

# EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO Y LA COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPUBLICA DOMINICANA, CENTROAMERICA Y LOS ESTADOS UNIDOS: ANALISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

*Alan Thompson*<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. Introducción. II. Arbitraje inversionista-Estado. A. Arbitraje en el sector público. B. El artículo 43 constitucional. C. Arbitraje inversionista-Estado en el TLC. D. ¿Constituye el arbitraje inversionista-Estado una forma de transferencia de competencias a un ordenamiento jurídico comunitario? E. Votos de la Sala Constitucional en los TLCs y otros tratados. III. La Comisión de Libre Comercio. A. Naturaleza y funciones. B. Votos de la Sala Constitucional en los TLCs anteriores. C. Votos de la Sala Constitucional sobre otros tratados. IV. Conclusión.

## I. Introducción

El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (en adelante el "TLC")<sup>2</sup> incluye en el capítulo diez un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, muy similar al contenido en otros tratados suscritos y aprobados por el país con anterioridad. Este mecanismo contempla la conciliación y mediación y, en última instancia, el arbitraje, como medios de solución de controversias sobre inversión que reúnan ciertos requisitos establecidos en el mismo capítulo diez.

También en el TLC se crea la Comisión de Libre Comercio, un órgano de administración, supervisión y monitoreo del tratado, muy similar al creado en los tratados de libre comercio suscritos por el país con anterioridad.

Respecto a ambos temas se han planteado algunas dudas constitucionales, incluyendo la cuestión de si se podría estar configurando una transferencia de competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, en términos del párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. Aprovechando esta circunstancia es que el autor ha decidido analizar ambos temas en este artículo, aunque de una forma un poco más comprensiva, sin limitarse sólo a la posible transferencia de competencias. Se aclara que tampoco ha sido la intención del autor realizar un análisis exhaustivo; lo que se busca es contribuir a generar una mayor claridad conceptual en torno a estos temas,

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica; Master en Leyes, Harvard University; Abogado y Notario. Es socio del Bufete Thompson & Asociados y consultor nacional e internacional en temas de Derecho Administrativo, Bancario y Comercial. Ha sido, entre otros, miembro del Consejo Directivo de la Sugef, miembro suplente de la Comisión para Promover la Competencia, asesor del Ministerio de Comercio Exterior y profesor universitario.

<sup>2</sup> Texto firmado del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. Recuperado el 10 de febrero del 2005 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: [www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto](http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto).

partiendo sobre todo del análisis de la jurisprudencia constitucional más relevante. Asimismo, el análisis es esencialmente de carácter jurídico.

## **II. Arbitraje inversionista-Estado**

### **A. Arbitraje en el sector público**

El uso del arbitraje como medio de resolución alternativa de conflictos por parte del Estado y sus instituciones es un tema complejo, que involucra diversos aspectos.

En primera instancia, es necesario establecer que en Costa Rica el Estado y sus instituciones están facultados para someter sus diferencias patrimoniales a arbitraje, con base en disposiciones expresas contenidas en la Ley General de la Administración Pública<sup>3</sup> y la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social<sup>4</sup>.

Dice el artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública:

“Artículo 27.-

1. Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.
2. Corresponderá a ambos también apartarse de los dictámenes vinculantes para el Poder Ejecutivo.
3. Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo” (el subrayado no es del original)<sup>5</sup>.

Dice el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social:

“Artículo 18.- Arbitraje de controversias

Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos

---

<sup>3</sup> Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 2 de mayo de 1978 y sus reformas.

<sup>4</sup> Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 de 9 de diciembre de 1997.

<sup>5</sup> El artículo 64 inciso p) de la Ley de Expropiaciones, No. 7495 de 3 de mayo de 1995, derogó el anterior inciso 4) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual la transacción y el compromiso sobre asuntos de Derecho Privado requerían del dictamen favorable de la Procuraduría General de la República y sobre asuntos de Derecho Público requerían de aprobación legislativa.

respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública" (el subrayado no es del original).

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la doctrina tiende a ver con recelo que la Administración Pública se someta a arbitraje; se insiste en que debe tratarse de controversias patrimoniales y que el arbitraje no puede versar sobre el ejercicio de potestades públicas<sup>6</sup>. Sin embargo, el arbitraje y en general los medios de resolución alternativa de conflictos han tenido un gran desarrollo a nivel mundial en la última década, y a ese desarrollo no ha podido sustraerse –como es comprensible- el sector público.

En nuestro medio, la facultad de la Administración Pública de someter controversias patrimoniales a arbitraje no admite dudas, en virtud de las disposiciones legales antes citadas. Así lo ha reconocido la Procuraduría General de la República, aunque ha insistido en que la regulación del arbitraje en el sector público es insuficiente, pues aparte de las previsiones generales contenidas en el artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, no existen otras normas de rango legal sobre temas tales como la capacidad de someterse a arbitraje de los diversos entes y órganos de la Administración Pública y las materias que pueden ser sometidas a arbitraje<sup>7</sup>.

Se ha señalado en nuestro medio que lo único que estaría excluido de la posibilidad de arbitraje en el sector público son las siguientes materias: a) el ejercicio de la autoridad o el imperio del Estado; b) el ejercicio de las facultades discrecionales; c) las funciones policiales; d) las funciones de carácter reglado con potestad de imperio; e) aquellas materias sean de naturaleza pública o privada que se refieran a la organización y potestades regladas de la Administración; f) aquellas cuestiones que deba someterse a un proceso de plena jurisdicción en que no sólo se pretende la nulidad de un acto administrativo sino también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y en especial la ilegalidad de un reglamento o acto de alcance general, pero la afectación individual y la determinación patrimonial del daño concreto a un sujeto o colectividad sí podría ser arbitrable; g) la potestad sancionatoria; h) la potestad de anulación de actos; i) la potestad de organización; j) las potestades soberanas –funciones esenciales como la legislativa, jurisdiccional, ejecutiva, relaciones internacionales-; k) la disponibilidad y protección de bienes públicos –aunque sí la fijación indemnizatoria de un bien

---

<sup>6</sup> En la opinión jurídica OJ-077-2000 del 20 de julio del 2000, la Procuraduría General de la República resume de manera clara la posición de la doctrina del Derecho Administrativo sobre este tema.

<sup>7</sup> Véase *ibid.* En el mismo sentido: Procuraduría General de la República, dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001. “El problema práctico que creo que se presenta a la luz de estas disposiciones, es que si bien establecen una autorización general para que la Administración pueda someter sus diferencias al arbitraje o transacción, es lo cierto que al ser tan escuetas las normas los funcionarios públicos pueden tener muchas dudas sobre su aplicación a casos concretos, sobre todo en relación con las materias que se discutan”. Brenes, A. L. (2000). Posibles Reformas Legislativas ante el Papel del Estado-Procuraduría frente al RAC. *Memoria del Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*. San José Costa Rica: Procuraduría General de la República, pp. 175-76.

expropiado o cuando la discusión de la titularidad de un bien de dominio público lo reclaman dos entes estatales<sup>8</sup>.

En la misma línea, los siguientes supuestos se señalan como arbitrables en el sector público: a) cuestiones patrimoniales derivadas de estos o de aquellas competencias; b) el derecho de indemnización de una expropiación; c) la determinación del incumplimiento de un contrato o sus consecuencias patrimoniales; d) el reclamo o determinación de daños y perjuicios derivados de un acto o una potestad que hayan causado consecuencias al administrado; e) los actos en que la Administración actúa como sujeto privado; f) los actos que realice una “empresa pública” que se encuentra organizada como sujeto de derecho privado; g) los asuntos civiles de hacienda; h) los asuntos derivados de contratos licitatorios, en especial lo referente al incumplimiento y la determinación del daño infringido al administrado; i) los actos mediante los cuales el Estado reconoce titularidades o mejor derecho, o los daños causados a tales derechos<sup>9</sup>.

Nos parece que la enumeración anterior sobre materias arbitrables y no arbitrables en el sector público es útil como una guía, pero no está libre de dudas y el análisis inevitablemente tendrá que ser caso por caso. Desde el punto de vista de la legislación nacional, el carácter restrictivo del arbitraje en el sector público se ha fundamentado principalmente en el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, cuyo párrafo 1 indica que las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que ese principio no es absoluto, ya que el mismo artículo introduce algunos matices, en sus párrafos 2 y 3. Además, tratándose de mecanismos de arbitraje establecidos en tratados internacionales, entran en juego también otros principios, como el de la jerarquía superior de los tratados sobre las leyes previsto en el artículo 7 de la Constitución Política y la posibilidad de que los tratados establezcan limitaciones a la potestad de legislar, de conformidad con los principios del Derecho Internacional, según lo reconoce expresamente el artículo 105 párrafo primero de la Constitución Política<sup>10</sup>.

Debe tomarse en cuenta también que el arbitraje constituye un medio normal de solución de controversias en el ámbito de las relaciones internacionales, incluyendo el ámbito comercial, como lo demuestra la existencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI), que entró en vigor en 1966 y fue aprobado por Costa

---

<sup>8</sup> Artavia, S. (2001). *El Arbitraje en el Derecho Costarricense*. San José, Costa Rica: Editorial Sapiencia-Editorial Dupas, pp. 107 y ss.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 108-09.

<sup>10</sup> El enfoque tradicional que tiende a restringir la participación del Estado en medios de resolución alterna de conflictos, basado en el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, ha sido cuestionado en el medio nacional. Refiriéndose a la conciliación, se ha dicho: “...decir que no podemos conciliar en el ejercicio de potestades administrativas bajo el criterio clásico de que son art. 66 de la Ley General: irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles, creo que es quedarnos un poco cortos (...) Cabalmente la gran crítica que hay que hacer a la ley del RAC, es que restrinja en el art. 18, párrafo último a la materia patrimonial...”. González, O. (2000). Conciliación en el Derecho Administrativo y la Posibilidad de Conciliar. *Memoria del Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*, ob. cit., pp. 158-59.

Rica en 1993<sup>11</sup>, y de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que existen desde 1976<sup>12</sup>. En este sentido, consideramos que no pueden extenderse automáticamente las limitaciones del arbitraje propias del Derecho interno al ámbito regido por los tratados internacionales suscritos por el país; claro está que estos últimos también están supeditados a las normas y principios de la Constitución Política, los cuales tienen rango superior.

## **B. El artículo 43 constitucional**

Dice el artículo 43 de nuestra Constitución Política:

“Artículo 43.-

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

Lo que este artículo establece es una garantía o derecho fundamental a favor de los ciudadanos. No establece un derecho para el Estado o sus instituciones, en tanto el Estado no se considera sujeto de garantías fundamentales.

Por otra parte, este artículo constitucional no pretende regular en detalle los principios que deben regir el instituto del arbitraje. Si el arbitraje debe ser necesariamente siempre voluntario o si se admite el arbitraje forzoso; si el arbitraje debe ser necesariamente acordado caso por caso o si se admite una sumisión genérica a ese tipo de medio de solución de controversias. Nos parece que estos son aspectos más de legalidad, propios de la regulación del instituto del arbitraje en la legislación dictada al efecto. El arbitraje impuesto por ley, por ejemplo, existe en nuestro medio en algunos casos, concretamente en el artículo 25 de la Ley de Monopolios del Instituto Nacional de Seguros<sup>13</sup> y en el artículo 88 del Código de Comercio<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobado por Ley No. 7332 de 30 de marzo de 1993.

<sup>12</sup> Véase: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976). *Reglamento de Arbitraje*. Recuperado el 21 de febrero del 2005 del sitio web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil: [www.uncitral.org/sp-index.htm](http://www.uncitral.org/sp-index.htm).

<sup>13</sup> Ley No. 12 de 30 de octubre de 1924. El artículo 25 de esta ley, según el cual toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el asegurado relativa al contrato-póliza será resuelta por juicio arbitral, excepto en lo que concierne al seguro de riesgos profesionales, fue considerado inconstitucional por la Sala Constitucional en tanto se interprete que obliga al asegurado a recurrir al arbitraje con exclusión de la vía judicial (voto No. 2307-95 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco). En un voto posterior, relativo a un recurso de amparo, la Sala consideró también inconstitucional interpretar que esa disposición obliga al INS a recurrir al arbitraje, por la naturaleza “excepcional y alternativa” de este medio de solución de controversias (voto No. 0451-97 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete). Discrepamos de esta última posición, pues como indicamos, el artículo 43 constitucional constituye una garantía fundamental para los ciudadanos, no para el Estado. En todo caso, nos parece que de ese voto no puede concluirse que todo arbitraje forzoso es necesariamente inconstitucional, porque los votos citados se dictaron y razonaron en el contexto del monopolio que ejerce el INS en materia de seguros, que es una situación muy particular.

<sup>14</sup> Ley No. 3284 de 30 de abril de 1964 y sus reformas.

Creemos que no hay por qué descartar *a priori* la validez del arbitraje forzoso en ciertos casos, como se reconoce en otras legislaciones, y no creemos que cualquier forma de arbitraje forzoso sea necesariamente inconstitucional, en la medida en que la norma que lo establece cumpla con estándares de razonabilidad y proporcionalidad<sup>15</sup>.

Es interesante señalar que en un voto reciente, relativo a una consulta judicial sobre el artículo 7 de Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras<sup>16</sup>, la Sala Constitucional declaró inconstitucional dicho artículo, que califica de irrenunciable la jurisdicción de los tribunales costarricenses en los conflictos regidos por esa ley, “cuando se invoca para dejar sin efecto el compromiso de acudir a la vía de arbitraje, por ser éste de rango constitucional, garantía que no puede ser modificada por una norma inferior”<sup>17</sup>. Esto reafirma la importancia que le ha otorgado la jurisprudencia constitucional al derecho de los particulares de recurrir al arbitraje en los términos del artículo 43 de la Constitución Política, haciendo prevalecer ese derecho aún ante una disposición legal que expresamente declara irrenunciable la jurisdicción de los tribunales costarricenses para resolver cierto tipo de conflictos. Cabe indicar que la Sala en el voto indicado expresamente admite la posibilidad de que el arbitraje sea nacional o internacional.

La esencia del artículo 43 constitucional es, entonces, garantizar a los ciudadanos el derecho a recurrir al arbitraje para resolver sus diferencias patrimoniales. Esto le fija al Estado un límite en el sentido de que no puede restringir o limitar más allá de lo razonable ese derecho, como ocurre con los derechos y garantías fundamentales en general. Los ciudadanos tienen derecho a recurrir al arbitraje para terminar sus diferencias patrimoniales y, en principio, no pueden ser obligados por el Estado a hacerlo, esto último sin descartar que sea viable jurídicamente el establecimiento por ley de la vía arbitral como medio de solución de determinados conflictos, en los que pueda justificarse razonablemente la preferencia de esa vía sobre la judicial.

### **C. Arbitraje inversionista-Estado en el TLC**

El TLC contempla dos mecanismos de solución de controversias: uno para la solución de controversias inversionista-Estado (capítulo diez sobre “Inversión”) y otro para la

---

<sup>15</sup> En este sentido: Artavia, S., ob. cit., pp. 78 y ss. “El mecanismo que el Estado escoja, es indiferente si el fin es apropiado. Entonces, si el legislador opta por remitir a las partes a un arbitraje para solucionar una controversia determinada, estará cumpliendo y tutelando el derecho de la jurisdicción, pues es la misma Constitución la que le faculta para optar por este medio de solución de conflictos. Esta solución no sólo es posible con base en el artículo 43 constitucional, sino con base en el artículo 153 de la Constitución Política que lo faculta a crear otras ‘jurisdicciones’ –competencia por materia -, que brinden las garantías mínimas de defensa e imparcialidad. El derecho a la tutela jurisdiccional, y en forma más concreta el derecho al juez natural, no se verán disminuidos por las diferentes modalidades que para su ejercicio se prevean según la distinta estructura de los procedimientos singulares”. Artavia, S. (2000). Límites del Estado en la Aplicación de Resolución Alternativa de Conflictos. *Memoria del Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*, ob. cit., p. 142.

<sup>16</sup> Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, No. 6209 de 9 de marzo de 1978 y sus reformas.

<sup>17</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 10352-00 de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del veintidós de noviembre del dos mil.

solución de controversias entre los Estados Parte del tratado (capítulo veinte sobre “Solución de Controversias”). Aquí nos concentraremos en el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado<sup>18</sup>.

El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado está regulado en los artículos 10.15 a 10.27 del capítulo diez del TLC.

En caso de una controversia relativa a una inversión, el inversionista demandante y el Estado demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir la intervención no vinculante de terceras partes mediante procedimientos de conciliación y mediación.

En caso de que no se llegue a una solución mediante consultas y negociación, el inversionista demandante puede someter a arbitraje una reclamación, pero es importante enfatizar que no cualquier asunto cubierto por el TLC, ni cualquier asunto cubierto por el capítulo diez del TLC, puede dar lugar al mecanismo de arbitraje. Según el artículo 10.16, la reclamación debe cumplir una serie de requisitos, que resumimos así: (a) el demandante debe ser un inversionista de un Estado Parte del TLC; (b) en la reclamación debe alegarse que el Estado demandado ha violado una obligación de conformidad con la sección A del capítulo diez, o una autorización de inversión o un acuerdo de inversión tal y como están definidos en la sección C del mismo capítulo; (c) además, debe alegarse que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta. Obviamente el demandante deberá demostrar todas esas circunstancias ante el tribunal arbitral, para efectos de obtener un laudo favorable a sus pretensiones. También se exige al demandante renunciar al derecho de iniciar o continuar cualquier actuación ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de los Estados Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, en relación con la medida que esté siendo cuestionada en la reclamación objeto del arbitraje (subpárrafo 10.18.2(b)); esta es una consecuencia natural de la escogencia de la vía arbitral, que normalmente implica para el demandante la renuncia al derecho de plantear la misma pretensión ante los tribunales comunes.

<sup>18</sup> Los procedimientos de solución de disputas sobre inversión entre inversionistas de otros Estados y el Estado en que operan han sido resistidos tradicionalmente por algunos sectores, sobre todo en los países de América Latina, argumentando que un inversionista extranjero no debería ser tratado en forma diferente a un inversionista local. Sin embargo, debe comprenderse también la realidad que enfrentan los inversionistas que deciden iniciar operaciones en un país con cuyo sistema legal y judicial no están familiarizados. En la a menudo compleja relación entre un inversionista extranjero y el Estado anfitrión, normalmente al principio el inversionista tiene un mayor poder de negociación; incluso puede estar en posición de escoger entre distintos países que compiten entre sí para ofrecer los términos más favorables. Pero todo puede cambiar una vez que el inversionista realiza la inversión, porque a partir de ahí el Estado anfitrión puede decidir cambiar sus leyes o regulaciones, expropiar o confiscar activos, etc. Por ello, y dada la importancia incuestionable de la inversión extranjera para todos los países -especialmente los países en desarrollo-, el uso de un mecanismo arbitral de solución de controversias inversionista-Estado se ha generalizado y muchas compañías y países están adoptando en estos casos el procedimiento del CIADI. Barton, J. y Fisher, B. (1986). *International Trade and Investment: Regulating International Business*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, pp. 897-99. Al 20 de diciembre del 2004, ciento cincuenta y cuatro Estados habían firmado el Convenio del CIADI y ciento cuarenta y dos Estados habían depositado los instrumentos de ratificación. Véase: The World Bank Group, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio*. Recuperado el 22 de febrero del 2005 del sitio web del Banco Mundial: [www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm](http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm)

La reclamación se sustanciará en primera instancia de conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto el Estado demandado como el Estado del inversionista demandante sean partes de dicho Convenio. Si solo una de las partes de la reclamación fuera parte del CIADI, entonces el procedimiento aplicable sería el de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, el cual está diseñado específicamente para cuando una de las partes involucradas en la controversia comercial no es parte del CIADI<sup>19</sup>. Si ni el Estado demandado ni el Estado del inversionista demandante fueran parte del CIADI, el arbitraje se sustanciaría conforme a las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

Es importante indicar que todos los Estados Parte del TLC son signatarios del Convenio del CIADI<sup>20</sup>, por lo cual normalmente cualquier reclamación será sustanciada de conformidad con las normas y procedimientos del CIADI. En el caso de Costa Rica, recordemos que el Convenio del CIADI fue aprobado mediante la Ley N° 7332 de abril de 1993.

El procedimiento de selección de árbitros y de realización del arbitraje está detallado en los artículos 10.19 a 10.21 del capítulo diez del TLC. A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, cada parte designará un árbitro y el tercero, que presidirá el tribunal arbitral, será designado por acuerdo de las partes contendientes (artículo 10.19).

El Derecho aplicable en un procedimiento arbitral al amparo del capítulo diez del TLC siempre será las propias normas del TLC, las normas aplicables del Derecho Internacional y, en lo que corresponda, la legislación del Estado demandado (artículo 10.22). Esto es importante porque en ningún caso un laudo arbitral al amparo del capítulo diez del TLC puede imponer obligaciones nuevas al Estado demandado, más allá de las que resulten del propio TLC, del Derecho Internacional aplicable y del ordenamiento jurídico interno de ese Estado.

De acuerdo con el artículo 10.26, un tribunal arbitral sólo puede otorgar: (i) daños pecuniarios e intereses y/o (ii) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el Estado demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución. Además podrá otorgar costas y honorarios de abogado, en lo que corresponda. Un laudo arbitral al amparo del capítulo diez no podría limitar el ejercicio de la potestad reglamentaria o expropiatoria del Poder Ejecutivo<sup>21</sup>; lo que podría es determinar que el ejercicio de alguna de esas potestades en un caso concreto violentó una obligación del Estado costarricense al amparo de la sección A o un acuerdo o autorización de inversión y, si así fuere, podría obligar al Estado a indemnizar al demandante. Un tribunal arbitral no puede ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo (artículo 10.26.3). Además, se establece que el laudo dictado

---

<sup>19</sup> Véase: The World Bank Group, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Reglamento del Mecanismo Complementario*. Recuperado el 22 de febrero del 2005 del sitio web del Banco Mundial: [www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm](http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm).

<sup>20</sup> Según la revisión efectuada a la fecha de elaboración de este trabajo, de los países signatarios del TLC únicamente en el caso de República Dominicana faltaba el requisito de depósito de los instrumentos de ratificación del Convenio del CIADI.

<sup>21</sup> Aunque estas potestades sí pueden verse limitadas por los compromisos que el Estado costarricense asume en el tratado, de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 105 párrafo primero de la Constitución Política.

por un tribunal arbitral será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto (artículo 10.26.4). Todo esto reafirma que el ámbito del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado previsto en el capítulo diez del TLC es esencialmente patrimonial; aunque presupone, claro está, la constatación de si existió o no la violación de una obligación de conformidad con la sección A del capítulo diez, o de una autorización o un acuerdo de inversión tal y como están definidos en la sección C del mismo capítulo. El objeto del arbitraje no es anular leyes o actos administrativos dictados por el Estado demandado, sino determinar si se dio una de las violaciones indicadas y, en tal caso, ordenar el pago de una compensación. El tribunal arbitral puede ordenar además la restitución de la propiedad, pero en este caso el laudo debe disponer que el demandado podrá pagar daños pecuniarios e intereses, en lugar de la restitución.

Otro aspecto importante es el de las medidas precautorias. Según el artículo 10.18.3, la parte demandante podrá iniciar o continuar una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias. Sin embargo, esa posibilidad debe ejercerse lógicamente de acuerdo con la legislación sobre medidas precautorias aplicable en el Estado demandado. Además, esa facultad debe ejercerse ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, como expresamente lo indica la disposición citada. En ningún momento se faculta al órgano arbitral a imponer medidas precautorias. Las medidas precautorias son el único tipo de medidas propias de la competencia de un tribunal judicial o administrativo del Estado demandado, a las que el demandante no está obligado a renunciar al momento de optar por el arbitraje regulado en el capítulo diez del TLC, siempre que dichas medidas no impliquen el pago de daños monetarios y que se soliciten con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante durante el período de espera del arbitraje.

Al analizar la potestad de los sujetos de Derecho Público de recurrir al arbitraje, la Procuraduría en los pronunciamientos arriba citados ha enfatizado que, si bien la potestad está claramente establecida en el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, falta una definición y precisión más clara sobre los parámetros que deberían regir este tipo de arbitrajes. Al respecto, el mecanismo previsto en el capítulo diez del TLC y en otros tratados suscritos y aprobados por el país<sup>22</sup>, contribuye a subsanar esa carencia, en tanto establece en forma precisa los casos en que procede el arbitraje y los parámetros y reglas procedimentales que lo rigen<sup>23</sup>.

En cuanto a la naturaleza del arbitraje inversionista-Estado previsto en el capítulo diez del TLC, en nuestra opinión no puede equipararse a un arbitraje forzoso. El tratado

---

<sup>22</sup> Véase infra, nota al pie No. 30.

<sup>23</sup> “Puede entonces considerarse la posibilidad de determinar las materias que se encontrarían excluidas de su aplicación [del arbitraje], como puede ser, a manera de ensayo únicamente, la tributaria, la relacionada con dominio público, la organización administrativa, la seguridad, el orden público, salud, para que así los funcionarios públicos se sientan más seguros de cómo proceder ante la posibilidad de aplicar estos institutos y que así realmente se utilicen. Se debe superar el criterio de asuntos de derecho público y de derecho privado. Además, para la Administración la regla debe ser el arbitraje de derecho, prohibiéndose expresamente el de conciencia”. Brenes, A. L., ob. cit., pp. 183-84. El mecanismo de arbitraje tal y como está regulado en los tratados citados contribuye en alguna medida al logro de esos objetivos, al menos dentro del ámbito de cobertura de esos tratados, ya que fija reglas precisas sobre los casos en que procede el arbitraje y el procedimiento que debe seguirse, lo cual está ausente en la legislación nacional.

internacional se define como “un acuerdo de voluntades celebrado entre sujetos de derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos y regido por el derecho internacional”; es esencialmente un acuerdo de voluntades, equivalente a un contrato en el ámbito doméstico<sup>24</sup>. En el TLC, que es un tratado internacional, los Estados Parte acuerdan voluntariamente establecer el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado previsto en el capítulo diez, como parte del contenido del tratado que ha sido negociado y acordado voluntariamente entre ellos. Los Estados Parte aceptan que aplicarán ese mecanismo de arbitraje para resolver ciertos tipos de controversias que se presenten entre el inversionista de un Estado Parte y otro Estado Parte. En tal sentido, el uso del arbitraje inversionista-Estado será posible porque cada uno de los Estados Parte dio su consentimiento previo (artículo 10.17). No hay, entonces, arbitraje forzoso en este caso, sino arbitraje previamente consentido, mediante un tratado que en nuestro medio tiene además jerarquía superior a las leyes una vez aprobado por la Asamblea Legislativa, según el artículo 7 de la Constitución Política.

Visto desde la óptica del artículo 43 de la Constitución, el arbitraje inversionista-Estado previsto en el TLC tiende a reforzar el derecho constitucional de los habitantes –en el caso particular del TLC de aquellos que califican como inversionistas de un Estado Parte- de recurrir al arbitraje para resolver sus controversias patrimoniales, sin hacer tampoco obligatorio para esos inversionistas recurrir a la vía arbitral, pues siempre mantienen la opción de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

#### **D. ¿Constituye el arbitraje inversionista-Estado una forma de transferencia de competencias a un ordenamiento jurídico comunitario?**

Dice el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política:

“Artículo 121.-

Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

(...)

4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.

---

<sup>24</sup> Vargas Carreño, E. (1992). *Introducción al Derecho Internacional* (2da. edición). San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p. 100. Según el artículo 2 inciso a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Costa Rica mediante la Ley No. 7615 de 24 de julio de 1996: “Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación.  
(...)"

En el voto relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad sobre la ley de aprobación del Convenio del CIADI<sup>25</sup>, la Sala Constitucional indicó que dicha ley requería para su aprobación de la mayoría calificada prevista en el párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. Es importante recordar que este voto se dictó antes de la promulgación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que autorizó expresamente al Estado a someter sus controversias a arbitraje, como se comentó anteriormente.

Respecto a los alcances del párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) de la Constitución, dijo la Sala en el voto citado lo siguiente:

"Esta norma suscita tres tipos de dudas importantes, a saber: a) qué, significado tienen los conceptos de "atribuir" o "transferir", en relación con el de "competencias"; b) qué debe entenderse allí por "ordenamiento comunitario"; y c) qué alcances debe darse a los "objetivos regionales y comunes" que en el texto constituyen el fin del mismo ordenamiento.

a) En lo que se refiere a la primera cuestión, la Sala observa que en el contexto del Derecho de la constitución la norma transcrita tiene el claro propósito de agravar el procedimiento de aprobación de tratados o convenios internacionales, cuando en ellos se atribuyan a organismos extraestatales competencias públicas que de otro modo corresponden al Estado costarricense en ejercicio de su soberanía. Dicho de otra manera, parece evidente que no tendría sentido imponer una mayoría calificada para la aprobación de unos tratados, y no de otros en los que la reserva del constituyente tuviera igual o mayor justificación; y es que, en realidad, habida cuenta en que en todo tratado internacional se contiene, por definición, una merma o afectación de la soberanía, lo que a aquella reserva interesa es, con toda claridad, rodear de la garantía implicada en la mayoría calificada de la Asamblea Legislativa los supuestos en que el instrumento internacional implique, además de aquella merma o afectación directamente establecida en él, la posibilidad de que se impongan nuevas obligaciones al Estado costarricense, sin su voluntad, por órganos extranacionales y en materia que, de otro modo, le correspondería a él exclusivamente.

b) Lo anterior obliga a reconocer la expresión "ordenamiento comunitario", aunque no feliz, sólo adquiere sentido, en el contexto e ese inciso, si se entiende por "comunitaria" aquella normativa que, aunque creada mediante fuentes típicas del Derecho de Gentes, como son los tratados, en realidad tienen un carácter "supranacional", en cuanto que es capaz de imponer a los Estados Partes obligaciones, deberes, cargas o limitaciones más allá de las pactadas y aún contra su voluntad por ejemplo, mediante decisiones adoptadas por una mayoría; cosa esta completamente diferente que la de los órdenes meramente internacionales, en que los Estados se comprometen solamente a los que se

---

<sup>25</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 1079-93 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y tres.

comprometen por tratado, o, si éste crea, además, algún tipo de organismo internacional, las decisiones en ese organismo, o no son vinculantes, o si lo son deben tomarse por unanimidad, es decir, con la aceptación expresa del Estado costarricense, mediante sus legítimos representantes competentes al efecto. Es cierto que la inclusión el concepto "ordenamiento comunitario" en dicha norma constitucional se hizo por la Asamblea Legislativa en función constituyente (por Ley N° 4123 de 30 de mayo de 1968), teniendo en mente el proceso de integración o Mercado Común Centroamericano, pero resultaría contradictorio y, por ende, inconstitucional deducir de ahí que la Constitución imponga un procedimiento agravado para la aprobación de los instrumentos de ese proceso, querido por Costa Rica y más cercano y natural por darse en el ámbito geopolítico e histórico de la Patria Grande Centroamericana, que en otros supuestos más lejanos y menos intensos en que también se asignen o transfieran competencia del Estado costarricense a un ordenamiento extranacional.

c) En el mismo contexto, los "objetivos regionales y comunes" deben interpretarse en armonía con las consideraciones anteriores y, por ende, la conjunción, "y" que los separa, debe entenderse como disyuntivo-copulativa, de manera que la disposición debe aplicarse, tanto si se trata de objetivos regionales, como si de objetivos simplemente comunes".

Con base en lo anterior, concluyó la Sala diciendo:

"En conclusión, la Sala considera que, al autorizar el sometimiento a procedimientos de arbitraje internacional, de cuestiones que de otro modo se ubicarían en sede del Derecho Interno y de los tribunales nacionales –judiciales o arbitrales-, da lo mismo, el Convenio consultado requiere para su aprobación la mayoría calificada prevista por el párrafo 2° del inciso 4° del artículo 121 de la Constitución".

En un voto salvado, el Magistrado Solano Carrera, Presidente de la Sala, indicó:

"Efectivamente en criterio del suscrito, este Convenio no es de aquellos a que se refiere el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. Y no lo es, porque no atribuye determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos comunes, según lo requiere el numeral de cita. Este instrumento obviamente tiende a relacionarse con la competencia jurisdiccional del Estado. Pero debemos entender que es la propia Constitución Política la que permite que las diferencias entre las personas –sin excluir al Estado- puedan dirimirse mediante arbitraje. Esta forma de solución de conflictos, entonces, no es propiamente un traslado de competencias, en los términos y en el fondo que contiene el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución Política. La naturaleza del arbitraje y la disponibilidad que las propias partes tienen acerca de la forma en que se realice, así como la integración del respectivo Tribunal, hacen que no calce la hipótesis del Convenio con aquella que el Constituyente decidió debía merecer una aprobación calificada en el seno de la Asamblea Legislativa".

Algunos juristas consideran que el voto de mayoría de la Sala Constitucional erró al darle un alcance general a la noción de atribución o transferencia de competencias a un

ordenamiento jurídico comunitario, contenida en el párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) de la Constitución, ya que dicha noción se refiere única y exclusivamente al caso de la integración centroamericana, partiendo de que esa fue la razón específica de la reforma constitucional introducida a ese inciso mediante la Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968.

Ahora bien, asumamos para los efectos de este trabajo que la argumentación del voto de mayoría de la Sala es correcta. Esta argumentación se resume en que hay atribución o transferencia de competencias cuando, además de la afectación de la soberanía que por definición implica todo tratado internacional, se contempla la posibilidad de que se impongan nuevas obligaciones al Estado costarricense, sin su voluntad, por órganos extranacionales y en materia que, de otro modo, le correspondería a él exclusivamente. Asimismo, una normativa contenida en un tratado es "comunitaria" si tiene un carácter "supranacional", en cuanto que es capaz de imponer a los Estados Partes obligaciones, deberes, cargas o limitaciones más allá de las pactadas y aún contra su voluntad, por ejemplo, mediante decisiones adoptadas por una mayoría.

Aún asumiendo que esa caracterización de lo que significa atribuir o transferir competencias a un ordenamiento jurídico comunitario sea correcta, nos parece que la conclusión que extrae el voto de mayoría de la Sala de que la incorporación del Estado al marco de solución de controversias del CIADI cae dentro de ese supuesto no es acertada, tal y como lo expresa en forma muy precisa el voto salvado antes transcrito.

El hecho de que un inversionista y el Estado costarricense sometan una controversia sobre inversiones a un procedimiento arbitral, de ninguna manera implica la posibilidad de que al Estado se le impongan nuevas obligaciones en materia que, de otro modo, le correspondería al Estado exclusivamente. En primer lugar, porque un tribunal arbitral nunca podría imponer nuevas obligaciones, más allá de aquellas derivadas del Derecho aplicable al caso. El tribunal arbitral no es un órgano judicial, pero es un órgano jurisdiccional. Como tal, su competencia está limitada a resolver una controversia específica, con base en el Derecho que según el acuerdo arbitral o el instrumento equivalente sea el Derecho aplicable. No podría ir más allá. De hecho, en el ordenamiento jurídico costarricense una de las causas expresas de nulidad de un laudo arbitral es que el tribunal arbitral resuelva sobre asuntos no sometidos a arbitraje o que el tribunal arbitral carezca de competencia<sup>26</sup>.

Pero adicionalmente, en un voto posterior relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad sobre la ley de aprobación del Tratado de Integración Social suscrito entre los países de Centroamérica y Panamá<sup>27</sup>, la Sala Constitucional definió con más precisión los alcances del Derecho Comunitario. Al respecto dijo:

“II.- Características del Derecho Comunitario:

Doctrinalmente se le define como un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas, que posee sus propias fuentes, está dotado de órganos y procedimientos adecuados para emitir las, interpretarlas, aplicarlas y hacerlas valer. En tanto el derecho internacional promueve la cooperación internacional,

---

<sup>26</sup> Artículo 67 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

<sup>27</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 4638-96 de las nueve horas tres minutos del seis de septiembre de mil novecientos noventa y seis .

el Derecho Comunitario promueve la integración de los países involucrados, y por ello se ha dicho que conforma un nuevo orden jurídico de derecho internacional, caracterizado por su independencia y primacía, características consustanciales de su existencia.

El derecho comunitario posee una gran penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, que se manifiesta en la aplicabilidad inmediata, su efecto directo y su primacía. Y es que la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico internacional, en cuyo beneficio los Estados partes han limitado, aunque de manera restringida, sus derechos soberanos. Del Derecho Comunitario surgen derechos y obligaciones, no sólo para los Estados miembros, sino también para sus ciudadanos. (...) Consecuentemente, resulta importante acotar que todas las normas aprobadas en el proceso de integración van constituyendo un auténtico ordenamiento jurídico, que por su naturaleza y los fines que persigue encuadra dentro de lo que se ha definido como Derecho Comunitario”.

Salta a la vista que el hecho de que el Estado costarricense acepte someterse a un procedimiento de solución de controversias como el arbitraje, facultad que de por sí ya tiene el Estado según su ordenamiento jurídico interno y cuyo ejercicio tiende a concretar el derecho constitucional de los ciudadanos de terminar sus diferencias patrimoniales mediante árbitros, dista enormemente de configurar un ordenamiento comunitario en los términos precisados por la Sala en el último voto indicado.

## **E. Votos de la Sala Constitucional en los TLCs y otros tratados**

El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado que contempla el capítulo diez del TLC es muy similar al incluido en otros TLCs anteriores (concretamente, el TLC entre Costa Rica y México<sup>28</sup> y el TLC entre Centroamérica y República Dominicana<sup>29</sup>). Asimismo, es muy similar al incluido en catorce tratados de promoción y protección recíproca de inversiones suscritos por el país y aprobados por la Asamblea Legislativa<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Aprobado por Ley No. 7474 de 19 de diciembre de 1994.

<sup>29</sup> Aprobado por Ley No. 7882 de 9 de junio de 1999.

<sup>30</sup> Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de la República Francesa sobre Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones, aprobado por Ley No. 7691 de 3 de octubre de 1997; Tratado entre Alemania y Costa Rica sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones y su Protocolo, aprobado por Ley No. 7695 de 3 de octubre de 1997; Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aprobado por Ley No. 7715 de 31 de octubre de 1997; Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, aprobado por Ley No. 7748 de 23 de febrero de 1998; Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de España, aprobado por Ley No. 7869 de 5 de mayo de 1999; Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley No. 7870 de 5 de mayo de 1999; Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y su Protocolo, aprobado por Ley No. 7994 de 7 de marzo del 2000; Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela, aprobado por Ley No. 8067 de 14 de febrero del 2001; Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, aprobado por Ley No. 8068 de 14 de febrero del 2001; Acuerdo entre el Gobierno de la

La constitucionalidad de esos tratados fue avalada por la Sala Constitucional, al momento de evacuar la consulta preceptiva de ley en cada caso, y en ninguno de esos votos la Sala estableció que se requería mayoría de dos tercios de los diputados para la aprobación del respectivo tratado<sup>31</sup>. Más bien, en un uno de esos votos, el relativo a la consulta preceptiva del Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, la Sala expresamente indicó que el proyecto requería ser aprobado por la mayoría absoluta de los votos de la Asamblea Legislativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política<sup>32</sup>.

Asimismo, según la revisión que efectuamos de los expedientes legislativos respectivos, en todos esos casos el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa estableció en sus informes que se requería votación por mayoría absoluta conforme a la regla general del artículo 119 de la Constitución, o bien no se pronunció expresamente al respecto. En el informe del Departamento de Servicios Técnicos relativo al proyecto de ley de aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe, que a la fecha de elaboración de este trabajo se encuentra en trámite en la Asamblea Legislativa, expresamente se indica que este tratado, que contiene un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado muy similar al del TLC con Estados Unidos, requiere mayoría "simple" para su aprobación, de conformidad con el artículo 119 de la Constitución Política<sup>33</sup>.

---

República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Paraguay para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley No. 8069 de 14 de febrero del 2001; Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Checa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, aprobado por Ley No. 8076 de 14 de febrero del 2001; Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos, aprobado por Ley No. 8081 de 14 de febrero del 2001; Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Corea para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, aprobado por Ley No. 8217 de 8 de marzo del 2002; Acuerdo entre la República de Costa Rica y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, aprobado por Ley No. 8218 de 8 de marzo del 2002.

<sup>31</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, votos No. 4708-97 de las dieciséis horas doce minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete; No. 4710-97 de las dieciséis horas dieciocho minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete; No. 4726-97 de las quince horas dieciocho minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete; No. 0019-98 de las dieciséis horas veinticuatro minutos del seis de enero de mil novecientos noventa y ocho; No. 1202-99 de las nueve horas del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve; No. 1307-99 de las dieciséis horas treinta minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve; No. 1270-00 de las dieciséis horas cinco minutos del ocho de febrero del dos mil; No. 9740-00 de las nueve horas once minutos del tres de noviembre del dos mil; No. 9910-00 de las quince horas veintiún minutos del siete de noviembre del dos mil; No. 9987-00 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del ocho de noviembre del dos mil; No. 10093-00 de las catorce horas cuarenta y siete minutos del dieciséis de noviembre del dos mil; No. 10092-00 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del dieciséis de noviembre del dos mil; No. 12006-01 de las nueve horas veintiocho minutos del veintitrés de noviembre del dos mil uno; No. 12494-01 de las quince horas dos minutos del doce de diciembre del dos mil uno.

<sup>32</sup> Voto No. 0019-98 de las dieciséis horas veinticuatro minutos del seis de enero de mil novecientos noventa y ocho.

<sup>33</sup> Asamblea Legislativa, Departamento de Servicios Técnicos. Expediente legislativo No. 15.637J. Informe ST. 241-2004-J de septiembre del 2004, p. 26.

### **III. La Comisión de Libre Comercio**

#### **A. Naturaleza y funciones**

Según el artículo 19.1 del TLC, las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por los representantes de cada Parte a nivel Ministerial a que se refiere el anexo 19.1, o por las personas a quienes éstos designen. La Comisión de Libre Comercio es un órgano de administración del tratado similar al que se ha establecido en los TLCs anteriores suscritos por Costa Rica. Es importante señalar que la Comisión de Libre Comercio no constituye un órgano con personalidad jurídica internacional, ni tiene una sede propia, ni presupuesto propio; es simplemente la reunión de los representantes de los Estados Parte designados como tales según el anexo 19.1 del TLC. En el caso de Costa Rica, como miembro de la Comisión se designa al Ministro de Comercio Exterior, que según la legislación interna es el jerarca de la cartera responsable de dirigir las negociaciones comerciales y de inversión bilaterales y multilaterales y representar al país en los foros comerciales internacionales<sup>34</sup>.

El párrafo 19.1.2 establece como deberes de la Comisión:

- (a) supervisar la ejecución del tratado;
- (b) supervisar el ulterior desarrollo del tratado;
- (c) buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este tratado;
- (d) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este tratado; y
- (e) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del tratado.

Los subpárrafos (a), (b) y (d) anteriores se refieren específicamente a labores de supervisión. El subpárrafo (c) se refiere al rol coadyuvante de la Comisión en la solución de controversias, principalmente mediante la adopción de interpretaciones, y se ve complementado por la facultad prevista en el subpárrafo 19.1.3(c). El subpárrafo (e) atribuye una competencia residual de carácter general a la Comisión, consistente en “conocer” de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del tratado, que se ve complementada con la facultad prevista en el párrafo 19.1.3(e). Lógicamente, esta competencia debe ejercerse dentro del marco de los objetivos del tratado y de las facultades que el tratado le fija a la Comisión y, además, sin excluir los procedimientos propios de implementación de las decisiones en el Derecho interno de los Estados Parte, en lo que corresponda.

El párrafo 19.1.3 establece como facultades de la Comisión de Libre Comercio:

- (a) establecer y delegar responsabilidades en comités y grupos de trabajo;
- (b) modificar en cumplimiento con los objetivos del tratado:

---

<sup>34</sup> Ley de creación del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, No. 7638 de 30 de octubre de 1996, artículo 2.

- (i) las listas de desgravación sujetas al anexo 3.3 (Desgravación Arancelaria), a fin de acelerar la reducción arancelaria;
  - (ii) las reglas de origen establecidas en el anexo 4.1 (Reglas de Origen Específicas);
  - (iii) las Directrices Comunes referidas en el artículo 4.21 (Directrices Comunes); y
  - (iv) los anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii) (Contratación Pública);
- (c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;
- (d) solicitar la asesoría de personas o grupos sin vinculación gubernamental; y
- (e) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.

Dentro de las facultades citadas de la Comisión de Libre Comercio, quizá la que ha motivado cierta polémica es la del subpárrafo 19.1.3(b). Este subpárrafo le da a la Comisión la facultad de modificar las listas de desgravación arancelaria, a fin de acelerar la reducción arancelaria, así como también modificar las reglas de origen, las directrices comunes y los anexos sobre contratación pública del TLC, todo “en cumplimiento con los objetivos de este Tratado”, según reza textualmente el encabezado del párrafo 19.1.3(b) en cuestión. Es importante tener en cuenta que el fin principal del TLC es el establecimiento de una zona de libre comercio entre los Estados signatarios (artículo 1.1) y los objetivos del TLC tienen que ver con estimular la expansión y diversificación del comercio entre las Partes, eliminar obstáculos al comercio, aumentar las oportunidades de inversión, etc. (artículo 1.2). Por eso no debe extrañar que exista un órgano con cierta flexibilidad para acelerar la desgravación arancelaria o acordar modificaciones a algunos de los anexos del tratado, facultad que es necesaria para velar por el perfeccionamiento de la zona de libre comercio y el cumplimiento sostenido de los objetivos del tratado.

Según el artículo 19.1.4, cada Parte implementará, de conformidad con sus procedimientos jurídicos aplicables, cualquier modificación conforme al subpárrafo 3(b). Según el anexo 19.1.4, en el caso de Costa Rica, las decisiones de la Comisión conforme al artículo 19.1.3(b) equivaldrán al instrumento referido en el artículo 121.4, párrafo tercero de la Constitución Política (protocolos de menor rango). Esto significa que cuando la Comisión adopte una decisión de modificar las listas de desgravación, las reglas de origen, las directrices comunes o los anexos sobre contratación pública –todo en línea con los objetivos del TLC–, en el caso de Costa Rica esa decisión deberá ser aprobada e incorporada en el ordenamiento jurídico interno por el Poder Ejecutivo mediante un protocolo de menor rango. Estos instrumentos no requieren aprobación legislativa, según el párrafo tercero del inciso 4) del artículo 121 y el párrafo segundo del inciso 10) del artículo 140 de la Constitución, por tratarse de instrumentos complementarios y derivados del convenio principal, derivación que debe estar expresamente autorizada en el tratado, como ocurre en el TLC. La Sala Constitucional se ha pronunciado específicamente sobre este punto en relación con anteriores TLCs, como se verá en detalle más adelante.

Según el artículo 19.1.5, la Comisión establecerá sus reglas y procedimientos y todas sus decisiones se tomarán por consenso, a menos que la Comisión decida otra cosa. La regla del consenso –incluso para decidir otra cosa– implica que la Comisión de Libre Comercio en ningún caso podrá imponer por mayoría una decisión propia de sus

competencias al Estado costarricense o a alguno de los otros Estados Parte del TLC. De hecho, sería inimaginable que el Gobierno de los Estados Unidos hubiera aceptado someterse a decisiones por mayoría de un órgano de esta naturaleza, en el que los demás países firmantes pudieran imponerle decisiones por mayoría. Esto reafirma que la Comisión de Libre Comercio no puede considerarse como un órgano supranacional, capaz de imponer obligaciones al Estado contra su voluntad, en los términos descritos por la Sala Constitucional en el voto No. 1079-93 relativo al Convenio del CIADI, antes citado.

## **B. Votos de la Sala Constitucional en los TLCs anteriores**

Respecto al TLC entre Costa Rica y México, la Sala Constitucional examinó someramente el tema de la “Comisión Administradora”, equivalente a la Comisión de Libre Comercio prevista en el TLC con Estados Unidos, y la consideró como uno de los “mecanismos dentro del propio Tratado, a través de los cuales las partes podrán ir ajustando los efectos del instrumento a fines más justos o equilibrados”, indicando además que “la Sala no encuentra que el Tratado de Libre Comercio que se le consulta, contenga normas, disposiciones o cláusulas inconstitucionales”<sup>35</sup>.

Respecto al TLC entre Centroamérica y República Dominicana, que crea un “Consejo Conjunto de Administración” (artículo 18.01) cuya naturaleza y funciones son similares a las de la Comisión de Libre Comercio prevista en el TLC con Estados Unidos, la Sala, aunque no analizó específicamente el tema sino que hizo una consideración muy general sobre los contenidos del tratado, concluyó que en ese tratado “no se encuentran roces de inconstitucionalidad”<sup>36</sup>.

En el voto relativo a la consulta legislativa sobre el TLC entre Centroamérica y Chile, la Sala Constitucional analizó específicamente el tema de la Comisión de Libre Comercio, cuya naturaleza y funciones también son sustancialmente las mismas que las de la Comisión de Libre Comercio que contempla el TLC con Estados Unidos. Dijo al respecto la Sala<sup>37</sup>:

**“V.- Sobre la Comisión de Libre Comercio:** En el artículo 18.01 del Tratado, se establece una Comisión de Libre Comercio que será la encargada de velar por el cumplimiento y la correcta aplicación de las disposiciones de este Tratado; de evaluar los resultados logrados en la aplicación del Tratado; de resolver las controversias que surjan respecto de la interpretación o aplicación del Tratado; de supervisar la labor de los comités establecidos o creados conforme al Tratado y de conocer cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento de ese Tratado. Esta Comisión, señala el artículo, podrá modificar en aras del cumplimiento de los objetivos del Tratado: a) la lista de mercancías de una parte

---

<sup>35</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 7005-94 de las nueve horas veintidós minutos del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

<sup>36</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 3471-99 de las quince horas cincuenta y un minutos del once de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

<sup>37</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 8404-00 de las diez horas del veintidós de septiembre del dos mil.

contenida en el anexo 3.04 (Programa de Desgravación Arancelaria) con el objeto de incorporar una o más mercancías excluidas en el Programa de Desgravación Arancelaria; b) los plazos establecidos en el Anexo 3.04 (Programa de Desgravación Arancelaria) a fin de acelerar la desgravación arancelaria; c) las reglas de origen específicas del Anexo 4.03; d) las reglamentaciones uniformes; e) el Anexo 9.01 de sectores o subsectores de servicios con el objeto de incorporar nuevos sectores o subsectores de servicios; f) los anexos I, II y III del Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios) y la lista de entidades de una Parte contenida en el Anexo 16.01 (Entidades) con el objeto de incorporar una o más entidades al ámbito de aplicación del Capítulo 16 (Contratación Pública). El funcionario de la Comisión, en el caso concreto de Costa Rica, es el Ministro de Comercio Exterior o su sucesor. Ahora bien, en el Anexo 18.01 (4), se establece expresamente que para el caso de Costa Rica, los acuerdos a que lleguen las Partes, equivaldrán al instrumento referido en el artículo 121.4 párrafo tercero de la Constitución Política; instrumento que se ha denominado "Protocolo de Menor Rango". Sobre éste, la Sala ha señalado:

"Los protocolos de menor rango son aquellos que, sin añadir compromisos o limitaciones sustanciales a la actividad de los estados, desarrollan e incluso modifican normas de mero procedimiento que no inciden sobre la sustancia del tratado. Caso típico de protocolos de menor rango son las modificaciones de plazos de cumplimiento y otras medidas semejantes, siempre y cuando esas modificaciones estén, como se dijo, previstas en el tratado principal" (Sentencia No.03388-98 de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho).

En relación con el caso concreto, estima la Sala que tanto la Comisión de Libre Comercio que está siendo creada en el Tratado bajo estudio, como las potestades que le han sido otorgadas en el mismo, no son inconstitucionales en la medida en que puedan ser consideradas como protocolos de menor rango en los términos señalados supra, o bien, y en el tanto y en el cuanto mediante el ejercicio de esas potestades, no se estén tomando decisiones sustanciales y de fondo que necesariamente deben ser analizadas por la Asamblea Legislativa de acuerdo con las competencias constitucionales que tiene este Poder de la República. Desde esta perspectiva, no es inconstitucional que el representante de Costa Rica participe y lleve la voz del Gobierno Nacional en los temas relativos al Tratado, siempre y cuando no comprometa al país en decisiones que necesariamente requieren de la aprobación legislativa y por supuesto, del posterior control de constitucionalidad ejercido por la Sala Constitucional" (el subrayado no es del original).

Como se desprende claramente del voto citado, la Sala Constitucional avaló la constitucionalidad tanto de la creación de la Comisión de Libre Comercio, como de sus potestades y del mecanismo de implementación de sus decisiones, que es, como se indicó, el de los protocolos de menor rango previstos en el párrafo tercero del artículo 121 inciso 4) de la Constitución Política. Claro está que, si en algún momento la Comisión de Libre Comercio desbordara las atribuciones que le otorga el tratado y pretendiera adoptar una decisión que por su naturaleza requeriría de aprobación legislativa, en esa medida podría presentarse en un caso concreto un problema de inconstitucionalidad. De ahí la advertencia de la Sala al respecto, que compartimos. Por ejemplo, si la Comisión decide en algún momento modificar uno de los artículos del TLC, más allá de los anexos y listas que está autorizada por el tratado a modificar, en

tal caso se trataría de una enmienda al tratado, la cual por su naturaleza no podría entrar en vigencia sin la aprobación legislativa, de conformidad con los artículos 121 inciso 4) y 140 inciso 10) de la Constitución Política.

En el voto relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad sobre el TLC entre Costa Rica y Canadá, la Sala Constitucional reiteró la opinión ya vertida respecto al TLC entre Centroamérica y Chile en cuanto a la Comisión de Libre Comercio, e indicó lo siguiente<sup>38</sup>:

“Además de reiterar lo dicho la sentencia que acaba de ser parcialmente transcrita, este tribunal debe hacer algunas aclaraciones adicionales. En primer término, el hecho de que a las interpretaciones vinculantes, así como a las modificaciones a la lista de desgravación efectuadas por la Comisión, se les reconozca el carácter de protocolos de segundo orden (cuya constitucionalidad ya fue declarada en la sentencia 2000-08404) implica necesariamente, a la luz del Derecho de la Constitución (artículos 7°, 121 inciso 4 y 140 inciso 10 de la Ley Fundamental; artículo 7° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que solamente tendrán ese carácter los acuerdos de la Comisión que hayan sido suscritos por el Presidente de la República, el Ministro de Comercio Exterior, el Ministro de Relaciones Exteriores o un Ministro Plenipotenciario debidamente autorizado por parte del Poder Ejecutivo. Para otras actuaciones de la Comisión, de carácter meramente administrativo, no resulta inconstitucional que las mismas sean adoptadas –en cuanto a la representación de Costa Rica por cualquier funcionario designado por el Ministro de Comercio Exterior para ello. Por otra parte, cuando el artículo XIII.19 dispone que deben ser sometidos a la Comisión los conflictos referentes a la interpretación del Tratado, cuando ello sea necesario en un proceso jurisdiccional o procedimiento administrativo seguido en el Estado de una Parte, esta Sala entiende que la Comisión no puede conocer del caso sometido a conocimiento de las autoridades competentes, sino tan solo pronunciarse sobre la correcta interpretación que debe ser dada a la disposición del Tratado en cuestión. Según dispone el artículo 152 de la Constitución Política, la función jurisdiccional es exclusiva del Poder Judicial, el cual gozará de independencia funcional (artículo 154), por lo que el ordinal XIII.19 solo puede ser interpretado, de conformidad con el derecho de la constitución, en el sentido de que las competencias allí mencionadas no implican que el Poder Judicial de Costa Rica pueda ser sustituido por la Comisión de Libre Comercio o cualquier otro órgano, en la substanciación y definición de las causas que sean sometidas a su conocimiento”.

Este voto aclara dos aspectos adicionales importantes en relación con las competencias de la Comisión de Libre Comercio. En primer lugar, que las decisiones de la Comisión que deban implementarse mediante protocolos de menor rango -que en el caso del TLC son las modificaciones a los anexos previstas en el subpárrafo 19.1.3(b)- deben ser suscritas por el Presidente o un Ministro con autoridad para ello; pero no así otro tipo de decisiones de orden administrativo que pueda adoptar la Comisión, las cuales podrían ser válidamente adoptadas por cualquier funcionario designado por el Ministerio de Comercio Exterior. Compartimos esta apreciación, con dos matices. Uno es que en el

---

<sup>38</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 8190-02 de las once horas doce minutos del veintitrés de agosto del dos mil dos.

caso del TLC el anexo 19.1 incluye específicamente al Ministro de Comercio Exterior como miembro de la Comisión de Libre Comercio en el caso de Costa Rica, por lo cual ese sería el funcionario competente para participar en la adopción de decisiones de la Comisión por nuestro país. Otro es que, estrictamente hablando, los protocolos de menor rango “entrarán en vigencia una vez promulgados por el Poder Ejecutivo”, según lo indica expresamente el párrafo segundo del artículo 140 inciso 10) de la Constitución Política; en tal sentido, debemos entender que la Sala se refiere al Presidente de la República actuando conjuntamente con el Ministro del ramo, que es a quienes competiría promulgar como protocolos de menor rango las decisiones de la Comisión que deban tener ese carácter.

En segundo lugar, la Sala se refiere en el voto citado al artículo XIII.19 del TLC con Canadá, que es esencialmente idéntico al artículo 20.20 del TLC con Estados Unidos. Este artículo faculta a la Comisión de Libre Comercio a acordar interpretaciones sobre el tratado, cuando se le someta una cuestión de interpretación o aplicación del tratado surgida en un procedimiento judicial o administrativo interno de un Estado Parte. Como bien lo entendió la Sala, este tipo de interpretación acordada por la Comisión podrá ser presentada ante el tribunal u órgano administrativo que dirige el procedimiento de que se trate, de manera que sea tomada en cuenta si tal órgano lo considera pertinente, pero de ninguna manera ello implica que la Comisión de Libre Comercio podría avocarse el conocimiento del caso, o sustituir la competencia del tribunal u órgano administrativo encargado; ni la interpretación acordada por la Comisión sería vinculante para el tribunal u órgano administrativo interno. Las interpretaciones del tratado acordadas por la Comisión, según la facultad del subpárrafo 19.1.3(c) del TLC, sí son vinculantes para los tribunales arbitrales que se establezcan para resolver controversias inversionista-Estado, según lo prevé el artículo 10.22.3; esto permite a los Estados Parte fijar pautas sobre la interpretación del TLC, por consenso, las cuales deberán ser respetadas por los tribunales arbitrales *ad hoc* al resolver controversias en materia de inversión.

### **C. Votos de la Sala Constitucional sobre otros tratados**

Algunos votos de la Sala Constitucional posteriores al voto No. 1079-93, relativos a la aprobación de tratados internacionales, han sido señalados ocasionalmente como aplicables al caso de la Comisión de Libre Comercio prevista en el TLC. Sin embargo, a nuestro criterio se trata de supuestos claramente distinguibles, además de que los votos de la Sala Constitucional relativos a los TLCs con Chile y con Canadá antes citados, que son aún más recientes, han sido claros sobre la constitucionalidad de la creación de la Comisión de Libre Comercio y las facultades que se le asignan en este tipo de tratados. Nos interesa destacar tres votos que comentamos brevemente a continuación.

En relación con las potestades de expedir licencias para pesca y fijar las tarifas para esas licencias, que se le otorgaban al Consejo creado en el Convenio para la Pesca del Atún en el Océano Pacífico Oriental, la Sala Constitucional –en una votación dividida de cuatro a tres– consideró que se daba una transferencia de funciones propias del Poder Ejecutivo, por lo que dicho Convenio requería votación legislativa calificada<sup>39</sup>. Sin embargo, fue determinante en el razonamiento de la mayoría, que las licencias se referían específicamente al aprovechamiento del mar territorial y la zona económica

---

<sup>39</sup> Voto No. 5799-95 de las quince horas del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

exclusiva regulados en el artículo 6 constitucional y a recursos o riquezas naturales del Estado en términos del artículo 140 inciso 19) constitucional, supuestos claramente ausentes en las competencias de la Comisión de Libre Comercio prevista en el TLC.

En relación con la adhesión de Costa Rica al Convenio Constitutivo del Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, la Sala estimó que dicho proyecto requería aprobación por votación calificada, conforme al párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) de la Constitución<sup>40</sup>. Sin embargo, en dicho convenio se crea una Unión particular de países, cuya asamblea general adopta sus acuerdos por mayoría y tiene entre sus potestades la de fijar tasas para el registro internacional de denominaciones de origen, aspecto éste último que la Sala consideró determinante para que se configurara la transferencia de competencias a un ordenamiento comunitario y que está claramente ausente en las potestades de la Comisión de Libre Comercio prevista en el TLC.

En relación con varias modificaciones al Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica, entre ellas una que le daba a la Asamblea de Gobernadores del Banco la facultad de aprobar y poner en vigencia modificaciones al citado Convenio Constitutivo, sin cumplir con los procedimientos propios del Derecho interno, la Sala estimó que se excluía la competencia legislativa relativa a la aprobación de tratados, por lo cual la modificación propuesta en ese punto resultaba inconstitucional<sup>41</sup>. Pero nos parece que este caso tampoco es equiparable al de la Comisión de Libre Comercio prevista en el TLC, porque las modificaciones que ésta puede introducir son muy limitadas y están claramente indicadas en el tratado, se refieren a aspectos complementarios o de procedimiento y están sujetas a un procedimiento de implementación en el Derecho interno expresamente previsto en la Constitución, como es el de los protocolos de menor rango, los cuales no escapan en su momento al debido control de constitucionalidad.

#### **IV. Conclusión**

El arbitraje inversionista-Estado previsto en el capítulo diez del TLC constituye una forma de solución de controversias sobre inversión ampliamente extendida a nivel mundial, que ha sido recogida en numerosos tratados suscritos y aprobados por Costa Rica con anterioridad. Dicho mecanismo es compatible con la Constitución y así lo ha declarado la Sala Constitucional en reiteradas oportunidades. En cuanto al procedimiento de aprobación legislativa, en el voto No. 1079-93, relativo a la aprobación del Convenio del CIADI, la Sala Constitucional indicó que dicha ley requería ser aprobada por votación calificada, porque la sumisión a arbitraje implicaba una transferencia de competencias a un ordenamiento comunitario en los términos del párrafo segundo del artículo 121 inciso 4) de la Constitución. Sin embargo, consideramos que de dicho voto no puede extraerse como conclusión que el TLC requiere ser aprobado por votación legislativa calificada. De hecho, en ninguno de los

---

<sup>40</sup> Voto No. 4461-96 de las nueve horas treinta y nueve minutos del treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis.

<sup>41</sup> Voto No. 7146-99 de las dieciséis horas quince minutos del catorce de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

votos dictados posteriormente en relación con los tratados de libre comercio y los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones suscritos y aprobados por el país, que contienen un mecanismo de arbitraje muy similar al del TLC, la Sala exigió el requisito de votación calificada; más bien, en un caso indicó expresamente que se requería mayoría absoluta, con base en la regla general del artículo 119 de la Constitución.

En todo caso, concordamos con el voto salvado incluido en el citado voto No. 1079-93, que enfatiza que el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias, garantizado por la propia Constitución Política en su artículo 43, y que conceptualmente no tiene por qué asimilarse a una forma de transferencia de competencias en los términos antes mencionados. Hoy en día, además, el Estado está expresamente facultado por la legislación nacional para someter sus controversias patrimoniales a arbitraje, facultad que –como ha señalado la Procuraduría General de la República– debería estar sujeta a regulaciones más precisas en el ámbito interno; tal y como lo está –agregamos nosotros– en el TLC y en los otros tratados aprobados por el país que contemplan este medio alternativo de solución de controversias sobre inversión.

En relación con la Comisión de Libre Comercio, la Sala Constitucional se ha pronunciado expresamente a propósito de varios tratados de libre comercio anteriores y ha concluido que este órgano es conforme con la Constitución, lo mismo que la implementación de sus decisiones mediante protocolos de menor rango al amparo del párrafo tercero del artículo 121 inciso 4) de la Constitución. No creemos que la naturaleza y las funciones de la Comisión de Libre Comercio permitan equipararla a un órgano “supranacional”, porque carece de los rasgos típicos de los órganos de esa naturaleza (no tiene personalidad jurídica, no tiene presupuesto propio, ni personal, ni una sede determinada); sus funciones son muy limitadas y no son de carácter normativo, y sus decisiones deben ser adoptadas por consenso, sin que puedan ser impuestas por mayoría a ninguno de los Estados Parte. En cuanto a la facultad que el TLC le otorga a la Comisión de modificar ciertos anexos y listados complementarios expresamente definidos en el propio tratado, nos parece que las decisiones sobre esas modificaciones entran dentro del alcance de los protocolos de menor rango previstos en el párrafo tercero del artículo 121 inciso 4) de la Constitución, como lo ha establecido la Sala Constitucional. Claro que queda abierta la posibilidad del control de constitucionalidad sobre esos protocolos, en el momento en que se promulguen, lo que permitirá vigilar que la Comisión de Libre Comercio no exceda sus competencias en contravención a normas y principios constitucionales o a disposiciones del propio TLC.

## BIBLIOGRAFIA

### Libros

Artavia, S. (2001). *El Arbitraje en el Derecho Costarricense*. San José, Costa Rica: Editorial Sapiencia-Editorial Dupas.

Artavia, S. (2000). Límites del Estado en la Aplicación de Resolución Alternativa de Conflictos. *Memoria del Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*. San José Costa Rica: Procuraduría General de la República.

Barton, J. y Fisher, B. (1986). *International Trade and Investment: Regulating International Business*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company.

Brenes, A. L. (2000). Posibles Reformas Legislativas ante el Papel del Estado-Procuraduría frente al RAC. *Memoria del Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*. San José Costa Rica: Procuraduría General de la República.

González, O. (2000). Conciliación en el Derecho Administrativo y la Posibilidad de Conciliar. *Memoria del Seminario sobre la Participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*. San José Costa Rica: Procuraduría General de la República.

Vargas Carreño, E. (1992). *Introducción al Derecho Internacional* (2da. edición). San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

## **Normativa**

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley No. 7615 de 24 de julio de 1996.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobado por Ley No. 7332 de 30 de marzo de 1993.

Ley de Creación del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, No. 7638 de 30 de octubre de 1996.

Ley de Expropiaciones, No. 7495 de 3 de mayo de 1995.

Ley de Monopolios del Instituto Nacional de Seguros, No. 12 de 30 de octubre de 1924.

Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, No. 6209 de 9 de marzo de 1978 y sus reformas.

Ley General de la Administración Pública, No. 6227 de 2 de mayo de 1978 y sus reformas.

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 de 9 de diciembre de 1997.

Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, aprobado por Ley No. 7882 de 9 de junio de 1999.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, aprobado por Ley No. 7474 de 19 de diciembre de 1994.

## **Jurisprudencia de la Sala Constitucional**

Voto No. 8190-02 de las once horas doce minutos del veintitrés de agosto del dos mil dos.

Voto No. 12494-01 de las quince horas dos minutos del doce de diciembre del dos mil uno.

Voto No. 12006-01 de las nueve horas veintiocho minutos del veintitrés de noviembre del dos mil uno.

Voto No. 10352-00 de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del veintidós de noviembre del dos mil.

Voto No. 10093-00 de las catorce horas cuarenta y siete minutos del dieciséis de noviembre del dos mil.

Voto No. 10092-00 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del dieciséis de noviembre del dos mil.

Voto No. 9987-00 de las catorce horas cuarenta y seis minutos del ocho de noviembre del dos mil.

Voto No. 9910-00 de las quince horas veintiún minutos del siete de noviembre del dos mil.

Voto No. 9740-00 de las nueve horas once minutos del tres de noviembre del dos mil.

Voto No. 8404-00 de las diez horas del veintidós de septiembre del dos mil.

Voto No. 1270-00 de las dieciséis horas cinco minutos del ocho de febrero del dos mil.

Voto No. 7146-99 de las dieciséis horas quince minutos del catorce de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Voto No. 3471-99 de las quince horas cincuenta y un minutos del once de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Voto No. 1307-99 de las dieciséis horas treinta minutos del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Voto No. 1202-99 de las nueve horas del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Voto No. 0019-98 de las dieciséis horas veinticuatro minutos del seis de enero de mil novecientos noventa y ocho.

Voto No. 4726-97 de las quince horas dieciocho minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Voto No. 4710-97 de las dieciséis horas dieciocho minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Voto No. 4708-97 de las dieciséis horas doce minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete

Voto No. 0451-97 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete.

Voto No. 4638-96 de las nueve horas tres minutos del seis de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

Voto No. 4461-96 de las nueve horas treinta y nueve minutos del treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Voto No. 5799-95 de las quince horas del veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

Voto No. 2307-95 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Voto No. 7005-94 de las nueve horas veintiún minutos del dos de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Voto No. 1079-93 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y tres.

### **Jurisprudencia administrativa**

Procuraduría General de la República, opinión jurídica OJ-077-2000 del 20 de julio del 2000.

Procuraduría General de la República, dictamen C-111-2001 del 16 de abril del 2001.

### **Documentos**

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976). *Reglamento de Arbitraje*. Recuperado el 21 de febrero del 2005 del sitio web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil: [www.uncitral.org/sp-index.htm](http://www.uncitral.org/sp-index.htm).

Texto firmado del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos. Recuperado el 10 de febrero del 2005 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: [www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto](http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/texto).

The World Bank Group, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Reglamento del Mecanismo Complementario*. Recuperado el 22 de febrero del 2005 del sitio web del Banco Mundial: [www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm](http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm).

The World Bank Group, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio*. Recuperado el 22 de febrero del 2005 del sitio web del Banco Mundial: [www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm](http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-sp.htm).