y actualización constante de las estrategias de ciberseguridad.

Por lo anterior, el concepto de ciberterritorialidad se convierte en un componente crítico de la estrategia de la municipalidad en su actividad en línea, dado que como organización que actúa en la capa 8 del modelo OSI ampliado, debe comprender su conexión con las capas técnicas y con las demás capas sociales, realizando una especie de topografía digital, para poder identificar vulnerabilidades y proteger los activos digitales, así como mantener una ventaja competitiva. Esto incluye la defensa contra ciberataques, la protección de la información sensible, la capacidad de respuesta ante incidentes y las demás obligaciones que sean impuestas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional,

lo cual genera un desafío principalmente en adaptación y mejora continua y sostenida de sus capacidades digitales.

Es así como se puede decir que la territorialidad, como principio fundamental en el *Arte de la Guerra*, puede ser reinterpretada para encontrar una nueva dimensión en el ciberespacio. La ciberterritorialidad como concepto puede convertirse en un elemento de sentido crucial en el desarrollo de la estrategia de ciberseguridad, con implicaciones en la protección de la información y la defensa contra ciberamenazas.

Sun Tzu (2022, p.48) también destaca la necesidad de la flexibilidad y la adaptación en la estrategia. En el contexto del ciberespacio, esta premisa se traduce en la capacidad de ajustar continuamente las defensas en función de la evolución de las amenazas y de las tecnologías, así indica el artículo IV: *“El agua, en su movimiento, sigue la situación del terreno en el que corre. Asimismo, tu ejército debe adaptarse al terreno sobre el que se mueve (...) El General hábil sacará partido incluso de las circunstancias más peligrosas y críticas. Sabrá hacer tomar la forma que quiera no solo al ejército que dirige, sino incluso al de su enemigo”*.

No se trata solo de contar con robustas barreras digitales, sino de estar preparados para responder rápidamente a incidentes y de mantenerse actualizado respecto a las últimas tendencias y técnicas utilizadas por ciberdelincuentes; lo que requiere necesariamente la vinculación de las capas técnicas del modelo OSI con las tres capas sociales propuestas por el profesor Swire (2018).

La defensa de un organismo público en el ciberespacio también guarda una estrecha relación con otros principios expuestos por Sun Tzu (2022, p. 28), al indicar en su artículo III: *“Conoce a tu enemigo y conócete a ti mismo. Aunque tuvieras que sostener cien guerras, cien veces obtendrás*

la victoria”. En el contexto cibernético, esto se traduce en comprender las vulnerabilidades propias y las posibles amenazas digitales que enfrenta la institución pública. Es esencial identificar los puntos débiles y anticiparse a las tácticas que un adversario podría emplear para vulnerar la seguridad digital.

Otro punto relevante es la importancia de la información y su manipulación, Sun Tzu (2022, p.47) enfatiza que la información precisa y oportuna es esencial para la toma de decisiones. En el ciberespacio, esto se traduce en la necesidad de garantizar la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información, principios fundamentales de los sistemas de seguridad de la información. Para Sun Tzu, el proteger su información de relevancia y conocer la del adversario es clave para tener el control de las situaciones, en el ciberespacio la información es el activo principal, por lo cual debe ser cuidada con recelo. El principio de la sorpresa es también crucial en la defensa del ciberterritorio. Sun Tzu (2022) sugiere la importancia de mantener ocultas las intenciones y capacidades propias, lo cual se traduce en la necesidad de mantener actualizada y protegida la infraestructura digital, de manera que un atacante potencial no pueda penetrar fácilmente las defensas ni conocer las estrategias de seguridad.

El principio de la economía de recursos también es relevante en la ciberdefensa. Sun Tzu (2022, pp. 20-21) acentúa la importancia de utilizar los recursos de manera eficiente y de evitar el derroche. En el ámbito digital, esto significa priorizar las inversiones en ciberseguridad de acuerdo con la criticidad y el riesgo asociado a los activos digitales y las capacidades financieras de cada entidad.

De esta manera, se ve cómo la aplicación del concepto de ciberterritorialidad en el ámbito del derecho público implica que la administración

pública entienda cómo proteger su "territorio digital", que abarca desde la infraestructura tecnológica hasta los datos y servicios digitales que proporciona. Esto contribuye a fortalecer la seguridad cibernética a nivel local y a crear un entorno digital seguro y confiable para la comunidad, así como convertirse en una primera línea de defensa para garantizar la ciberseguridad, dentro de su papel en la capa 8 del modelo OSI ampliado.

EPÍLOGO: ENSAYANDO LA RESPUESTA AL PAPEL DEL GOBIERNO LOCAL EN EL CIBERESPACIO

Luego de realizar una labor consciente y arriesgada de adaptación de principios jurídicos como el de soberanía, territorialidad, autonomía municipal e interés público local, para operativizar su función en el ciberespacio, exponer la adaptación propuesta para la inclusión de niveles sociales en el modelo OSI propuesta por el profesor Swire (2018), abandonando la concepción de las capas meramente técnicas de dicho modelo, y adaptar una obra clásica al ámbito del ciberespacio y la ciberseguridad, es posible ensayar una respuesta para la pregunta: ¿cuál es el papel que debe desarrollar un gobierno local en el ciberespacio?

Para contestar, se debe recordar someramente lo aquí estudiado e indicar de entrada, que la aplicación efectiva de la autonomía municipal en el ciberespacio es un desafío continuo, debido a la naturaleza global de las redes y sistemas digitales, así como la constante noción que lleva a entender la competencia de la municipalidad como ubicada o limitada a lo local en un espacio físico.

En este sentido, si el ciberespacio rompe los conceptos de tiempo y espacio físico porque las interacciones y amenazas en este entorno operan en una escala y velocidad que superan los límites físicos tradicionales, resulta vital el cambio de

concepción acerca del ejercicio de la competencia municipal en su elemento teleológico, ampliando el margen de actividad al ciberespacio, en aras de garantizar del interés público local. Esto implica entender la necesaria adaptación de la actividad administrativa del municipio en el ciberespacio, dado que, en ese espacio etéreo e intangible, hay intereses públicos locales que deben ser tutelados y protegidos; por lo cual se deben diseñar e implementar procesos y estrategias ágiles, adaptativas y conscientes para hacer frente a los desafíos que presenta ese entorno digital dinámico y complejo, además, garantizar como pilares la protección de la infraestructura tecnológica municipal y el efectivo gobierno de la información y de los datos que utiliza la municipalidad como ente público, implementando acciones para su confidencialidad, disponibilidad e integridad.

Es aquí donde la aplicación del concepto de ciberterritorialidad en el ámbito municipal implica que la administración local debe entender y proteger su "territorio digital", que abarca desde la infraestructura tecnológica hasta los datos y servicios digitales que proporciona; es decir, cubre toda su actividad administrativa en línea. Si se logra comprender y operativizar este concepto, se contribuiría a fortalecer la seguridad cibernética a nivel local y a crear un entorno digital seguro y confiable para la comunidad global (OEA, BID, 2020, p. 26).

El papel de la municipalidad se da en la capa número 8 del modelo OSI, que propone entender al propio ente municipal como una capa del modelo, con la función de gestionar los riesgos en el ciberespacio, diseñar e implementar acciones y políticas para desarrollar su actividad en línea, incluyendo la concientización y el comportamiento de los individuos de la organización respecto a la ciberseguridad, así como poner énfasis en mantener una actitud vigilante ante posibles amenazas, conectando con la regulación nacional e internacional que regula su actividad y la de los

demás usuarios de internet. Lo que demuestra la capacidad para proteger la información y la infraestructura digitales como parte de la defensa de su ciberterritorio.

CONCLUSIONES

En el contexto del ciberespacio, el gobierno local asume un rol crucial como organización que actúa en la capa 8 del modelo OSI ampliado. Su labor implica la protección de elementos vitales para el funcionamiento de la comunidad en línea. Esto incluye la salvaguarda de infraestructura esencial como redes de comunicación y sistemas informáticos, que son fundamentales para la administración y prestación de servicios digitales a los ciudadanos, y la gestión de sus riesgos en el ciberespacio, diseñando e implementando acciones específicas, procesos, políticas y reglamentos para regular su actividad en el ciberespacio.

Sin duda, la noción de ciberterritorialidad añade una dimensión crucial a la labor del gobierno local en el ciberespacio. Al obligarlo a comprender y proteger su "territorio digital", que abarca desde la infraestructura tecnológica hasta los datos y servicios digitales que proporciona, si esto se logra, el gobierno local asegura un entorno en línea seguro y confiable para la comunidad. Esta perspectiva no solo garantiza la integridad de los recursos digitales locales, sino que también facilita la coordinación con otras instituciones y niveles de gobierno en la protección de intereses comunes en el ciberespacio, reforzando así la seguridad cibernética a nivel local y contribuyendo al desarrollo de un espacio digital más seguro a nivel global.

En resumen, el papel del gobierno local en el ciberespacio es multifacético y abarca desde la salvaguarda de infraestructuras críticas hasta la promoción de la innovación segura, pasando por la educación y la colaboración interinstitucional,

la gestión de datos y la respuesta ante emergencias cibernéticas. En última instancia, el gobierno local debe erigirse como un guardián de confianza en su ciberterritorio, velando por el bienestar y la seguridad de sus ciudadanos en este entorno cada vez más interconectado.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

Beah, G., & Yáñez, A. 2017. *Introducción a los Contratos Tecnológicos*. Editorial Tecnológica de Costa Rica.

Breton, P. 2000. *La utopía de la comunicación: el mito de la aldea global*. Buenos Aires: Nueva Visión.

Peña, D. 2007. *Responsabilidad civil en la era digital*. Universidad Externado de Colombia.

Sun Tzu. 2022. *El Arte de la Guerra*. Editorial Alma.

Revistas:

López de Anda M. 2011. M. "Epistemologías del ciberespacio." *Virtualis* No. 4, julio- diciembre 2011. <https://www.revistavirtualis.mx/index.php/virtualis> .ISSN: 2007-2678.

Siles, I. 2007. "Cibernética y sociedad de la información: el retorno de un sueño eterno." *Signo y Pensamiento*, 26(50), 84-99.

Swire, P. 2018. "Privacy and Security: A Pedagogic Cybersecurity Framework." SRNN, Georgia Tech Scheller College of Business Research Paper No. 18-42.

Valencia A. 2016. "La ingeniería, la transhumanidad y la posthumanidad" *Revista Ingeniería & Sociedad*, Universidad de Antioquia, No. 11.

Recursos electrónicos:

social. Elaboración propia.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2021. *Tecnologías digitales para un nuevo futuro* (LC/TS.2021/43). Santiago. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/879779be-c0a0-4e11-8e08-cf80b41a4fd9/content> (Consultado el 5 de septiembre de 2023).

OEA, BID. 2020. *Ciberseguridad, Riesgos, Avances y el Camino a Seguir en América Latina y el Caribe*, Reporte Ciberseguridad. <https://publications.iadb.org/es/reporte-ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-america-latina-y-el-caribe> (Consultado el 8 de agosto de 2023).

Ruiz, M. 2018. “Ciberterritorialidad: ¿Un nuevo principio de aplicación espacial de la ley penal?”. *Microjuris.com*. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/11/06/ciberterritorialidad-un-nuevo-principio-de-aplicacion-espacial-de-la-ley-penal> (Consultado el 23 de agosto de 2023).

Trabajos Académicos:

Velasco, C. 2009. *Competencias autonómicas y puntos de conexión*. Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra.

Legislación:

Código Municipal de Costa Rica, 1998. Gaceta N°: 94 del: 18 de mayo de 1998.

Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, 1978. N° Gaceta: 102 del: 30 de mayo de 1978, Alcance: 90.

Tablas:

Tabla 1: Capas técnicas del modelo OSI. Elaboración propia.

Tabla 2: Propuesta de capas de organización



LA REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO EN COSTA RICA

Por Dr. Celín ARCE GÓMEZ¹

Resumen. Los fundamentos del régimen del empleo público de Costa Rica se encuentran en la Constitución Política de 1949. A pesar de que se quiso que existiese tan solo un estatuto de la función pública, lo cierto es que existen múltiples normas en todo el Estado, lo que degeneró en regímenes diversos que conceden privilegios muy desproporcionados. La crisis de las finanzas del Estado aceleró la aprobación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas que introdujo cambios sustanciales y de largo plazo en el empleo público y sentó las bases para un régimen general en toda la administración pública.

Palabras clave: Constitución Política, empleo público, diversidad de regímenes, crisis fiscal, restricción de derechos, Código de Trabajo, convención colectiva, salarios.

Abstract: The foundations of the public employment regime of Costa Rica are found in the Political Constitution of 1949. Although it was intended that there was only one civil service statute, the fact is that there are multiple norms throughout the State, which degenerated into very diverse regimes that grant very disproportionate privileges. The crisis in the State's finances accelerated the approval of the Law to Strengthen Public Finances, which introduced substantial and long-term changes in public employment and laid the foundations for a general regime throughout the public administration.

Keywords: Political Constitution, public employment, diversity of regimes, fiscal crisis, restriction of rights, Labor Code, collective agreement, wages.

¹ Abogado costarricense. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Público.

Introducción

El régimen del empleo público en Costa Rica inicia con la promulgación de la Constitución Política (CP) de 1949 aún vigente, la cual estipula que un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración (art.191). A pesar de que dice que existirá uno solo, lo cierto es que existen muchos estatutos de la función pública, ya que el Poder Legislativo, la Contraloría General, las municipalidades, el Poder Judicial, el TSE y las instituciones autónomas cuentan con su propio estatuto, los que varían en su contenido y alcances, siendo el primer estatuto -que se considera como fuente jurídica general en la materia-, el Estatuto de Servicio Civil que rige primordialmente para el gobierno central.²

Desde la entrada en vigor de la CP de 1949, la reforma más profunda al régimen del empleo público se lleva a cabo con la aprobación de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635, del 03/12/2018³, reforma que se consolida con la Ley Marco de Empleo Público, No. 10.159, del 08/03/2022⁴.

A partir de lo anterior, el presente artículo tiene como objetivo dar a conocer, en términos generales, las modificaciones más importantes que introducen dichas leyes y las motivaciones que indujeron al legislador a su aprobación.

LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS

Esta ley contiene varias partes de las cuales interesa el título III que es el que introdujo las reformas al régimen del empleo público.

² Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953.

³ Publicada en la Gaceta 225 del 04/12/2018 Alcance: 202

⁴ Publicada en la Gaceta 46 del 09/03/2022 Alcance: 50

A. Ámbito de aplicación de la reforma

La reforma al empleo público se aplica a la Administración central, entendida como el Poder Ejecutivo y sus dependencias, así como todos los órganos de desconcentración adscritos a los distintos ministerios, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, además de las dependencias y los órganos auxiliares de estos. Igualmente, se aplica a la Administración descentralizada que comprende las instituciones autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado y municipalidades (art. 26).

El reglamento de este capítulo agrega que la administración descentralizada comprende, además, a las universidades públicas y la Caja Costarricense del Seguro Social.⁵

Es una ley que se aplica, entonces, a todo el Estado costarricense con lo cual pretende dar un marco general en materia de empleo público y evitar así disparidades y hasta privilegios injustificados en ciertos sectores de la administración.

Esta ley fue impulsada con la clara intención de someter a criterios uniformes todo lo concerniente a la política salarial de la Administración Pública y superar, por fin, el archipiélago jurídico que se consolidó a lo largo del tiempo. La Sala Constitucional (SC) desde el año 1994 ya había indicado que el legislador está facultado para definir las condiciones generales de trabajo que deben imperar en toda la administración pública y que la política de salarios de Gobierno es parte

⁵ “Por Administración descentralizada, se entenderá a todas las instituciones autónomas y semiautónomas, empresas públicas del Estado, universidades públicas, municipalidades y la Caja Costarricense del Seguro Social”. Art. 3 D.E. No. 41564 del 11/02/2019. Por otro lado, las universidades interpusieron una acción de inconstitucionalidad cuestionando, entre otras, esta disposición, caso que se tramita en la SC en el expediente No. 20-2831-007-CO.

integrante de la política de gobierno, que debe constituir un régimen estatal de empleo público uniforme y universal.⁶

¿Qué modificaciones introduce la Ley de Fortalecimiento de la Finanzas Públicas?

B.- Impone el tope máximo de 8 años al pago del auxilio de cesantía que contempla el Código de Trabajo

Indica que la indemnización por concepto de auxilio de cesantía de todos los funcionarios de las instituciones, contempladas en el ámbito de aplicación, se regulará según lo establecido en el Código de Trabajo, por lo que no podrá superar los ocho años de indemnización.

¿Cuál fue la razón para introducir dicho límite al pago del auxilio de cesantía? Fundamentalmente, en el sector descentralizado, las instituciones con autonomía constitucional (universidades, instituciones autónomas, municipalidades, bancos estatales) y todas las que podían negociar convenciones colectivas, con el tiempo rompieron el tope de ocho meses de auxilio de cesantía que contempla el Código de Trabajo, por lo que se estaban reconociendo veinte o más meses por ese concepto y, en ciertos casos, ni siquiera había límite del todo, lo cual impactaba directamente las finanzas públicas, sin obviar la discriminación que ello genera dentro del Estado.

Por ejemplo, en el año 2006, la SC anuló la regla

⁶ “Debe considerarse también que el régimen de autonomía administrativa concedido a las instituciones descentralizadas por el artículo 188 de la Constitución Política, no comprende el régimen del Servicio Civil, respecto del cual el legislador está facultado para definir las condiciones generales de trabajo que deben imperar en toda la administración pública. En este sentido, la política de salarios de Gobierno es parte integrante de la política de gobierno, que debe constituir un régimen estatal de empleo público uniforme y universal”.

de la Convención Colectiva del Instituto Nacional de Seguros, que otorgaba el pago de cesantía sin límite de tiempo a los empleados despedidos sin justa causa, es decir, por cualquier razón ajena a la voluntad del trabajador; oportunidad en la cual estimó que el pago en tal supuesto debía tener un tope, el cual fijó en 20 años.⁷ En el 2020, anuló cláusula de la convención colectiva de la Municipalidad de San Carlos que contemplaba el pago del auxilio de cesantía sin tope temporal alguno.⁸

En el año 2013, amplió dicho criterio de 20 años a los casos de jubilación y de muerte del trabajador.⁹

Empero, ese mismo día en forma casi simultánea, la SC estipuló como excepción válida el pago de auxilio de cesantía sin límite de años, los casos de supresión de plazas¹⁰. Empero, al año siguiente, deja sin efecto dicho criterio, al estimar como inconstitucionales cualesquiera disposiciones que dispongan un pago de auxilio de cesantía por encima de los veinte salarios incluido el caso de supresión de plazas.¹¹

En el mes de junio de 2018, al conocer una inconstitucionalidad en contra de la convención colectiva del Bancrédito, la SC modifica la jurisprudencia que sostenía como razonable un tope máximo de 20 años, al entender que dicha cantidad de años resulta desproporcionada respecto de los pagos que reciben los demás trabajadores estatales, cuyos beneficios también

⁷ Sala Constitucional sentencia 2006-17437 de las 16:35 horas del 29 de noviembre de 2006

⁸ Sala Constitucional voto 1806-2020

⁹ Sala Constitucional sentencia 2013-11455 las 15:05 horas del 28 de agosto de 2013

¹⁰ Sala Constitucional sentencia 2013-11457 de las 15:05 minutos del 28 de agosto de 2013

¹¹ Sala Constitucional sentencia 2014-5798 de las 16:33 horas del 30 de abril de 2014. En el mismo sentido sentencia 2015-4247 de las 9:05 del 23 de marzo de 2015.

se financian con fondos públicos. Se concluye, consecuentemente, que un tope máximo de 12 años, es decir, el 50 % de mejora en el pago de auxilio de cesantía, cumple con los requisitos de proporcionalidad vistas las condiciones actuales del país, y no vacía el derecho de negociación colectiva en ese punto.¹²

Este criterio de 12 años de cesantía como límite es la jurisprudencia vigente y la SC la ha reiterado inclusive después de entrada en vigor de la Ley Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, a pesar de que esta fija un tope de ocho años, tal como fue expuesto *ut supra*; siendo un caso que llama la atención en que la SC resuelve que su jurisprudencia prevalece sobre una ley, a pesar de estar en abierta contradicción con esta.¹³

Otra reforma que introdujo, aunque tácita, consiste en prohibir el pago de auxilio de cesantía en caso de renuncia del trabajador; algo que se había

generalizado con las convenciones colectivas, en tanto que el Código de Trabajo siempre ha indicado que su reconocimiento procede tan solo para el caso de despido injustificado o por causa ajena a la voluntad del trabajador. Se dice tácita porque, al remitir al Código de Trabajo en materia del auxilio de cesantía, resulta que este no contempla el pago por renuncia simple, que es el criterio por lo demás reiterado de la SC, con lo que le está dando rango de ley a esta jurisprudencia.¹⁴

C.-Los sobresueldos pasan a ser montos nominales fijos

Desde décadas atrás, los servidores públicos podían percibir, además de su salario base, sobresueldos tales como prohibición y dedicación exclusiva, que se calculan de manera porcentual sobre el salario base; como es el caso de la prohibición para ejercer la profesión de manera liberal con un 65%.

Los incentivos o compensaciones existentes al 4 de diciembre del 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley N.º 9635, que se encuentren expresados en términos porcentuales, deberán calcularse mediante un monto nominal fijo.

Esa obligación aplica tanto para las personas que iniciaron la prestación de servicios al Estado antes del 4 de diciembre del 2018 como para las que lo hicieron con posterioridad a esa fecha (art. 54 y 56 de la Ley de Salarios reformado por la Ley 9635 y Transitorio XXV de esta misma ley y artículo 17 del reglamento).

Entonces, los sobresueldos porcentuales deben nominalizarse, con las excepciones que la propia Ley de Salarios de la Administración Pública

¹² Sala Constitucional sentencia 2018- 8882 de 16:30 horas del cinco de junio de dos mil dieciocho. Agrega esta sentencia: “Por otra parte, en lo referido al pago de auxilio de cesantía sin límite de tiempo por reestructuración, fusión absorción o situaciones parecidas, se concluye que efectivamente es inconstitucional la disposición de ese tipo de pago sin límite de tiempo y además, se modifica la jurisprudencia de la Sala que sostenía como razonable un tope máximo de 20 años, al entenderse que dicha cantidad de años resulta desproporcionado respecto de los pagos que reciben los demás trabajadores estatales cuyos beneficios también se financian con fondos públicos”.

¹³ “Por conexidad, se declara inconstitucional el numeral 47 de esa convención y se elimina la frase “y el tope del auxilio de la cesantía será de veinte años como máximo” de tal norma, debiendo entenderse que el auxilio de cesantía o indemnización allí reconocido, debe ajustarse al tope de doce años señalado en esta sentencia”. SC voto 15419 – 2021. En igual sentido “ En consecuencia, se anulan del artículo 35 de la Convención Colectiva de Trabajo de la Municipalidad de Pérez Zeledón, las siguientes frases por resultar inconstitucionales: los topes de 14, 18 y 20 años; por lo que debe entenderse que el auxilio de cesantía o indemnización allí reconocida debe ajustarse al tope de doce años señalado en esta sentencia”. Voto N.º 27954 – 2022. Igualmente véase entre muchos otros los votos 8679-2019,9222-2019,9226-2019,9721-2019

¹⁴ Por ejemplo, declaró inconstitucional cláusula de la convención colectiva de la Municipalidad de San Carlos, al reconocer el acto de renuncia voluntaria como una causal para el otorgamiento del auxilio de cesantía. SC voto 1806-2020.

admite, como es el caso de la compensación económica por dedicación exclusiva y la compensación económica por prohibición. Esa obligación aplica tanto para las personas que iniciaron la prestación de servicios al Estado antes del 4 de diciembre del 2018 como para las que lo hicieron con posterioridad a esa fecha. Al nominalizarse dichos sobresueldos, dejan de ser evidentemente un disparador del gasto público en materia salarial.

IV.- La carrera profesional. Se introducen varias restricciones con el fin de evitar abusos que se estaban dando. Este incentivo no será reconocido para aquellos títulos o grados académicos que sean requisito para el puesto; las actividades de capacitación se reconocerán a los servidores públicos siempre y cuando estas no hayan sido sufragadas por las instituciones públicas.

Los nuevos puntos de carrera profesional solo serán reconocidos salarialmente por un plazo máximo de cinco años (art. 53), ya anteriormente lo era de manera indefinida.

La Procuraduría General de la República (PGR) ha indicado que la normativa no plantea limitación alguna en torno al reconocimiento de grados y posgrados adicionales a aquellos que sean requisitos del puesto y atinentes al mismo.¹⁵ Por otro lado, el Poder Ejecutivo emitió las Normas para la aplicación de la carrera profesional para las entidades públicas cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria.¹⁶

V.- Redefine el marco jurídico de las anualidades

El resultado de la evaluación anual será el único parámetro para el otorgamiento del incentivo por anualidad a cada funcionario, y se

¹⁵ PGR-C-223-2021

¹⁶ Decreto Ejecutivo : 42945 del 19/02/2021

harán acreedores a la anualidad quienes hayan cumplido con una calificación mínima de "muy bueno" o su equivalente numérico, según la escala definida. El 80 % de la calificación anual se realizará sobre el cumplimiento de las metas anuales definidas para cada funcionario, de conformidad con lo dispuesto en el presente capítulo, y un 20 % será responsabilidad de la jefatura o superior (art. 48). El incentivo por anualidad será un monto nominal fijo para cada escala salarial, monto que permanecerá invariable (art. 50).

El transitorio XXXI indica que, para el reconocimiento del incentivo por anualidad, inmediato a la entrada en vigencia de esta ley, se aplicará el 1,94% del salario base para clases profesionales, y el 2,54% para clases no profesionales, sobre el salario base que corresponde para el mes de enero del año 2018 para cada escala salarial.

Actualmente, en el caso de la Administración Central del Estado y demás instituciones homologadas bajo el régimen de mérito de la Dirección General de Servicio Civil, la anualidad ya no se calcula como un porcentaje del salario base, sino como un monto nominal fijo con independencia de la base salarial (Directriz No. 013-H, publicada en el Alcance a La Gaceta N0. 115 de 6 de junio de 2018 y arts. 26.2 y 50 de la Ley No. 9635).

Por muchos años, la ley fijó un tope de 30 anualidades, el cual la SC declaró inconstitucional, por lo que el número de anualidades que se pueden acumular no tiene límite.¹⁷

VI.- Tope al monto de las dietas en la Junta Directivas

Así como existían grandes disparidades

¹⁷ SC resolución N° 2008-015460

salariales en el sector público, lo mismo sucedía con el monto de las dietas en las diferentes instituciones del Estado. La dietas entendidas como la forma de remuneración que utilizan los órganos colegiados para compensar económicamente la asistencia de sus miembros a las distintas sesiones, en el caso de las Juntas Directivas de las instituciones autónomas, no podrán superar por mes el equivalente a diez salarios base mensual de la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública. Además, será improcedente el pago de viáticos conjuntamente con dietas (art. 43).

VII- Tope al salario del Presidente de la República

La remuneración mensual bruta del Presidente de la República no podrá superar por mes el equivalente a 25 salarios base mensual de la categoría más baja de la escala de sueldos de la Administración Pública. Esta remuneración estará sujeta a las deducciones de ley. Se prohíbe el pago de gastos de representación y gastos confidenciales (art. 41).

IX.- Se delimita el alcance de las convenciones colectivas

Por medio de este instrumento jurídico, los servidores públicos, fundamentalmente del sector descentralizado, lograron ampliar sus beneficios económico-salariales, por lo que no sorprende que la Ley 9635 introdujese restricciones. Para empezar, cabe preguntarse si las convenciones colectivas vigentes a la entrada en vigor de la Ley 6835 quedaron derogadas o no.

La CP y el Código de Trabajo reconocen "fuerza de ley" a las convenciones colectivas, empero, eso no significa que les otorga formal y sustancialmente naturaleza de leyes. La expresión "fuerza de ley" está referida a los efectos del pacto interpartes, pues se trata de un contrato; es utilizada para reforzar la idea de obligatoriedad

en ese ámbito. Tratándose de las Convenciones Colectivas, el término es utilizado en ese mismo sentido contractual; y tal utilización no significa que ellas adquieran la naturaleza jurídica de una Ley.¹⁸ O sea, tienen carácter de ley profesional, mas no rango de ley, y "esa condición no puede supeditar o sustituir las normas de derecho público que surgen del Poder Legislativo".¹⁹

Por tanto, las disposiciones sobre empleo público contenidas en la Ley 9635 prevalecen sobre las cláusulas de las convenciones colectivas, incluso las preexistentes que tengan un contenido contrario a ella, independientemente de que esta última lo disponga así de manera expresa o no. Consecuentemente, todos los sobresueldos contemplados en las convenciones colectivas vigentes a la fecha de promulgación de la Ley 9635 deben ajustarse a sus preceptos.²⁰

En segundo lugar, en las negociaciones futuras, dichas convenciones no pueden ir en contra de lo que establece la Ley 9635 y la LGEP, por ser normas de rango superior y de interés público.²¹

¹⁸ Sala Primera Resolución No. 67 de las 14:50 hrs. del 17 de agosto de 1994.

¹⁹ Sala Segunda Res. No. 2018-001451 de las 10:20 hrs. del 24 de agosto de 2018.

²⁰ Sobre la eventual prevalencia en cuanto a la vigencia de las convenciones colectivas, la PGR tiene una copiosa jurisprudencia administrativa: véanse los dictámenes C-038-98 de 6 de marzo de 1998, C-058-2006 de 16 de febrero de 2006, C-198-2007 de 20 de junio de 2007 y C-379-2014 de 4 de noviembre de 2014. Y este último dictamen interesa también respecto a la denominada "ultractividad de convenios colectivos vencidos y denunciados"; la cual no puede ser ilimitada sine die, pues la idea es incentivar o estimular la renovación del contenido negocial de los convenios colectivos y evitar así la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas, adaptándolas a la actual situación económica en términos de flexibilidad, y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador. Aspecto que fue ratificado en el dictamen C-252-2018 de 21 de setiembre de 2018.

²¹ En la SC pende de resolución la acción de

La jurisprudencia judicial ha sido clara y reiterada en reconocer y advertir la supremacía de la Ley sobre la convención colectiva, ya que la ley es de origen estatal y de carácter forzoso ²²; razón por la cual las convenciones colectivas de trabajo quedan sujetas y limitadas por las leyes de orden público. ²³ Precisamente, la fuerza de ley les está conferida, en el tanto, las convenciones colectivas se hayan acordado conforme a la legislación. ²⁴

De manera concomitante, la CGR envió un oficio al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social advirtiéndole de su deber de verificar que las convenciones colectivas que son sometidas a su revisión, mediante el proceso conocido como "homologación", no trasgreden la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

Afirma el ente contralor que no procedería la negociación o bien la homologación de cláusulas que no se ajusten a la Ley, por ejemplo, la citada Ley No. 9635 y que, para el caso de las instituciones públicas (en sentido amplio), quedan supeditadas y subordinadas a respetar y ajustarse a las leyes que regulen no solo los mínimos, sino también los máximos de los derechos laborales de los trabajadores, así como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad conforme las posibilidades de la institución que negocie el instrumento convencional. ²⁵

inconstitucionalidad No. 19-2620-0007-CO en la que se cuestiona, entre otros aspectos, la prevalencia o no de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, sobre las Convenciones Colectivas vigentes. Lo que llegue a resolver esa Sala será el criterio jurídico definitivo que prevalecerá. Véase, además, sobre el particular el dictamen de la PGR No. C-091-2023

²² Véase Sala Segunda Resolución No. 2004-00335 – 2004 de las 09:40 hrs. del 7 de mayo de 2004.

²³ Véase Sala Constitucional Resolución No. 1355-96 de las 12:18 hrs. del 22 de marzo de 1996.

²⁴ Sala Segunda Resolución No. 783 de las 15:21 hrs. del 3 de junio de 2010.

²⁵ Oficio No. 18119 18 de noviembre de 2020 (DFOE-DI-2481)

En cuanto a las convenciones colectivas que otorgan más de ocho meses de auxilio de cesantía a la entrada en vigor de la ley, respeta ese derecho mientras se encuentren vigentes las convenciones que así lo contemplen, pero en ningún caso la indemnización podrá ser mayor a los 12 años (Pero, en caso de que ese beneficio lo otorgue otro tipo de instrumento jurídico, por ejemplo, un Estatuto de Personal, queda sin efecto la indemnización superior a los ocho años (Transitorio XXVII)).

En los casos en que se haya otorgado un derecho de cesantía superior a los ocho años por instrumentos jurídicos diferentes a convenciones colectivas, y que se encuentren vigentes, la cantidad de años por indemnizar no podrá superar los 12 años; en el caso de aquellas personas que ya hayan adquirido ese derecho; para todos los demás casos, quedará sin efecto cualquier indemnización superior a los ocho años. Finalmente, el transitorio XXXVI de la ley que ocupa este análisis impone a los jefes de las entidades públicas la obligación de denunciar las convenciones colectivas a su vencimiento.

VIII.- El pago de los salarios de los funcionarios públicos será mensual con adelanto quincenal (art. 52).

Consecuentemente, en aplicación del principio de legalidad, ninguna institución del Estado puede adoptar otra modalidad de remuneración para sus funcionarios.

Con esta disposición, se pretende prohibir la práctica del pago del llamado salario bisemanal, cuya legalidad y sustentos técnicos son cuestionables, ya que lo que se ha venido haciendo con él es disfrazar un aumento salarial. En efecto, si se toma el salario mensual pactado y se multiplica por el número de 12 meses para obtener el salario anual, y se divide entre 52 unidades idénticas, y luego se acuerda pagar cada

dos semanas, el trabajador percibiría su ingreso cada dos semanas que sería el pago bisemanal, pero el ingreso anual sería el mismo.²⁶

IX.-Reserva de ley para la creación de incentivos y compensaciones salariales (art. 55).

La creación de incentivos o compensaciones, o pluses salariales solo podrá realizarse por medio de ley.

Se debe anotar que está pendiente de resolución, por parte de la SC, la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente No. 19-2620-0007-CO, en la que se impugna, entre otras normas, este artículo 55.

X- Se deroga todo otro beneficio que no autorice la ley

Los beneficios por confidencialidad y discrecionalidad, bienios, quinquenios o por cualquier otro aspecto relacionado con acumulación de años de servicio distintos a la anualidad, quedan derogados y solo pueden ser creados por ley en el futuro, limitación que comprende las convenciones colectivas (art. 40).

La PGR se ha pronunciado de manera correcta, en el sentido de que los pluses componentes o incentivos salariales existentes antes del 4 de diciembre del 2018, fecha en que entró en vigencia la Ley No. 9635, y que no sean los mencionados en el artículo 40 *ibidem* -beneficios por confidencialidad y discrecionalidad, bienios, quinquenios o por cualquier otro aspecto relacionado con acumulación de años de servicio distintos a la anualidad-, indistintamente del rango de su norma de creación, se mantienen vigentes, pero nominalizados en un monto fijo *-si fueron establecidos originalmente de forma porcentual-* y son aplicables al personal de las instituciones

²⁶ Véase sobre el particular el voto de la SC No. 2595 - 2005

a las que se refiere el artículo 26 de la Ley de Salarios de la Administración Pública; incluido el nuevo personal que se nombre después de aquella fecha y en el futuro.²⁷

También de manera correcta señaló en el anterior dictamen que, con base en el principio de indemnidad laboral²⁸ y con el fin de no afectar el salario que percibían los servidores públicos al momento de entrada en vigor de la ley 9635, estos pueden seguir percibiendo los pluses derogados por el artículo 40, pero convertidos en un monto nominal fijo.

Conclusiones

- 1.- Los fundamentos del régimen del empleo público en Costa Rica se encuentran en los artículos 191 y 192 de la CP.
- 2.- La intención del constituyente fue que existiese un solo estatuto para todo el Estado costarricense que es el Estatuto de Servicio Civil.
- 3.- El Estatuto del Servicio Civil el legislador lo restringió para el Poder Ejecutivo, es decir, a los ministerios.
- 4.- Lo anterior provocó que los otros poderes del Estado y las instituciones del sector descentralizado pudiesen promulgar su propio estatuto de la función pública.
- 5.- Esa diversidad de cuerpos normativos derivados de la autonomía constitucional o legal, según el caso, provocó que hubiese una regulación muy diversa y hasta caótica entre

²⁷ PGR C-276-2022

²⁸ Según el cual: el salario total de los servidores públicos que a la entrada en vigencia de esta última ley se encuentren activos en las instituciones contempladas dentro del ámbito de aplicación de su Título III (...), no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten". (Dictamen C-361-2020 de 09 de setiembre de 2020. En sentido similar los dictámenes C-153-2020 de 24 de abril de 2020 y C-107-2021 de 20 de abril de 2021).

ellos, generando desigualdades y privilegios injustificables.

- 6.- La posibilidad de negociar convenciones colectivas en ciertas instituciones consolidó, por su cuenta, una vía para crear beneficios que no existen en el resto del Estado generando desigualdades y descontento.
- 7.- Ese caótico archipiélago jurídico llegó a afectar las finanzas del Estado, ya que muchos beneficios salariales como las anualidades y los sobresueldos derivaron en verdaderos disparadores del gasto público, aunque el problema de las finanzas del Estado no obedece de manera exclusiva a la materia salarial.
- 8.- El agravamiento de las finanzas del Estado obligó al gobierno de Carlos Alvarado a presentar un proyecto de ley para evitar el crecimiento del déficit, el cual se convirtió en Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.
- 9.- Dicha ley, además de crear la regla fiscal, introdujo cambios importantes en el régimen del empleo en todo el Estado costarricense, siendo la reforma más sensible desde la CP de 1949.
- 10.- Se calcula que, a partir del año 2025, al equilibrarse el déficit podrían darse nuevamente incrementos salariales y en las pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

Achoy Sánchez, José Mario. Reforma del empleo público en la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y conflictos de interpretación. Estado de la Nación, 2019.

Asamblea Legislativa:

Proyecto de Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Expediente No. 20.580,

publicado en el Alcance N.º 272 a la Gaceta N.º 215 del 14 de noviembre del 2017.

Dictamen afirmativo de mayoría Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas. Asamblea Legislativa, expediente No. 20.580

Sala Constitucional: Voto No. 2018-019511 que corresponde a las consultas facultativas de constitucionalidad referidas al proyecto de ley denominado “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”, que se tramitó en el expediente legislativo No. 20.580.

Periódicos

Sauma Pablo. Los grupos con mayores beneficios en pluses son mayoría en el sector público. En Semanario Universidad 20 de agosto del 2019.

Comisión de UCR propone eliminar pago de anualidad para nuevos empleados. La Nación 27 de diciembre 2021.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional

1996: voto 1355

2006: voto 17437-2006

2008: voto 15460

2013: voto 11455-2013; 11457-2013

2014: voto 5798-2014

2015: voto 4247-2015

2018: voto 8882

2019: voto 8679; 9222; 9226; 9721;

2020: voto 1806-2020

Sala Primera

1994: voto 67-94

Sala Segunda



2004: voto 335
2010: voto 783
2018: voto 1451

Procuraduría General de la República

1998: C-038
2006: C-058-2006
2007: C- 198
2014: C- 379
2020: C- 153; C-361
2021: C-107
2022: C-276
2023: C- 153

Contraloría General de la República

Oficio No. 18119- 18 de noviembre del 2020
(DFOE-DI-2481)

ARTÍCULOS INTERNACIONALES



REFLEXIONES SOBRE LOS CRITERIOS DE LA SALAS COMERCIALES PERUANAS PARA DETERMINAR LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES POR DEFECTOS EN LA MOTIVACIÓN

Abog. Jean Pierre REQUENA CARRASCO

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos existe desde hace varias décadas en el ordenamiento jurídico peruano. No obstante, para llegar a tener una de las mejores leyes de arbitraje en el mundo, se tuvo que atravesar por un largo proceso evolutivo a nivel nacional, el mismo que fue de la mano con las nuevas perspectivas y desarrollo internacional.

Las primeras disposiciones para regular la institución jurídica del arbitraje en el ordenamiento jurídico peruano fueron recogidas en el Código Civil, a través de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Las cuales, desde su concepción, revestían una serie de complicaciones que volvían el sueño de alejarse de los órganos jurisdiccionales ordinarios, en uno bastante lejano (Barchi, 2013, p.86) ¹.

¹ Esto se debió, principalmente, a la imposibilidad de que el compromiso arbitral se materializara cuando una de las partes que suscribió la cláusula compromisoria fuera reticente a cumplir con la obligación asumida, motivo por el cual era necesario recurrir a los jueces ordinarios para que el incumplidor honre su compromiso y así se terminaba dilatando el arbitraje necesario para dilucidar la controversia

Por tal motivo, en el año 1996 ², en un intento por acoplarse a las nuevas corrientes internacionales en materia de arbitraje, el Congreso de la República del Perú aprobó la LGA, a través de la cual se dejó de lado las obsoletas figuras de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral (Cantuarias, 2007, p. 212), para reconocer la autonomía e independencia del acuerdo contenidas en el convenio arbitral, considerándose incluso algunas sanciones ante el incumplimiento del mismo o de seguir el proceso arbitral correspondiente ³.

Si bien esta nueva ley fue innovadora para su tiempo y permitía alcanzar parte del sueño

principal.

² La Constitución Política del Perú de 1993 reconoció la jurisdicción arbitral como una independiente de la judicial, así como dispuso que las controversias contractuales podían ser solucionadas a través de esta vía.

³ A nivel legal, se estableció la posibilidad de estipular sanciones para la parte renuente a arbitrar, llegando incluso a reconocerse la facultad de los árbitros de imponer multas de un máximo de dos (2) UIT a la parte que incumpla con sus mandatos.

de alejarse de la justicia ordinaria, también contemplaba que la controversia resuelta en una “primera instancia” por un tribunal arbitral pueda ser reevaluada mediante un recurso de apelación por una segunda instancia, pudiendo ser el Poder Judicial quien lo evalúe u otro tribunal arbitral que debía constituirse de la misma manera que el primero (Cantuarias, 2007, p. 394) ⁴.

Sin que la apelación agote la posibilidad del perdedor de dilatar la ejecución del laudo, la LGA también le reconoció válidamente la posibilidad de cuestionar la validez del laudo de la “primera” o la “segunda instancia”, a través del recurso de anulación por defectos de forma y bajo causales taxativas; solo en este caso no se permitía que los jueces ordinarios pudieran entrar a evaluar el fondo de la controversia.

Como última etapa de la evolución de las disposiciones en materia de arbitraje, en el año 2008, siguiendo las tendencias internacionales en materia de arbitral comercial que fueron recogidas en las enmiendas aprobadas del 2006 a la Ley Modelo de la Comisión para las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 1985, el Poder Ejecutivo -gracias a una delegación de facultades del Congreso- publicó el DLA con el propósito de otorgar un marco idóneo para la práctica arbitral y el comercio internacional (Cantuarias y Caivano, 2008, p. 83).

El mencionado Decreto no solo derogó de forma expresa a la Ley No. 26572, sino que implementó cambios sustanciales a las disposiciones aplicables en materia de arbitraje local e internacional ⁵, así como eliminó la

⁴ A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entendía que las partes habían pactado la posibilidad de un recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

⁵ La Ley No. 26572 contemplaba un esquema dualista para el tratamiento del arbitraje local e internacional, el mismo que fue eliminado con el nuevo Decreto Legislativo No. 1071, pasando a ser una ley monista. Si bien esto es

posibilidad de interponer un recurso de apelación contra el laudo arbitral de la “primera instancia”, reconociéndole los caracteres de definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Como última consideración, de igual forma que su antecesora, el DLA estableció un número exacto de motivos por los cuales la parte perdedora en el proceso arbitral podía presentar un recurso de anulación de laudo. Los mismos que nuevamente solo abarcan cuestiones de forma y que bajo ningún supuesto permiten que los jueces ordinarios evalúen el fondo de la controversia.

Si bien con la publicación del DLA parecía haberse hecho realidad el sueño de alejarse de los órganos jurisdiccionales ordinarios para aquellas personas que decidían someter sus controversias a un proceso arbitral, las malas prácticas y conceptualizaciones de los jueces constitucionales han generado que aparezcan nuevas trabas para este sueño, como lo es la posibilidad de cuestionar un laudo arbitral por defectos en la motivación.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTÁNDAR DE MOTIVACIÓN

Como cualquier actividad que involucra a seres humanos, el ejercicio de la actividad arbitral por los árbitros no se encuentra exento de errores. Por esta razón, las distintas regulaciones de la institución del arbitraje prevén remedios contra dichos errores materializados en los laudos arbitrales, pudiendo ser estos contradefectos durante la tramitación del proceso arbitral o el fondo de lo resuelto.

Como se mencionó en la parte introductoria, el recurso de apelación que permitía revisar los importantes, el presente trabajo no efectuará un análisis de este cambio.

laudos arbitrales en el ordenamiento jurídico peruano fue eliminado con la entrada en vigor del DLA. Es así como, en caso de que las partes de un contrato decidan optar por solucionar sus controversias a través de un proceso arbitral, solo podrán recurrir al recurso de anulación que tiene una naturaleza impugnativa, cuyo único análisis es el control de lo realizado por los árbitros (Alva, 2011, p. 57).

Si bien es cierto que el DLA ha previsto el recurso de anulación de laudo como el único medio para cuestionar un laudo arbitral -solo en la forma y no en el fondo-, en la práctica lo que ha sucedido es que se han utilizado otros mecanismos para anular o volver ineficaz un laudo arbitral, como lo es el proceso de amparo que constituye una vía constitucional que es de uso excepcional y residual (Castillo, 2011, p. 65).

Dado el uso de este mecanismo constitucional desde los orígenes del uso de la institución arbitral en el Perú, el Tribunal Constitucional ha podido analizar y adoptar una postura respecto de la naturaleza del arbitraje en el Perú. Es así que la teoría aplicada es la jurisdiccional, la misma que ha tenido distintos matices a lo largo de los años de la evolución legislativa descrita en el apartado precedente.

Según esta perspectiva teórica, una de las responsabilidades del Estado es supervisar y regular los arbitrajes que ocurran dentro de su ámbito territorial. Esto se debe a que la interpretación y aplicación del derecho en la resolución de disputas son funciones soberanas exclusivas de los tribunales nacionales. Por lo tanto, se encuentra frente a un acto de administración de justicia delegada (Gonzales, s.f., p. 14).

De acuerdo con la teoría jurisdiccional sobre la naturaleza del arbitraje, se asocia al árbitro con el juez ordinario, estableciendo una especie de

analogía entre las funciones que desempeñan, ya que ambos están involucrados en la administración de justicia. Si bien esto último es cierto, es importante destacar que la fuente desde la cual la ejercen es completamente diferente (Zúñiga, 2011, p. 72).

Ahora bien, uno de los primeros pronunciamientos en la materia se dio en el proceso de amparo seguido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial. En este proceso, dada la identidad entre árbitro y juez ordinario, la regla del amparo contra resoluciones judiciales se extendió a la sede arbitral, teniendo que, contra las resoluciones expedidas en un proceso arbitral -bajo determinadas circunstancias-, se pueda interponer un proceso constitucional, tal cual sucede con las resoluciones dictadas por el Poder Judicial y por el fuero militar (STC 0189-99-AA/TC, f.3).

Posteriormente, en el proceso de *habeas corpus* iniciado por Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, el máximo intérprete de la Constitución refiere que, para que exista jurisdicción, es necesario que exista intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial, señalando que este supuesto se cumple en la jurisdicción arbitral (STC 6167-2005-PHC/TC, f.8) ⁶.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional asevera que la facultad para resolver un conflicto de intereses en un proceso arbitral no se fundamenta

⁶ El fundamento No. 8 establece que, en la jurisdicción arbitral, convergen los cuatro requisitos para el ejercicio de la jurisdicción: (i) conflicto entre las partes; (ii) interés social en la composición del conflicto; (iii) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; y (iv) aplicación de la ley o integración del derecho.

en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, sino que tiene su origen y delimitación en el artículo 139° de la Constitución y, como consecuencia de ello, la instalación de un tribunal arbitral no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido en la ley de arbitraje, sino que es una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada (STC 6167-2005-PHC/TC, f.11).

El último precedente en materia constitucional que abordó la naturaleza del arbitraje se dio en el marco del proceso de amparo iniciado por la SMRL María Julia contra el árbitro único, Luis Humberto Arrese, a fin de que se declare la ineficacia del Laudo Arbitral emitido en el Caso Arbitral No. 1487-119-2009, el mismo que fue tramitado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Es así como el máximo intérprete de la Constitución determinó que la solicitud del demandante debía ser desestimada, estableciendo los supuestos de procedencia e improcedencia para el llamado “amparo arbitral”. Asimismo, dejó abierta una puerta adicional para que el Poder Judicial o –en última instancia– el Tribunal Constitucional ejerza un control sobre las cuestiones que las partes voluntariamente decidieron alejar de dicho fuero (STC 0142-2011-AA/TC, f. 21).

Esta posición del máximo intérprete de la Constitución, según el jurista DE JESÚS (2009, p.160), se describe como una:

“(…) perspectiva reductora, el arbitraje pasa de ser una institución autónoma, regida por principios y reglas propias, a ser una institución más del derecho constitucional, regida por los principios y normas constitucionales; el árbitro sería, entonces, un delegado de la “función constitucional” de administrar justicia, y el laudo arbitral debería garantizar la vigencia de los valores constitucionales”.

En concordancia con DE JESÚS, se considera que lo resuelto a lo largo de los años por el Tribunal Constitucional es inconsistente con la realidad, toda vez que la autonomía de la voluntad de las partes, que da origen al proceso arbitral, busca alejarse de la justicia que brinda el aparato estatal por distintos motivos (como la celeridad del proceso, la experiencia del árbitro en la materia a dirimir, entre otros). Asimismo, en el caso del proceso arbitral, el tercero imparcial es privado, ya que no es nombrado por el Estado, sino por las partes o por el mecanismo que hayan establecido en el convenio arbitral (Cantuarias y Repetto, 2014, p. 103).

Es así como esta visión reduccionista también establece que existe una identidad entre una sentencia judicial y un laudo arbitral, pudiendo exigirse los mismos estándares de la primera a la segunda, como lo es el deber de motivar de manera debida los pronunciamientos (Guzmán, 2013, p. 38); el mismo que se viene aplicando en sede judicial al evaluar los recursos de anulación⁷.

Lo lógico es que, al existir una prohibición expresa de que los jueces evalúen el fondo de la controversia o el contenido de la decisión, así como calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas en el laudo arbitral, las Salas no deberían evaluar la motivación. No obstante, la justificación para hacerlo –así sea de una manera acotada– radica en que se trata de una jurisdicción y como tal –por muy independiente que sea– no se encuentra exceptuada de observar todas las garantías que componen el derecho al debido proceso, lo que abarca el deber de motivación⁸.

⁷ No se están considerando los casos en los que las partes acordaron expresamente que el laudo podía no ser motivado, supuesto permitido por el DLA, toda vez que no se ha detectado casuística en la que se haya desconocido dicho acuerdo, sea por control difuso o alguna otra argumentación de los jueces peruanos.

⁸ Criterio recogido en las sentencias de los Expedientes No

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha desarrollado los escenarios en los que indefectiblemente se encontrará frente a una vulneración al deber de motivar un laudo, estableciendo los siguientes supuestos (STC 3943-2006-PA/TC, f. 4):

a. Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión (...).

b. Falta de motivación interna del razonamiento. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa (...).

c. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica (...)

d. Motivación insuficiente. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. (...) sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e. La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la debida motivación de las resoluciones

obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) (...).

f. Motivaciones cualificadas. Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad (...).

En atención a lo antes expuesto, conforme ha sido reseñado por Cantuarias y Repetto (2015), lo que buscan las Salas Comerciales al momento de evaluar si un laudo cumple o no con el deber de motivación es lo siguiente: (i) exprese los fundamentos fácticos, identificando la controversia jurídica de las partes; (ii) analice y se pronuncie sobre las posiciones y alegaciones de las partes; (iii) exprese y se valore adecuadamente los medios probatorios aportados por las partes; y (iv) exista una congruencia lógica entre lo pedido y lo resuelto (p. 35).

Para justificar el análisis de la motivación de los laudos arbitrales, las Salas han utilizado los incisos b) y c) del artículo 63º del DLA, pues, para la primera causal, consideran que el perjudicado no ha podido hacer valer sus derechos y, para la segunda causal, que se encontraría frente a una trasgresión del acuerdo entre las partes, quienes establecieron que el laudo que resuelve la controversia debe ser motivado.

Evidentemente, atacar la motivación de un laudo arbitral es el primer recurso del perdedor en el proceso arbitral, pues difiere de la evaluación que ha hecho el árbitro único o Tribunal Arbitral. Esta afirmación se respalda en el hecho de que, en el año 2022, en el 91% de las demandas de

6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias) y 142-2011-AA/TC (Caso María Julia).

anulación de laudo presentadas ante las Salas Comerciales de Lima, el sustento de la pretensión radicó en cuestionamientos a la motivación (Montes, Olortegui, Rivas, Wong; 2023, p. 14).

Teniendo en cuenta este contexto, se analiza un caso en el que la falta de valorización de un medio probatorio fue utilizada para gatillar la nulidad de un laudo arbitral y otro en el que, por diferir de la apreciación de los hechos efectuada por el árbitro, también se consideró una supuesta vulneración al citado inciso b) del numeral 63.1 del artículo 63 del DLA.

III. LA MOTIVACIÓN COMO ERRÓNEA CAUSAL DE NULIDAD

En el primer caso revisado, se utilizó la falta de valoración de un medio probatorio como causal de nulidad por la supuesta afectación a la debida motivación de los laudos arbitrales, como consecuencia de una serie de errores derivados de la concepción de la naturaleza del arbitraje por parte del Tribunal Constitucional.

Todo comenzó con el primer pronunciamiento de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial que desestimó el recurso de anulación de laudo interpuesto por la Sra. Carmen Álvarez, pues consideró que las alegaciones de la demandante involucraban que se reingresara a reevaluar los criterios, análisis e interpretaciones del Tribunal Arbitral; pues el argumento principal se centraba en cuestionar la valoración de un medio probatorio que, a su criterio, fue la base de su defensa en el proceso arbitral (2^{da} Sala Comercial 378-2011).

Dado que, contra la sentencia que desestima un recurso de anulación no se puede interponer recurso de casación, la Sra. Álvarez inició un proceso de amparo contra la resolución judicial antes mencionada; el cual culminó acogiendo la pretensión de la demandante, pues la Quinta Sala

Civil estimó que el laudo, al no pronunciarse respecto de uno de los medios probatorios presentados y admitidos válidamente dentro del proceso, habría vulnerado el derecho de la Sra. Álvarez a obtener una resolución debidamente motivada por el vicio de motivación aparente (5^a Sala Civil 17007-2012):

“(…) dicha motivación aparente se presenta pues la Sala con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima en la resolución cuestionada, no se pronuncia directa y expresamente con relación a la argumentación de la falta de pronunciamiento en el laudo arbitral respecto de los medios probatorios admitidos válidamente tendientes a restarle eficacia probatoria al Informe de Tasación N° 172-2009, que según la Sala sería el fundamento probatorio para desestimar la pretensión subordinada arbitral, siendo que, si bien, como se expone no es requisito de la motivación que los juzgadores valoren y expliquen cada uno de todos los medios probatorios aportados (...); no es menos cierto que, tratándose de los cuestionamientos al medio probatorio que al Juzgador [Árbitro] le ha causado mayor fuerza y contundencia, aquellos cuestionamientos directos a su eficacia deben ser explicitados en sentido positivo o negativo a fin de cumplir adecuadamente con el principio-deber de motivación de las resoluciones judiciales [aplicable a laudos arbitrales]”.

En buena cuenta, al resolver el proceso de amparo, la Quinta Sala Civil señaló los motivos por los cuales el laudo arbitral impugnado por la Sra. Álvarez debía ser declarado nulo por un supuesto vicio en la motivación; toda vez que el árbitro no se pronunció sobre el medio probatorio “más importante” -a criterio del juez constitucional- de la demandante.

La situación descrita motivó la nulidad del pronunciamiento de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial, procediendo

a modificar su pronunciamiento con un voto en discordia (2^{da} Sala Comercial 378-2011), señalando lo siguiente:

“(...) el control de la debida motivación se limita a la verificación de la aceptabilidad de la justificación de la decisión adoptada, esto es, de su aceptación bajo condiciones de racionalidad, pero no a la verificación de su corrección, es decir, si las razones expuestas son acertadas o erradas, pues ello supondría un nuevo juzgamiento (selección e interpretación de normas y valoración de pruebas) y la superposición del criterio interpretativo o valorativo del órgano de control al criterio asumido por el órgano decisorio (...)”.

Lo antes citado no es otra cosa que el otorgamiento de un amplísimo margen de discrecionalidad para los jueces de las Salas Comerciales de determinar la anulación de un laudo arbitral por la supuesta vulneración al deber de motivación, con base en la aceptabilidad de esta última. Todo lo cual decanta en una falta de predictibilidad de los pronunciamientos que habrá en la sede de control jurisdiccional.

Un segundo caso en el que se puede apreciar este amplísimo margen para evaluar la correctitud o no de la motivación en un laudo arbitral se puede evidenciar en el análisis que efectúa la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima, al evaluar un recurso de anulación respecto de una controversia derivada de la LCE.

El citado normativo prevé, entre otras, la posibilidad de que las entidades públicas resuelvan un contrato cuando se acumula el tope máximo de cualquiera de las penalidades que resulten aplicables. Es así como, una vez cumplido este presupuesto, la entidad puede notificar notarialmente la resolución invocando que la causal de la resolución es la antes señalada.

No obstante, en el laudo que fue materia de

anulación, el árbitro único conceptualizó -de manera errada- que la fecha en la que la entidad pública emitió la carta a través de la cual procedía a ejercer su derecho a resolver el contrato era la que demarcaba la efectiva resolución de este. Motivo por el cual, al ser esta de la misma fecha en la que recién se habría acumulado el tope máximo de la penalidad, se trataba de una resolución anticipada que es ineficaz.

Es más, el árbitro único rechazó que la fecha de la notificación notarial de la carta -que, por cierto, fue posterior a la de la acumulación del tope máximo de la penalidad- tuviera algún valor, pues la decisión de la entidad pública se dio el día en que recién se había alcanzado el máximo de la penalidad aplicable al caso en específico.

Por estos errores de aplicación normativa, la Segunda Sala dispuso la anulación manifestando lo siguiente:

“(…), este Colegiado no puede dejar de advertir que la decisión del árbitro único al declarar que la resolución del contrato se realizó de manera anticipada por las razones que allí expone, tiene como sustento una apariencia de motivación, pues se limita a dar un cumplimiento formal, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico; razón por la cual corresponde declarar la nulidad del segundo punto resolutivo contra el cual se interpuso la presente demanda, debiendo anotarse que ello en forma alguna significa aprobación o desaprobación de la justicia de la decisión, ejercicio prohibido a este órgano jurisdiccional; sino, en estricto, por motivación aparente en la decisión.(...)”.

Como resulta claro, lo que ha hecho la Sala es discrepar de la evaluación jurídica efectuada por el árbitro único respecto de los hechos que acontecieron que, por más criterios errados que este haya aplicado, no deberían ser materia de evaluación. Algo que no se debe dejar de

considerar es que, en los procesos arbitrales, son las partes las que determinan quién va a resolver la controversia y, por este motivo, también deben soportar las consecuencias de esta decisión.

Es necesario resaltar que entrar a evaluar la “aceptabilidad” de una justificación en un laudo equivale a entrar a validar el fondo de la controversia o –cuando lo menos– la motivación en sentido estricto, lo cual está plenamente proscrito por el artículo 62 del DLA. Por tanto, es ilegal y un total despropósito que los jueces establezcan qué justificaciones o motivaciones pueden ser consideradas para efectos de permitir que un laudo mantenga su validez, llegando a perder de vista –nuevamente– ese sueño en el que las partes –en ejercicio de su libre autonomía– quisieron alejarse de los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En atención a ello, buscando recuperar la autonomía perdida, se debe reformular el criterio para evaluar la motivación de los laudos arbitrales –lo que también depende de la visión del máximo intérprete de la Constitución respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje– para que no se exijan absurdos indeterminados al momento de evaluar el cumplimiento de la motivación.

En tal sentido, lo único que debería evaluarse para efectos de determinar el cumplimiento del deber de motivar un laudo arbitral es que se establezca claramente la parte victoriosa, el motivo y razones de dicha victoria, para que se cumpla a cabalidad con este requisito legal, conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional Español (STC 3956-2018, f. 3):

“(…) la anulación solo puede referirse a errores in procedendo, y no puede conducir a revisar la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales sólo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. (...) resulta manifiestamente irrazonable

y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público ex art. 41 f) LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos”.

Es así como el recurso de anulación debe ser utilizado únicamente para reales afectaciones procedimentales y no para cuestionar los criterios que son desarrollados por los árbitros en el laudo arbitral, sea al momento de aplicar la normativa o evaluar los medios probatorios aportados al proceso.

En consecuencia, es necesario reajustar la jurisprudencia de las Salas Comerciales que permiten la revisión de la motivación de un laudo arbitral, llegando a valorar criterios, motivaciones o interpretaciones de los tribunales arbitrales, pasando a reconocer que, aun cuando los efectos de este y de una sentencia judicial son los mismos, no se puede aplicar el mismo estándar para la revisión de la motivación en ambos casos.

IV. CONCLUSIONES

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de controversias que no solo se ha caracterizado por su flexibilidad y eficiencia a favor de las partes que recurren a él, sino también al generar efectos positivos a la sociedad al reducir –de alguna manera– la carga procesal en

sede judicial (Cantuarias, 2007, p.3).

La evolución legislativa nacional e internacional ha permitido ir logrando un proceso arbitral cada vez más autónomo y menos petardeado por figuras que dilatan el obtener una decisión definitiva respecto de una controversia, lográndose –por lo menos en teoría– el sueño de alejarse de los tribunales ordinarios.

En el Perú, el DLA establece causales taxativas para la anulación de laudo, en su artículo 63°, único medio legal para poder efectuar algún control sobre los laudos arbitrales; las mismas que consisten en evidenciar defectos –principalmente– de forma, no pudiendo entrarse a evaluar el fondo de la controversia ni contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas en el mismo.

No obstante, en la actualidad, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado la naturaleza del arbitraje en una de carácter jurisdiccional, motivo por el cual se ha entendido que el árbitro es un juez y que el laudo es una sentencia, por lo que se le puede exigir el cumplimiento de criterios que son exclusivos para el fuero ordinario (Cantuarias y Repetto, 2014, p.37).

Dicha situación ha generado que las Salas Comerciales comiencen a anular laudos arbitrales considerando que los mismos incumplen el deber de motivación, llegando a transgredir abiertamente el DLA, teniendo que los jueces entran a evaluar las justificaciones y desarrollo que efectúan los árbitros en los laudos arbitrales, tanto respecto de la aplicación normativa como de los medios probatorios.

La situación advertida genera que el arbitraje pierda la fuerza como institución que permite resolver conflictos, generando sobre costos a las partes que decidieron arbitrar y que permiten dilatar la ejecución de un laudo; a través del

recurso de anulación que evalúe la correctitud o aceptabilidad de los argumentos de los árbitros, así como un eventual proceso de amparo contra la resolución que desestima el referido recurso.

Por lo tanto, es vital que, para efectos de generar cambios en el accionar judicial respecto a la subjetividad advertida para anular los laudos, el Tribunal Constitucional varíe su posición respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, puesto que una perspectiva jurisdiccional termina asimilándolo como parte del foro judicial, forzando en muchos casos figuras que no le resultan aplicables.

El arbitraje puede perder posición como mecanismo de resolución de conflictos alternativo efectivo en la medida que continúen los casos donde el Poder Judicial interfiera con su desarrollo en la solución de casos. Asimismo, esto naturalmente desincentiva a los agentes económicos del mercado para acudir al foro arbitral ante alguna controversia, toda vez que los efectos e implicancias terminan siendo iguales al judicial por las anulaciones y revisiones procesales correspondientes.

El DLA permite que un laudo arbitral sea motivado o no -considerando como regla supletoria que el laudo deberá ser motivado ante falta de acuerdo de las partes-, por lo tanto, solo se podrá solicitar la nulidad de este por contravenir el acuerdo de las partes, si es que la motivación es nula; es decir, se encuentra frente a un laudo que no expresa de ninguna manera las razones por las que una pretensión es acogida o no, por más que no se compartan estas o se haya aplicado mal la normativa aplicable (Cantuarias y Repetto, 2015, p. 41).

Siguiendo con ello, en caso de que se identifique que el laudo arbitral cuenta con motivación, bastará para cumplir dicho requisito, que el mismo diga quién es el ganador, así como las razones y motivos del por qué es ganador, no

siendo obligación del árbitro evaluar todos los medios probatorios o alegatos de las partes.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVA NAVARRO, Esteban (2011). ¿Recurso o Demanda? La naturaleza del recurso de anulación. En el libro La anulación del laudo, Primera Parte, Vol.14. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano (2013). El convenio arbitral en el Decreto Legislativo No. 1071. En la Revista Ius et Praxis N° 44, 2013. ISSN 1027-8168.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque (2008). La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad. En Revista Peruana de Arbitraje No. 07/2008.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2007). Arbitraje comercial y de las inversiones. Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, Jose Luis (2014). La naturaleza del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino. En la Revista Forseti N° 1, 2014.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, Jose Luis (2015). El nuevo potro indomable: el problemático estándar de motivación de los laudos exigidos por las cortes peruanas. En IUS ET VERITAS N° 51 (2015). ISSN 1995-2929. Disponible en: <https://bit.ly/3AJQnLm>.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2011). Sobre la esencia del amparo. En particular sobre su excepcionalidad. En Pensamiento Constitucional Vol. 15 N° 15.

DE JESUS, Alfredo (2009). La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. En la Revista Lima Arbitration N°3 2008/2009. Disponible en: <https://bit.ly/3BLOUWd>.

GONZÁLES DE COSSIO, Francisco (s.f). Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora. Disponible en: <https://bit.ly/3BJdqHX>.

Guzmán Galindo, J. C. (2013). La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje Peruana. En Arbitraje PUCP N° 3 (2013).

ZÚÑIGA MARAVI, Rigoberto Jesús (2011). Borrando con el codo constitucional lo escrito por la mano legislativa: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo. En la Revista Arbitraje PUCP, Año III N° 09 de setiembre 2011. Disponible en: <https://bit.ly/3y8hPSw>.

MONTES GÓZAR, Sandra; OLORTEGUI HUAMÁN, Julio; RIVAS CASO, Gino; y WONG ABAD, Julio Martín (2023). Estudios de anulación de laudos 2022. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

VI. ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 26 de octubre de 1999, recaída en el Expediente No. 0189-99-AA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 28 de enero de 2006, recaída en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 11 de diciembre de 2006, recaída en el Expediente

No. 3943-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 21 de setiembre de 2011, recaída en el Expediente No. 0142-2011-AA/TC.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia del 02 de julio de 2012 recaída en el Expediente No. 378-2011.

Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia del 22 de mayo de 2015.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia del 23 de mayo de 2016 recaída en el Expediente No. 378-2011.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia del 15 de febrero de 2021, recaída en el recurso de amparo No. 3956-2018.

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia del 30 de noviembre de 2023 recaída en el Expediente No. 252-2022.

VII. ANEXO DE LEGISLACIÓN

CPC: Constitución Política del Perú de 1993. Disponible en: <https://bit.ly/3uKTEwr>.

DLA: Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Decreto Legislativo No. 1071. Disponible en: <https://bit.ly/41fYQVi>.

LCE: Ley de Contrataciones del Estado, Ley No. 30225. Disponible en: <https://bit.ly/4acB4O6>.

LGA: Ley General de Arbitraje del Perú, Ley No. 26572. Disponible en: <https://bit.ly/3RASXia>.



LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS O CLEAN HANDS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: UNA HERRAMIENTA PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN Y SU APLICACIÓN A UNA DISPUTA PERUANA

Marcial G. GUTIERREZ LUCAR

*Abogado y máster en Derecho por la Universidad de Lima
Docente de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima*

RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad analizar el origen, desarrollo y actual aplicación de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión, así como las repercusiones que esta pueda tener en una controversia internacional de inversión entre el Estado peruano y la empresa Odebrecht Latinvest, vinculada con Odebrecht Brasil.

Palabras clave:

Inversión, corrupción, arbitraje, Estado, competencia arbitral.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the origine, development and current application of the Clean Hands doctrine in investment arbitration, as well as repercussions this doctrine would generate on an international dispute amongst the Peruvian State and the company Odebrecht Latinvest, vinculated to Odebrecht Brasil.

Key words:

Investment – corruption – arbitration – State – arbitral jurisdiction

I. INTRODUCCIÓN

“No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia”.

Charles Louis de Secondat – Barón de Montesquieu

Hace algunos años se destapó el escándalo de corrupción vinculado a Odebrecht, empresa brasilera a la que se le imputó haber sobornado a autoridades de diversos países latinoamericanos, con la finalidad de adjudicarse proyectos de construcción. Como parte de las investigaciones penales, en enero de 2018, uno de los principales ejecutivos de Odebrecht reconoció haber sobornado a diversas autoridades peruanas, asegurándose la adjudicación de proyectos de infraestructura, como la vía evitamiento de Cusco, la construcción de la vía Costa Verde tramo Callao, los tramos I y II de la Línea 1 del Metro de Lima, entre otros. Este ejecutivo también reconoció que habían diseñado un mecanismo para variar los precios pactados por los contratos de concesión celebrados en el Perú; el que consistía en someter a arbitraje las controversias por supuestos sobrecostos por la ejecución de estos proyectos, pero previendo que los tribunales arbitrales nacionales emitirían un pronunciamiento a su favor.

Actualmente, se encuentra vigente el acuerdo de colaboración eficaz celebrado entre el Ministerio Público del Perú –Equipo Especial Lava Jato–, la Procuraduría *Ad Hoc* –representante del Estado peruano para el cobro de las reparaciones civiles– y Odebrecht, a fin de que el primero de estos acceda a la información necesaria vinculada con las coimas pagadas por Odebrecht a las autoridades peruanas.

Pese a esta relación de colaboración, en febrero de 2020, se dio a conocer que Odebrecht Latinvest S.á.r.l. (OLI) –una empresa conformada

por capitales de Odebrecht– inició un arbitraje contra el Estado peruano ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), imputando principalmente que no se habrían respetado los estándares internacionales para proteger su inversión, la que se refería al proyecto del Gasoducto Sur Peruano (GSP).

Ante la situación descrita, la prensa peruana entrevistó al procurador peruano *ad hoc* del caso Lava Jato, el señor Jorge Ramírez, quien aseveró que el arbitraje iniciado por OLI tenía pocas probabilidades de éxito, debido a la aplicación de la doctrina de las manos limpias (Ramírez, 2020, en: <https://gestion.pe/peru/politica/jorge-ramirez-denuncia-de-odebrecht-ante-el-ciadi-va-a-seguir-el-camino-del-fracaso-nndc-noticia/?ref=signwall>).

Se considera necesario comprender los alcances de estas aseveraciones, para lo que se debe tomar en cuenta la institución inglesa del *equity*, de donde se origina la doctrina en estudio, así como las figuras jurídicas vinculadas del sistema romano-germánico; los pronunciamientos emitidos por tribunales arbitrales internacionales en casos similares en materia de inversión; la regulación internacional actual y, finalmente, plantear las conclusiones y recomendaciones útiles para la doctrina.

II. SISTEMA DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

1. Orígenes del Sistema de Protección de las Inversiones

El Sistema de Protección de las Inversiones se origina después de culminada la Segunda Guerra Mundial, mediante diversos medios jurídicos, entre los que se encuentra a los tratados multilaterales o bilaterales entre Estados. Es posible agrupar a los intereses de los Estados en los correspondientes a países desarrollados o

exportadores de capital y, por otro lado, los países en vías de desarrollo o importadores de capital. No cabe duda de la contraposición de intereses, dado que los países exportadores de capital buscaban herramientas jurídicas que protegieran sus inversiones; mientras que los importadores de capital estaban interesados en recibir el capital extranjero, sin perjudicar su soberanía.

Así, fueron celebrados tratados internacionales de Amistad, Comercio y Navegación que originalmente fueron suscritos por los Estados Unidos de América con pequeños Estados y, posteriormente, entre países europeos. En estos casos, las partes regularon el derecho a la propiedad, con el ánimo de proteger a los inversionistas en los países receptores de la inversión, concediendo beneficios como la indemnización justa, pronta y eficaz ante un supuesto de expropiación.

Adicionalmente, también era necesario un mecanismo para resolver los conflictos que pudiesen suscitarse, motivo por el que se les otorgó la facultad para entablar demandas directamente contra el Estado receptor de la inversión, encontrándose legitimados mediante una cláusula de arbitraje; la que también es conocida como una oferta abierta para litigar contra el Estado en cuestión ante foros o cortes internacionales.

2. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)

Antes de la creación del Convenio CIADI, ante alguna controversia por la violación a la inversión de un extranjero en el Estado receptor, la única medida que podía adoptar el inversionista –a fin de excluirse de la competencia de los tribunales nacionales del Estado receptor– era solicitar al Estado de origen del inversionista que formule una reclamación internacionalmente contra el Estado receptor, imputándole la comisión de una

ilegalidad. Así, no era posible que el inversionista formulara una reclamación directa contra el Estado receptor.

Considerando la complejidad para que los inversionistas formulen sus reclamaciones ante los Estados receptores, el Banco Mundial planteó una iniciativa a fin de que los Estados suscriban un tratado internacional que facilite al inversionista formular sus reclamaciones contra el Estado receptor de la inversión y que este pueda demandar al inversionista, si no respetase sus obligaciones en el marco de la inversión.

El 14 de octubre de 1966, la referida iniciativa del Banco Mundial entra en vigor, a través del Convenio CIADI, también conocido como el Convenio de Washington, por el que se crea un mecanismo compuesto por una corte internacional de arbitraje que administra casos de arbitraje entre inversionistas y Estados.

3. Tratados bilaterales y multilaterales de inversión

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, período que también comprende a la Guerra Fría, hubo una clara confrontación entre los países “desarrollados” y los que se encontraban en “vías de desarrollo”. Ello se debió a que estos últimos manifestaron un claro sentimiento de nacionalismo, por lo que buscaron erradicar las inversiones extranjeras, las que en muchos casos habían sido realizadas por nacionales de los Estados que originalmente los colonizaron.

Las conductas descritas generaron el inicio de una discusión: ¿cuál es la protección que tienen las inversiones extranjeras por parte del Derecho internacional? Era claro que la confrontación se mantendría en ambos polos. Los inversionistas buscaban la tutela de sus activos, al amparo de la protección diplomática. Mientras que los otros Estados alegaban que correspondía la

nacionalización de aquellas actividades que consideraban como prioritarias y, por dicho motivo, no podían estar en manos de extranjeros (González de Cossío, p. 1388).

Es posible afirmar que estas circunstancias fueron el origen del derecho internacional en materia de inversión extranjera, llevando a los Estados a conciliaciones y asentando un claro esfuerzo por extender la protección diplomática a los activos del extranjero e identificar la responsabilidad de los Estados por los daños que generaría de afectar a sus inversionistas foráneos.

Es así como los esfuerzos de los actores internacionales –entre ellos el Banco Mundial– generaron la creación de un régimen jurídico de protección regulado mediante los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos entre los Estados intervinientes. La finalidad de estos tratados es el otorgamiento, al inversionista extranjero, de estándares mínimos de protección como los siguientes (Reinisch, pp. 171-205):

- (i) El trato justo y equitativo al inversionista a fin de evitar arbitrariedades respecto de la inversión, lo que se complementa con la prohibición a la discriminación debido a nacionalidad;
- (ii) La prohibición de confiscación de la inversión, lo que no implica la prohibición de expropiación siempre que aquella obedezca a un interés objetivo, verificable, no discriminatorio y que sirva al interés público, seguida de una compensación justa; y
- (iii) El deber de brindar a la inversión seguridades plenas que no la frustren injustamente.

Habiendo establecido un marco internacional de actuación, el primer TBI fue el celebrado entre la República Federal Alemania y Pakistán en 1959 (Henkin, Crawford y Schachter, p. 764), además,

a la fecha, se han suscrito miles de estos, con la finalidad de promover la inversión extranjera y ofrecer mayor seguridad jurídica, reduciendo el riesgo que corresponde a la incursión económica en un mercado distinto al nacional.

Asimismo, para acceder a los beneficios del Convenio CIADI, no solo es necesaria la suscripción de un TBI entre dos o más Estados, sino que, además, por el mismo documento se haya determinado que las controversias vinculadas a la inversión realizada al amparo de su cuerpo normativo serán sometidas a la referida jurisdicción internacional, lo que debe ser realizado de manera clara e indubitable. Claro está, dicha cláusula arbitral surtirá efectos respecto de los Estados e inversionistas, siempre y cuando los Estados involucrados en la controversia hayan suscrito el Convenio CIADI.

III. EL ORIGEN DE LOS TÉRMINOS *EQUITY* Y MANOS LIMPIAS (*CLEAN HANDS*)

El término *equity* o equidad no es un concepto del derecho contemporáneo, sino que se remonta a la Grecia antigua, como resultado de uno de los tantos cuestionamientos formulados por Aristóteles al sistema de justicia (sin fecha, en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>).

El autor griego señaló que la aplicación de las disposiciones legales –las mismas que son universales– generan justicia; sin embargo, existirán supuestos que se encontrarán fuera de los alcances de la justicia legal. Así, en este segundo escenario, la equidad o lo equitativo jugarán un rol importante, dado que, mediante estas herramientas, se subsanará el error omisivo ocasionado por el ordenamiento normativo. Alcanzando la impartición de un tipo distinto de justicia, pero justicia al fin de cuentas.

El término del *equity* o equidad reaparecería

siglos después, cuando era aplicado en el Reino Unido de Gran Bretaña, país en el que, si bien impera el sistema del *common law*, el *equity* se abrió paso en un régimen paralelo al del *law*, contraviniendo el que la herramienta para solucionar las controversias, en sí, eran las leyes. Como era de esperarse y en una clara contraposición, el *equity* buscaba que a las disputas se aplique una solución equitativa, por lo que el elemento predominante era la discreción de quien resolviese. Esta situación era contraria a la estricta y clara aplicación de la ley, pese a ello, contaba con un respaldo constante en la historia jurídica anglosajona (Le Moullec, 2018, pp. 15 – 16).

Así, cuando se hace referencia al *equity*, no se debe entender desde la perspectiva romano-germánica en la que se le identifica como “justicia”, sino desde la anglosajona en la que es identificada como un sistema jurisdiccional en sí mismo; el que tiene origen en la discrecionalidad de los magistrados y los árbitros cuando emiten un pronunciamiento para solucionar controversias jurídicas, apartándose de lo ya dispuesto normativamente (Falcón y Tela, p. 85).

Como parte del desarrollo del *equity* y al ser parte de un sistema de justicia, fueron emitidas una relación de máximas o *rules of equity*, desde un intento doctrinal no exhaustivo para identificar una serie de reglas generales aplicables por los Tribunales de la Cancillería durante su máxima etapa de extensión, identificando la relevante para esta investigación (Falcón y Tella, pp. 98 a 99): *El que acude a la jurisdicción de equity debe tener las manos limpias*.

Cabe resaltar que este concepto también se encuentra recogido en instituciones latinas propias del sistema romano-germánico: *Ex turpi causa non oritur actio* y *nullus commodum capere potest de sua iniuria propria*.

En lo que respecta a la aplicación del principio bajo comentario, este operaba como una defensa planteada por el demandado, a fin de que la Corte del *equity* no permita que el demandante acceda a su jurisdicción, dado que cometió una conducta impropia en contra de su contraparte, en algún tipo de forma (Annenson, 2017, p. 1842). Así, de acreditarse la situación bajo comentario, el demandante no sería elegible para acceder a los beneficios que otorgaba el sistema del *equity* y, claro está, debía remitirse a las Cortes del *Common Law*.

Dado que no existe unanimidad en los criterios aplicables para determinar su real contenido, se puede concluir que dicho concepto jurídico se encuentra actualmente en construcción, tal como se demuestra en los siguientes párrafos.

En primer lugar, se debe tener presente que, durante el siglo XX, la doctrina identificó al *clean hands* como parte del derecho internacional (Fitzmaurice, 1957, p. 119), definiéndolo como:

“El que acude a la jurisdicción del equity debe tener las manos limpias. Así, un Estado culpable de una conducta ilegal puede ser privado de la locus stand in iudicio necesaria para cuestionar las conductas ilegales de otros Estados, especialmente si fueron adoptadas o emprendidas como consecuencia para contrarrestar su propia ilegalidad – en corto porque fueron provocados por ella”.

(Traducción libre)

El concepto de *clean hands* no solo tiene un origen en el derecho anglosajón, como se ha expuesto previamente, sino que también cuenta con respaldo en el Derecho continental, específicamente, en el romano-germánico, en el que se encuentran las siguientes premisas: “*ex delicto non oritur actio*” –un acto ilegal no puede servir de base a una acción judicial–, “*ex turpi causa non oritur*” –una acción no puede surgir

de una reclamación deshonrosa— y “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*” —no se puede alegar el propio error.

Es importante reiterar que el principio bajo comentario no contaría, para algunos tribunales, con respaldo en tratados internacionales ni normas nacionales, sino que provendría exclusivamente de los principios generales del derecho. Ello se vería expuesto en el laudo emitido por la Corte Permanente de Arbitraje, el 17 de setiembre de 2017, en el arbitraje seguido por Guyana c. Suriname.

Si se retorna a la historia de las controversias internacionales en materia de inversión, se advierte que la primera vez en la que se hizo referencia implícita a las máximas del *equity* en una decisión jurisprudencial es la emitida por la Corte Permanente de Justicia, el 28 de junio de 1937, en el caso de *Diversion of Water from the Meuse*, mas no en el pronunciamiento decisorio, sino en uno de los pronunciamientos disidentes. Sin embargo, ello es de utilidad para advertir que en el derecho internacional no existía —ni existe— claridad respecto a si procede la aplicación de las máximas del *equity* o si solo deben ser tomados como referencia para evaluar la conducta de las partes contractuales en materia de inversión.

En arbitraje de inversión, la noción tuvo desarrollo en diferentes pronunciamientos, uno de ellos es el emitido en el arbitraje seguido entre Inceysa c. Salvador, CIADI, laudo emitido el 2 de agosto de 2006:

“240. Este Tribunal resuelve, además, que la inversión realizada por Inceysa viola el principio *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans* y que se ha enunciado en español como que **nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo.** (...)”.

(Traducción libre)

En este caso, el tribunal arbitral concluyó que el inversionista había contravenido diversos principios legales provenientes del TBI aplicable, por lo que no podía beneficiarse de su propia torpeza o dolo para formular una reclamación en la vía arbitral. Así, se advierte que, subliminalmente, el laudo reconoce la existencia del principio de *clean hands*, pero bajo la invocación de uno de sus primos hermanos romano-germánico, en términos coloquiales.

También se cuenta con el pronunciamiento emitido en el arbitraje seguido por Plama c. Bulgaria, CIADI, laudo emitido el 27 de agosto de 2008, en el que, si bien no se sustenta en un TBI, es un pronunciamiento vinculado al Tratado sobre la Carta de la Energía, en el que fue determinado lo siguiente:

“143. Demandante, en el presente caso, está requiriendo al Tribunal que conceda a su inversión en Bulgaria las protecciones proveídas por el TCE. Sin embargo, el Tribunal ha decidido que la inversión fue obtenida por una conducta engañosa que viola la legislación búlgara. El Tribunal tiene el punto de vista que conceder las protecciones del TCE a la inversión del demandante podría ser contrario con el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* invocado antes. Eso sería también contrario con la noción básica de la política pública internacional — que un contrato obtenido por un ilícito (falsa declaración) no debe ser ejecutado por un tribunal.

144. En consideración con lo anterior y a la luz de la defensa *ex turpi causa*, este Tribunal no puede conferir su respaldo al requerimiento del demandante y no puede, por tanto, conceder las sustanciales protecciones del TCE”.

(Traducción libre)

En el presente caso, si bien se señala que el inversionista procedió conforme a una conducta engañosa, la desestimación de la pretensión se sustenta en la aplicación del principio *nemo auditur propiam iuritudinem allegans*. Si bien no se hace una expresa referencia al principio del *clean hands*, nuevamente se encuentra que un pronunciamiento se sustenta en otro de sus primos hermanos del derecho romano-germánico.

La doctrina, así como las autoridades arbitrales, mantienen un claro debate respecto a la aplicación del *clean hands*, lo que se ve de manifiesto en el caso de Yukos Universal Limited c. Federación Rusa, CPA, laudo emitido el 18 de julio de 2014, por el que fue dispuesto:

“1362. Sin embargo, como los demandantes señalaron, a pesar de lo que aparentemente ha sido una extensiva revisión de jurisprudencia, el demandado ha sido incapaz de citar una sola decisión en mayoría donde una corte internacional o tribunal arbitral haya aplicado el principio del unclean hands en una disputa entre Estados o Inversor-Estado y concluya que, como principio del derecho internacional, opere como un obstáculo para la reclamación.

1363. El Tribunal por consiguiente concluye que “unclean hands” no existe como un principio general del derecho internacional que operaría como un obstáculo a la reclamación de un inversor, como los demandantes en este caso”.

(Traducción libre)

Como se aprecia del laudo bajo comentario, para el tribunal arbitral a cargo de resolver esta controversia, la discusión sobre la existencia del principio del *clean hands* no contaría con respaldo jurisprudencial, siendo, probablemente, uno de los pronunciamientos que ha desconocido su existencia de una forma tan tajante. Ahora, se

considera relevante mencionar que la decisión del tribunal arbitral no implica, de manera alguna, un consentimiento a la conducta ilegal por parte del inversionista, dado que ello fue materia de análisis en la resolución de mérito de la controversia.

Hace unos años fue emitido un laudo que se puede considerar tan drástico como el del caso Yukos Universal Limited c. Federación Rusa, y es el correspondiente al arbitraje sostenido entre South American Silver Limited c. Bolivia, CPA, emitido el 22 de noviembre de 2018, por el que fue dispuesto que:

“452. La Demandada invocó las decisiones de dos tribunales arbitrales de inversión que han desestimado los reclamos de la parte demandante, entre otras razones, por considerar que dichos reclamos estaban basados en una conducta contraria al orden público internacional. Mas allá de las diferencias fácticas entre el presente caso y aquellos invocados por Bolivia, el Tribunal no encuentra que las decisiones citadas soporten la afirmación general de que el principio de clean hands hace parte del orden público internacional. La Demandada no invocó otros materiales para soportar esta alegación”.

Teniendo en consideración el contenido de los laudos citados, se concluye que hasta el momento no existen pronunciamientos que le brinden reconocimiento a nivel internacional al principio de *clean hands*, para que sea empleado como uno general y, por tanto, que su contravención otorgaría a la parte demandada la posibilidad de cuestionar la competencia del tribunal arbitral o el rechazo de la cuestión de fondo por dicho motivo.

Sin perjuicio de lo expuesto, existe un caso que brinda mayores luces a la aplicación del principio de *clean hands* al arbitraje de inversión, siendo el pronunciamiento correspondiente al arbitraje iniciado por Niko Resources Ltd. c. Bangladesh,

CIADI, laudo emitido el 19 de agosto de 2013, por el cual fue dispuesto:

“481. Al considerar los argumentos de admisibilidad del Estado demandado, bajo el *clean hands*, el Tribunal Arbitral de UNCLOS lidia con la doctrina “para extender ese tipo de doctrina debe existir en el derecho internacional”, refiriéndose a tres criterios que han sido extraídos de esos casos de los que se refiere la doctrina para sustentarse, en particular el desarrollo en la opinión del Juez Hudson: (i) el incumplimiento debe concernir a una violación continuada, (ii) el remedio debe buscar “la protección contra la continuidad de dicha violación en el futuro”, no daños por pasadas violaciones y (iii) ahí debe haber una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas.

482. En un sentido más amplio, se ha argumentado que la doctrina de las manos limpias, sin expresa mención a dicho término, se ha encontrado su aplicación en una serie de otros casos donde las reclamaciones fueron desestimadas por falta de competencia o por inadmisibilidad porque ellas fueron obtenidas fraudulentamente o no estaban de acuerdo con la regulación del Estado anfitrión”.

(Traducción libre)

En ese sentido, lo que establece este tribunal arbitral es que, para la aplicación de la teoría de las manos limpias, será necesario que el inversionista se encuentre en un estado de incumplimiento permanente, que los hechos materia de discusión estén vinculados con las medidas adoptadas por el Estado anfitrión para revertir la situación de incumplimiento y, finalmente, debe existir una clara vinculación entre las medidas con el incumplimiento.

Tomando en cuenta lo dispuesto por diversos pronunciamientos, se considera que el brindar

un contenido a la doctrina del *clean hands* es cuestión de tiempo y dependerá de que los tribunales arbitrales estén dispuestos a efectuar un mayor desarrollo doctrinario a los casos que se encuentren bajo su jurisdicción. También será necesario reconocer su existencia para que otros cuerpos colegiados hagan lo propio, replicando tal actuar en futuros pronunciamientos.

IV. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: CONCEPTOS PREVIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS

Con la finalidad de comprender el contexto en el que es aplicada la doctrina de las manos limpias, se considera pertinente realizar una introducción respecto de los principales conceptos que serán analizados para evaluar la procedencia de su aplicación.

1. Sobre la regulación para someter controversias al CIADI

El artículo 25° del Convenio CIADI es el que determina cuáles son los requisitos que deben existir para que el CIADI cuente con la jurisdicción necesaria para resolver una controversia internacional en materia de inversiones. En ese sentido, los identificados son: (i) *ratione temporis*, (ii) *ratione personae*, (iii) *ratione materiae* y (iv) *ratione voluntatis*.

2. Requisitos para acceder a la jurisdicción del CIADI

El acceso a la jurisdicción del CIADI requiere que las partes del arbitraje cumplan con los siguientes cuatro requisitos:

(i) Requisito *ratione temporis*

La cuestión de la *Ratione Temporis* está vinculada con la aplicabilidad de un tratado en

el momento correspondiente que así lo hayan determinado las partes. En general, dichos acuerdos parten de la premisa de la irretroactividad del tratado, siendo imposible que sea aplicable a situaciones jurídicas que se hayan configurado con anterioridad a su suscripción, salvo que las partes decidan apartarse de la regla general.

(ii) Requisito *ratione voluntatis*

El primer punto para considerar es que el Estado receptor de la inversión, así como el de origen del inversionista, deben haber suscrito el Convenio CIADI. Además, es necesario que exista un acuerdo de partes a someterse a la jurisdicción del CIADI para solucionar sus conflictos mediante un arbitraje.

Sin embargo, tal como señala la doctrina (Gonzales de Cossío, 2006, p. 1401), existe un relajamiento, al requerir la existencia de un acuerdo arbitral expreso, bastando que exista una promesa por parte del Estado receptor de la inversión, para que cualquier controversia que pudiese surgir sea ventilada en la vía arbitral ante el CIADI.

(iii) Requisito *rationae personae*

El elemento subjetivo determina que una de las partes debe ser un Estado contratante del CIADI, mientras que la otra un nacional de otro Estado contratante. La aplicación del Convenio CIADI implica, en pocas palabras, que las partes intervinientes en el procedimiento arbitral no deben contar con una misma nacionalidad.

Sin perjuicio de ello, existe una regla de excepción que se desprende del numeral 25 (2)(b) del Convenio CIADI, por el cual se establece que un inversionista nacional puede ser considerado como extranjero, si así lo hubiesen pactado las partes, ya que se encuentra sujeto a control foráneo. Este va de la mano con el concepto de

nacionalidad corporativa, la que generalmente es determinada por el Estado donde se encuentra registrada u opera la sede social.

(iv) Requisito *rationae materiae*

Conforme al consenso de la doctrina, este elemento subsume la convergencia de 2 requisitos: que la controversia sea legal o de naturaleza jurídica y que derive de una inversión conforme a lo acordado en el TBI. A continuación, se procede a explicar cada uno de ellos:

a) La controversia o diferencia debe ser de naturaleza jurídica.

Este requisito implica, claro está, que ante el CIADI solo se ventilarán controversias de naturaleza jurídica, quedando totalmente excluidas las diferencias de naturaleza política, económica, financiera, etc.

b) La controversia o diferencia se deriva directamente de una inversión.

Conforme se desprende del Convenio CIADI, no existe una definición del concepto “inversión”, ello se debe a que los Estados suscriptores de los TBI pueden emplear términos diversos, variados, amplios y abiertos para definirlo, sin dejar de lado que las partes suscriptoras definirán qué se entiende por inversión, cabiendo la posibilidad de que la “inversión” varíe en función a cada uno de los TBI.

En ese sentido, el análisis se deberá realizar en cada caso en concreto, en función a las características del TBI y la controversia jurídica en cuestión, tal como ha sido manifestado en la jurisprudencia (Fedax N.V c. República Bolivariana de Venezuela, Cekoslovenska Obshodni Banka S.A. c. República Eslovada y Mihaly International Corporation c. República

Socialista Democrática de Sri Lanka).

Ahora bien, se considera oportuno precisar que bajo el requisito de *ratione materiae* no solo es evaluado que la relación contractual bajo comentario esté vinculada a una inversión, sino que la misma haya sido ejecutada conforme a las disposiciones establecidas en el TBI. Ello, dado que si una inversión es realizada en clara contravención del TBI –como ocurre cuando median actos de corrupción en la obtención de una buena pro, como paso previo a realizar una inversión– no podría ser considerada como una inversión proveniente del TBI y, por defecto, tampoco contaría con las protecciones legales concedidas por el TBI aplicable. Este punto será abordado a mayor profundidad en el siguiente capítulo; sin embargo, se deja constancia de que es la vía por la que se canaliza la aplicación de la teoría del *clean hands* en disputas de derecho internacional de inversión.

V. LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS Y SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

1. El planteamiento de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión como mecanismo de cuestionamiento de la competencia del tribunal arbitral

Los TBI nacen con el objetivo de generar seguridad a los inversionistas, protegiéndolos de cualquier acción contraria al TBI que pudiese ejecutar el Estado receptor de las inversiones. Es usual que, en este tipo de conflictos, el Estado demandado cuestione la probidad del inversionista, planteando como defensa que su actuar se sustentó en que su contraparte contravino el ordenamiento jurídico aplicable a la inversión.

El Estado demandado cuestiona la competencia del tribunal arbitral CIADI, invocando la aplicación de la doctrina de las manos limpias o *clean hands*,

denunciando que no estaría presente el requisito *ratione materiae*, por lo que el CIADI no cuenta con jurisdicción para resolver la controversia que se pretende someter a su jurisdicción. Ello, dado que la inversión en cuestión no califica como tal por haberse concretado contraviniendo el TBI.

El inversionista extranjero no podrá exigir la tutela de las garantías otorgadas por el TBI aplicable, como la resolución de los conflictos en la vía arbitral, ya que la inversión ha sido ejecutada contrariamente al TBI, lo que suele comprender al respeto al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor de la inversión. Así, lo que se busca es la sanción del inversionista mediante los remedios legales y procesos domésticos correspondientes al Estado anfitrión, tal como se advierte de la disertación del árbitro B. Cremades, al expedir el laudo en el arbitraje seguido por Fraport AF Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas, CIADI, emitido el 10 de diciembre de 2014.

Es importante mencionar que el cumplimiento del ordenamiento jurídico local, para encontrarse comprendido bajo el TBI, tal como lo señalan algunos autores (Cervantes Valarezo, 2018, p. 72), puede ser explícito –cuando surge del texto del TBI– o implícito.

2. Las implicancias de que la inversión debió ser ejecutada conforme a la normativa interna del Estado anfitrión

Como premisa previa, se debe tomar en cuenta que la doctrina de las manos limpias o *clean hands*, en el arbitraje de inversión, se sustenta en que el inversionista actuó en contra del ordenamiento jurídico del Estado receptor, en ese escenario, la primera pregunta que se debe formular es: *¿qué se entiende por la normativa interna del Estado receptor y cómo se llega a ella?* Así, se debe tener presente que los TBI no son acuerdos cuya finalidad es regular todos los supuestos

normativos para que la inversión se ejecute conforme a la normativa del Estado receptor, por lo que su técnica de redacción suele comprender una cláusula de *reenvío* a la legislación local los Estados suscriptores, tal como se desprende del caso Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG c. República de Ghana.

En el mismo sentido, se han pronunciado otros tribunales arbitrales, al señalar que, si bien el TBI es un instrumento internacional, ello no impide que pueda referirse o remitirse al derecho local del Estado anfitrión, generando que su incumplimiento desemboque en efectos de naturaleza internacional (Fraport AF Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas, CIADI, emitido el 10 de diciembre de 2014). Sin dejar de lado que requerir que las inversiones cumplan con la regulación del Estado receptor es común en los TBI modernos (Tokio Tokelés c. Ucrania, CIADI, emitido el 26 de julio de 2007).

Si bien no existe discusión respecto a los mecanismos para identificar la normativa que deberá ser cumplida por el inversionista, no ocurre lo mismo cuando se refiere a la gradualidad o gravedad del incumplimiento. En esta disyuntiva, es posible encontrar dos escenarios. Primero, que la infracción debe comprender a los “principios fundamentales del Estado receptor”, es decir, que revista de determinada gravedad (Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, CIADI, emitido el 6 de febrero de 2008). Así, se encuentran pronunciamientos (Quiborax S.A. y Non-Metallic Mineral S.A. v. Bolivia, CIADI Caso No. ARB/06/2, emitida el 27 de setiembre de 2012) en los que se precisó que las contravenciones normativas solo comprenderán alguno o todos los siguientes supuestos: *violaciones no triviales del ordenamiento legal del Estado anfitrión; violaciones del régimen de inversión extranjera del Estado anfitrión; y, fraude, por ejemplo, para asegurar la inversión o sus ganancias*”.

En contraste, se identifica una postura por la cual se tutela al Estado receptor ante la afectación a su normativa interna, sin diferenciar o identificar nivel de gradualidad alguno sobre dicha contravención (Caso Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, CIADI, decisión de jurisdicción, emitida el 23 de julio de 2001). Por ello, es posible concluir que se podrá aplicar la doctrina de las manos limpias, a criterio del tribunal arbitral, ante cualquier tipo de incumplimiento a cargo del inversionista, respecto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado foráneo.

2. La denegación de jurisdicción en aplicación de la doctrina de las manos limpias, así como sus repercusiones en la emisión de un laudo que resuelve la controversia

La aplicación de la doctrina de las manos limpias o *clean hands* implica, entre otros casos, que la inversión sea realizada en contra de la legislación del Estado receptor, dicha contravención conlleva a que el tribunal arbitral carezca de jurisdicción para conocer la controversia, ya que la protección del TBI comprende de manera exclusiva a las inversiones ejecutadas legalmente, sanción que también será aplicable cuando se encuentra ante un inversor corrupto.

En dicho sentido, se han pronunciado diversos tribunales arbitrales (por ejemplo, en Sabas Fakes c. Turquía, CIADI, emitido el 10 de julio de 2010) o como en un caso específico (Inceysa Vallisoletana S.L. C. República de El Salvador, CIADI, emitido el 2 de agosto de 2006).

Ahora bien, como ha sido expuesto en el caso World Duty Free Company c. Kenia, CIADI, emitido el 4 de octubre de 2006, existen estándares menores para que se rechace la competencia del CIADI, principalmente, cuando se encuentra ante conductas que no solo violan la normativa interna del Estado anfitrión o se contraviene al propio

TBI, sino también cuando existen convenciones internacionales relacionadas a la corrupción y que son de obligatorio cumplimiento a los Estados involucrados.

Se cuenta con otro pronunciamiento arbitral (Fraport AF Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas, CIADI, emitido el 10 de diciembre de 2014) en el que se analizó la normativa interna y se calificó que la inversión no cumplía con los requisitos legales para ser considerado como tal.

Asimismo, existen casos en los que implícitamente se ha reconocido la existencia de la doctrina de manos limpias o *clean hands*, por ejemplo, cuando se desestima su aplicación porque el Estado no prueba las alegaciones de corrupción. No cabe duda de que la argumentación jurídica de la objeción era válida, solo que no fue acreditada adecuadamente por la parte que la invocaba. Ello se desprende del caso Glencore International y Prodeco S.A. c. República de Colombia, CIADI, emitido el 27 de agosto de 2019.

De esta manera, se advierte que, para diversos tribunales arbitrales, la doctrina de las manos limpias o *clean hands* –al igual que las instituciones que se han conocido e identificado como sus primos hermanos– se sustenta en que, al aplicar el TBI, se determina que la inversión no puede ser calificada como tal, dado que fue obtenida o desarrollada en contravención al TBI, las normas que se refieren al orden público internacional, así como a la normativa interna del Estado receptor.

Cabe precisar que el no contar con una invocación unánime de una institución jurídica para rechazar la competencia del CIADI genera que no exista predictibilidad ni uniformidad en términos jurisprudenciales, siendo altamente complejo para quien deduce esta defensa procesal, identificar el nivel de éxito de sus alegaciones, lo

que ha sido respaldado por la doctrina (*Cervantes Valarezo, 2017, pp. 92 – 93*).

Sin embargo, tomando en cuenta la estructura organizativa del CIADI y que los tribunales arbitrales son independientes entre sí, se encuentran pronunciamientos por los cuales se rechaza la aplicación de la doctrina de las manos limpias o *clean hands* y, además, no se reconoce su naturaleza como un principio del derecho público internacional. Ello ocurrió en el caso Yukos Universal Limited c. Federación Rusa, cuando el tribunal arbitral rechazó las alegaciones del demandado.

Hasta este punto, el lector podrá advertir que, en ninguno de los pronunciamientos, se ha empleado de forma expresa el concepto de *clean hands*, cuando los tribunales arbitrales han rechazado su competencia para resolver una controversia en materia de inversión; lo que implica para un sector de la doctrina una falta de claridad sobre los alcances y la aplicación de dicha teoría en la jurisprudencia internacional en materia de inversión.

Bajo este concepto, se considera que, si bien no se ha empleado de manera textual el concepto de *clean hands*, sí existe un claro uso de su razón de ser y de los principios del derecho romano-germánico que guardan una estrecha vinculación con el concepto anglosajón bajo análisis; por lo que se espera que es cuestión de tiempo para que futuros tribunales arbitrales no solo reconozcan su existencia como una costumbre en la práctica arbitral, sino que, además, establezcan parámetros que sean de utilidad para definir una clara manera de aplicarlos a las controversias venideras.

En ese sentido, se puede concluir que si un TBI exige que la inversión sea ejecutada conforme al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor –o de otras disposiciones– para ser considerada como tal, dicho requisito constituirá un elemento

de jurisdicción y, al comprobarse la ilegalidad de la inversión, se considera que corresponderá que el tribunal arbitral declare que carece de competencia y deniegue la jurisdicción al inversionista. Claro está, como se ha adelantado, no se encuentra una posición unánime en la jurisprudencia, por lo que el resultado esperable no puede concretarse con total certeza.

En la doctrina y jurisprudencia, se esboza una postura complementaria y minoritaria, la misma que se sustenta en que, cuando en el TBI no se ha establecido como obligación explícita que el inversionista debe cumplir con la normativa interna del Estado receptor de la inversión, por lo que los tribunales arbitrales se declaran competentes y en el laudo final analizan la legalidad de la inversión. Tal como ocurrió en el caso *Gustav F.W. Hamster GmbH & Co KG c República de Ghana*, CIADI, emitido el 18 de junio de 2010.

Por otro lado, en la jurisprudencia se ha encontrado una posición en la que se postula que el declarar la carencia de competencia por parte del tribunal arbitral –en aplicación de la doctrina del *clean hands*– generaría un incentivo perverso para la lucha contra la corrupción en alguno de los polos intervinientes; dado que negar el acceso al inversionista a un tribunal arbitral podría ser beneficioso para el Estado que también participó del acto de corrupción.

Considerando esta conclusión, se ha advertido que algunos tribunales arbitrales han adoptado una posición interesante ante la invocación de la doctrina de las manos limpias basada en el Orden Público Internacional –la lucha contra la corrupción– y es no denegar su competencia respecto del reclamo, pero sí evaluarán dicha objeción en el cálculo de los daños que se hayan reclamado y probado o en la asignación de los costos del proceso.

Ello tiene por finalidad que el Estado receptor no evite la asunción de su responsabilidad y, al igual que el privado, se le sancione por los actos cometidos. El ejemplo más claro con el que se cuenta es el caso *Metal-Tech, Yukos y Spentex*:

“[Cuando] tanto el estado como el inversionista tenían las manos impuras, los tribunales del CIADI pueden ordenar una distribución compartida de los costos, como en el caso Metal-Tech. También pueden considerar disminuir la cantidad de daños otorgados a los inversores, como en el caso de Yukos, o pueden encontrar orientación en el caso de Spentex, para ordenar a los estados demandados que paguen los costos del arbitraje a una organización anticorrupción específica, en lugar asignarlos a los inversionistas”.

(El subrayado es nuestro)

Se ha advertido que el análisis de las medidas adoptadas por los Estados receptores, a fin de erradicar la corrupción, han sido tomados en cuenta al momento de emitir los laudos, dado que ello permite verificar si la declaración de incompetencia genera un beneficio para el Estado demandado. Esto se advierte en el caso *World Duty Free Co. v. República de Kenia*.

Así, este último laudo ha llamado la atención de la doctrina, motivo por el cual se ha planteado como alternativa que se admita la defensa de las manos limpias o *clean hands*, deducida por el Estado demandado, solo si este demuestra su compromiso con la lucha contra la corrupción, adoptando las medidas a su alcance para iniciar el procesamiento e imposición de sanciones a los funcionarios corruptos (Habazinm 2016, p. 807). Caso contrario, el tribunal arbitral reconocería su competencia y procedería con el trámite regular del arbitraje, así como con la emisión de un pronunciamiento.

3. Las defensas que podrá emplear el inversionista ante la invocación de la doctrina de las manos limpias

Si bien el punto de inicio de la presente investigación estuvo vinculado a la doctrina de las manos limpias y la corrupción, se considera pertinente mencionar que, según las defensas planteadas en los laudos analizados, el inversionista que funja como demandante para buscar la competencia del CIADI suele invocar alguna de las siguientes defensas:

- (i) El tribunal arbitral no se encuentra ante una infracción del ordenamiento jurídico que pueda ser considerada como grave;
- (ii) Dicho actuar ha sido permitido —expresa o tácitamente— por el Estado foráneo; y,
- (iii) Que el inversionista no tuvo la oportunidad de conocer, en determinado grado de responsabilidad, que había cometido una infracción al ejecutar su negocio.

Como se ha señalado previamente, si bien puede ocurrir que los Estados receptores de la inversión conocieron y permitieron la contravención a su normativa, por parte de los inversionistas, el que no hayan adoptado medidas al respecto por ningún motivo puede implicar una validación de tal proceder; dado que, usualmente, se encuentra ante una clara contravención a normativa de obligatorio cumplimiento, los que, por su propia naturaleza, devienen en insubsanables o inconválidos.

Finalmente, lo que respecta a la gravedad del incumplimiento es un elemento cuyos alcances son determinados por el tribunal arbitral ante la exposición de los hechos que formulan las partes mediante sus defensas, así como de los hechos realmente acaecidos en contraposición al ordenamiento jurídico aplicable al caso en concreto.

4. Estándar probatorio sobre la corrupción y en pedido de aplicación de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión

Conforme a la experiencia jurisprudencial, se advierte que no existe consenso respecto del estándar probatorio de la ocurrencia de la corrupción en el arbitraje internacional, así como la aplicación de la doctrina de las manos limpias o *clean hands*, por lo que se aprecia la existencia de tres umbrales:

- (i) Tribunales que exigen un estándar de prueba alto, más allá de la duda razonable, lo que podría respaldarse con un pronunciamiento judicial en el ámbito penal;
- (ii) Tribunales que exigen un estándar de prueba medio, pudiendo asimilar dicho requerimiento con investigaciones fiscales o dictámenes acusatorios; y,
- (iii) Tribunales cuyo estándar de prueba es bajo, pudiendo concluir que la existencia de la corrupción sobre evidencia circunstancial e inferencia, fundamentándose en la sana crítica (valoración directa por parte de los miembros del tribunal arbitral, respecto de los medios de prueba proporcionados por los interesados).

El primer punto por resaltar es que cualquiera de los tres umbrales va a requerir de una actuación probatoria exhaustiva, lo que no debería ocurrir para la etapa inicial de un arbitraje. Es más, se considera que el último de los umbrales es el que requerirá de una inmersión superior por parte del tribunal arbitral, pues sus integrantes deberán identificar cuáles son los indicios que los llevaron a concluir que existe un acto o actos de corrupción.

El tercer y último estándar probatorio es el que ha resultado preocupante para los inversores, dado que existen laudos en los cuales los

tribunales arbitrales han declarado su falta de jurisdicción con base en indicios obtenidos de los medios de prueba proporcionados por las partes del arbitraje. Así, se encuentra que en la doctrina (Cervantes, 2017, p.79):

“En relación al tercer estándar probatorio de corrupción, en el laudo Metal-Tech v. República de Uzbekistán (CIADI, 2013, p. 79), el tribunal proclamó su falta de jurisdicción para conocer la demanda y contrademanda presentadas por las partes. Uzbekistán alegó que la empresa israelita cometió actos corruptos pero el tribunal afirmó que “no va a recurrir a presunciones o alteraciones en la carga de la prueba”, sino que, para determinar con una certeza razonable si existió corrupción, se va a encargar de “buscar por sí mismo pruebas adicionales de la naturaleza y propósito” de los pagos relacionados con actos de corrupción (CIADI, 2013, p. 79). Así, el tribunal estableció una serie de red flags o banderines de alerta que le permitieron concluir que existían indicios suficientes de corrupción como para no admitir la controversia en arbitraje. (...) (CIADI, 2013, p. 24)”.

Ello puede resultar del todo peligroso e inclusive cuestionable, dado que los tribunales arbitrales, en principio, carecen de competencia para calificar determinadas actuaciones como delictivas. Se considera que no se encuentra en dicho supuesto cuando existe un pronunciamiento judicial definitivo de por medio o la opinión de quien ejerce la acción penal en determinado Estado, dado que, en ese caso, el tribunal arbitral solo procederá a analizar las conclusiones y calificaciones delictivas realizadas por las autoridades competentes.

VI. CONTROVERSIA ENTRE OLI Y LA REPÚBLICA DEL PERÚ ANTE EL CIADI

1. Antecedentes del Gasoducto del Sur Peruano (GSP)

El contrato de concesión del GSP se firmó en 2014, con la participación del Ministerio de Energía y Minas y el consorcio liderado por OLI, con la participación de las empresas Enágas y Graña & Montero. El período de dicho contrato sería de 34 años y el monto de inversión estimado era de 7 mil 329 millones de dólares. Cabe recalcar que la inversión se encontraba a cargo de los concesionarios, mas no del Perú.

Tiempo después estalló el escándalo Lava Jato en el Perú, generando así que la matriz de OLI, Odebrecht, se vea inmersa en uno de los escándalos de corrupción más grandes del país. En enero de 2017, el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski decidió dar por terminado el contrato de concesión. Ello debido a que, en términos del Ministerio de Energía y Minas, el consorcio no había demostrado tener financiamiento para concluir con la concesión, incumpliendo con el cierre financiero pactado.

Actualmente, la pretensión de OLI es que se reanude el proyecto de GSP, a través de una nueva licitación, a fin de que pueda negociar con el o los ganadores la venta de su capital invertido, siendo posible que recupere parte de su inversión. Siendo ello parte de la reclamación formulada ante el CIADI, así como el pago de los costos en los que se encuentra inmersa por la manutención del proyecto que aún no es licitado por el Estado peruano.

En lo que respecta al ámbito penal, es conocido que los actos de corrupción admitidos por Odebrecht, en su convenio de colaboración con la justicia peruana, no comprende al GSP

ni a OLI. Sin embargo, también es de público conocimiento que la adquisición del proyecto GSP se concretó mediante un régimen de espionaje industrial y sobornos, por los cuales Odebrecht –en esta oportunidad, OLI– habría pagado a abogados y competidores para asegurarse la adjudicación. En estricto, Odebrecht se aseguró de que su competencia sea descalificada, mediante la supuesta emisión de informes de diversos abogados que habrían cuestionado las capacidades del postor contrario a OLI.

Cumpliendo con un recuento de los hechos que han generado la controversia internacional entre OLI y el Perú, se procede a analizar si la doctrina de las manos limpias podría ser aplicada en este caso, así como se identifican las vicisitudes que asumirá para parte en el arbitraje.

2. Sobre la aplicación de la doctrina de manos limpias a la disputa entre la República del Perú y OLI

(i) Sobre la asunción de responsabilidad penal por parte de Odebrecht

El primer punto que se debe tomar en cuenta es que Odebrecht –matriz de OLI– ha reconocido la comisión de actos de corrupción en actos distintos a la adjudicación del GSP, con lo cual no parece cuestionable que dicha declaración pueda ser extendida a la controversia bajo análisis. Ello debido a la vinculación irrefutable que existe entre Odebrecht y OLI, por lo que el tribunal arbitral las considerará como empresas vinculadas, sin lugar a duda, con la comisión de actos de corrupción en la configuración y ejecución de sus inversiones.

Este es el primer elemento con el que cuenta el Perú para que el tribunal arbitral competente, en este caso, determine su incompetencia para la resolución del arbitraje iniciado por OLI. Ahora bien, como se ha visto en otros casos expuestos previamente, una salida que puede ser

adoptada por el tribunal arbitral es que se declare competente para resolver la controversia y tome en cuenta los actos de corrupción cometidos por OLI-ODEBRECHT para reducir la indemnización que podría ser impuesta al Perú.

(ii) Tratado bilateral de inversión suscrito entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo–Luxemburguesa

En el numeral 2 del artículo 1° del TBI, se señaló, textualmente, que inversión significará toda clase de activo y cualquier contribución directa o indirecta, en especie o en servicio, invertidos o reinvertidos en cualquier sector de la actividad económica. Adicionalmente, precisa que, entre los supuestos específicos, se encuentra a las concesiones otorgadas por derecho público o bajo contrato, inclusive concesiones para explorar, desarrollar, extraer o explotar los recursos naturales.

Adicionalmente, del texto del artículo 2° del TBI, se advierte que se establece como obligación de los inversionistas de ambos Estados, que la inversión debe llevarse a cabo conforme a la regulación interna, por lo que los actos de corrupción cometidos generarían que el inversionista y la inversión en sí se encuentren en una situación contraria al ordenamiento jurídico del Estado receptor.

La consecuencia de ello es, como se ha advertido de la jurisprudencia revisada, que el tribunal arbitral determine que la inversión no se encuentra dentro de los márgenes del TBI y, consecuentemente, no podría otorgársele las herramientas necesarias para recurrir al CIADI para la solución de una controversia. Asimismo, como ha sido expuesto previamente, el tribunal arbitral se podría declarar competente y tomar en cuenta el acto de corrupción como una herramienta para reducir la indemnización.

(iii) Estándar probatorio sobre la comisión de actos de corrupción

En contraste a lo señalado por el Procurador Público del Perú, se ha advertido que, en la actualidad, no existe una declaración de parte o de algún órgano jurisdiccional o fiscal por el cual se determine que OLI cometió actos de corrupción para adscribirse la titularidad del GSP, por lo que el Perú deberá activar una etapa probatoria inicial para que la doctrina de manos limpias sea acogida por el tribunal arbitral CIADI.

Así, la siguiente valla que deberá saltar la República del Perú es si cuenta con medios de prueba suficientes o los indicios para que el tribunal arbitral CIADI advierta la comisión de ilícitos vinculados a la corrupción, sin dejar de lado que queda a discreción del tribunal arbitral declarar fundada la aplicación de la doctrina de las manos limpias.

(iv) La comisión de una conducta fraudulenta para asegurar la inversión

Como se advirtió de los antecedentes fiscales, en la concesión del proyecto GSP, se investigan los delitos de colusión y negociación incompatible, con la intervención de más de 25 personas, entre ellos, se encuentra a la ex primera dama de la República, a integrantes del Consejo de Ministros, autoridades administrativas, integrantes de Odebrecht y abogados peruanos que habrían emitido informes para descalificar a la competencia de OLI en la adjudicación.

No cabe duda de que la comisión de estos delitos es considerada como conducta fraudulenta, que contravienen el ordenamiento legal peruano, debiendo ser respetado por presumir que es parte de las disposiciones normativas que regulan la inversión, por las que se pretende combatir a la corrupción generada en la adjudicación de obras públicas.

(v) Actuaciones adoptadas por la República del Perú para combatir la corrupción vinculada al conglomerado económico Odebrecht

Actualmente, la República del Perú es uno de los principales países sudamericanos que no solo se ha encargado de encarar la lucha contra la corrupción, directamente contra los partícipes del escándalo Lava Jato y la empresa Odebrecht, sino que, además, ha arremetido contra las autoridades públicas y políticas que estuvieron vinculadas con la empresa brasilera y que, hasta cierto punto, intentaron encubriarla a fin de que no se revele la realidad de los hechos.

Prueba de esta lucha constante es que los tres últimos expresidentes -Ollanta Humala, Alejandro Toles y Pedro Pablo Kuczynski- han estado presos, con pedido de extradición y con arresto domiciliario, respectivamente. Todos ellos por encontrarse vinculados con las actuaciones fraudulentas de Odebrecht.

Esta información será de utilidad para el tribunal arbitral, a fin de validar que la República del Perú está batallando en contra de la corrupción y que la aplicación de la doctrina de las manos limpias no sea empleada como un incentivo perverso para que no asuma responsabilidad por los actos cometidos por sus principales funcionarios.

VII. CONCLUSIONES

El primer punto por tomar en cuenta es que, si bien la doctrina del *clean hands* no ha sido aplicada directa y expresamente como tal en los laudos internacionales analizados, no se debe perder de vista que la lógica existente detrás de ella –el venir al sistema de justicia con las manos limpias– sí ha sido invocada a través de diversas instituciones que son propias al derecho romano-germánico, lo que puede ser calificado como un

similar pese a la diferencia de su sistema jurídico de origen.

Por otro lado, la situación descrita también permite advertir que existe un claro problema respecto a los alcances de la doctrina del *clean hands*, dado que no existe un concepto unívoco respecto a qué se debe entender por ella, por lo que hasta que no se desarrolle su contenido de manera unánime, se dependerá de que cada tribunal arbitral determine.

Ante la situación de indeterminabilidad, el Estado receptor de la inversión deberá analizar si le resulta conveniente invocar la aplicación del *clean hands* como un principio general del derecho –siendo consciente de la contingencia de su aplicación – o si resulta pertinente cuestionar la competencia del tribunal arbitral invocando la ilegalidad de la inversión (cuestionando el elemento *ratione materiae*), concluyendo de esta manera que la inversión no se encuentra tutelada bajo el TBI en cuestión, por lo que tampoco serían exigibles los mecanismos de resolución de conflictos en él regulados.

En caso de que se admita la aplicación de la doctrina del *clean hands*, es posible que el tribunal arbitral CIADI declare su incompetencia para resolver la controversia o, simplemente, que decida reclamar su competencia y evalúe las consecuencias jurídicas de contravenir al TBI al momento de emitir un pronunciamiento por el que resuelva el fondo.

Aterrizando lo estudiado a un caso en concreto, se considera que la República del Perú sí se encuentra en una situación cómoda, dado que:

(i) Pese a que no se cuenta con una declaración realizada por OLI a fin de auto incriminarse por la comisión de un delito ni con un pronunciamiento emitido por el Poder

Judicial o el Ministerio Público de su país, ello no resta valor a que Odebrecht, la matriz de OLI, sí lo ha hecho a través de sus principales directivos.

(ii) El TBI suscrito entre el Perú y la Unión Económica Belga–Luxemburguesa establece con claridad que las inversiones realizadas mutuamente por sus nacionales deben cumplir con la legislación interna del Estado receptor, por lo que el incumplimiento de esta determinaría que no se encuentre bajo los alcances del TBI. En tal sentido, tampoco podría ejecutar los mecanismos de resolución de conflictos en él establecidos. Es importante precisar que el incumplimiento de la legislación interna al que se hace referencia, como ha sido expuesto mediante la jurisprudencia analizada previamente, no es cualquiera, sino uno que sea lo suficientemente grave para impactar en la legalidad de la inversión.

(iii) No cabe duda de que la ocurrencia de los delitos de colusión y negociación incompatible van de la mano con el incumplimiento de la normativa local del Perú, así como del orden público internacional, por lo que es un punto sólido para la defensa de la ahora demandada. Lo que guarda armonía con la intensa lucha que ha liderado el Gobierno peruano en contra de la corrupción, en búsqueda de la verdad e independientemente del grado del funcionario público vinculado con estos hechos.

Sin perjuicio de la posible solidez de los argumentos con los que contaría el Estado peruano, no se puede perder de vista que la procedencia de su argumento de *clean hands* o manos limpias dependerá de la forma en la que es plantada dicha defensa, si como un cuestionamiento al elemento

de *ratione materiae* o la aplicación de un principio general del derecho.

Como encantado de la historia y el derecho, considero pertinente culminar esta investigación con la misma frase del Barón de Montesquieu con la cual empecé: “*No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia*”. Así, si bien un inversionista puede contar con un TBI que le permita acceder a un fuero jurisdiccional internacional, como lo es el CIADI, en aplicación de la equidad y la teoría de las manos limpias, no se debe permitir que dicha regulación lo proteja cuando ha cometido actos de corrupción claramente sancionables, evitando que sea juzgado por un tribunal competente y dejando de lado las sanciones que corresponden por la comisión de determinadas irregularidades.

VIII. REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Ávila, Gabriela. “*El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006*,” 123 Boletín Mexicano de Derecho Comparado (mayo-agosto 2009). En: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/download/4121/5326> (Links to an external site.)
- CIADI: Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
- CIADI, Estadísticas de carga de casos: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/Resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> (Links to an external site.)
- CIADI, Informes Anuales: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Annual-Report.aspx> (Links to an external site.)
- El Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965.
- Frutos Peterson, Claudia. “*El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos en el arbitraje de inversión*”. 12 Revista Internacional de Arbitraje (Enero-Junio 2010).
- Tratado de la Comunidad Europea, el de la Unidad Económica Árabe de 1957, Tratado de creación del Mercado Común Andino de 1969 y el Tratado del Mercado Común del Caribe de 1973.
- UNCTAD, Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino A Seguir. http://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf (Links to an external site.)
- Anenson, T. Leigh. “*Announcing the “Clean Hands” Doctrine*”. UC Davis Law Review, Vol. 51, No. 5, Forthcoming, pp. 1842.
- Aristóteles, Moral a Nicómaco, Libro V, Capítulo X: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>
- Asian Agricultural Products, Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/87/3, laudo del 27 de junio de 1990.
- Banco Mundial: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>
- Cámara de Comercio Internacional: <https://iccwbo.org/>
- Cechoslovenska Obshodní Banka A.S. v. República Eslovaca, Caso CIADI NO. ARB/97/4, decisión de jurisdicción del 24 de mayo de 1999.
- Cervantes Valarezo, Andrés. “*La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*”. En:

- Iuris Dictio N° 22, Revista de Derecho.
- Cervantes Valarezo, Andrés. “*Nuevo constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión*”. En: *Revista del Club Español de Arbitraje*, N° 30.
 - Churchill Mining and Planet Mining Pty. Ltd. c. Indonesia, CIADI Caso No. ARB/12/14 y 12/40, decisiones de jurisdicción del 24 de febrero de 2014.
 - Corte Permanente de Arbitraje: <https://pca-cpa.org/es/home/>
 - Descours-Karmitz, R. “*The Role of ICSID Tribunals in the combat against corruption*”. En: *World arbitration and mediation review*. Vol. 11, No. 1. p. 29.
 - Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, CIADI Caso No. ARB/05/17, decisión del 6 de febrero de 2008.
 - Diario Gestión: <https://gestion.pe/peru/politica/jorge-ramirez-denuncia-de-odebrecht-ante-el-ciadi-va-a-seguir-el-camino-del-fracaso-nndc-noticia/?ref=signwall>
 - Fedax N.V. c. República Bolivariana de Venezuela, decisión sobre objeciones a la jurisdicción, caso CIADI No. ARB/96/3, decisión del 11 de julio de 1997.
 - Fitzmaurice, Gerald. “*The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the rule of law (Volume 92)*”. In: *Collected of the Hague Academy of International Law*. Consultado en línea: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789028612921_01
 - Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas, CIADI Caso No. ARB/11/12, decisión del 10 de diciembre de 2014.
 - Glencore International y Prodeco S.A. v. República de Colombia, CIADI Caso No. ARB/16/6, decisión del 27 de agosto de 2019.
 - González de Cossío, Francisco. “*Arbitraje*”. México: Editorial Porrúa, Quinta Edición.
 - Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG c. República de Ghana, CIADI Caso No. ARB/07/24, decisión del 18 de junio de 2010.
 - Habazin, M. “*Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors’ Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration*”. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2016, No. 18, 807.
 - Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa, UNCITRAL, PCA Caso No. AA 226, decisión del 28 de julio de 2014.
 - IDL Reporteros: <https://idl-reporteros.pe/preguntas-inquietas-respuestas-claras/>
 - Inceysa Vallisotelana S.L. v. República de El Salvador, CIADI, Caso No. ARB/03/26, decisión del 2 de agosto de 2006.
 - Kendall-Jackson Winery Ltd. c. Superior Court, 90 Cal. Rptr. 2d 743, 749 (Cal. Ct. App. 1999)
 - Le Moullec, Caroline. “*The Clean Hands Doctrine: A tool for accountability of investor conduct and inadmissibility of investment claims*”. *Arbitration, The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 84, Issue 1 February 2018.
 - López Montreuil, Uber y Daniel Masnjak Marín. “*Manos limpias y arbitraje de inversión: A propósito del caso Odebrecht*”. En: <https://ciarglobal.com/manos-limpias-y-arbitraje-de-inversion-a-proposito-del-caso-odebrecht/>
 - Louis Henkin, Richard Crawford, Oscar Schachter, y Hans Smith. “*International*

- Law, Cases and materials.* West Publishing Co.”, Minn., third edition, 1993.
- Malaysian Historical Salvors c. Malasia, CIADI, Caso No. ARB/05/10, decisión de jurisdicción, emitida el 17 de mayo de 2007.
 - Mas c. Coca-Cola Co. 163 F. 2d 505, 511 (4th Cir. 1947)
 - Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lank, Caso CIADI No. ARB/00/2, decisión del 15 de marzo de 2002.
 - Ministerio Público: https://www.mpfm.gov.pe/equipo_especial/caso_gaseoductosurperuano/
 - Quiborax S.A. y Non-Metallic Mineral S.A. c. Bolivia, CIADI Caso No. ARB/06/2, decisión del 27 de setiembre de 2012.
 - Reinsch, August. “*Standards of Investment Protection*”. Oxford: Oxford University Press.
 - Sabas Fakes v. Turquía, CIADI, Caso No. ARB/07/20, decisión del 10 de julio de 2010.
 - Salini Construttori S.P.A. & Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos, CIADI Caso No. ARUB/00/4., decisión del 23 de julio de 2001.
 - Southern Pacific Properties [Middle Este] Limited c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/84/3, laudo del 14 de abril de 1988.
 - Tokio Tokelés c. Ucrania, CIADI Caso No. ARB/02/18, decisión de jurisdicción emitida el 29 de abril de 2014.
 - TSA Spectrum c. Argentina, CIADI, emitido el 19 de diciembre de 2008
 - Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa, UNCITRAL, PCA Caso No. AA 228, decisión del 28 de julio de 2014.
 - World Duty Free Co. v. República de Kenia
- CIADI Caso No. ARB/00/07, decision del 5 de setiembre de 2006.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa, UNCITRAL, PCA Caso No. AA 227, decision del 28 de julio de 2014.



Teléfono: (506) 2202-3600
De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros oeste y 100 metros norte,
Zapote, San José

     /colegiodeabogadoscr

 www.abogados.or.cr