



y de la potestad de la Administración para exigir su regular funcionamiento.

Esta tesis tiene adecuada formulación en el caso *Munn vs. Illinois* (94 U. S. 113, 1877) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en que el alto tribunal sentó el principio de que "cuando alguno dedica su propiedad a un uso en el cual el público tiene un interés, concede, en efecto, al público, un interés en ese uso y debe someterse a ser controlado por el público para el bien común en la extensión del interés que ha creado de esa manera" (Walter Dodd, *Cases and Materials on Constitutional Law*, pág. 1025, 5ta. Ed.).

Aunque el principio así formulado sirvió de base para la regulación de los precios de una actividad privada vendida al público (el almacenamiento de granos de primera necesidad por una empresa de Chicago) es en realidad la formulación de un principio general, a saber: el que toda actividad privada íntimamente conectada a la satisfacción de un interés público puede ser objeto de regulación y control por el Estado, y fuente de derechos para el público, al menos mientras se presta. Cuando hay una vinculación ya no con un interés público cualquiera sino con un servicio público concedido, es factible considerar la actividad privada de que se trata como incorporada a la concesión, a modo de prolongación de ésta, espontánea pero sometida a sus reglas, mientras dure.

En relación con la concesión Vargas Schutt es digno de observar el hecho de que las líneas y durmientes fueron levantados desde 1923. Mientras un servicio se presta, aunque sea ilegal, puede haber una potestad del Estado para imponer su continuidad, fundada en el interés correspondiente del público, nacida de los hechos, desaparece con ellos, o, al menos, cuando se produce un largo período de tiempo durante el cual se descontinúa e interrumpe el servicio. Falta de apoyo en la ley y en la realidad, la situación ilegal de hecho termina por desaparecer. Es esta la situación de la concesión Vargas Schutt. Ilegal en su celebración, por falta de autorización legislativa, e inoperante en la realidad desde 1923, es incapaz de sufrir efecto jurídico a estas alturas, con base en el simple dato de su anterior existencia. En nuestro concepto, la concesión Vargas Schutt no genera derechos ni obligaciones a favor de nadie. Los que hubiera han desaparecido, por cesación de su causa, o por prescripción.

1) *Comentarios sobre la vía arbitral prevista por las partes en el Contrato Soto-Keith.*

La cláusula 31 del Contrato Soto-Keith es lo que en derecho se llama cláusula de compromiso, que es, según el Art. 1386 Código Civil, aquella por la cual "las partes someten a decisión de árbitros o arbitradores sus cuestiones actuales".

El Art. 43 de la Constitución aclara el objeto de un arbitraje cuando dice:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

Idea que es más clara todavía en el Art. 395 del Código de Procedimientos Civiles:

"Toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares puede ser sometida por ellos a sentencia compulsiva de árbitros arbitradores o de juris, aun cuando penda entre los mismos litigio judicial".

Es esta misma norma la que dispone:

"El Estado, los Municipios y las instituciones autárquicas del Estado, pueden igualmente someter a la decisión de árbitros o de peritos, conforme a los trámites de este Título y previa autorización del Congreso Constitucional o del Poder Ejecutivo, según corresponda, las cuestiones o diferencias en que figuren como partes interesadas".

Resulta bien delimitado el campo propio del arbitraje por la relación de las normas antecitadas: en todo caso aquél sirve para componer conflictos de tipo patrimonial, sometidos al poder de disposición de ambas partes.

Sale totalmente del ámbito del arbitraje el conocimiento de litigios o diferencias de carácter no patrimonial, es decir: personal o de orden público. Respecto de estas últimas materias, sólo los jueces pueden entender y resolver. La intervención y el laudo sobre asuntos de este tipo serían absolutamente nulos, por incompetencia en razón de la materia (Art. 173 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La confirmación de lo que decimos, en cuanto al ámbito propio del compromiso y del arbitraje, la de el Art. 1376 del Código Civil, que está referido directamente a la transacción, pero que es también aplicable al compromiso por mandato del Art. 1392 idem. Según aquella norma "no se puede transigir (ni comprometer) sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio". Podría formularse la regla general, latente en dichas normas, de que en derecho privado no es dable comprometer en árbitros la solución de un conflicto suscitado por aplicación del derecho de familia o, en general, de normas de orden público, que escapan a la voluntad de las partes.

Si esto es así en el derecho civil, con mayor razón tiene que serlo en el derecho público, formado alrededor de la prevalencia del interés público sobre el interés particular.

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

aplicación restrictiva. La regla que permita el arbitraje tiene que ser emanada de la Asamblea Legislativa. Todo compromiso o arbitraje no autorizado expresamente por la ley debe considerarse violatorio de un principio imperativo del derecho público, y, en tal calidad, absolutamente nulo (Art. 10 del Código Civil).

Esto es así por varias razones, todas de gran importancia. Dos son las principales:

- a) El compromiso o el arbitraje no ofrecen las garantías de audiencia y defensa del juicio ordinario común, que aquellos pretenden sustituir;
- b) el compromiso y el arbitraje invisten a un particular tercero del poder de juzgar, con lo que ponen la decisión de un asunto de derecho público en quien no es ni un profesional especializado en administrar ni un profesional especializado en juzgar, con grave detrimento de la seguridad jurídica de la Administración y eventualmente de la satisfacción del interés público.

Los testimonios de esta solución de principio son múltiples en la doctrina.

Dice Marcel Waline (*Droit Administratif*, pág. 539).

“Hay un contrato que está prohibido, en general, al Estado, que es el compromiso, quiere decirse el contrato por el que las dos partes en litigio se comprometen a pasar por la sentencia de un árbitro en lugar de tratar un proceso ante los tribunales. Este contrato es muy frecuentemente ventajoso, siendo el arbitraje más rápido que el juicio de los tribunales y menos costoso. Pero puede ser peligroso, porque en principio el árbitro no ofrece las mismas garantías de imparcialidad y sobre todo de buen juicio que un juez... La cláusula compromisoria, es decir: la cláusula inserta en un contrato y que estipula anticipadamente, antes que cualquier litigio se haya presentado, que todos los que pueden surgir con motivo del contrato serán resueltos por el juicio de árbitros, es absolutamente prohibida”.

Confirma el autor Guicciardi (*La Giustizia Amministrativa*, pág. 369):

“El arbitraje debe excluirse del campo de las controversias administrativas; porque si puede concebirse que la Administración acepte una composición de sus controversias de derecho público distinta de la judicial cuando la composición dependa de su voluntad, no parece que pueda sustituir la decisión de un tercero a la del juez, obligándose a

respetarla, como es esencial en el caso del arbitraje. Ello tanto más si la solución del litigio implica, aunque sea en forma prejudicial, un control sobre la legalidad de un acto administrativo, que no puede ser desarrollado sino por la misma Administración o por el juez...”

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

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

De conformidad, no pueden ser objeto de compromiso ni asuntos privados de la Administración de tipo no patrimonial, ni asuntos de derecho público, sean o no patrimoniales, sobre todo cuando conciernen el ejercicio o a la extensión de una competencia de la Administración.

Dice Laubadere al respecto:

“El derecho administrativo hace un gran lugar a las situaciones legales o reglamentarias. Por definición misma, tales situaciones, habiendo sido fijadas unilateralmente por las leyes o los actos reglamentarios, no puede servir de materia a acuerdos contractuales entre la administración y los administrados; tales acuerdos serían nulos; ello sería así, por ejemplo, en el caso de una convención particular concluida entre la Administración y un funcionario, con derogación de reglas generales (del Estatuto del Servicio Civil)... De una

manera general, las competencias atribuidas por la ley a las autoridades administrativas son insusceptibles de servir para acuerdos contractuales referentes a su ejercicio... una autoridad no puede disponer de su competencia; sería nulo un compromiso adquirido por ella de no ejercer su competencia o de ejercerla en un cierto sentido, o, todavía, una delegación de competencia no prevista por la ley... Las competencias consistentes en operaciones unilaterales no pueden convertirse en operaciones bilaterales; por ejemplo: un régimen de autorización no puede ser transformado por la Administración en un régimen de acuerdos convencionales. Igualmente, la organización de los servicios públicos administrativos (no comerciales ni industriales) no puede ser realizado por lo general a través de contratos" (op. cit. Tomo I, págs. 227, 228 y 229).

El ilustre publicista Federico Cammeo confirma lo dicho en el siguiente párrafo:

"El campo del arbitraje tiene que ser restringido. El mismo no puede referirse sino a relaciones de derecho privado; las de derecho público nunca pueden ser, en efecto, capaces de transacción ni de compromiso" (op. cit. pág. 716).

Y el administrativista Guicciardi sigue igual línea de pensamiento cuando dice:

"Mientras se trate de controversias relativas a relaciones en las cuales la Administración se presenta y actúa en el ejercicio de su capacidad de derecho privado, no se ve ninguna razón por la cual no pueden ser conciliadas, comprometidas en árbitros o bien transadas" (op. cit. pág. 368).

El compromiso en árbitros es un convenio que pone en juego dos aspectos fundamentales de competencia, a saber: la de los jueces, que así pierden poder sobre una materia de su competencia, y la de Administración, de decidir por sí misma y en la vía administrativa, sin ir al Juez ni a ninguna otra instancia sustitutiva, todos sus conflictos con el particular.

En consecuencia, el compromiso no es admisible en el derecho administrativo y resulta incapaz tanto para producir el primero como el segundo efecto indicados.

Aunque haya cláusula arbitral estipulada en un pacto, y aunque la misma haya sido autorizada por la Asamblea sobre la base del Art. 395 del Código de Procedimientos Civiles, se entiende que sólo puede versar sobre los aspectos patrimoniales de derecho privado de la contrata, que en la concesión de servicio público son muy pocos. Porque no basta, como se dijo, que el aspecto contratado sea de índole patrimonial y financiera para que sea compromisible o arbi-

trable; es necesario que sea, además, un aspecto regulado por el derecho privado. En la concesión, contrato eminentemente público, no encontramos el aspecto patrimonial que revista esta característica adicional.

Es clarísimo, en todo caso, que la cláusula arbitral número 31 del contrato Soto-Keith no puede nunca considerarse como una renuncia de la Administración a su privilegio de acción ejecutoria de oficio, con los alcances antes explicados, ni a un pacto que limite el modo y la extensión del ejercicio de una cualquiera de sus potestades públicas. Sería necesaria una expresa disposición de una ley especial para el caso, a efecto de que dicho efecto tuviera lugar. Y en el particular, no habiéndola, tal cláusula sólo puede obligar al concedente a someter a arbitraje las diferencias patrimoniales de derecho privado que surjan en sus relaciones contractuales con la concesionaria, con total exclusión de las diferencias de tipo no patrimonial o de derecho público.

## II) Otras consideraciones, y recomendaciones finales.

Las *consideraciones* finales que pueden hacerse, como colofón de todo lo antes expuesto, son innumerables; las *recomendaciones* más propias de un abogado de la causa que de un consultor.

Creemos que las *conclusiones* más útiles e interesantes, son las relacionadas con la imprescriptibilidad de las potestades y con el carácter puramente administrativo, no legislativo, de los aquí llamados contratos leyes. Pero, en general, se desprende de todo lo dicho la obligación en que todavía está la Compañía de obedecer los dictados de la concesión y de ponerse a derecho, así como la extrema cautela con que debe proceder el Estado en la protección de sus derechos, con el fin de evitar pérdidas inútiles de tiempo, de costos y de nuevas ventajas para el servicio, que fácilmente pueden lograrse si se hace ver claro a la Compañía el terreno movedizo en que se colocan ambas partes cuando, en vez de lograr un arreglo, optan por la querrela abierta. La mejor *recomendación final* es que, dada la complejidad del asunto, su enorme estimación patrimonial y lo confuso de la historia de los ferrocarriles en Costa Rica, se busque por todos los medios una vía de conciliación y se evite el litigio con igual ardor. La caducidad de la concesión o el litigio sólo pueden y deben ser remedios de extrema necesidad.