

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR
EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**“LA CREACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL
DIFUSA, Y EL ANÁLISIS CASUÍSTICO COMO MÉTODO
DE ESTUDIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES
COSTARRICENSES.”**

ANA LUCÍA RAMÍREZ CALDERON

SAN JOSÉ, COSTA RICA

OCTUBRE 2007

**“LA CREACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL
DIFUSA, Y EL ANÁLISIS CASUÍSTICO COMO MÉTODO DE
ESTUDIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES
COSTARRICENSES.”**

Ana Lucía Ramírez Calderón

A03394

SAN JOSÉ, COSTA RICA

OCTUBRE, 2007



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA INVESTIGACION



10 de octubre del 2007.

Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

ANA LUCIA RAMIREZ CALDERON

Titulado: "LA CREACION DE UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DIFUSA Y EL ANALISIS CASUISTICO COMO METODO DE ESTUDIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES COSTARRICENSE "

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	DR. VICTOR PEREZ VARGAS
Secretario:	LIC. NEFTALI GARRO ZUÑIGA
Informante:	LIC. FEDERICO TORREALBA NAVAS
Miembro:	MSC. JORGE JIMENEZ BOLAÑOS
Miembro:	DR. FERNANDO MORA ROJAS

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día **2 DE NOVIEMBRE** del 2007 a las **18:00 pm.** en la **Sala de Replicas.**


Dr. Daniel Gadea Nieto
Director



Teléfono/Fax 207-4089

San José, 2 de octubre de 2007

Dr. Daniel Gadea Nieto
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Gadea:

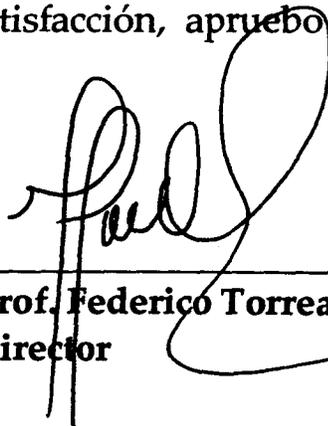
Con un atento saludo, me permito hacer del conocimiento del Área de Investigación, que doy por **APROBADA** la tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho de la estudiante **ANA LUCÍA RAMÍREZ CALDERÓN**, carné universitario número A03394, con cédula de identidad número 1-1143-442, titulada: *“La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio en la jurisprudencia arbitral costarricense”*.

El trabajo cumple a plenitud con los requisitos formales y de fondo exigidos por el Área de Investigación y las demás directrices aplicables.

La tesis plantea una propuesta novedosa y de gran interés para los estudiosos del Derecho Civil y el Derecho Mercantil: La creación de un derecho sustantivo pretoriano, con atributos propios, distinto del judicial, dimanante de una jurisprudencia arbitral carente de controles sustantivos, impartida por árbitros con una formación profesional y un paradigma distinto al del juez de carrera. Las conclusiones de la tesis de ANA LUCÍA no pueden pasar desapercibidas, pues conmueven la aparente tranquilidad de quienes creían dominar el Derecho positivo sobre la base del estudio de la Ley y de la jurisprudencia judicial. No hay estudio completo del Derecho Privado, que no abarque el estudio de los incentivos y mensajes implícitos en los laudos arbitrales. La tesis que hoy apruebo constituye el primer estudio serio de casuística arbitral sustantiva, que en algunos sectores sugiere la creación de un derecho libre, una *lex mercatoria*. Pero, además, la tesis plantea, con fineza y buena redacción, otros temas no menos cruciales, como el destino de un recurso de casación que, en la actualidad y en cuanto concierne al control de los laudos arbitrales, resulta inútil como instancia de unificación de jurisprudencia.

Con plena satisfacción, apruebo el presente trabajo final de graduación.

Cordialmente,



Prof. Federico Torrealba Navas
Director

San José, 7 de octubre marzo del 2007

Sr. Dr. Daniel Gadea N.

Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
U.C.R.
Pte.

Estimado Daniel:

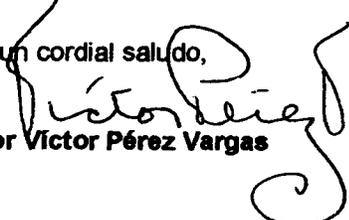
Tengo el gusto de comunicarle que he terminado la revisión del trabajo de graduación de la egresada Ana Lucía Ramírez Calderón. Este trabajo, titulado "La creación de una jurisprudencia arbitral difusa y el análisis casuístico como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses", inicia con un excelente tratamiento del tema de la unificación de la jurisprudencia en general, para inmediatamente comentar el recurso de nulidad contra los laudos arbitrales, la autonomía del acuerdo arbitral y la renuncia a la jurisdicción común.

Quienes colaboramos como árbitros en la Cámara de Comercio, desde hace muchos años, esperábamos una obra como la de Ana Lucía; ella, sin duda, ayudará al cumplimiento de nuestra función jurisdiccional pues, con base en una exhaustiva investigación, apoyada por la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara, Licenciada Zoila Rosa Volio, la autora identifica diversos campos donde los laudos arbitrales nacionales han realizado elaboraciones de interés y los clasifica, utilizando como criterios los temas principales tratados, a saber: "Pacta sunt Servanda", vicios del consentimiento, fuerza mayor, valor de las arras, daño moral contractual objetivo, culpa concurrente, "non adimpleti contractus", costas y el novedoso tema de la pérdida de chance. En relación con cada tema, ella compara la jurisprudencia judicial con las orientaciones arbitrales y realiza su análisis crítico, todo lo cual me resultó de gran interés.

La exposición está muy bien sistematizada y constituye un valioso aporte, que debería publicarse, para la efectiva promoción de la jurisprudencia arbitral pues, sólo por medio de su conocimiento por parte de los propios árbitros, es posible alguna forma de unificación basada, no ya en el papel unificador de una Sala de Casación, sino en la propia fuerza de los razonamientos contenidos en los laudos.

Por las razones expuestas y por cumplir los requisitos correspondientes, es un placer para mí otorgarle la aprobación, sin reservas, para que pueda pasar a su etapa de réplica.

Reciba un cordial saludo,


Profesor Víctor Pérez Vargas

San José, 2 de octubre del 2007

Dr. Daniel Gadea
Área de Investigación
Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Gadea:

Con un atento saludo, paso a manifestarle mi **APROBACIÓN** al trabajo final de graduación para optar por el grado de licenciatura en Derecho, de la señorita **ANA LUCÍA RAMÍREZ CALDERÓN**, con carné universitario **A03394**, con cédula de identidad número 1-1143-442, titulado "*La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de la jurisprudencia arbitral costarricense.*"

Atentamente,



Lic. Nefthalí Garro Zúñiga.
Lector.

DEDICATORIA

A mis padres, José Alberto y Ana María.

Gracias por su ejemplo y su amor.

A mi hermano.

A Juan Carlos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco especialmente al Lic. Federico Torrealba Navas, por incentivarme a realizar este trabajo.

ÍNDICE GENERAL

Introducción. -----	1
----------------------------	---

TITULO I. TEMAS GENERALES SOBRE EL DERECHO ARBITRAL SUSTANTIVO.

CAPÍTULO I. La tradicional unificación del derecho sustantivo por medio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en contraposición a la falta de unificación de la “jurisprudencia” de los tribunales arbitrales costarricenses. -----	10
<u>Sección I.</u> Concepto y función del Recurso de Casación civil. -----	10
<u>Sección II.</u> La labor de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la unificación de la jurisprudencia judicial civil y mercantil. -----	22
<u>Sección III.</u> La falta de unificación del derecho arbitral sustantivo y la consecuente creación de una “jurisprudencia arbitral” difusa. -----	36
 CAPÍTULO II. Análisis crítico de la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que niega la posibilidad de discutir el fondo de los asuntos resueltos por medio de un laudo arbitral. -----	 46
<u>Sección I.</u> Las causales taxativas de nulidad, como límites a la competencia de la Sala Primera, para resolver el recurso de nulidad del laudo arbitral. -----	46
<u>Sección II.</u> Análisis del concepto de “debido proceso sustantivo”, según la Sala Constitucional costarricense; y sus implicaciones en la jurisprudencia de la Sala Primera. -----	59
<u>Sección III.</u> El control jurisdiccional de los laudos arbitrales, en el Derecho Extranjero. -----	83
A) España. -----	83
B) Argentina. -----	85
C) Francia. -----	88

D) La revisión de los laudos arbitrales en la Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Un ejemplo a considerar. -----	91
--	----

CAPÍTULO III. La cláusula arbitral abusiva: el posible control jurisdiccional de su validez. ----- 94

<u>Sección I.</u> Implicaciones de la inclusión de una cláusula arbitral en los contratos. -----	94
--	----

<u>Sección II.</u> La autonomía de la cláusula arbitral y la renuncia a la jurisdicción ordinaria. -----	114
--	-----

<u>Sección III.</u> La posibilidad de anular judicialmente una cláusula arbitral abusiva.-----	134
--	-----

Conclusiones del Título I. -----	146
---	------------

TÍTULO II. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE ALGUNOS LAUDOS ARBITRALES, COMO MÉTODO DE ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COSTARRICENSE, Y SU COMPARACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL JUDICIAL.

CAPÍTULO I. La interpretación de los contratos: el cumplimiento de lo pactado por las partes –el *pacta sunt servanda*– y la posibilidad de modificación judicial del contrato. 149

<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema. -----	149
---	-----

<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso <i>Kajima Corporation</i> contra el <i>Instituto Costarricense de Electricidad, ICE</i> . -----	166
--	-----

A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	166
---	-----

B) Análisis final del laudo arbitral.-----	175
--	-----

<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso <i>Antilope S.A.</i> contra <i>Inversiones Jiménez y Renzi S.A.</i> 177	
---	--

A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	177
---	-----

B) Análisis final del laudo arbitral.-----	180
--	-----

<u>Sección IV.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Grupo Familia Soto Viquez, S.A.</i> y otras, contra <i>Urbanizaciones y Lastrados, S.A.</i> , y otra.-----	182
---	-----

A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	182
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	185
<u>Sección V.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Line P y G Italian, S.A.</i> contra <i>Frío Club, S.A.</i> ---	186
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	186
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	188
<u>Sección VI.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Juan Carlos Castro González</i> contra <i>Condominios Torres de la Colina, Ltda.</i> -----	189
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	189
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	192
CAPÍTULO II. Los vicios en la voluntad o el consentimiento. -----	194
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.-----	194
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A</i> contra el <i>Grupo Acrearsa, S.A.</i> -----	200
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	200
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	204
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Atrium Developments S.A.</i> contra <i>Residencias Caribe, S.A.</i> -----	205
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	205
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	209
CAPÍTULO III. El Caso de Fuerza Mayor. -----	210
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.-----	210
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.,</i> contra <i>Saret de Costa Rica, S.A.</i> -----	233
A) Resumen de la controversia y resolución del caso. -----	233
B) Análisis final del laudo arbitral. -----	242
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Alterra Partners de Costa Rica,</i> contra el <i>Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC).</i> -----	246
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	246
B) Análisis final del laudo arbitral. -----	252

CAPÍTULO IV. El reconocimiento de intereses retroactivos, calculados a partir de una fecha anterior a la firmeza del fallo (laudo), en el caso de las obligaciones de valor. --	254
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.-----	254
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.</i> , contra <i>Saret de Costa Rica, S.A.</i> -----	278
A) Resolución del caso.-----	278
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	282
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Alterra Partners de Costa Rica</i> , contra el <i>Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)</i> y el Estado.-----	286
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	286
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	292
<u>Sección IV.</u> Análisis del laudo arbitral: caso del <i>Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A.</i> contra la <i>Caja Costarricense del Seguro Social</i> .-----	295
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	295
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	298
<u>Sección V.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Quebradores H y E de Orosi, S.A.</i> contra <i>Inversiones Juan León García S.A.</i> -----	300
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	300
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	302
CAPÍTULO V. El valor de las “arras” o el “adelanto” en la promesa recíproca de compraventa, y en la opción de compra.-----	304
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.-----	304
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Juan Carlos Castro González</i> contra <i>Condominios Torres de la Colina, Ltda.</i> -----	317
A) Resolución del caso.-----	317
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	326
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.</i> contra <i>Joan Demyen</i> .-----	329
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	329
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	334

CAPÍTULO VI. El daño moral derivado del incumplimiento contractual, y el reconocimiento del daño moral <i>objetivo</i> en la persona jurídica. -----	336
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema. -----	336
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Shell de Costa Rica, S.A.</i> contra <i>Color Visión, S.A.</i>	
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	344
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	346
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso del <i>Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A.</i> contra la <i>Caja Costarricense del Seguro Social.</i> -----	347
A) Resolución del caso.-----	347
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	349
<u>Sección IV.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Juan Carlos Castro González</i> contra <i>Condominios Torres de la Colina, Ltda.</i> -----	350
A) Resolución del caso.-----	350
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	352
CAPÍTULO VII. La pérdida de la oportunidad o <i>pérdida del chance.</i> -----	353
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema. -----	353
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Disexport Internacional, S.A.</i> y <i>Autochic, S.A.</i> contra <i>Société Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS).</i> -----	362
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	362
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	366
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso del <i>Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A.</i> contra la <i>Caja Costarricense del Seguro Social.</i> -----	370
A) Resolución del caso.-----	370
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	371
CAPÍTULO VIII. La culpa concurrente en la responsabilidad civil. -----	372
<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema. -----	372
<u>Sección II.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados</i> contra <i>Hotel Fiesta de Playa, S.A.</i> -----	374
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	374

B.) Análisis final del laudo arbitral.-----	379
<u>Sección III.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Municipalidad de Curridabat</i> contra <i>Asfaltos Nacionales, S.A. (ANASA)</i> .-----	380
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	380
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	382
<u>Sección IV.</u> Análisis del laudo arbitral: caso de <i>Agrupación de Empresas Marshall y Asociados, S.A P y P Construcciones, y Montajes Técnicos de Escazú, S.A.</i> contra <i>Refinadota Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE)</i> .-----	383
A) Resumen de la controversia y resolución del caso.-----	383
B) Análisis final del laudo arbitral.-----	384

CAPÍTULO IX. La excepción de contrato no cumplido, *exceptio non adimpleti contractus*.

<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.-----	385
<u>Sección II.</u> Análisis de varios laudos arbitrales.-----	390
A) <i>Atrium Developments, S.A. contra Residencias Caribe, S.A.</i>	
B) <i>Hanzel Rodríguez Vargas contra Totalfinalf Costa Rica, S.A.</i>	
C) <i>Line P y G Italian, S.A. contra Frio Club, S.A.</i>	

CAPÍTULO X. La condena al pago de costas.----- 392

<u>Sección I.</u> Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.-----	392
<u>Sección II.</u> Análisis de varios laudos arbitrales.-----	399
A) <i>Hanzel Rodríguez Vargas contra Total Petróleo S.A.</i>	
B) <i>Quebradores de H y E de Orosi, S.A. contra Inversiones Juan León García, S.A.</i>	
C) <i>Ph-C Ingenieros Consultores, S.A. contra Urbanizadores del Poniente, Ltda.</i>	
D) <i>Shell de Costa Rica, S.A. contra Color Visión, S.A.</i>	
E) <i>Daniel Sancho y Cia, S.A. contra Inversiones Barbanza, S.A.</i>	
F) <i>Ingenieros de Centroamérica (INDECA) Ltda, contra Castillo Country Club, S.A.</i>	
G) <i>E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados contra Hotel Fiesta de Playa, S.A.</i>	
H) <i>Instituto Costarricense de Investigaciones Científicas, ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social, CCSS.</i>	
I) <i>Corporación Residencias Valle Gauthier del Pacífico, S.A. contra Joan Demyen.</i>	

- J) *Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC).*
- K) *Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC).*
- L) *Urbasco, S.A. contra Sociedad Los Reyes, S.A.*
- M) *Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC).*

Conclusiones del Título II. -----	409
Conclusiones Generales. -----	412
Bibliografía. -----	414
Anexo #1 -----	433
Anexo #2 -----	438

FICHA BIBLIOGRÁFICA:

Ramírez Calderón Ana Lucía: “La creación de una Jurisprudencia Arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses.” (2007). Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Sede Central Rodrigo Facio. San José, Costa Rica.

Director: Lic. Federico Torrealba Navas.

Palabras Clave: Arbitraje- Proceso Arbitral- Centro de Arbitraje- Derecho Arbitral Sustantivo- Unificación del Derecho- Recurso de Casación- Jurisprudencia- Unificación de Jurisprudencia- Jurisprudencia Arbitral- Causales de Nulidad- Causales Taxativas- Cláusula Arbitral- Acuerdo Arbitral- Análisis de Laudo Arbitral- Laudo Arbitral- Recurso de Nulidad del Laudo- Nulidad-Cláusula Abusiva- Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social- Sala Primera- Debido Proceso- Debido Proceso Sustantivo- Control Jurisdiccional- Análisis Casuístico- Fuerza Mayor- Reconocimiento de Intereses- Intereses Retroactivos- Obligaciones de Valor- Arras- Adelanto- Promesa de Venta- Daño Moral- Daño Moral Objetivo- Incumplimiento Contractual- Pérdida de Oportunidad- Pérdida del Chance-- *Pacta sunt servanda*- Vicios de la Voluntad-Vicios del Consentimiento-Pago de Costas- Excepción de contrato no cumplido-*Non Adimpleti Contractus*-Culpa concurrente.

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación, consta de dos Títulos. El Título I, denominado “Temas Generales del Derecho Sustantivo Contractual” está, a su vez, dividido en tres capítulos. En estos capítulos se abarcaron importantes temas: En primer lugar, se comprobó el desarrollo de una jurisprudencia arbitral costarricense, y se definieron sus principales características. En segundo lugar, se realizó un análisis crítico acerca de la forma en que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia resuelve los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales.

Finalmente, se discutió sobre la posibilidad de realizar un control jurisdiccional de la validez de una cláusula arbitral, en nuestro país.

El desarrollo y la creación de la jurisprudencia judicial costarricense, ha estado en manos de los tribunales superiores de casación. A través de la resolución del recurso de casación, estos tribunales asumieron una función unificadora de los criterios e interpretaciones del Derecho vigente. En el caso de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ésta se ha encargado de uniformar la jurisprudencia en la materia civil y mercantil. Al contrario de lo que ocurre con la jurisprudencia judicial, la jurisprudencia arbitral es de creación relativamente reciente; proviene de los más diversos tribunales de arbitraje; por lo que no presenta una uniformidad en sus criterios. La jurisprudencia arbitral existe; pero de una forma “difusa”. Al respecto de este tema, nos referimos en el primer capítulo del Título I de la presente investigación.

En el segundo capítulo del Título I, realizamos un análisis crítico de la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; con respecto al examen del recurso de nulidad contra los laudos arbitrales. Establecimos cómo las causales taxativas de nulidad de los laudos, contenidas en la Ley RAC, limitan la competencia e injerencia de la Sala Primera; en el proceso arbitral. En este apartado, hicimos énfasis en el análisis de la causal de nulidad por violación al principio del debido proceso. La Sala, reiteradamente ha determinado que el examen de los laudos arbitrales no puede, de ninguna forma, entrañar un análisis del fondo de lo resuelto por los árbitros.

Sin embargo, comprobamos que el principio del debido proceso ha sido definido por la Sala Constitucional costarricense, otorgándole varias acepciones. La Sala Primera ha obviado la acepción sustantiva de este principio, negando el análisis por el fondo, de la razonabilidad y la fundamentación de los laudos arbitrales. Finalizamos el tema comentando brevemente, si en el Derecho extranjero se ha permitido realizar un control por el fondo de los laudos arbitrales, por parte de los tribunales judiciales.

En el capítulo tercero del Título I, planteamos el último tema de discusión: la posibilidad de anular judicialmente, una cláusula arbitral abusiva. Para ello, comentamos las implicaciones actuales que conlleva el suscribir una cláusula o acuerdo arbitral; desarrollando dos de sus efectos jurídicos más importantes: la autonomía del acuerdo y la renuncia a la jurisdicción común. Planteamos posibles conflictos que pueden presentarse dentro del proceso arbitral, cuando se alega la incompetencia del tribunal o la invalidez de la cláusula arbitral.

La segunda parte de la investigación, el Título II, se centra en realizar un análisis casuístico de varios laudos arbitrales. Al ser la jurisprudencia arbitral, difusa; el método del estudioso del derecho arbitral debe centrarse en examinar casos. El acceso a los laudos arbitrales es difícil, y se debe recurrir a muchas fuentes y centros de arbitraje, para lograr recopilar pronunciamientos que nos interesen. Solo de esta forma, se pueden conocer las tendencias actuales de los tribunales arbitrales, a la hora de interpretar el Derecho.

Por lo tanto, decidimos analizar algunos laudos arbitrales relacionados con temas específicos de responsabilidad civil contractual. Comentaremos temas como: la interpretación de los contratos y el principio de *pacta sunt servanda*; los vicios de la voluntad; el caso de fuerza mayor; el reconocimiento de intereses retroactivos a la firmeza del fallo –en el caso de las obligaciones de valor–; el valor de las “arras” en la promesa recíproca de compraventa; el daño moral objetivo, en el caso de las personas jurídicas; y el daño moral contractual; así como el tema de la pérdida del *chance*, o pérdida de la oportunidad; la culpa concurrente; la excepción de contrato no cumplido –*non adimpleti contractus*–; y el pago de costas en el proceso de arbitraje.

INTRODUCCIÓN

I. Antecedentes sobre el tema:

Ortega Pinto, comenta que los investigadores para la paz consideran el conflicto como “un proceso natural y necesario en toda sociedad humana, como una de las fuerzas motivadoras del cambio social, y como un elemento creativo esencial en las relaciones humanas”. Por lo tanto, el autor estima que no se trata de eliminar los conflictos, o prevenir que sucedan, sino de regular los mismos. De esta forma, se pueden establecer las vías para solucionarlos, y satisfacer a las partes.¹

Este es precisamente el sentido que llevan implícitos los procedimientos de resolución alterna de conflictos, los cuales procuran que las partes no solo diriman sus conflictos fuera del ámbito judicial, sino que, implementan una serie de técnicas y normativa que promueve el diálogo, la conciliación, y la elección de terceros imparciales que medien o arbitren un conflicto; entre otros.

El hombre ha tratado desde tiempos antiguos de establecer formas para resolver sus diferencias. En el ámbito contractual, es de vital importancia estar al tanto de medios para resolver las disputas que surgen entre las partes contratantes. Los conflictos, según Ortega, son naturales y necesarios para el crecimiento y la transformación social.²

Con el fin de hacer menos tediosos los conflictos entre los particulares, los métodos alternos para la resolución de conflictos –como el caso del arbitraje-- suelen tramitarse en un ambiente mucho menos burocrático. El proceso arbitral goza de relativa celeridad, eximiendo a

¹ Ortega Pinto, Herbert David. Op.Cit. p.89. Citando a: Moore, Christopher (1994). *Negociación y Mediación*. Documento No.5, presentado en la 2ª Conferencia Europea de Construcción de la Paz y Resolución de Conflictos.

² Ortega Pinto, Herbert David. Op. Cit. p 88.

las partes de pasar por lentos tiempos de espera, del cumplimiento de varios requisitos y formalidades, que pueden generar mayor tensión entre las mismas.

El texto del *Artículo 43* de nuestra Constitución Política, estipula que “*toda persona tiene el derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.*” De esta manera, constitucionalmente se ha establecido la posibilidad de que los ciudadanos acudan al arbitraje como método alternativo para resolver un conflicto de esta naturaleza.

Con la promulgación de la *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, Ley No.7727, conocida como la *Ley RAC*, se estableció una interesante opción para la administración de justicia. Dicha Ley, derogó la mayoría de las disposiciones del antiguo capítulo sobre el “*Proceso Arbitral*” contenido en nuestro Código Procesal Civil (CPC). Fue así como la Ley RAC y su Reglamento, establecieron con mayor detalle la nueva normativa y disposiciones, que regularían la administración de métodos de resolución alternativa de conflictos en nuestro país.

La Ley RAC, llegó a completar el objetivo propuesto inicialmente por el CPC. Según el Lic. Sergio Artavia, esta Ley eliminó la vieja tradición histórica de consagrar la figura del proceso arbitral en los Códigos Procesales.³ A principios de los años 90, cuando entró en vigencia el CPC actual, se presentaron nuevas necesidades a nivel comercial internacional que requerían, según Artavia, un tratamiento distinto del tema del arbitraje. Muchos países introdujeron cambios en sus legislaciones internas anticipándose, según el autor, a los nuevos problemas originados en las relaciones comerciales globalizadas.⁴

³ Artavia Barrantes, Sergio.(2001). Normativa sobre Arbitraje. Nacional e Internacional. Primera Edición. Editorial Porvenir. San José, Costa Rica. p.7.

⁴ Artavia Barrante, Sergio. Op. Cit. p. 8.

Precisamente, en los años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley RAC, el Lic. Fernando Mora explicaba que tanto los abogados, como las partes, podían utilizar su creatividad ilimitada para “producir las más ingeniosas fórmulas tendientes al perfeccionamiento de “convenios de arbitraje” que les permitan resolver sus diferencias de una manera económica y, sobre todo, veloz.” La velocidad de las transacciones comerciales, agregaba el Lic. Mora, “no se puede adaptar a la lenta maduración de las sentencias judiciales.”⁵

El Lic. Mora, también planteó el problema que causaban las lagunas legislativas para llevar adelante un arbitraje. Indicó que solía suceder que las partes no previeran una norma aplicable al arbitraje, y que además, el ordenamiento interno no regulara este proceso. Esto se debía, en su criterio, a que los ordenamientos locales estaban preparados más bien para resolver conflictos domésticos, y no de comercio internacional.⁶ Con lo cual, fundamentaba la necesidad de contar con una Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.

Apreciaciones como las hechas por el Lic. Mora, reflejaban la tendencia que más adelante, llevó a la creación de varia normativa internacional sobre el proceso de arbitraje, de cortes de arbitraje internacionales, de reglamentos y normativa interna relacionada con la materia, en varios países del mundo. Proceso el cual, no fue ajeno a nuestro país, quien influenciado por la Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje Comercial, creó la actual Ley RAC.

La respuesta a estas necesidades tanto nacionales, como internacionales, fue la introducción de un mecanismo ágil, afectivo, seguro, abierto, desburocratizado, y por encima desjudicializado⁷ --características que no se presentaban en las estipulaciones sobre el proceso de arbitraje, que contenía el CPC--. Se requería que el Estado dejara de ser el único

⁵ Mora Rojas, Fernando. *La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional*. En: Garro, Alejandro M. (Coord.) (1990). *Arbitraje Comercial y Laboral en America Central*. American Bar Association. Nueva York, EEUU: Transnational Juris Publications Inc. p.193.

⁶ Ibidem.

⁷ Artavia Barrantes, Sergio. Op. Cit. p. 8.

administrador de justicia, permitiendo que los ciudadanos y las partes en una controversia, institucionalizaran y crearan un sistema alterno como el arbitraje.

II. Justificación del tema.

El presente trabajo de investigación está concebido para analizar la fase sustantiva del proceso de arbitraje en Costa Rica. Especialmente, se desea indicar cuál ha sido el aporte que han dejado los tribunales arbitrales al Derecho costarricense, en la última década; desde la entrada en vigencia de la *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, Ley No.7727. Esta tesis pretende abarcar temas de naturaleza arbitral, que tienen que ver con el creciente auge de la incorporación de cláusulas arbitrales en los contratos, y la creación paulatina de jurisprudencia arbitral en nuestro país.

Los temas escogidos para conformar el primer Título de la presente tesis, son realmente interesantes. Cada uno constituye un punto que nos ha llamado la atención, y hemos pretendido invitar al lector a que revise los siguientes análisis, con el fin de que surjan en él los mismos cuestionamientos e inquietudes planteadas. Este es el propósito del primer Título de este estudio.

Primeramente, discutiremos la función tradicional que ha tenido el recurso de casación civil y mercantil en nuestro país, y cómo este recurso nació para dar vida a la función unificadora de la jurisprudencia judicial, que han tenido las salas de casación. La jurisprudencia de las salas superiores de casación, ha presentado una tendencia a la unificación, uniformidad y sistematización; lo cual ha permitido que estos pronunciamientos sean acatados por los tribunales inferiores.

Analizaremos especialmente, la labor de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en contraposición al trabajo que realizan los tribunales arbitrales costarricenses, en la creación

de la jurisprudencia arbitral. No solo examinaremos la creación de la jurisprudencia arbitral sino que determinaremos por qué esta jurisprudencia es de carácter “difuso”.

Para complementar la demostración de nuestra hipótesis, examinaremos el papel de la Sala Primera de la Corte en la resolución de los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales. Esto nos ayudará a determinar el sentido de las causales taxativas de nulidad del laudo, dispuestas en la Ley RAC; así como nos llevará a comparar la resolución del recurso de nulidad de los laudos arbitrales, con el recurso de casación civil –por motivos de forma--.

La práctica arbitral de los últimos años, ha dado enormes frutos gracias a que muchos laudos arbitrales se mantienen incólumes luego del examen que realiza la Sala Primera. Las causales taxativas de nulidad de los laudos, han contribuido en este sentido, pues esta Sala ha limitado el alcance de algunas de estas causales; con el fin de evitar que las partes pretendan conseguir un examen *del fondo* de los laudos arbitrales en la vía judicial. Esta situación será analizada con especial detenimiento en el presente trabajo.

Nos interesa determinar si existen precedentes jurisprudenciales constitucionales, que nos expliquen el alcance de ciertos principios generales del Derecho, que son discutidos cuando se resuelve un recurso de nulidad de un laudo arbitral, como por ejemplo: el principio del *debido proceso* o el *orden público*. Con este fin, procederemos a analizar cierta jurisprudencia de la Sala Constitucional, en torno a estos principios; y haremos una crítica a la posición de la Sala Primera en la valoración de la causal de nulidad, por violación al debido proceso.

Entre los temas de derecho sustantivo arbitral que nos proponemos a analizar, se encuentra la posibilidad de plantear la nulidad de una cláusula arbitral abusiva en la sede judicial. Lo cual tiene relación directa con el tema del control jurisdiccional de los laudos arbitrales, del principio de autonomía de la voluntad, de la competencia arbitral; y por supuesto, el tema de la renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria, que hacen las partes al suscribir un acuerdo o una cláusula arbitral.

Para poder probar el aporte jurisprudencial que han proporcionado los laudos arbitrales costarricenses, realizaremos un análisis casuístico de varios de ellos. La mayoría de los laudos que mencionaremos son muy recientes, por lo que su contenido es de vital importancia para el interesado o litigante en la materia.

Los laudos arbitrales han aportado novedosos conceptos jurídicos, e interpretaciones del derecho vigente, que en complemento con la flexibilidad de la ley aplicable en el proceso arbitral, han permitido que disfrutemos de laudos de gran calidad; que aplican principios internacionales de derecho comercial y que introducen nuevas formas de interpretación de los contratos, y de las figuras jurídicas tradicionales.

A través del desarrollo del Título II de la presente tesis, iremos repasando ciertos temas de responsabilidad civil, en general. Realizaremos el análisis de cada tema seleccionado, en diversos capítulos; complementaremos dicho análisis con lo expuesto en la jurisprudencia judicial tradicional de la Sala Primera, y la doctrina dominante sobre la materia. Así, finalizaremos con un breve comentario, de los laudos arbitrales examinados en cada apartado.

Demostraremos como los laudos arbitrales costarricenses han abarcado temas contractuales en una forma particular, siendo de gran interés su análisis. La “liberalidad” y la flexibilidad, propias del proceso de arbitraje, han permitido que los tribunales arbitrales contribuyan al desarrollo de un derecho que está evolucionando y que debemos estudiar. A lo largo del desarrollo del presente trabajo, se podrán encontrar múltiples referencias a laudos arbitrales de toda índole; presentaremos datos sobre el laudo, sobre su procedencia, las partes involucradas en la controversia y los árbitros participantes en cada caso.

El sentido de la presente tesis será contribuir a que los estudiantes y litigantes, tengan acceso a los antecedentes jurisprudenciales arbitrales, más actuales. Intentaremos por primera vez, fabricar un “manual de Derecho Arbitral”; una recopilación de temas y de resoluciones

arbitrales, que no se encuentran disponibles, fácilmente. Se pretende guiar al interesado en el tema del arbitraje, a través de una diversa selección de casos y de temas.

Como mencionamos anteriormente, este trabajo se encuentra estructurado en dos grandes Títulos. El Título I, contiene el análisis teórico de varios temas de naturaleza sustantiva arbitral, desarrollados en tres capítulos. El Título II, por su parte, corresponde al análisis casuístico de varios laudos arbitrales. Este Título se dividirá en diez capítulos, que abarcarán un tema contractual específico, incluyendo una mención a la doctrina y jurisprudencia sobre cada tema, y el análisis de uno o varios laudos arbitrales correspondientes.

En observancia de lo preceptuado en la Ley RAC, en su *Artículo 60*⁸, y en concordancia con su Reglamento, se aclara que: De acuerdo con el carácter público de los laudos arbitrales, haremos mención de los nombres y razones sociales, de las partes involucradas en todos los procesos que se comentarán. Datos que, en su mayoría, han trascendido ya en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; la cual es de acceso público.

III. Hipótesis planteada y objetivos de la presente investigación.

¿Existe en nuestro país, una jurisprudencia arbitral? ¿Es posible que por medio de los laudos arbitrales se estén creando, paralelamente al Derecho Positivo, nuevas interpretaciones de los principios y conceptos relativos al Derecho Contractual? ¿En qué forma pueden ser comparadas las sentencias judiciales con los laudos arbitrales?

⁸ El Artículo 60 de la Ley RAC, No.7727 dispone: "*Una vez firme, el laudo será público excepto si las partes han convenido lo contrario.*" V. también el Reglamento al Capítulo IV de la Ley RAC, Decreto No.27166-J del 3 de julio de 1998; publicado en La Gaceta No.142 del 23 de julio de 1998.

1. Objetivo General:

Demostrar como a través de la resolución de múltiples conflictos por medio de los procesos arbitrales, los laudos han ido generando una jurisprudencia arbitral difusa; y comprobar que el análisis casuístico de los mismos es el método actual del estudio de los pronunciamientos arbitrales costarricenses.

2. Objetivos Específicos:

- 2.1. Estipular brevemente la naturaleza, principios generales y función del recurso de casación civil.
- 2.2. Explicar la labor de la Sala Primera de Justicia, en la unificación de jurisprudencia judicial civil y mercantil
- 2.3. Determinar la naturaleza, principios generales y conceptos de los procesos arbitrales.
- 2.4. Concluir si la jurisprudencia arbitral es más bien “difusa”.
- 2.5. Analizar las causales taxativas de nulidad de los laudos arbitrales.
- 2.6. Analizar la causal de nulidad del laudo arbitral, por violación al principio del debido proceso.
- 2.7. Analizar la forma en que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia resuelve los recursos de nulidad interpuestos contra los laudos arbitrales.
- 2.8. Analizar los límites que se impone la Sala Primera para examinar un laudo arbitral.
- 2.9. Identificar las características del concepto de debido proceso, y analizar su acepción sustantiva; por medio de la interpretación de la jurisprudencia de la Sala Constitucional.
- 2.10. Ejemplificar con derecho extranjero, si existe la posibilidad de control jurisdiccional de los laudos arbitrales.
- 2.11. Realizar un análisis de varios laudos arbitrales relevantes, y ubicarlos de acuerdo a diversos temas de naturaleza civil y mercantil.

IV. Metodología.

Para poder cumplir con los objetivos trazados en el presente trabajo, se utilizarán varias técnicas de investigación. En primer lugar, se realizará un estudio de la normativa que regula el proceso de arbitraje en nuestro país. Se complementará este estudio con el análisis de normativa civil y mercantil, así como de doctrina relacionada, aplicable a cada tema de derecho contractual al que se refiera cada capítulo del presente trabajo.

En segundo lugar, se consultarán los diversos temas en fuentes como: libros de texto, revistas y boletines judiciales, entre otros; accedendo a la información disponible tanto en bibliotecas públicas, como en colecciones privadas. Para desarrollar esta investigación, también se hará una consulta de varios sitios en Internet, con el fin de recopilar jurisprudencia nacional, y jurisprudencia e información extranjera.

Se hará una recopilación de varios laudos arbitrales costarricenses, mediante visitas de campo a varias instituciones o centros, que administran procesos de arbitraje. Acudiremos a la Sala Primera, para complementar la obtención de laudos e información adicional. También, se realizarán algunas entrevistas con abogados litigantes, concedores del Derecho Privado y del Derecho Arbitral, para ampliar sobre algunos los temas tratados en la presente investigación.

Se elaborará una estadística, a partir del examen de varias sentencias provenientes de la Sala Primera, para analizar la tendencia en la resolución de los recursos de nulidad presentados contra los laudos arbitrales. Se incluirán dos anexos al final de este trabajo, en donde se encontrará una tabla que permitirán al lector observar los resultados de esta estadística, y una lista con la información completa de los laudos arbitrales analizados.

En la presente tesis, se utilizará un método de análisis crítico de los temas teóricos planteados. Igualmente, será importante realizar un análisis comparativo entre la jurisprudencia judicial civil y mercantil, y la jurisprudencia arbitral costarricense.

TITULO I. TEMAS GENERALES SOBRE EL DERECHO ARBITRAL SUSTANTIVO.

CAPÍTULO I. La tradicional unificación del derecho sustantivo por medio de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en contraposición a la falta de unificación de la “jurisprudencia” de los tribunales arbitrales costarricenses.

Sección I. Concepto y función del Recurso de Casación civil.

El recurso de casación, es una institución procesal muy antigua, cuyo origen se vincula a la idea de reafirmar la vigencia de la ley y, por ese camino, la autoridad del poder encargado de dictarla.⁹ Se afirma que dicho recurso surgió en la legislación francesa¹⁰; en el deseo de controlar al poder judicial, en la aplicación de las leyes emanadas del poder legislativo.

Al inicio, el *Conseil des Parties* del Reino de Francia, fue establecido para conocer de la llamada *demande en cassation*; y tenía la finalidad de asegurar la vigencia de la ley, antes de proteger el interés de los justiciables.¹¹

A principios del siglo XIX, el *Tribunal de Cassation* de la revolución francesa, nació con el fin de afianzar el imperio de la ley, “frente a las posibles desobediencias de los jueces”, y por esta razón se originó como una especie de “comisión extraordinaria del cuerpo legislativo”.¹²

El Tribunal de Casación francés, pasó a ocupar la cumbre de la organización judicial, con la función específica de evitar las violaciones de las leyes, y mantener la integridad de la

⁹ De la Rúa, Fernando (1980). Proceso y Justicia. (Temas Procesales). Buenos Aires, Argentina: Editorial Lerner Editores Asociados. p. 110.

¹⁰ Blanco Quirós, Miguel; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos de Jesús (1982). La Jurisprudencia como fuente de Derecho. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p. 203.

¹¹ De la Rúa, Fernando. (1980). Op. Cit. p.110.

¹² *Ibidem*. p.110.

jurisprudencia.¹³ Fue establecido “para atender la “recta”, “verdadera” y “uniforme” interpretación y aplicación de la ley.”¹⁴ Este antiguo Tribunal, fue creado con el interés público de controlar la buena aplicación de la ley por los tribunales judiciales; de modo que cuando se cometiera algún exceso en su interpretación y aplicación, se anulara la sentencia respectiva.¹⁵

Recordemos que el vocablo “casación” proviene del latín *caso*, que quiere decir: “anular”.¹⁶ De esta forma, la sentencia que es pronunciada por un tribunal de casación, con el fin de declarar con lugar el recurso, del mismo nombre, lo que hace es anular la del tribunal inferior.¹⁷

Esta etapa, puede calificarse como de “profunda legalidad”, que hacía que el recurso se desarrollara como “una estructura rígida, poco humana”. La obsesión por proteger la voluntad del legislador, trascendía la verdadera función de un medio de impugnación en el verdadero sentido. Fue su propio fundamento –del recurso de casación—el que forzó un cambio en el propósito original del recurso.¹⁸

Como producto de esta situación, se formaron dos sistemas, según la autora Sáenz Elizondo: uno en exclusivo interés de la ley; y otro más atenuado solo por la necesaria e imprescindible participación de las partes para gestionar la demanda. Esta última modalidad, fue la responsable de que la Casación, desarrollara un rostro *jurisdiccional*.¹⁹

Tanto el *Conseil* como el *Tribunal* franceses, ejercieron funciones intrínsecamente jurisdiccionales. Lo que contribuyó a que posteriormente, el Tribunal tomara el nombre de

¹³ Sáenz Elizondo, Maria Antonieta; citada por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 203.

¹⁴ Blanco Quirós, Miguel; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 202. Estos son los fines clásicos del Recurso de Casación, según el autor Gutiérrez.

¹⁵ *Ibidem*. p. 202.

¹⁶ *Ibidem*. p.202.

¹⁷ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 202.

¹⁸ Sáenz Elizondo, Maria Antonieta (2000). “De nuevo: reflexiones sobre el instituto de la casación civil costarricense.” *Revista Ivstitia*. No.157, Año 14. p.8.

¹⁹ Sáenz Elizondo, Maria Antonieta. Op. Cit. p. 8

Cour de Cassation, o Corte de Casación, a partir del año 1803. Consagrándose definitivamente, el carácter jurisdiccional de dicho órgano.²⁰

Para el autor, Piero Calamandrei, “la Corte de Casación es --y debe ser-- un órgano judicial supremo, con una finalidad diversa de la jurisdiccional, esto es, controlar que los jueces no se aparten de la ley y que se mantenga en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia.”²¹ La casación no ha sido siempre un instrumento para el mero control de legalidad. En nuestro país, poseemos un recurso de casación muy ambiguo, que presenta una mezcla de dos institutos: el de origen francés, y el de origen germano.²²

Mientras los franceses desarrollaron el sistema mencionado anteriormente, los pueblos germanos desarrollaron otra figura con la misma función, pero con diferentes móviles y medios; esta sería la llamada *Revisión*.²³ Como consecuencia de la aparición de la casación francesa, los germanos tomaron este instituto, pero no para aplicarlo en el control sobre las decisiones judiciales que atentaran contra el poder legislativo; sino más bien, como órgano judicial unificador de jurisprudencia.

De esta manera, la *revisión* llegó a ser una forma de control—similar en este aspecto a la *casación* francesa—pero que hacía a la vez, de tercera instancia; con miras a la obtención de cierta “homogeneidad” de la jurisprudencia.²⁴

²⁰ De la Rúa, Fernando (1980). Op. Cit. p.110. Sobre la historia del Recurso de Casación, es de mucha utilidad revisar los siguientes trabajos: el de la Magistrada Anabelle León Feoli, “Historia del Recurso de Casación”; y el de Walter Antillón Montealegre, “Breve diatriba sobre la Casación”. Incluidos en el sitio oficial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En: <http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera>.

²¹ Calamandrei, Piero; citado por De la Rúa, Fernando (1980). Op. Cit. p. 111.

²² Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p. 8. Según la autora, esto se debió al “filtro” que sufrió el recurso al llegar a España, y luego hasta nuestro territorio.

²³ Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p. 9.

²⁴ *Ibíd.* Sobre las características del sistema francés y alemán ver: León Feoli, Anabelle. “Historia de la Casación”. En: <http://www.poder-judicial-go.cr/salaprimera>.

Finalmente, la idea original del recurso de casación, como instrumento de control de estricto de legalidad, cambió de manera significativa. Se verificó un desprendimiento entre el control de casación y la sola idea de tutelar la ley.²⁵ Dicho recurso, fue adaptado y ajustado por cada país; conforme se fue aplicando en los distintos ordenamientos.

A nuestro país llega el recurso de casación, por medio del Derecho Español; con la Ley de Enjuiciamiento Civil que lo adoptó del Derecho francés.²⁶ Nuestro Código Procesal Civil, regula la figura de la casación, en su Libro II, Título V, Capítulo V; a partir del Artículo 591 y siguientes.²⁷

El recurso de casación, se ha concebido como último y extraordinario. Es concedido para reclamar contra ciertos fallos, cuando en ellos se quebrantan las leyes; o han sido dictados a pesar de omisiones sustanciales en la tramitación del juicio correspondiente.²⁸ Para la autora, María Antonieta Sáenz, este recurso se tipifica como extraordinario²⁹ porque se ejerce de acuerdo a motivos específicos, conforme a una cuantía determinada; y solo contra ciertas resoluciones. A ello se le suman, las rigurosas formalidades que se le exigen.³⁰

Según nos explica Diego Baudrit, este recurso tiene como objeto hacer anular por la Corte de Casación, las sentencias o resoluciones dictadas en última instancia con violación de la regla de derecho.³¹ Tiene como fin, además, que dicha Corte juzgue la decisión impugnada, o en términos generales, el proceso mismo; bajo la perspectiva de la legalidad.³²

²⁵ Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p.9.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. con Artículos 550 y 551 del Código Procesal Civil N° 7130 del 16 de agosto de 1989. Sobre la impugnación de las resoluciones judiciales.

²⁸ Blanco Quirós, Miguel; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 203.

²⁹ Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p.9. También V. Baudrit Carrillo Diego (2000a). "El Recurso de Casación y su técnica." *Revista Ivstitia*. No. 159. Año 14. p.5.

³⁰ Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p.13.

³¹ Boré, Jacques; citado por Baudrit Carrillo Diego (2000 a). Op. Cit. p.5.

³² Baudrit Carrillo Diego (2000 a). Op. Cit. p.5. Esta es la principal diferencia, que según el autor, tiene el recurso de casación con respecto a la apelación.

De la Rúa, sintetiza los elementos esenciales del instituto de la casación; definiendo a este recurso como un *“medio de impugnación mediante el cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión con o sin reenvío a nuevo juicio.”*³³

Este mismo autor nos explica que, al margen de la estructura procesal de la institución y fuera de su definición, puede buscarse la razón del establecimiento del recurso de casación por el legislador *“en la aspiración de uniformar la jurisprudencia para asegurar la unidad del derecho objetivo.”* Pero ello, afirma, no altera la naturaleza esencialmente procesal de este.³⁴

La casación *“es un recurso regulado por la ley procesal, juzgado por un órgano jurisdiccional.”* Este es su aspecto principal. Mientras que en un segundo plano, indica De la Rúa, *“está la finalidad política de unificación contemplada por el legislador.”* La unificación se logra, si se interpone el recurso; y éste solo podrá ser deducido, por la parte que acredite un interés legítimo para proponer la impugnación.³⁵

De lo anterior surge inevitablemente, que el recurso deba ser juzgado y resuelto, según el interés particular que con él se hace valer; antes que en virtud de connotaciones políticas de uniformidad interpretativa --que no pueden prevalecer frente a aquél interés concreto. Sin embargo, frente a la *“tendencia pretoriana”* que hace a muchos jueces decidir según su particular apreciación de la justicia del caso concreto, antes que de acuerdo con la justicia de la legalidad, el recurso de casación permite reafirmar la vigencia de la ley. Reafirma la voluntad de la norma general y abstracta, y la decisión de las controversias conforme con ésta.³⁶

³³ De la Rúa, Fernando (1980). Op. Cit. pp.111-112.

³⁴ Ibidem. p.111.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem. p. 111 y 112.

Una importante característica del recurso, consiste en una clara delimitación de los motivos de derecho: violación a la ley sustancial, o violación de la ley procesal. En el primer caso, el tribunal de casación puede corregir el error y dictar la nueva sentencia; sin necesidad de reenvío al tribunal inferior. En segundo lugar, debe anularse la sentencia y remitirla para que se realice un nuevo juicio.³⁷

En principio, el tribunal o sala de casación, no puede revisar los hechos del asunto que se encuentra bajo su conocimiento. Sino que, “debe tenerlos por constatados en el estado en que la jurisdicción inferior lo estableció.”³⁸ El principio que gobierna la vía de casación, es la distinción del *hecho* y del *derecho*³⁹; conceptos que explicaremos más adelante.

En nuestro país, la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁰ dispone que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia conocerá, de los recursos de *Casación* y *Revisión* que procedan, conforme a la ley, en los procesos ordinarios y abreviados, en la materia civil, comercial y contencioso-administrativa.⁴¹

En el recurso de casación, es preciso incorporar todos los elementos que hagan posible su admisibilidad y que permitan al tribunal de casación, el examen de los reparos que se le hacen al fallo impugnado. Para así, declarar su nulidad, y que se emita una decisión sobre el fondo.⁴²

El Artículo 591 del Código Procesal Civil, establece la clase de resoluciones judiciales contra las que procede interponer el recurso en cuestión. En resumen, este procederá contra las sentencias y autos con carácter de sentencia, que hayan sido dictados por los tribunales

³⁷ *Ibidem*. p.125.

³⁸ Catala, P y Terré F; citados por Baudrit Carrillo, Diego (2000a). Op. Cit. p. 5.

³⁹ Marty, G; citado por Baudrit Carrillo, Diego (2000a). Op. Cit. p. 5.

⁴⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333, del 5 de mayo de 1993.

⁴¹ Con la salvedad, de los asuntos referidos al Derecho de Familia y a los Juicios Universales, que son de conocimiento de la Sala Segunda. Cfr. Ley Orgánica del Poder Judicial, Op. Cit. Artículo 54.

⁴² Baudrit Carrillo, Diego (2000 a). Op, Cit. p.3.

superiores civiles; en los procesos ordinarios o abreviados, conforme a la cuantía establecida por la Corte Plena de Justicia-- o cuya cuantía sea inestimable--.⁴³

El Artículo 593, de este mismo Código, establece que el recurso de casación podrá interponerse por dos motivos: 1) Por violación de las leyes que establecen el procedimiento -- los llamados *errores in procedendo*; o 2) Por violación de la ley, en la parte dispositiva de la sentencia; en cuanto al fondo del asunto --los llamados *errores in iudicando*--.

Las causales de la casación por razones procesales, o por vicios *in procedendo*, son desglosadas en el Artículo 594. Del análisis de todos los incisos contenidos en dicho artículo, se puede concluir que las causales respectivas, tienden de manera fundamental a proteger el derecho de defensa. Reflejando una celosa tutela del principio de debido proceso.⁴⁴ Con respecto la legitimación para alegar una causal por la forma, el Artículo 598, párrafo 3; estipula:

“Las causas de casación por razones procesales sólo podrán ser alegarse por la parte a quien hubiere realmente perjudicado la inobservancia de la ley procesal que pueda acarrear la nulidad. Para que sea admisible el recurso por la forma, es necesario que se haya pedido ante el tribunal correspondiente la rectificación del vicio, y que se hayan agotado los recursos que quepan contra lo resuelto (...)”

En cuanto a la función de recurso en sí mismo, se trata de reintegrar a los interesados, las garantías que les fueron violentadas; a partir de uno o varios errores en el proceso. Ya sea por omisión de plazos para formular alegatos, por falta de citaciones a diligencias, o

⁴³ Cfr. Código Procesal Civil, Artículo 591. Asimismo, el recurso procederá contra las resoluciones mencionadas, que produzcan cosa juzgada material; dictadas en los demás procesos de cuantía superior a la fijada por la Corte. Así como contra las sentencias definitivas o autos con carácter de sentencia, dictados por los tribunales superiores civiles, en asuntos sometidos a su conocimiento en única instancia, siempre que su cuantía sea inestimable, o exceda de la fijada por la Corte.

⁴⁴ Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p.10. Por ejemplo, el inciso 1) del Artículo 594 dispone: “Casación por razones procesales. Procederá el recurso de casación por razones procesales (...) 1) Por falta del emplazamiento o notificación defectuosa de éste, no solo a las partes sino a los intervinientes principales.”

emplazamientos; así como por la incongruencia de las pretensiones deducidas por las partes, y el fallo.⁴⁵

El segundo motivo del recurso de casación, se da por violaciones contra la ley o vicios *in iudicando*. Las causales de la casación por el fondo, son citadas en el Artículo 595, en tres incisos. El primer inciso indica que la casación procederá: “1) Cuando el fallo contenga violación de leyes.”

Posteriormente, se señala como segunda causal de casación: “2) Cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado oportunamente esta excepción en el proceso.” Al respecto de esta última causal, podemos considerar los comentarios que realiza la autora Sáenz Elizondo, la cual indica lo siguiente:

“(...) el inciso 2, que tutela el principio de non bis in idem, pero en cuanto a la eventual contradicción que pueda presentarse entre el fallo impugnado y otro anterior. Resulta evidente que para poder determinar esa contradicción, el juez de casación tendrá que introducirse en la parte fáctica de la causa (...) sin embargo, por su antecedente, es decir un proceso anterior, el control que se ejerza, deberá ser la confrontación con los componentes de otro proceso: las partes y el objeto (que involucra hechos). Además, es cuestionable sobre esta base, si más bien este es un error in procedendo⁴⁶.”⁴⁷

La tercera causal de nulidad, por motivos de fondo, se plantea de la siguiente forma:

“(...) 3) Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, con infracción de las leyes relativas al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, o cuando en la apreciación de las pruebas, haya habido error de hecho, si éste resulta de pruebas constantes en el proceso y es evidente la equivocación del juez. En caso de error de hecho, no será necesario

⁴⁵ V. Artículo 594, Código Procesal Civil.

⁴⁶ V. Artículo 594, del CPC; inciso 3).

⁴⁷ Sáenz Elizondo, María Antonieta. Op. Cit. p.10.

indicar el precepto legal infringido, concerniente al valor del elemento probatorio mal apreciado. Pero al reclamarse cualquiera de esos dos errores, el de derecho y el de hecho, será indispensable indicar también las leyes, que, en cuanto al fondo, resultan infringidas como consecuencia de los errores de apreciación reclamados.”⁴⁸ (el énfasis no es del original)

El *error de derecho*, se define como aquel que se deriva de la infracción de la norma legal, que establezca el valor del elemento probatorio. Mientras que el *error de hecho*, resulta de una mala interpretación de los elementos probatorios y se desprende de pruebas constantes en el proceso; por lo que es evidente la equivocación del juzgador.⁴⁹

Aquí es importante notar, que una de las críticas que se le ha realizado a esta disposición, es precisamente la siguiente: el juez de casación debe traer a su conocimiento, nada más y nada menos, que la valoración de la prueba⁵⁰; para poder analizar la procedencia de la causal de fondo, por error de hecho. Según la crítica, esta es una típica competencia del juez de instancia, pues solo a él corresponde esta ponderación entre hechos y pruebas.⁵¹

Sin embargo, la jurisprudencia costarricense ha establecido que el *error de hecho* se refiere a una “equivocación material” en que incurre el juez, al apreciar la prueba. Por ejemplo, el poner en boca de un testigo algo que no dijo, o atribuir a un documento un contenido inexistente. Así, el error de hecho es una disconformidad material: no ideológica, conceptual o legal.⁵²

⁴⁸ V. Artículo 595, del CPC; inciso 3).

⁴⁹ Sáenz Elizondo, Maria Antonieta. Op. Cit. p.10. Al respecto de la definición del error *de hecho y de derecho* V. Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 102, de las 14:45 horas del 28-06-1991; No.28, de las 14:15 horas del 20-05-1994; y No.10, de las 14:45 horas del 13-01-1995. V. Pérez Vargas, Víctor (1997). Jurisprudencia (civil, comercial y agraria) de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (período:1990-1997) y resoluciones de tribunales superiores civiles para el estudio del derecho privado. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial e Imprenta LIL, S.A. pp.348-349.

⁵⁰ Sáenz Elizondo, Maria Antonieta. Op. Cit. p.10.

⁵¹ *Ibidem*. Esto significa que, el órgano de casación tendrá que involucrarse en el mérito de la causa, revalorando la prueba a fin de constatar si hay o no, error de hecho; según la autora.

⁵² Cfr. Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 65, de las 15 horas del 8 de mayo de 1991; No.52 de las 15:30 horas del 11 de agosto de 1993; No. 4, de las 14:40 horas del 17 de enero de 1997; entre otras mencionadas por Sáenz Elizondo, Maria Antonieta. Op. Cit. p.11.

Específicamente, el recurso de casación civil, debe presentarse de forma clara y fundamentada; de manera que los Magistrados –de la Sala Primera—formen su convicción de que se enfrentan a una sentencia contraria a Derecho.⁵³ La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado el siguiente criterio con respecto a los caracteres y el concepto, del recurso de casación:

*“I.- (...) precisa recordar las características particulares atinentes al de casación. En primer lugar, cabe reparar en su calidad extraordinaria, sea que, a diferencia de los recursos ordinarios, en los cuales basta la mera disconformidad de la parte para su interposición, el de casación establece causales específicas, con arreglo a las cuales debe ser ejercido. Como recurso último, se concede sólo respecto de ciertas resoluciones definitivas dictadas en juicios de trascendencia, en procura de la correcta y uniforme aplicación o interpretación de la ley, y de evitar la introducción de prácticas viciadas y abusivas en el trámite de los juicios, que impidan a las partes actuar sus respectivas pretensiones dentro de un clima de igualdad y equidad. En consecuencia, no es su fin primario, remediar fallos injustos, pues se da para resguardar la legalidad, mantener la uniformidad de la jurisprudencia, así como la estabilidad y el rigor de los procedimientos en la tramitación de un proceso. De tal manera, se otorga este recurso por razones de forma o de fondo. Tocante a las primeras, si bien el artículo 593 inciso 1) del Código Procesal Civil concede en términos generales la posibilidad de acudir a casación por “violación de las leyes que establecen el procedimiento”, el siguiente, 594, enumera los únicos casos o supuestos en que tal recurso -a saber por la forma- procede. Por consiguiente, quien lo interponga ha de observar el cuidado de que los motivos alegados se hallen contemplados dentro del referido elenco. De no ser así, su recurso perecerá por informal.”*⁵⁴(el destacado no es del original)

En cuanto a la interposición del recurso de casación por razones de fondo y de forma; la Sala Primera ha dispuesto reiteradamente los siguientes criterios:

“II.- En cuanto al recurso por el fondo, se otorga éste por violaciones de la ley sustantiva. La vulneración legal puede ser directa o indirecta. Es directa, cuando no existe error de índole

⁵³ Baudrit Carrillo, Diego (2000 a). Op. Cit. p. 5.

⁵⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.31 de las 14:45 horas del 20 de mayo de 1994.

probatorio. Los hechos están correctamente seleccionados y enunciados en el fallo, pero el Tribunal se equivoca en su calificación jurídica o interpreta mal la ley sustantiva. Es indirecta cuando se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, los cuales pueden ser de hecho o de derecho. Se da el error de hecho cuando el Juzgador incurre en desaciertos materiales al apreciar la prueba, cual sería, verbigracia, endosar a los declarantes afirmaciones no emitidas por ellos o atribuir a un documento un contenido inexistente. El error de derecho estriba en otorgar a las pruebas un valor legalmente indebido, o en negarles el propio. Cuando se alega error de derecho, es necesario indicar las normas infringidas concernientes al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, y en las dos clases de errores, de hecho o de derecho, es indispensable señalar también las leyes infringidas en cuanto al fondo, como consecuencia de los errores de apreciación reclamados; asimismo, ha de señalarse con igual rigor, cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consisten los yerros cometidos (artículos 595 inciso 3° y 596 del Código Procesal Civil). En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia de esta Sala ha reputado improcedente el recurso cuando se alega error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas sin concretarse en qué consiste el uno y el otro. Dicho en otros términos, la afirmación abstracta del recurrente en torno a la supuesta mala interpretación de la prueba, sin indicar ni demostrar cuáles son esas pruebas y en qué consiste la predicada interpretación indebida, torna inatendible el recurso. Por otra parte, no se incurre en error alguno, según se ha resuelto, cuando los jueces conceden mayor valor a unos elementos de juicio que a otros, si todos son de la misma naturaleza, pues ello constituye el simple ejercicio de una facultad discrecional, concedida por la ley en la apreciación probatoria, con arreglo a los principios de la sana crítica (artículo 330 del Código Procesal Civil).”⁵⁵

La jurisprudencia de nuestra antigua Sala de Casación Civil, también reiteró los criterios de distinción entre el error de hecho y de derecho, como motivos para plantear el recurso de casación. Esta Sala afirmó que el *error de derecho* “implica disconformidad entre el criterio del juzgador con relación al valor probatorio que concede a las probanzas del juicio y el valor que a esas probanzas atribuye la ley.”⁵⁶

⁵⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.31 de las 14:45 horas del 20 de mayo de 1994.

⁵⁶ Sala de Casación Civil, No.61, de las 16:45 horas del 16 de agosto de 1966. Sobre el procedimiento del recurso de casación, y las distinciones entre el error de *derecho* y de *hecho* V. recopilación de jurisprudencia de esta Sala hecha por Pérez Vargas, Víctor (1977). En: Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. 1950-1975. Editorial Universidad de Costa Rica. pp.337-347.

Mientras tanto, la jurisprudencia reitera que el error de hecho “se comete cuando los jueces interpretan equivocadamente el contenido material de una prueba”⁵⁷; “cuando los jueces por mala lectura o por una mala comprensión de la misma cambian o tergiversan su contenido material”.⁵⁸

Hemos realizado un breve repaso del concepto y objeto, del recurso de casación civil. A través de la resolución de este recurso, la Sala Primera como Corte de Casación, establece el control de la legalidad y uniformidad de la jurisprudencia civil y mercantil, en nuestro país. Sus pronunciamientos tienen una gran fuerza vinculante; son seguidos por los tribunales inferiores y son de consulta obligatoria para los litigantes.

A continuación, se hará un examen de la función creadora y unificadora de la jurisprudencia judicial; que realiza la Sala Primera a través de la resolución de los recursos de casación, que se presentan ante su sede.

⁵⁷ Sala de Casación Civil, No.115, de las 10:30 horas del 12 de diciembre de 1951; citada en Pérez Vargas, Víctor (1977). Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. (...). Op. Cit. p.314.

⁵⁸ Sala de Casación Civil, No.87, de las 15:30 horas del 13 de noviembre de 1957; citada por Pérez Vargas, Víctor (1977). Jurisprudencia Civil (...) Op. Cit. p.341.

Sección II. La labor de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la unificación de la jurisprudencia judicial civil y mercantil.

Tradicionalmente, la función jurisdiccional ha sido concebida como exclusivamente declarativa de Derecho legislado. Sin embargo, ese concepto ha evolucionado, porque la realidad vino a contradecirlo. Según el autor, Marcos Gutiérrez, actualmente la función jurisdiccional es entendida además, como creadora de derecho.⁵⁹

La función jurisdiccional, o *Iuris Dictio* –de acuerdo con su etimología- “consiste en la declaración y actuación del Derecho mediante la aplicación de normas jurídicas a situaciones de hecho controvertidas o violadoras de aquél.”⁶⁰ Mediante esta función se le confía al juez, según Ihering, “la tarea de interpretar, y aplicar la ley al caso concreto, y resolver, fuera de la acción de los otros poderes.”⁶¹

Se dice que en la función jurisdiccional, la aplicación de las normas, no puede ser automática; dada la riqueza de situaciones y la pluralidad de casos, a los que se enfrentan los jueces en la vida diaria. Estas situaciones necesitan ser analizadas con autonomía e independencia en la interpretación de las leyes. Es así, como el juez debe desempeñar una “función creadora” del Derecho.⁶²

Carbonnier, nos explica que actualmente, la concepción de la actividad jurisdiccional es diferente, pues admite el papel creador y no meramente interpretativo del juez, estimando que puede fabricarse una norma jurídica, con la ayuda de la razón, en el caso de que el ordenamiento jurídico carezca de una disposición adecuada al caso particular.⁶³

⁵⁹ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. pp. 30-31.

⁶⁰ Rodríguez del Barco, citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.30.

⁶¹ Ihering, citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 30.

⁶² Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 33.

⁶³ Carbonnier, citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 33.

La creatividad del juez no lo convierte en legislador, pero su función creadora sí le permite incorporar nuevos conceptos a la ley, extender su alcance a situaciones no previstas y suplir sus deficiencias. Los rápidos y complejos cambios de la realidad social, determinan nuevas situaciones, ni remotamente previstas por las normas establecidas.⁶⁴ Es aquí, donde el papel creador del juez se perfila con toda su magnitud; según opina la autora Sánchez Romero.

El juez, no es un autómatas en su interpretación del derecho, es más bien un intérprete creativo del mismo, que debe analizar elementos jurídicos y extrajurídicos, para encontrar el verdadero sentido y alcance de las normas en la realidad que vive. Realidad, que está en constante evolución.⁶⁵

Según Víctor Pérez, la Ciencia del Derecho es una ciencia *práctica*. Los resultados de su estudio, tienen raíces en la vida, e inciden sobre ella. De ahí, la necesidad de variar el método de estudio y de enfrentamiento con el Derecho. El jurista de nuestros días, fue cambiando hacia un tipo científico radicalmente diverso, del jurista fundamentalmente conceptual, del siglo pasado; afirma.⁶⁶

Aunque en nuestro país, las normas jurídicas solamente pueden ser creadas por medio de la función legislativa, a través de los códigos, leyes o decretos que las dispongan, la función “creadora” del juez puede manifestarse en la capacidad de integración e interpretación de las normas vigentes; que éste puede realizar a la hora de dictar una sentencia.⁶⁷

⁶⁴ Sánchez Romero, Cecilia. “Derecho a la información y acceso a la jurisprudencia”. Publicación electrónica. En: http://www.poder-judicial.go.cr/digesto/publi1_parte1.htm. Actualizado el 27 de julio del 2006. Consulta: 25 de julio del 2007.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Estas afirmaciones, las realiza el Lic. Pérez, con respecto de su estudio de la escuela de la “Jurisprudencia de Intereses”, y su metodología. V. Pérez Vargas, Víctor (1991). *La Jurisprudencia de Intereses*. 2.ed. San José, Costa Rica: Editorial Litografía e Imprenta LIL, S.A. p.9.

⁶⁷ En este sentido nos dice Carbonnier: “La sentencia es un acto de voluntad en cuya virtud un personaje a quien el Estado confía esta función, establece el Derecho aplicable a un caso concreto”. Carbonnier, citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.36.

Algunos mencionan que en la práctica, la función jurisdiccional es mucho más compleja; pues comprende no solo la aplicación de las normas jurídicas, sino, la interpretación de las mismas. De esta forma, se logran resolver los conflictos legales, e incluso colmar las lagunas jurídicas.⁶⁸

En cuanto al papel preponderante del juez, en el proceso de adaptación de la norma a la realidad, Francesco Carnelutti, señalaba:

"(...) no os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas, pero no sin jueces. (...) Es bastante más preferible para un pueblo tener malas reglas legislativas con buenos jueces que no malos jueces con buenas reglas legislativas. (...) cuidad mucho de la dignidad, del prestigio, de la libertad del Juez, y de no atarle demasiado en corto las manos. Es el Juez, no el legislador, quien tiene al hombre vivo, mientras que el hombre del legislador es desgraciadamente una marioneta o un títere. Y solo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus esfuerzos y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la institución de la justicia".⁶⁹

En este mismo sentido, hace algunos años el Dr. Olman Arguedas Salazar nos manifestó, en su presentación a la edición del Código Procesal Civil concordado por su persona⁷⁰; que en nuestro país:

"(...) hay una realidad indiscutible: en un país con buenos jueces, se obtiene como resultado una correcta aplicación, interpretación e integración de la norma; es decir, el buen juez, aunque la ley es mala, hará que la justicia resplandezca. En cambio, en un país con malos jueces, aunque los códigos sean excelentes, el resultado será sin duda alguna una justicia mediocre."

⁶⁸ Pacheco, Máximo; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.34.

⁶⁹ Sánchez Romero, Cecilia. Op. Cit.

⁷⁰ Arguedas Salazar, Olman. (Comp.) (2001) Código Procesal Civil: actualizado, concordado, con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional. 3.ed. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto. p.19.

Es así como se llega a generar el llamado “Derecho Judicial”, a través del proceso judicial y de las sentencias; las cuales contienen criterios elaborados por los jueces, conjugados con las distintas normas aplicables a los casos específicos.⁷¹ El Derecho no es una continuidad estática: la jurisprudencia se ha encargado de dar dinamismo a su estudio. Por lo que se afirma que el Derecho se encuentra *in statu nascendi*.⁷²

Actualmente algunas teorías modernas y llamativas, como la que impulsa el análisis económico del Derecho, han contribuido a que los juristas dejen de ser exegetas; volviendo a poner al Derecho en relación con el desarrollo económico⁷³ y con los verdaderos fines e intereses de las partes. Los defensores de esta clase de análisis, afirman que es la forma más adecuada que tienen los juristas de examinar las reglas jurídicas; desde el punto de vista de la eficiencia, la facilitación del intercambio y la cooperación entre los individuos.⁷⁴

El aporte que los juristas realizan al Derecho, por medio de la interpretación de las normas jurídicas y de la doctrina dominante, para resolver un caso concreto, se visualiza concretamente en la jurisprudencia; conformada a través de sus resoluciones. La jurisprudencia, ha sido objeto de estudio por quienes analizan la función creadora, desempeñada por los tribunales judiciales.

El término “jurisprudencia” proviene del latín *iurisprudencia,-iae*, que literalmente quiere decir: “sabiduría, conocimiento del derecho”. Se compone de la palabra *ius*, o *iuris* (derecho) y

⁷¹ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.37.

⁷² De la Vega Benayas, Carlos. Citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.37.

⁷³ Alfaro Águila-Real, Jesús (2007). “Los juristas-españoles- y el análisis económico del derecho”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. (417), pp 2-13. Enero. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Barcelona, España. p.10.

⁷⁴ *Ibidem*. pp 4-6. La concepción moderna, del análisis económico del Derecho, es una de las teorías más influyentes hoy en día; adoptada sobre todo, en países del Common Law, según el autor Alfaro Águila- Real. Los profesionales y profesores del derecho moderno, según las más novedosas teorías, han abandonado, incluso, el estudio tradicional del Derecho. Sobre todo, el método de análisis de las decisiones judiciales y de las leyes, para abrazar métodos provenientes de otras ramas del saber, como: la economía, ciencias políticas, filosofía, sociología, etc. La interdisciplinariedad se ha convertido en la tendencia más marcada. V.R. Posner, citado por Alfaro Águila-Real. Op. Cit. p.12.

prudentia,-iae (sabiduría, conocimiento); derivado a su vez, del término *prudens,-tis* (sabio, conoedor).⁷⁵

Algunos afirman que en su acepción etimológica, el vocablo “jurisprudencia” como equivalente a la *ciencia del derecho*, ha caído en desuso.⁷⁶ Sin embargo, en países como Italia, se mantiene el uso del término “*Giurisprudenza*” como una materia o estudio del Derecho, enfocado específicamente al examen de la jurisprudencia; existiendo incluso, cursos y cátedras de derecho bajo este nombre.

Actualmente, se entiende por jurisprudencia: el conjunto de decisiones de los órganos que realizan la función jurisdiccional; emitidas en las causas sometidas a su resolución y, más específicamente, la doctrina que resulta de tales decisiones y de la interpretación de las normas legales que en ellas se efectúa.⁷⁷

En Costa Rica, salvo en el Derecho Administrativo, en ninguna parte del ordenamiento se indica que la jurisprudencia pueda ser fuente de derecho. Sin embargo, sabemos que aunque no constituya una fuente formal, la realidad jurídica indica que la jurisprudencia ocupa un lugar de capital importancia.⁷⁸ Estudiantes del derecho, litigantes y abogados en general, la consultan como fuente principal para comprender el criterio de nuestros tribunales, sobre temas de su interés.

Diego Baudrit nos indica, citando a Carbonnier, que: “la jurisprudencia no es una verdadera fuente del derecho civil, comparable a la ley, o aún a la costumbre. Pero ella es una autoridad, y una autoridad considerable en derecho civil.” Afirma, que en la jurisprudencia se pueden identificar “pronunciamientos de principio” relativos a los contratos (refiriéndose

⁷⁵González Roura, Felipe. “Jurisprudencia Electoral”. En: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/jurisprudencia%20electoral.htm> [Consulta: 25 de julio del 2007]

⁷⁶Ibidem. V. opinión del autor Felipe González.

⁷⁷Ibidem.

⁷⁸Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.156.

específicamente a los contratos traslativos de dominio). Considera que ciertos fallos, van más allá de la aplicación mecánica de la ley escrita y crean reglas de aplicación general.⁷⁹

Al respecto, nos dice Eduardo Ortiz, que: “(...) no ha sido necesario el texto de una ley para dar obligatoriedad a la jurisprudencia. Ha bastado con el respeto que de hecho le prestan los más altos tribunales, para que los otros la reputen digna de observancia, y realmente la cumplan, como si fuese ley.”⁸⁰

El Artículo 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone que a falta de una norma específica para aplicar al caso concreto, los tribunales podrán “interpretar, integrar y delimitar” dichas normas, con otras no escritas, contenidas en el ordenamiento. Asimismo, permite que los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, ayuden en esta labor. El artículo referido, señala en lo que interesa:

“Artículo 5. (...) Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.”

En relación con el concepto de la jurisprudencia, como fuente del Derecho no escrita, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido:

⁷⁹ Carbonnier, citado por Baudrit Carrillo, Diego (2000 b). Los contratos traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales. 2 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A p. 9.

⁸⁰ Ortiz Ortiz, Eduardo; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 172.

*“ (...) se ha reconocido como objeto del control constitucional, en los casos en que una determinada tendencia de los tribunales de justicia resulte contraria al bloque de legitimidad constitucional, y únicamente cuando se demuestre efectiva reiteración de un criterio jurídico emanado por las autoridades jurisdiccionales, mediante una pluralidad de sentencias, a manera de fuente no escrita del ordenamiento de los precedentes, en la resolución de todos o al menos una mayoría representativa cantidad de los casos asignados a los jueces en el ámbito de su competencia, es que puede hablarse de que existe una jurisprudencia en tal sentido (...)”*⁸¹

El Código Civil costarricense⁸² indica, desde su primer capítulo, cuales son las “Fuentes del Derecho”. Cita que las *fuentes escritas* de nuestro ordenamiento escrito, serán: la Constitución Política, los tratados internacionales y la ley. Por su parte, se consideran como *fuentes no escritas*: la costumbre, los usos y los principios generales del Derecho.⁸³ Las fuentes no escritas del ordenamiento jurídico, son precisamente las utilizadas con el fin de interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas.⁸⁴

La normativa civil indica que los usos y las costumbres, solo regirán en defecto de ley aplicable al caso concreto; siempre y cuando, se cumpla con lo dispuesto en el Artículo 2 del Código Civil. Como segunda opción, se aplicarán los principios generales del Derecho; a falta de norma escrita, uso o costumbre.⁸⁵ (Art. 3). Sin embargo, el Código no incluye a la jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho, sino, que la menciona en su segundo capítulo titulado: “Interpretación y Aplicación de las Normas Jurídicas”. En su Artículo 9, se dispone:

“Artículo 9: La Jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.”

⁸¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, N° 5981, de las 15:51 horas del 7 de noviembre de 1995.

⁸² Código Civil costarricense, en vigencia a partir del 1 de enero de 1888.

⁸³ Cfr. Artículo 1, del Código Civil.

⁸⁴ Cfr. también con el Artículo 5, citado anteriormente; de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁸⁵ Cfr. Artículo 3, del Código Civil.

En el artículo anterior, se plasma la función que tuvieron las salas de casación –antiguos tribunales de casación-- de producir cierta doctrina, o pronunciamientos judiciales, que de ser expuestos en forma continua, generan el conjunto de lo que conocemos como “jurisprudencia”; que es el conjunto de “normas jurisprudenciales”.

La jurisprudencia surge de la valoración jurídica, que hacen los jueces, al conocer de los hechos de cada una de las situaciones que examinan. De ésta, según el autor Gutiérrez, es posible extraer ciertas *máximas abstractas*, que trascienden la cosa juzgada del caso concreto; y éstas máximas, llegan a ser eventualmente aplicadas para resolver casos con circunstancias similares.⁸⁶

La jurisprudencia lleva al juzgador a cumplir con su tarea vivificadora de las normas; que se encuentran enfrentadas a una realidad llena de articulaciones y cambios, de “insondables alternativas humanas”. Con la finalidad, de impregnar justicia y equidad en la solución de los diferendos.⁸⁷ Los tribunales de mayor jerarquía, son los que especialmente se dirigen a lograr cierta uniformidad y continuidad en sus criterios⁸⁸; y así “los fallos van adquiriendo cierta concordancia, actual y potencial.”⁸⁹

En los países hispánicos, la jurisprudencia es el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho por parte del Tribunal Supremo.⁹⁰ Nace entonces, de las razones que determinan el dictado de un fallo o sentencia.⁹¹ Se desarrolla a través de la repetición de fallos conformes, no de un fallo particular; y se mantiene no porque así lo quieran los jueces, sino porque es deductible de lo que éstos disponen, aunque lo ignoren.⁹²

⁸⁶ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.157.

⁸⁷ Sánchez Romero, Cecilia. Op. Cit.

⁸⁸ Larenz, Karl; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.158.

⁸⁹ Cossio, citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.158.

⁹⁰ S.a. Artículo “Jurisprudencia”. En: <<http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Jurisprudencia.doc>> [Consulta: 25 de julio del 2007]

⁹¹ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p.159.

⁹² Ortiz Ortiz, Eduardo; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 161.

En síntesis, podemos definir a la jurisprudencia, como: aquellos principios generales, que podemos extraer de las resoluciones que producen los tribunales de justicia en forma reiterada y semejante; cuya condición de fuente de derecho está reconocida en tanto sienta un precedente normativo y una forma particular de aplicación práctica de la ley.⁹³

La jurisprudencia –o “derecho judicial”– se caracteriza por ser: a) *Aclaratoria*: esclarece el sentido de la norma; b) *Supletoria*. No pudiendo dejar de fallar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. El juez suple, acudiendo a la analogía, la costumbre, los principios generales del derecho y a otras fuentes jurídicas, la ausencia de previsión normativa; es decir, lo que se conoce como “lagunas de la ley”; y c) *Actualizadora*: dinamiza el contenido de la norma, adaptándolo a las realidades y necesidades de la organización social.⁹⁴

La unidad de la jurisprudencia, en nuestro sistema judicial, se consigue a través de los tribunales superiores, como lo son las Salas de Casación. En nuestro caso, comentaremos la función que ha tenido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la unificación de la jurisprudencia civil y mercantil, entre otras materias.

El sistema de los “recursos” antes las diversas salas, aseguran que al final de procedimiento judicial, se va a pronunciar un criterio definitivo para resolver el conflicto. El recurso de apelación, por ejemplo, presentado ante la segunda instancia o tribunal civil -- en el caso de los procesos civiles y mercantiles--, es uno de los instrumentos mediante los cuales se da una primera uniformidad en la jurisprudencia.

El recurso de casación civil, por su parte, se plantea ante la Sala Primera de la Corte contra las resoluciones emanadas de los tribunales civiles; que han resuelto sobre la apelación de la sentencia en primera instancia. Es en esta sede, que se generan la mayor cantidad de

⁹³ Sánchez Romero, Cecilia. Op. Cit.

⁹⁴ González Roura, Felipe. Op. Cit.

jurisprudencia extensa y vinculante; a la cual se le da mucha importancia por provenir de una sala de casación, que es el órgano judicial de mayor jerarquía.

Por medio de la interposición de estos recursos, prevalece el criterio de los tribunales superiores.⁹⁵ Esto ocurre, cuando a consecuencia de la impugnación de lo dispuesto por el tribunal inferior, sus criterios son sustituidos por los del superior. También se da este fenómeno, cuando los tribunales inferiores tratan de ajustarse a la orientación determinada y patrocinada, anteriormente, por los tribunales superiores.⁹⁶

Recordemos que entre los fines clásicos del recurso de casación, se encuentra el atender “la uniforme interpretación y aplicación de la ley”. Esto a la vez, quiere decir, *mantener la unidad de la jurisprudencia*.⁹⁷ La importancia de la misión unificadora de la jurisprudencia, la enuncia el autor Marcos Gutiérrez, en el siguiente texto:

*“Una jurisprudencia uniforme es un complemento eficaz de la labor legislativa, ya que a ella se recurre para buscar luces en la resolución de los conflictos planteados ante los tribunales de justicia, sobre todo cuando se generaliza el conocimiento de las interpretaciones por medio de la mayor publicidad de los fallos. No obstante que la jurisprudencia por su propia naturaleza es dinámica, cuando excepcionalmente se varía, tal hecho provoca enormes discusiones.”*⁹⁸

El mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia, se alcanza cuando el tribunal de casación es único. Si varias salas de casación conocieran la misma materia, entonces sería muy difícil que se mantuvieran los criterios. En Costa Rica, se afirma que este principio de se

⁹⁵ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 201.

⁹⁶ *Ibidem*. Así, el tribunal inferior evita la interposición de un recurso en su contra, o en caso de que éste se interponga, puede lograr que su resolución no sea anulada por su superior --por ejemplo: por la Sala de Casación. Según Carbonnier, citado por el autor.

⁹⁷ *Ibidem*. Como mencionamos anteriormente, en Francia por ejemplo, el Tribunal de Casación poseía la función específica de mantener la integridad de la jurisprudencia. p.203.

⁹⁸ *Ibidem*. p. 204.

respeta,⁹⁹ pues las diversas salas de casación que existen actualmente, conocen de materias distintas.

La Sala Primera, ha realizado una relevante labor unificadora de su jurisprudencia, en relación con las ramas del derecho que son objeto de su conocimiento. Desarrollando así, un conjunto de sentencias mutables, que no obedecen a la “regla del precedente obligatorio”¹⁰⁰, que la mantendría estática.¹⁰¹

Aún cuando no se haya establecido la regla del precedente obligatorio para todos los casos, sino que tradicionalmente ha sido un espacio reservado a la jurisprudencia constitucional; las numerosas recopilaciones de jurisprudencia que se producen en los países de la familia romano-germánica, revelan un factor significativo que pone de manifiesto que la jurisprudencia goza de una extraordinaria importancia.¹⁰²

Al mismo tiempo, las Salas de Casación, así como los diversos tribunales judiciales, han desarrollado una labor de recopilación de sentencias de toda clase. Las cuales han sido puestas a disposición de todos los particulares; mediante su publicidad en medios electrónicos y en diversos compendios jurisprudenciales, que en ocasiones emite la Corte Suprema.

De esta forma, se ha garantizado el derecho a la información de los usuarios, abogados litigantes y estudiantes del Derecho; que requieren conocer los más recientes pronunciamientos judiciales. Este derecho, trasladado al campo del ejercicio de la actividad jurisdiccional, puede

⁹⁹ *Ibidem.* p. 205.

¹⁰⁰ La regla del “precedente obligatorio” o *stare decisis*, establece la obligatoriedad de atenerse a las normas elaboradas por los jueces, es decir, de respetar los precedentes judiciales. “Corporiza una importante política social: el elemento de continuidad en la vida del Derecho. En razón de esta regla, de cada sentencia puede extraerse una norma general.” “(...) le da a la sentencia el valor de fuente normativa general, en la medida en que los jueces, recurran a ella como fuente cuando tengan que resolver casos que ofrezcan cierta similitud.” V. Gutiérrez Rodríguez, Marcos. *Op. Cit.* pp.128-129.

¹⁰¹ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. *Op. Cit.* p197.

¹⁰² Sánchez Romero, Cecilia. *Op. Cit.*

ser entendido como la posibilidad que tienen todos los ciudadanos de conocer la forma como resuelven los tribunales de justicia, en su delicada labor.¹⁰³

La labor de recopilación de jurisprudencia judicial, se convierte en un valioso instrumento de control ciudadano por una parte, y por otra, en una invaluable fuente de conocimiento para el propio operador jurídico. Así, éste puede disponer de “todo el bagaje informativo” que comprende el conjunto de decisiones jurídicas; como la forma más dinámica y efectiva de adecuar el ordenamiento, normalmente estático, al acelerado cambio y transformación que presenta nuestra cotidiana realidad.¹⁰⁴

La importancia de la publicidad tanto de las normas jurídicas, como de las decisiones que producen los tribunales, se ve reforzada a su vez, por el carácter de fuente de derecho que se atribuye a esta última; y según la autora Sánchez Romero, también por las corrientes de pensamiento que en el plano internacional, pretenden reforzar el derecho a la información mediante la difusión del conocimiento jurídico.¹⁰⁵

En la sección anterior, se mencionó que la unificación de la jurisprudencia sólo se logra, si se interpone el recurso de casación.¹⁰⁶ Lo anterior, porque a través de esta instancia, puede darse una resolución definitiva a la aplicación de ciertas normas para casos concretos, que paulatinamente constituyen una verdadera jurisprudencia; que llega a ser de consulta obligatoria para todos los litigantes.

Nuestra jurisprudencia, se mantiene mientras los jueces la consideren “legalmente justa”; es dinámica, no obstante que requiere reiteración y uniformidad. La jurisprudencia que “reina” es la “reciente, constante y reiterada”.¹⁰⁷

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ De la Rúa, Fernando. Op. Cit. p. 111.

¹⁰⁷ Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p197.

La uniformidad que se necesita en el ordenamiento, es en cuanto al espacio, no en cuanto al tiempo. Porque la jurisprudencia no es hacer estable en el tiempo, la interpretación del Derecho objetivo, sino que los criterios actuales que se mantienen en vigencia, sean aplicados a todo el territorio cubierto por el ordenamiento jurídico.¹⁰⁸

Incluso, las normas jurisprudenciales son tomadas en ocasiones por el legislador, para plasmarlas en leyes formales. De este modo, sirven como fuente real o material a la ley. En Costa Rica, el legislador ha tomado a la jurisprudencia, como fuente material en múltiples oportunidades.¹⁰⁹ Al respecto de las características que debe revestir la jurisprudencia judicial, la Sala Constitucional ha dispuesto:

*“II. a. (...) como lo establece la teoría general de las fuentes del derecho— la jurisprudencia, como fuente formal no escrita del ordenamiento jurídico, deriva de la reiteración conforme en el tiempo de determinados lineamientos contenidos en fallos dictados en procesos múltiples y frente a supuestos de hecho y de derecho similares.”*¹¹⁰

Según nos indica Víctor Pérez, una revisión del Derecho Privado de ninguna manera puede limitarse al Código Civil. El Derecho Privado, es objeto de regulación de normas constitucionales y de muchas leyes especiales. Considera que, además de la revisión de toda

¹⁰⁸ Ibidem. p. 201.

¹⁰⁹ Como ejemplo, el autor cita el caso de cuando el Derecho Civil adicionó la ley, y se concretaron las prohibiciones que la jurisprudencia señalaba en el establecimiento de limitaciones a la propiedad. Ajustándose el Derecho, de esta forma, a los requisitos indicados en la misma. Cfr. Código Civil, reforma al artículo 292, mediante Ley No. 2112, del 5 de abril de 1952; y Sala de Casación, No. 67 de las 10:45 horas del 8 de agosto de 1952. En este mismo sentido, el autor Víctor Pérez demostró cómo la gran cantidad de jurisprudencia en materia de familia, fue recogida y plasmada en el Código de esta materia. El autor indica, por ejemplo: *“Especial mención merece la labor creadora realizada por nuestros tribunales, en especial por nuestra Sala de Casación que ha sido en gran medida un fuerte factor precursor de la nueva normativa.”*(p.3) En relación con los aspectos específicos que ilustraron las nuevas líneas del derecho de familia costarricense, V. Pérez, Vargas, Víctor. (1976). *El Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica*. San José, Costa Rica. Editorial de la Universidad de Costa Rica. Sobre la jurisprudencia como fuente material y real, ver Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. pp.171 a 181.

¹¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.8466, de las 15:03 horas del 4 de agosto del 2004. En el caso concreto, indicó esta Sala: *“El hecho de que una resolución concreta del TSE —o, para los efectos, de cualquier otra instancia judicial o administrativa— posea determinada potencia, resistencia o régimen de impugnación no es lo que le confiere el carácter de jurisprudencia.”*

esta normativa, es de interés realizar un examen de los aciertos y aportes de la jurisprudencia; en particular, de todos aquellos que se han ido elaborando ante la ausencia de la legislación adecuada.¹¹¹

Tanto mayor será el peso de la jurisprudencia, como sustento jurídico de nuevas decisiones, cuanto mayor también sea la jerarquía de los tribunales que la aplican, la autoridad intelectual de sus integrantes, y la reiteración y constancia con que ella es invocada; a través de sucesivos fallos.¹¹² El papel unificador de la salas de casación, se justifica, toda vez que “uno de los mayores elementos del desprestigio del Poder Judicial es precisamente las constantes variaciones en la inteligencia de las reglas del derecho”.¹¹³

En el caso especial de la Sala Primera de la Corte, esta constituye el órgano judicial supremo, en el ámbito de las materias que le competen. Por esta razón, sus pronunciamientos han sido de acatamiento obligatorio para todos los que desean seguir, e invocar, los criterios que prevalecen en la mente de los juzgadores.

Diego Baudrit, nos explica esta importante función así: “El juez, y sobre todo el juez de casación, tiene el poder de crear reglas (no como fuente de derecho, sino como autoridad doctrinaria), en el tanto en que precisa y completa la ley, elimina sus antinomias, y en fin, adapta el derecho a la evolución de los hechos”.¹¹⁴

De esta forma se perfila también, el papel de la jurisprudencia en la conformación de un Estado de Derecho, que asegure a sus ciudadanos el respeto y aplicación efectiva, de los derechos fundamentales¹¹⁵; por lo cual, en mi opinión, el acceso a la misma es indispensable.

¹¹¹ Pérez Vargas, Víctor (1994). Derecho Privado. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A. p. 445.

¹¹² González Roura, Felipe. Op. Cit.

¹¹³ Blanco Quirós, Miguel; citado por Gutiérrez Rodríguez, Marcos. Op. Cit. p. 201.

¹¹⁴ Baudrit Carrillo, Diego (2000 b). Op. Cit. p. 9.

¹¹⁵ Sánchez Romero, Cecilia. Op. Cit.

Sección III. La falta de unificación del derecho arbitral sustantivo y la consecuente creación de una “jurisprudencia arbitral” difusa.

El concepto de jurisprudencia se refiere, según lo estudiado anteriormente, al conjunto de normas emanadas de las resoluciones de los tribunales judiciales. En especial, aquellas provenientes de los tribunales de mayor jerarquía o rango, dentro del sistema judicial de que se trate. Deseamos determinar, si se puede hablar de la creación de una verdadera “jurisprudencia arbitral”; que estaría siendo desarrollada, por medio de los laudos arbitrales dictados por los diversos tribunales, que llevan a cabo procesos de arbitraje en nuestro país.

Para algunos autores, la jurisprudencia, para ser considerada como tal, debe consistir en una serie de decisiones que resuelven en forma constante, una misma cuestión, en idéntico sentido.¹¹⁶ Si bien, actualmente no hemos podido apreciar una reiteración y constancia en los laudos arbitrales, no podemos ignorar que existe una vasta cantidad de fallos arbitrales dictados, desde la entrada en vigencia de la Ley RAC, en el año 1997.

No obstante, algunos consideran que en la medida en que una sentencia exprese la opinión del tribunal sobre un punto de derecho, de la cual fluya una doctrina que tenga el valor de precedente para futuros pronunciamientos; puede afirmarse que una sola es suficiente para “sentar” jurisprudencia. Hablamos aquí del llamado: *leading case* del derecho anglosajón.¹¹⁷

Cuando se transforma la originaria “particularidad” de una sentencia, en “generalidad”, ésta va adquiriendo valor autónomo, expandiéndose y consolidándose. Dando lugar, al fenómeno de la “fijación” de la jurisprudencia; lo cual contribuye a la necesaria estabilidad jurídica que exige el cuerpo social.¹¹⁸ Podría afirmarse que los tribunales arbitrales van

¹¹⁶ González Roura, Felipe. Op. Cit.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

constituyendo, paulatinamente, un cuerpo de reglas jurídicas. Estas reglas no han tendido a la uniformidad; y se han formado inicialmente de manera casuística.

Con relación a la posible creación de una “jurisprudencia arbitral”, son de suma importancia las manifestaciones que han externado los autores Víctor Pérez y Daniel Pérez, en un reciente artículo publicado por la revista internacional: *Uniform Law Review*, de UNIDROIT.¹¹⁹ En dicho artículo, los autores discutieron el auge de aplicación de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, en la práctica arbitral costarricense. Indicaron, con respecto al proceso de arbitraje en nuestro país, lo siguiente:

*“Hace menos de una década, desde que comenzó este desarrollo (se refieren a la creación y desarrollo de diversos centros de arbitraje institucionalizado, en el país), sin embargo, puede decirse que el arbitraje en Costa Rica ya ha producido una formación de precedentes conocidos localmente como “jurisprudencia arbitral”.*¹²⁰

¹¹⁹ V. Pérez, Víctor y Pérez, Daniel (2006). “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice”. *UNIDROIT Uniform Law Review*. Vol. (XI) Enero. p.180. Los Principios UNIDROIT, fueron elaborados por el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado. Se desarrollaron e implementaron, por la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI o ICC, por sus siglas en inglés). Estos principios son, hoy en día, reglas generales aplicadas a los contratos mercantiles internacionales. V. Siqueiros, José Luis. (2005). “Los nuevos principios UNIDROIT 2004 sobre contratos comerciales internacionales.” *Revista de Derecho Privado*. Año IV (11). Mayo- Agosto. (pp.129-145). p. En: <http://www.juridicas.unam.mx>. Estos Principios fueron paulatinamente sistematizados; al presentar un uso reiterado en la jurisprudencia comercial y en las relaciones negociales, internacionales. Desde su primera publicación en 1994, han sido reconocidos como parámetros para resolver conflictos de naturaleza comercial, primordialmente por los tribunales de arbitraje comercial internacional. Recientemente, en el año 2004, fueron publicados nuevamente, con algunas variantes y reformas. (pp.130-131). Con relación a los Principios UNIDROIT, V. entre otros: International Chamber of Commerce, ICC. *International Court of Arbitration Bulletin* (2002). *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their use in international arbitration*. París, Francia: Editorial ICC Publishing, S.A.; Parra Rodríguez, Carmen (2003). “Los Principios Generales en el Comercio Internacional.” *Globalización y Comercio Internacional. XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales 2003*. (pp 353-365). Madrid, España: Editorial Ministerio de la Presidencia; y Matute Morales, Claudia (2003). “El Arbitraje Comercial Internacional. Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional.” *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*. Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad de Carabobo, Venezuela. En: <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1.2000/1.2000-5.pdf>> [Consulta: 18 de abril de 2007].

¹²⁰ Pérez Vargas, V. y Pérez Umaña, D. (2006). Op. Cit. p. 180. La traducción al español, es de la suscrita.

Así las cosas, constatamos por primera vez, que se una mención a que los laudos provenientes de los tribunales arbitrales costarricenses, han sido reconocidos como generadores de una jurisprudencia arbitral. Hasta el momento, los laudos arbitrales no han sido ni recopilados, ni publicitados; y mucho menos sistematizados en algún tipo de base de datos, o sistema de acceso al público en general. Lo anterior, radica en que originalmente el proceso arbitral ha sido concebido como una vía privada de acceso a la justicia.

El acuerdo arbitral es generalmente pactado en los contratos privados; y en algunas ocasiones, en contratos públicos de gran envergadura. Sin embargo, la naturaleza de la materia sometida al proceso de arbitraje, hace que esta clase de procedimientos sean llevados a cabo de manera privada. Los centros de arbitraje, sobre todo, son los que tienden a guardar mayor confidencialidad sobre el objeto de las controversias y el contenido de los laudos.

Consecuentemente, los laudos arbitrales terminan siendo conocidos, únicamente, por los árbitros miembros del tribunal, por las partes y sus abogados. El aporte jurídico que un laudo pueda haber hecho al Derecho Arbitral y al Derecho en general, solo puede conocerse tratando de obtener acceso a dicho laudo.¹²¹

A pesar de las dificultades que pueden presentarse, para acceder al conocimiento de la jurisprudencia arbitral, los estudiosos de este procedimiento procurar enterarse de los más recientes pronunciamientos arbitrales. Sobre todo, en casos en los que se discuten temas novedosos en materia contractual.

Como resultado de la presente investigación, se pudo comprobar como algunos centros de arbitraje, están en la mejor disposición de proporcionar a los particulares, acceso a los laudos arbitrales, e incluso, acceso a los expedientes completos de los procedimientos.

¹²¹ Esto en principio, no debería ser así, pues la Ley RAC establece en su Artículo 60, que una vez firme, el laudo será público; a menos que las partes, acuerden lo contrario. En la mayoría de los casos, las partes no acuerdan pactar la confidencialidad del proceso. Sin embargo, siempre existe cierta reserva en cuanto a la materia, debido a la inobservancia de este artículo.

La Sala Primera, por su parte, cuenta con algunos expedientes arbitrales completos; que se encuentran en su Despacho mientras es resuelto el Recurso de Nulidad respectivo. Esta es otra instancia a la que los estudiantes, abogados litigantes y árbitros, pueden acudir, en aras de obtener algunos laudos arbitrales para su recopilación y estudio.

En un esfuerzo por “sistematizar” o de algún modo ordenar los pronunciamientos arbitrales, algunos centros ya han comenzado a elaborar una base de datos que contiene los laudos arbitrales dictados en su sede. Esto es sumamente importante, para facilitar el desarrollo de una jurisprudencia arbitral más sólida, y unificada en el futuro.

Eso sí, esta labor se realiza de forma independiente entre los centros; sin olvidar que en muchas ocasiones los laudos provienen de arbitrajes *ad hoc*, conformados especialmente para un caso concreto. Debido a esta situación, la recopilación de jurisprudencia se realiza por diversas entidades, no localizadas físicamente en un mismo lugar. Por lo que el acceso a la misma, sigue exigiendo una labor tediosa, puesto que el interesado debe acudir a varios centros con el fin de obtener información.

Con el fin de observar si la jurisprudencia arbitral cumple con las características comúnmente atribuidas por la doctrina, a la jurisprudencia judicial; he decidido hacer una comparación con lo dispuesto por los autores Díez Picazo y Guillon. Dichos autores establecieron ciertos requisitos que, a su parecer, debía presentar la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, para ser considerada como tal.¹²² Los autores, definieron las siguientes características, que se basan principalmente en que los fallos sean *reiterados* y *constantés*. Así, indican como requisitos de la jurisprudencia:

- 1) “Una cierta dosis de estabilidad de tales criterios y doctrinas, y la reiteración en su utilización o aplicación (...).”

¹²² Díez Picazo, Luis y Guillon, Antonio; citados por Gutiérrez Rodríguez Marcos. Op. Cit. p.159.

- 2) Es necesario que los criterios, afirmaciones o doctrinas, hayan sido utilizadas como razón básica para adoptar la decisión (*ratio decidendi*). No tienen por consiguiente, valor de jurisprudencia las afirmaciones que el Tribunal puede haber hecho con carácter incidental o como argumentaciones subsidiarias o a mayor abundamiento (*obiter dicta*) (...)"
- 3) "Debe haber identidad entre los casos concretos decididos por las sentencias, sin que baste una mera similitud o su analogía. Aún cuando la afirmación o el razonamiento haya sido hecho en aplicación de un mismo precepto legal, no llega a constituir precepto de doctrina, si tal aplicación se realiza sobre presupuestos diferentes." ¹²³

Vale la pena realizar una comparación, entre estas supuestas características que debe cumplir la jurisprudencia; y las características que presentan actualmente, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales costarricenses.

En primer lugar, hoy en día los fallos arbitrales no gozan de "estabilidad", ni de una frecuente "reiteración" en su aplicación diaria. Los laudos arbitrales, son emitidos por diversos tribunales, ya sean formados al efecto por las partes, o ya sean nombrados por un centro de arbitraje institucionalizado.

En la actualidad, los profesionales encargados de formar parte de los múltiples tribunales arbitrales, son personas con experiencia y carreras distintas (como en el caso de los arbitrajes de *equidad*). Por lo que los criterios o fundamentaciones de los laudos, varían de un tribunal arbitral, a otro. Incluso, la composición del tribunal, determina grandemente la orientación de los laudos.

¹²³ Ibidem.

Debido a la proliferación de varios centros de arbitraje¹²⁴ y la conformación de diversos tribunales arbitrales, los laudos no gozan de reiteración. Tampoco son uniformes en sus interpretaciones del derecho, o en la aplicación de los principios de equidad y justicia; al menos no en la misma forma en que la jurisprudencia judicial manifiesta esta “uniformidad”.

En segundo lugar, por las mismas razones indicadas *supra*, los laudos arbitrales no citan generalmente, otros laudos como fundamentación principal de su decisión. Encontramos más bien, citas de jurisprudencia judicial, en general de la emanada de la Sala Primera. También se observa que los árbitros citan, cada vez con más frecuencia, principios internacionales de comercio; como por ejemplo, los principios UNIDROIT.¹²⁵

Finalmente, como comentario al tercer punto establecido por los autores Diez Picazo, y Guillon; podemos concluir que hasta el momento, los laudos arbitrales no poseen una identidad en sus fundamentaciones. La mayoría de los laudos arbitrales son distintos; y la jurisprudencia arbitral actual puede calificarse de “difusa”.

Cabe resaltar que algunos laudos arbitrales se dictan considerando la posición mayoritaria, que sobre el tema de la controversia, hayan tenido los tribunales judiciales. Esto, obviamente, les da cierta similitud; pues las consideraciones de los laudos se basan en los mismos preceptos legales.

¹²⁴ En la actualidad, la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, es la institución encargada de ejercer el control sobre los diversos centros de arbitraje, en el país. Se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia. Cuenta con aproximadamente 8 centros autorizados para la administración de procesos de arbitraje. En total, se encuentran autorizados al 30 de julio del año 2007, 21 centros de resolución alternativa de conflictos; que aplican el arbitraje, así como otros métodos de solución de controversias.

V. Sitio de la Dirección Nacional de RAC: <http://www.mj.go.cr/RAC_Competicencias.htm>

¹²⁵ Los Principios UNIDROIT, han sido aplicados por los tribunales arbitrales costarricenses para fundamentar varios de sus laudos. La misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha avalado algunos laudos arbitrales que los aplicaron. Al efecto, V. Pérez, Víctor. y Pérez, Daniel. (2006). Op. Cit. p.180 y 186. Cfr. Sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.703, del 22 de setiembre del 2000; No.407, del 16 de julio del 2003; y No.417, del 18 de julio del 2003; citadas por dichos autores.

En otros casos, los árbitros resuelven los casos aplicando principios de equidad y justicia, que en ocasiones, parecieran orientarse de manera distinta a la jurisprudencia judicial tradicional. Como lo expresa la ley¹²⁶, en estos casos los árbitros no están en la obligación de resolver en estricto apego a las normas legales; sino que gozan de mayor liberalidad en sus fundamentaciones.

Ni siquiera dentro de un mismo centro de arbitraje, por ejemplo, se observa una línea uniforme en el dictado de los laudos respectivos. Hasta el momento, en nuestro país, los árbitros no acostumbran a “citarse entre sí”; es decir, a citar otros laudos arbitrales como precedentes para resolver su caso concreto.¹²⁷ Sin embargo, como parte del presente estudio de jurisprudencia arbitral, resulta interesante indicar que, del conjunto de laudos arbitrales analizados, solo en una ocasión se encontró que los árbitros citaran otro laudo arbitral.¹²⁸

El caso se presentó, en un proceso arbitral llevado a cabo entre la empresa *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* y el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*. El proceso fue instaurado ante el Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial (CLAE); y fue tramitado bajo el No.0001-05. El laudo arbitral del CLAE, de las 15:00 horas del día 02 de noviembre del año 2005, citó en su Considerando VII, a otro laudo.

¹²⁶ Cfr. Artículos 19 a 22 de la Ley RAC.

¹²⁷ A nivel internacional se encuentran, con mayor facilidad, ejemplos en los que tribunales arbitrales citan laudos de otros tribunales, para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. Cito, como ejemplo, dos casos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o CIADI (conocido como ICSID, por sus siglas en inglés). Los laudos arbitrales: #ARB/94/2, del 29 de abril de 1999; de Tradex Hellas, S.A. (Grecia), contra la República de Albania; y el #ARB/99/6, del 12 de abril del 2002; de Middle East Cement Shipping and Handling Co., S.A. contra la República Árabe de Egipto; citan en sus apartados #90 y #74, respectivamente, a otro laudo arbitral del CIADI: el #ARB/87/3, de Asian Agricultural Products Ltd, contra la República de Sri Lanka. Los primeros laudos mencionados, citaron las consideraciones hechas en éste último laudo, con respecto al tema de la carga de la prueba. Sobre los laudos del CIADI, pueden consultarse los siguientes sitios en Internet: <<http://www.worldbank.org/icsid/>>. O también: <http://www.wikipedia.org/wiki/Centro_Internacional_de_Arreglo_de_Diferencias_Relativas_a_Inversiones>

¹²⁸ V. Anexo # 1. Lista de laudos analizados para la presente investigación.

Específicamente, el laudo del CLAE citó las consideraciones expuestas en un laudo del Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad (CRCP); de las 11:00 horas del 12 de noviembre del 2004. El primer laudo, en el Considerando VII, titulado: “*De la desaceleración y suspensión en el año 2003 por evento de fuerza mayor*”, los árbitros indicaron lo siguiente:¹²⁹

*“VII. (...) En orden a lo recién expuesto, este Tribunal comparte lo razonado en el laudo arbitral dictado en el Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad, de las 11:00 horas del 12 de noviembre de 2004, aportado al expediente. En dicho laudo se indica que si bien el informe (...) y en el tanto no sea anulado por una instancia competente, ya que en ese proceso arbitral el Tribunal se estimó carente de facultades al efecto ni le fue pedida la nulidad, no podía darse paso a una indemnización de daños y perjuicios, como afirmó en su laudo.”*¹³⁰

Lo interesante de este caso, es que el laudo citado, proviene de un tribunal arbitral de un centro de arbitraje institucionalizado distinto. Esto es muy importante, porque quiere decir que por primera vez, se constata una “colaboración” entre tribunales arbitrales; al tomar como referencia o precedente, lo resuelto por otro tribunal; para resolver un conflicto de naturaleza similar. Es claro, que con el desarrollo de prácticas como la anterior, poco a poco se puede ir desarrollando una jurisprudencia arbitral más integrada.¹³¹

En estos mismos laudos, se halló otro ejemplo de esta posible práctica; que apenas inicia para nuestros tribunales arbitrales. Solo que en esta ocasión, el ejemplo consiste en una

¹²⁹ Al respecto, ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; Considerando V, del Voto No.717 de las 15:10 horas del 27 de setiembre del 2006. La Sala menciona que el Tribunal Arbitral del CLAE, hizo suyas “las consideraciones expuestas en otro laudo” (con referencia al laudo del CRCP). Este voto, resolvió el recurso de nulidad planteado contra el laudo arbitral del CLAE; No.0001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners de Costa Rica*, contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*.

¹³⁰ Laudo arbitral del CLAE, No.0001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. Op. Cit. p.103.

¹³¹ Cabe resaltar, que los señores árbitros miembros de los dos tribunales arbitrales del CLAE y del CRCP, fueron distintos. En ambos casos, se trató de un arbitraje de derecho; formado: en el CLAE, por el Lic. Raymundo Volio Leiva, el Lic. Ronald Hidalgo Cuadra, y el Lic. Hubert Steinvorth Sauter; y en el CRCP, por el Lic. Fernando Mora Rojas, el Lic. José Antonio Gómez Cortés, y el Lic. Rafael Valle Guzmán.

pequeña repetición de un Hecho Probado; el cual se reiteró tanto en el laudo del CLAE, como en el del CRCP. En ambos casos, se transcribió de igual forma el Hecho Probado No.1, literalmente.¹³²

Queda así demostrado y constatado, un caso donde se comprueba que dos tribunales arbitrales costarricenses, de distintos centros de arbitraje, conformados por diversos árbitros; han tomado en cuenta jurisprudencia arbitral de sus homólogos, para resolver la controversia sometida a su conocimiento.¹³³

En una entrevista realizada el Lic. Sergio Artavia Barrantes, se le cuestionó si consideraba que actualmente existía una jurisprudencia arbitral. A lo que respondió: “¿Hay jurisprudencia arbitral? Yo creo que sí la hay.”¹³⁴ Además indicó que: “es importante y hasta necesario para los litigantes en materia de arbitrajes, poder consultar jurisprudencia arbitral.” Según él, así se logra preparar correctamente una demanda.

El Lic. Artavia afirmó, que es un “elemento importante” el saber la “dirección jurisprudencial de un caso”, para conocer también “hasta donde se puede pedir, sin exagerar”.¹³⁵ Con respecto al tema de la existencia, de lo que podríamos denominar como “jurisprudencia arbitral”, continuó manifestando:

“(…) Los árbitros sabemos, en su mayoría, como son pocos arbitrajes, los temas que se están planteando y entonces accesa uno, laudos anteriores en los que existe un tema muy concreto, o no. Y también por otro lado están los arbitrajes, que son en su mayoría, que prescinden completamente

¹³² V. Laudo arbitral del CLAE; No.0001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners de Costa Rica*, contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*. Hechos Probados, I.

¹³³ Citando incluso, hechos probados del caso, en la misma forma que lo hizo el otro tribunal arbitral.

¹³⁴ Artavia Barrantes Sergio (2007). Entrevista realizada en el Bufete Zurcher, Odio & Raven, el día 9 de marzo del 2007. El Lic. Artavia posee amplia experiencia tanto como litigante, y como árbitro.

¹³⁵ *Ibidem*. Se le consultó al Lic. Artavia, específicamente, si creía que en un futuro, podía ocurrir que un árbitro citara a otro árbitro y por ende, citara a un laudo arbitral anterior para resolver su caso concreto. El Lic. respondió que: “Debe suceder así. No lo he visto todavía, pero debe ser. Si sucede, aunque no se cita. Y si sucede, porque cuando ya uno tiene más de un laudo, o cuando tiene muchos laudos, uno muchas ideas las toma de un laudo; y las toma de un laudo de uno.”

de cualquier precedente arbitral (...); especialmente cuando se trata, como es en la realidad, de árbitros muy experimentados. Entonces digamos, habemos unos 15 árbitros tal vez, que la labor es completamente virgen, en el sentido de que no consideramos precedentes arbitrales, para un tema en concreto, sino que por el contrario, mas bien lo normal es considerar un precedente jurisprudencial judicial.”¹³⁶

El autor Víctor Pérez, también nos habla al respecto de si puede comprobarse la existencia de una jurisprudencia arbitral, e indica que a pesar de las dificultades que esto plantea, “cuando se quiere hablar de jurisprudencia arbitral, la práctica revela la reiteración de algunos principios generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional.”¹³⁷

Como conclusión, se puede establecer que en efecto existe una jurisprudencia arbitral, llamada así, por ser emitida por los órganos encargados de administrar justicia en los procesos de arbitraje; y que, aunque no es siempre constante ni reiterada, se desarrolla a través del dictado de los laudos arbitrales. La jurisprudencia arbitral es, consecuentemente: “difusa”; pues no presenta las características propias de la uniformidad.

Esto quiere decir que la jurisprudencia arbitral costarricense puede ser encontrada laudos arbitrales de diversos centros, es emitida por tribunales que no son conformados por los mismos árbitros, y el hecho de que los tribunales puedan ser de derecho o de equidad, otorga todavía más diversidad al contenido de los fallos arbitrales. Para reconocer los preceptos y criterios contenidos en la jurisprudencia arbitral, hay que realizar un análisis de cada laudo en particular, o sea, un análisis casuístico.

¹³⁶ Artavia Barrantes Sergio (2007). Op. Cit.

¹³⁷ V. Pérez Vargas, Víctor. (1982). *La solución de conflictos en la compraventa internacional*. Revista Judicial. Año VII. No.23. San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. (pp.50 a 69). V. p.68. Más adelante en la presente tesis, comentaremos casos específicos de los principios internacionales del comercio aplicados tanto en el arbitraje internacional, como en el nacional. Al respecto de la jurisprudencia arbitral internacional, V. McLaren, Rosemarie (2003). Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio.

CAPÍTULO II. Análisis crítico de la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que niega la posibilidad de discutir el fondo de los asuntos resueltos por medio de un laudo arbitral.

Sección I. Las causales taxativas de nulidad, como límites a la competencia de la Sala Primera, para resolver el recurso de nulidad de un laudo arbitral.

El objetivo de la presente Sección es hacer un examen crítico, de la forma en que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha venido resolviendo los recursos de nulidad planteados contra los laudos arbitrales dictados en nuestro país. Lo anterior, con el fin de mostrar cuál ha sido su criterio, con respecto a la posibilidad de realizar un análisis del fondo -- y no solo de las violaciones de forma-- de los casos resueltos por medio de los tribunales de arbitraje.

*“La Sala juzga los laudos y no juzga casos.”*¹³⁸ De esta forma, la Sala Primera sintetiza su función en el análisis de los recursos de nulidad del laudo arbitral. Esta frase, resume muy bien el papel que ha desempeñado hasta el momento la Sala Primera, a la hora de entrar a examinar un laudo arbitral.

Primordialmente, la misión de esta Sala consiste en verificar que el laudo arbitral haya sido dictado en observancia de las conocidas reglas del debido proceso, la contradicción y el derecho de defensa de las partes. Su tarea es la de constatar que las partes y el tribunal arbitral, hayan respetado las normas básicas del contradictorio; sin entrar a conocer acerca de la correcta --o incorrecta-- fundamentación del laudo; ni de la apreciación de la prueba o de los hechos alegados por las partes.

¹³⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 76 de las 15:00 hrs. del 19 de enero del 2001.

El recurso de nulidad del laudo arbitral tiene su fundamento, según el Lic. Sergio Artavia, en la existencia de un control de garantías del proceso arbitral, a través del órgano de la cúspide de la jurisdicción civil. El laudo como tal, es el resultado de la actividad arbitral, y como reflejo de ésta, será válido y eficaz, en la medida en que se hayan respetado todas las garantías mínimas que indican la ley y la Constitución.¹³⁹

El autor Artavia califica en síntesis, al recuso de nulidad del laudo, como: “un recurso *vertical* (al ser conocido por otro tribunal), *taxativo, rogado e irrenunciable.*” La denominación “recurso de nulidad”, aclara, es única en nuestro ordenamiento. Ya que, comúnmente, la nulidad de actuaciones, actos procesales y resoluciones, se alega al interponer el recurso correspondiente¹⁴⁰; que quepa según la ley contra cada una de éstas.

Además, la Sala Primera ha establecido que el recurso de nulidad constituye un *recurso extraordinario* dentro del proceso arbitral; y no una segunda instancia. Lo cual se confirma con la taxatividad de las causales de nulidad, que permiten entrar a conocer la corrección legal del laudo.¹⁴¹

Aunque el término “recurso”, conlleva la posibilidad de un reexamen de las pretensiones y el cuadro fáctico del caso en cuestión; el término “nulidad” por el contrario, no implica un nuevo análisis, desconoce la preexistencia de un proceso. Limitándose el tribunal que conocer del recurso, a acogerlo o rechazarlo. En principio, según Artavia, no confirma ni revoca; aunque en el fondo —si acoge la nulidad—lo que hace es revocar el laudo recurrido.¹⁴²

¹³⁹ Artavia Barrantes, Sergio (2003). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley RAC) y Jurisprudencia Arbitral (anotada). Primera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Dupas. p.225.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p.223.

¹⁴¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002.

¹⁴² Artavia Barrantes, Sergio (2003). *Op. Cit.* p.222.

El marco legal que regula el accionar de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución de recursos de este tipo, se encuentra claramente establecido a partir de la promulgación de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, o Ley No.7727; conocida también como la Ley RAC.

En primer lugar, el Artículo 65 de la Ley RAC, dispone que la Sala Primera de la Corte, es la encargada de resolver el recurso de nulidad interpuesto contra un laudo arbitral. La norma citada, indica:

“Artículo 65: Recurso de nulidad. El recurso de nulidad deberá interponerse ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por las causales establecidas en el artículo 67 de la presente ley, dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo o la resolución que aclare o adicione la resolución. Este recurso no estará sujeto a formalidad alguna, pero deberá indicar la causa de nulidad en que se funda.”

Posteriormente, en el Artículo 67, se establecen las causales taxativas de nulidad que podrán ser invocadas por las partes participantes en un proceso de arbitraje; con el fin de obtener la nulidad total, o parcial, de un laudo. La Sala Primera podrá anular un laudo arbitral, única y exclusivamente, en razón de la constatación de una, o varias, de estas causales:¹⁴³

- a) Que el laudo haya sido dictado fuera del plazo, salvo si las partes lo han ampliado.
- b) Se haya omitido pronunciamiento sobre asuntos sometidos al arbitraje, sin cuya resolución resulte imposible la eficacia y validez de lo resuelto.
- c) Se haya resuelto sobre asuntos no sometidos a arbitraje. La nulidad se decretará en cuanto a los puntos resueltos que no habían sido sometidos al arbitraje y se preservará lo resuelto, si fuere posible.
- d) La controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje.
- e) Se haya violado el principio del debido proceso.

¹⁴³ Cfr. Ley RAC, Artículo 67.

- f) Se haya resuelto en contra de normas imperativas o de orden público.
- g) El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia.

El establecimiento de causales taxativas de nulidad, como restricciones para que los tribunales revisen los laudos, ha sido de gran importancia para lograr que los mismos sean definitivos y vinculen a las partes.¹⁴⁴ Al menos, esta pudo ser la intención original, de la definición de estas causales. Ante todo, ha imperado la *ejecutabilidad* del laudo, por las consecuencias que su dictado acarrea en el orden jurídico y particularmente en el judicial.¹⁴⁵

Cuando apenas iniciaba la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley RAC, con respecto a la tramitación del proceso arbitral, la Sala expuso al resolver un recurso de nulidad de un laudo, lo siguiente:

*“II. Mediante Ley número 7727 de 9 de diciembre de 1997, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se derogó la normativa procesal civil tocante a los procesos arbitrales. (...) En el numeral 67, se indican las causales taxativas de nulidad que proceden contra el laudo. De conformidad con esa norma, únicamente es posible aducir infracciones de índole procesal que atenten contra la validez del fallo arbitral. Sea, dentro del recurso de nulidad, el pronunciamiento respectivo se limita a determinar la validez o invalidez del fallo, teniendo como base para su examen esas causales, sin entrar a conocer el fondo del asunto, el cual no puede ser variado o enmendado.”*¹⁴⁶(la negrita no es del original)

A través de los últimos años, la Sala Primera ha ido reforzando la idea de que la participación del tribunal judicial en un arbitraje, es excepcional. Tratándose de la nulidad,

¹⁴⁴ Briceño Sierra, Humberto (1963). *El Arbitraje en el Derecho Privado. Situación Internacional*. Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México: Imprenta Universitaria. México. p.94-95.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Opina el autor Briceño Sierra, que el laudo ante todo “es decisión”. p.95.

¹⁴⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.423, de las 16:00 horas del 2 de junio del 2000.

aclara, la Sala “no tiene competencia (...) para cuestionar el fondo de lo debatido y mucho menos para sustituir el criterio del órgano arbitral por no compartirlo.”¹⁴⁷

En relación con las potestades que tiene para resolver el recurso de nulidad del laudo arbitral, y sobre los límites de su competencia, esta Sala ha dispuesto:

“I. En el proceso arbitral el recurso de nulidad dictado contra los laudos de los Tribunales arbitrales, de conformidad con la Ley N° 7727 (...) es de conocimiento de la Sala de Casación, como el más alto Tribunal del país por estar ubicado en la cúspide de los demás órganos jurisdiccionales. Se otorga para combatir los fundamentos, motivos o argumentos sustentados por los laudos en cuanto resulten desfavorables al recurrente, por haber infringido alguna de las causales específicamente establecidas por la ley. La Sala juzga los laudos y no juzga casos. Cuando encuentra el yerro endilgado lo declara y dispone la nulidad del laudo, o lo reenvía solo en casos muy calificados (Artículos 616 Y 617 del Código Procesal Civil, no derogados por la Ley N° 7727), o cuando encuentra la nulidad parcial del mismo así lo declara, dejando incólume el resto del laudo. La competencia de la Sala está limitada a los reproches o reparos opuestos por el recurrente al laudo. No puede rebasar ese límite porque precisamente la competencia se la otorga el recurso en las cuestiones planteadas. (...) Se le ha concebido para garantizar la correcta tramitación del proceso arbitral, y no para lograr la correcta interpretación del derecho. (...) El recurso de nulidad pretende cumplir el fin de garantizar el debido proceso y además la seguridad jurídica a través de la recta aplicación del proceso arbitral.”¹⁴⁸

Al contrario del recurso de casación en materia civil, el recurso de nulidad del laudo arbitral solo procede por errores *in procedendo* (las conocidas causales de forma), y no también por errores *in iudicando* (por violación de normas de fondo o de ley).¹⁴⁹ Ello conlleva, a que este último sea rechazado, si únicamente se alegan violaciones de normas de fondo; aunque ellas se “encuentren disfrazadas” en una causal de forma. Al respecto, la Sala Primera ha expuesto:

¹⁴⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 595, de las 15:05 horas del 8 de agosto del 2001.

¹⁴⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 76 de las 15:00 horas del 19 de enero del 2001.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

“XX. De los reproches formulados por el recurrente, salta a la vista que su intención es obtener pronunciamiento de esta Sala, respecto a la corrección o incorrección legal de la condena por daños y perjuicios, con base en el texto del contrato de la opción de compra, lo cual implicaría analizar el derecho de fondo al cual recurrió el Tribunal. Sin embargo según lo ha resuelto la Sala, en consideración a las causales de nulidad que originan su competencia en materia arbitral, propias de vicios in procedendo, mas no in iudicando, tal posibilidad está expresamente vedada, por lo cual, debe rechazarse el recurso.”¹⁵⁰

Cito a continuación, dos resoluciones de la Sala Primera, que señala las condiciones para realizar el examen del recurso de nulidad de un laudo arbitral:

1. *“XI. Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que el recurso de nulidad contra los laudos se ha concebido para garantizar la correcta tramitación del proceso arbitral, no para lograr la cabal interpretación del Derecho. Se pretende satisfacer el debido proceso y la seguridad jurídica a través de la recta aplicación del procedimiento establecido. La Ley de Resolución Alterna (...) en su artículo 67, preceptúa las causales taxativas de nulidad procedentes contra el laudo. Conforme con esta disposición, con las excepciones específicas de los incisos d) y f), únicamente es posible aducir infracciones de índole procesal que atenten contra la validez del fallo arbitral. En relación, puede consultarse la sentencia de este Tribunal número 210 de las 15 hrs. del 9 de marzo del 2001. Ello conlleva el rechazo si sólo se alega violación a las normas de fondo, aún cuando se encuentren disfrazadas en una causal de forma. A la luz de lo anterior, los fundamentos aducidos en los acápites segundo, cuarto y quinto, no resultan de recibo, por tratarse de aspectos de fondo. Ello por cuanto, en primer lugar, el meollo de lo alegado en el segundo fundamento del reparo (7ª causal), radica en la falta de fundamentación o motivación del laudo tocante al rechazo de la contrademanda formulada. Dicho yerro, según ha resuelto esta Sala, configura un motivo de fondo.”¹⁵¹*

2. *“III.- El denominado recurso de nulidad del laudo arbitral, es un medio para que las partes puedan combatir el fallo, cuando estimen que adolece de los defectos que la Ley sobre Resolución*

¹⁵⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002.

¹⁵¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 346, de las 11:05 horas del 18 de junio del 2003.

Alterna de Conflictos (...), en su artículo 67, contempla como vicios de nulidad. Por ende, no corresponde alegar “nulidad por el fondo”, como se expresa en el recurso bajo estudio, ni pretender con él que la Sala analice la cuestión debatida ni resuelva como si asumiera la competencia del Tribunal Arbitral (...) IV. Es notorio cómo los agravios van orientados a cuestionar la apreciación probatoria efectuada por el señor árbitro, lo cual desborda el radio de acción de la Sala, llamada a conocer, únicamente, por vía de excepción, de las irregularidades presentes en el fallo, que tipifiquen en alguna de las causales definidas, en forma taxativa, en el ya citado artículo 67 y a ello debe restringirse su examen. (...) siendo imposible a esta Sala avocarse a analizar o a pronunciarse sobre el tema de fondo y detalles propuestos (...) VI. Es indudable, finalmente, que del recurso no se extrae que el laudo adolezca de alguno de los vicios de nulidad. Algunas contradicciones acusadas no conllevan, per se, violación al debido proceso (...) Sobre el particular, es notorio que las recurrentes no están de acuerdo con lo resuelto, pero ello no equivale a decir que medie algún vicio generador de nulidad.”¹⁵² (el destacado no es del original, en ambas sentencias citadas)

Haciendo una comparación entre el recurso de nulidad del laudo arbitral y el recurso de casación civil --por la forma--, la Sala Primera señala:

“VII.- En el proceso arbitral el recurso de nulidad en términos generales se asemeja al recurso de casación por la forma previsto en el Código Procesal Civil. Precisamente el resultado del recurso por la forma es la nulidad. Además sigue los mismos principios procesales y se desarrolla prácticamente con los mismos procedimientos. Se diferencia del recurso de casación clásico porque no se concede por violación de las normas de fondo sino solamente por infracción de las normas de procedimiento. Al igual que en el recurso por razones procesales cualquier infracción a las normas del proceso no implica necesariamente la nulidad del fallo, sino solamente cuando esté presente algunas de las causales expresamente establecidas por la ley. En la conocida normativa de solución alternativa de conflictos, o Ley No. 7727 las causales establecidas, son precisas y específicas, y difieren de las contempladas en el numeral 594 del Código Procesal Civil. En algunos casos son prácticamente las mismas, como podría ser quizá el de la incongruencia, aún

¹⁵² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 248, de las 11:10 del 14 de abril del 2004.

*cuando contenga otra forma de redacción, y hay algunas otras definitivamente no contempladas en la nulidad de los laudos por ser propias de la materia general.”*¹⁵³(lo destacado no es del original)

Como nos explican las resoluciones anteriores, las causales de nulidad del laudo arbitral son precisas y específicas. De ahí se desprende la extraordinariedad y taxatividad del recurso de nulidad, que se evidencian en el Artículo 67, al disponerse que: “*únicamente* podrá ser declarado nulo el laudo cuando (...)”. El recurso por lo tanto, sólo procede por los motivos expresamente enumerados en ese artículo; no es procedente la analogía, la paridad de razón, o la ampliación de dichos motivos.¹⁵⁴

Así, las causales que puedan dar origen a la nulidad de laudo arbitral, pueden agruparse según Artavia, en dos grupos¹⁵⁵: 1) En el primer grupo, se incluirían las infracciones jurídicas, y los vicios que preceden al laudo; y 2) El segundo grupo, pertenecería a las causales de impugnación ocasionadas por el mismo laudo; como son: la violación del debido proceso, o la contradicción al orden público.

Son de interés para la presente investigación, las causales de nulidad, ubicadas principalmente en este último grupo. Lo anterior, en razón de que las causales de los incisos e) y f) del Artículo 67, que son las alegadas por resolver en contra de normas de “orden público” y por violaciones al principio de “debido proceso”; son las causales que cuesta más definir. Ya sea porque se trata de conceptos jurídicos indeterminados; o porque éstos han sido definidos de acuerdo con el “tiempo y el espacio” en que las ubique el ordenamiento jurídico.

Los efectos de estas dos causales son de gran importancia. Al ser invocadas, generan un estudio minucioso del laudo, que muchas veces confunde el alcance de la función de los juzgadores de la Sala Primera. Originando que esta Sala realice un análisis exhaustivo de las

¹⁵³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 662, de las 14:45 hrs. del 8 de setiembre del 2000. V. también, No. 594, de las 11:40 horas del 18 de agosto del 2000.

¹⁵⁴ Artavia Barrantes, Sergio (2003). Op. Cit. p.234.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

mismas, en cada una de las sentencias que tocan el tema de su procedencia o no. El examen de estas causales de nulidad, dependerá en la mayoría de las ocasiones, de la forma en que hayan sido planteadas por las partes.¹⁵⁶

Según explica el Lic. Federico Torrealba, *“las partes suelen invocar esta causal (se refiere a la causal por resolución en contra de las normas de orden público) -y la de la violación al debido proceso, en su vertiente sustantiva¹⁵⁷-- para intentar abrir la vía hacia el control judicial por el fondo de los laudos arbitrales.”¹⁵⁸*

En cuanto a la causal de nulidad del laudo, en razón de que el tribunal haya resuelto contra normas de orden público, contenida en el inciso f) del Artículo 67, de la Ley RAC; la Sala Primera ha definido --de forma un tanto confusa-- lo que a su parecer debe ser entendido como el concepto de “normas de orden público”. Con la finalidad, de dar una “correcta interpretación” al significado de esta causal. Al respecto, ha indicado:

“XVII. Tocante a la violación de normas de orden público en el dictado de los laudos arbitrales esta Sala ha manifestado: “(...) El concepto jurídico de orden público es indeterminado, flexible, dinámico y de difícil definición. No obstante, puede entenderse como el conjunto de principios inspiradores de un ordenamiento jurídico reflejo de los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. Existen varias clases de orden público. La clasificación más importante distingue entre orden público interno y orden público internacional. El primero puede dar lugar a la anulación del laudo. Otra clasificación importante sería la relativa al orden público material, orden público procesal y orden público constitucional. Dentro del proceso arbitral se prevé la nulidad del laudo infractor del orden público, y en tal caso, la causal podría ser alegada por la parte, pudiendo originar una nulidad total del laudo. Esta causal podría interpretarse de dos

¹⁵⁶ Sobre la causal de nulidad del laudo arbitral, por violación al debido proceso, ver sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: No.891-2006, No.248-2004, No.484-2003, No.346-2003, No.268-2002, y No. 594-2000. Sobre la causal de nulidad, por resolver en contra de normas de orden público, ver: No.685-2005, No.358-2002, No.812-2000, No.76-2001, No.766-2001, y No.837-2001; entre otras.

¹⁵⁷ Las distintas vertientes que presenta el concepto de “debido proceso”, y que han sido reconocidas a través de la Sala Constitucional, serán objeto de un mayor análisis en la siguiente Sección.

¹⁵⁸ Opinión personal del Lic. Federico Torrealba Navas.

*maneras: por un lado, la violación al orden público sólo se produciría cuando se sometan a arbitraje materias excluidas, por su propia naturaleza jurídica de derechos indisponibles, pero por otra parte, también podría interpretarse, admitiendo la impugnación de laudos en base a fundamentos excluidos por el legislador.”*¹⁵⁹

Por su parte, la causal de nulidad por violación al “principio del debido proceso”, que está dispuesta en el inciso e) del citado artículo, puede tener varias acepciones y alcances. Según Sergio Artavia, debe entenderse que esta causal implica:

*“(…) la infracción a normas esenciales e irrenunciables del procedimiento y a fases esenciales acordadas por las partes o establecidas en el reglamento de un centro arbitral. (...) es necesario, como en todos los casos de violación al debido proceso que esa infracción haya producido perjuicio al recurrente (...)”*¹⁶⁰

Resumo a continuación, la posición del autor Artavia, en cuanto a los principales puntos que a su parecer, conforman el contenido del principio de debido proceso:¹⁶¹

- 1) La presentación, plazos, forma, notificación y acceso a la demanda.
- 2) El desarrollo del proceso; en cuanto al respeto de la igualdad procesal y el establecimiento de plazos y etapas, en general.
- 3) En cuanto a las pruebas: el derecho a aportarlas, a contradecirlas, a participar de su recepción si es del caso; y lo más importante: el derecho a una “razonable valoración de la prueba”, bajo las reglas de la sana crítica.
- 4) Finalmente, en cuanto al laudo: las partes tienen el derecho a un laudo debidamente fundamentado y motivado. Así como el derecho a una debida deliberación por parte del tribunal, y a la notificación del mismo.

¹⁵⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 358, de las 10:35 hrs. del 3 de mayo del 2002. En este mismo sentido, también No. 812, de las 15:20 horas del 17 de octubre del 2001.

¹⁶⁰ Artavia Barrantes., Sergio (2003). Op. Cit. p.249.

¹⁶¹ Ibídem. pp.250 a 251.

Precisamente los puntos resaltados, son los que han generado más controversia en la interpretación del concepto de debido proceso. Más adelante, procederemos a analizar de forma específica, los alcances del principio del debido proceso; para así determinar si la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia los ha interpretado correctamente. Además comentaremos la jurisprudencia de esta Sala, que ha impuesto límites al análisis de este principio; cuando se alega su violación por parte de un tribunal arbitral.

Como hemos constatado, el debido proceso garantiza la correcta *fundamentación* y *motivación* del laudo; y la *valoración razonable* de la prueba. La forma de verificar que un tribunal arbitral haya cumplido con estas garantías, no puede ser más que realizando un análisis del fondo del laudo. Solo así puede determinarse, en ocasiones, si los árbitros hicieron una correcta interpretación de los medios probatorios; o si los fundamentos que utilizaron para resolver, no son “absurdos” ni violatorios de alguna regla de la sana crítica racional.

Sin embargo, la Sala Primera ha interpretado que el examen de la causal de violación al debido proceso, no puede adentrarse en los criterios que utilizaron los árbitros para resolver; y no permite un análisis del fondo de lo resuelto. Con lo que de cierto modo, ha “fraccionado” el alcance del principio, tomando en cuenta solo en su sentido meramente formalista.

A manera de ejemplo, transcribo el siguiente extracto de una sentencia de la Sala Primera; en la que se analizó uno de los reclamos de nulidad contra un laudo arbitral, invocado por una de las partes. El recurrente alegó, que el tribunal arbitral resolvió sin tomar en cuenta prueba aportada al expediente; la cual demostraba la existencia del daño moral ocasionado hacia su persona. La Sala razonó este reclamo de la siguiente forma:

“III. (...) A la luz de lo expuesto, debe indicarse que el pronunciamiento que pretende el recurrente sobre la procedencia o no del daño moral, escapa a la competencia de esta Sala. Ya que ese extremo fue denegado por el Tribunal, aduciendo que: “el actor no probó la existencia... y NO EXISTEN en el proceso presunciones que pongan de manifiesto el daño moral sufrido por el

actor...” (...) De tal razonamiento discrepa el recurrente, argumentando que existe prueba documental que lo acredita, por lo que debió concederse. Para determinar si lleva razón o no el petente, se requiere de un análisis de los elementos probatorios que cita y del derecho sustantivo aplicable en la especie, es decir se necesita examinar aspectos probatorios y de fondo, ámbito vedado en el caso del recurso de nulidad del laudo, pues como se señaló la competencia de la Sala se circunscribe a estudiar las infracciones procesales dispuestas de manera taxativa en el artículo 67 de la Ley RAC. En consecuencia, el agravio no es de recibo por tratarse de un aspecto de fondo.”¹⁶²

En este caso, cabe preguntarse: ¿Qué sucedería, si efectivamente el tribunal arbitral se “equivocó” y no analizó cierta prueba incorporada al expediente? Es posible que el tribunal no realice una adecuada interpretación de la prueba; prueba que sería básica para establecer la procedencia de una pretensión en específico. Esto es un asunto grave, de suma importancia; pues pueden verse lesionados los derechos de una de las partes. Y sin embargo, no existe una oportunidad, para que estos posibles errores del tribunal arbitral, sean revisados.

El examen de las causales taxativas de nulidad, dispuestas en la Ley RAC, para la resolución de los recursos contra los laudos arbitrales, es realizado estrictamente por la Sala Primera. Lo anterior, con el fin de no extralimitarse en el desempeño de su encargo jurisdiccional; y con la intención de no desvirtuar el procedimiento arbitral.

Este proceder de la Sala Primera, ha contribuido a que se vaya creando paulatinamente una “jurisprudencia arbitral”. Lo anterior, debido a que muchos recursos de nulidad de laudos arbitrales son declarados sin lugar; por la improcedencia de las causales alegadas. La propia rigidez de la Sala deja subsistente e incólume, el contenido de muchos laudos; de forma tal y como fueron redactados por los árbitros.¹⁶³

¹⁶² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 720, de las 15:40 horas del 27 de setiembre del 2006.

¹⁶³ Al respecto del proceder de la Sala Primera, en la resolución de los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales, entrevistamos a la Lcda. Gianna Cersosimo; quien posee amplia experiencia como litigante, tanto en procesos judiciales como arbitrales. Ella opina que: “*La justicia arbitral –sobre todo los arbitrajes de*

Muchos abogados litigantes confirman la necesidad de hacer un análisis de la jurisprudencia arbitral antes de asumir un caso en un proceso de arbitraje. El análisis casuístico, a mi parecer, sería el método recomendado para estudiar los criterios emanados de los tribunales arbitrales costarricenses. Esto ayudaría, tanto para asesorar a los clientes en la elaboración de sus contratos -- en una fase previa a la controversia --; como para el momento en que deban someterse a un arbitraje.

Sin duda, la labor de la Sala Primera merece ser reexaminada. Los laudos arbitrales que fueron recurridos en los últimos años, aumentaron. De estos laudos, una gran mayoría han adquirido firmeza; al no ser anulados por la Sala. Sin contar con la gran cantidad de laudos que no son recurridos por las partes. La jurisprudencia arbitral, aunque es “difusa”, se crea, expande y mantiene, a través del resultado del examen del recurso de nulidad del laudo; que realiza la Sala Primera.¹⁶⁴

Concluyo la discusión de este tema, planteando otra interrogante: ¿Es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como Sala de Casación, no solo responsable de la unificación de la jurisprudencia judicial; sino también, “indirectamente” responsable de la creciente consolidación de una *jurisprudencia arbitral costarricense*?

equidad- puede interpretar en forma muy distinta el actuar de una u otra parte, o el alcance de alguna cláusula. Esto porque los árbitros a veces interpretan las cosas en forma distinta a la jurisprudencia tradicional.” Asimismo, indicó: “(...) la Sala únicamente revisa el laudo en cuanto a aspectos muy básicos. El fondo prácticamente nunca varía. El riesgo es que quien redacta el contrato o quien asesora legalmente a las partes contratantes a la hora de plasmar la redacción de cada cláusula contractual, probablemente lo hace consiente de los lineamientos generales de la jurisprudencia tradicional, y no necesariamente contempla esta variable.” Cersosimo D’Agostino, Gianna (2007). Entrevista realizada en el Bufete Torrealba & Asociados. 7 de julio del 2007.

¹⁶⁴ Ver Anexo #2. Estadística elaborada por la autora, sobre el resultado de la resolución de los recursos de nulidad de los laudos arbitrales por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. De 63 resoluciones de la Sala, que resolvieron recursos de nulidad contra laudos arbitrales: 14 se declararon con lugar, 7 parcialmente con lugar, y 42 se declararon sin lugar. Es decir, que un 66.66% de los recursos, el laudo arbitral se mantuvo incólume.

Sección II. Análisis del concepto de “debido proceso sustantivo”, según la Sala Constitucional costarricense; y sus implicaciones en la jurisprudencia de la Sala Primera.

A continuación, se comentará el concepto de *debido proceso*, que ha sido proporcionado por la Sala Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia costarricense. Se hará una comparación entre la definición dada por dicha Sala y la acepción de este principio aplicada por la Sala Primera de Justicia. Siempre dentro del ámbito de la resolución del recurso de nulidad del laudo arbitral.¹⁶⁵

El respeto y observancia de las reglas del debido proceso, tiene rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Según la Sala Constitucional,¹⁶⁶ los principios del debido proceso, tienen asiento en los artículos 8 y 25 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; y 39 de la *Constitución Política*.¹⁶⁷

Nuestra Constitución, contiene una norma, que según la Sala Constitucional, se ha convertido en una “regla genérica”, para la aplicación del *principio de debido proceso* en nuestro ordenamiento. Se refiere al Artículo 39, el cual dispone:

“Artículo 39: A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior, y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”.

¹⁶⁵ Se examinará el criterio que ha mantenido la Sala Primera, con respecto a la resolución de la causal de nulidad del laudo, por violaciones al debido proceso; contenida en el Artículo 67 inciso e), de la Ley RAC.

¹⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No.1224, de las 14:52 horas del 6 de febrero del 2002, que cita al Voto No. 3333-98 de las 15:36 horas del 21 de mayo de 1998, de esta misma Sala.

¹⁶⁷ Constitución Política de la República de Costa Rica, de 1949. De la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969 (Pacto de San José), ver: Art.8, de las Garantías Procesales; y el Art.25, sobre la Protección Judicial.

Ampliando los alcances del principio de debido proceso, el Artículo 41 constitucional, indica en lo que interesa:

“Artículo 41: Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación (...) Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Un efecto importante derivado de este principio, es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la *legalidad y razonabilidad* de toda sentencia o resolución jurisdiccional. En casos en que ésta imponga un gravamen irreparable o de difícil reparación; y cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos, o libertades, fundamentales sustanciales.¹⁶⁸

Con respecto a los elementos esenciales que definen el principio de debido proceso de forma general, la Sala Constitucional ha establecido:

“Considerando. Único. (...) este Tribunal tiene por probado que al accionante se le ha violado el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de "bilateralidad de la audiencia" del "debido proceso legal" o "principio de contradicción" y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; ,b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada. Tomen en cuenta los recurridos que el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para

¹⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.1224, de las 14:52 horas del 6 de febrero del 2002.

*cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública (...)*¹⁶⁹ (el énfasis no es del original)

Considerada como la sentencia más relevante en la materia, la resolución *No.1739-1992* de la Sala Constitucional, se propuso definir los elementos esenciales de este principio; haciendo un repaso de su origen en la doctrina internacional y sintetizando el desarrollo de las distintas acepciones que posee el principio del debido proceso, actualmente.¹⁷⁰ La resolución mencionada, es de considerable extensión. Sin embargo, dada la importancia de los criterios y clasificaciones que contiene, se hace necesaria su transcripción en lo que interesa:

“I. El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia. Este desarrollo muestra tres etapas de crecimiento, a saber: a) En un primer momento se atribuyó valor y efecto constitucional al principio del debido proceso legal -como aun se conoce en la tradición británica y norteamericana: due process of law-. Del capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. (...) A partir de este último concepto (...) se desarrolló el de debido proceso legal -due process of law-, en su acepción contemporánea. El capítulo 39 fue una protesta contra el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad, y garantizaba el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. (...) Pero

¹⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.15, de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990. Sobre el debido proceso en sede administrativa, la Sala Constitucional ha establecido que se aplica el “principio general de fundamentación de los actos administrativos”; desarrollado por la Ley General de la Administración Pública, que es a su vez, una garantía que integra del debido proceso sustantivo. V. por ejemplo, Voto No.3664, de las 10:34 horas del 16 de marzo de 2007, que cita a su vez, el Voto No.6322-2003.

¹⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739, de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992. Considerada como la sentencia “marco” para el estudio de la definición del principio de debido proceso; respecto a sus alcances, contenido y principios que lo integran. Lo anterior, según información del Sistema Costarricense de Información Jurisprudencial (SCIJ), sección de jurisprudencia relevante sobre el tema del debido proceso. V. sitio en Internet del SCIJ.

con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. (...) De todo esto fue desprendiendo también una reserva de ley en materia procesal, en virtud de la cual las normas rituales sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del Parlamento (...) b) Sin embargo, a poco andar la insuficiencia del principio anterior, derivada de su carácter meramente formal, hizo que la doctrina se extendiera al llamado debido proceso constitucional -hoy, simplemente, debido proceso-, según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no sólo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; con lo que se llegó a entender que la expresión de la Magna Charta law of the land se refiere, en general, a todo el sistema de las garantías -todavía sólo procesales o instrumentales- implicadas en la legalidad constitucional. Este es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual. c) Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial -substantive due process of law-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados (...) pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución. De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado

y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.”¹⁷¹ (el destacado no es del original)

En resumen, según el Voto No.1739-92 de la Sala Constitucional, el concepto del debido proceso a partir de la Carta Magna --pero muy especialmente a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos-- se ha desarrollado en tres grandes sentidos:

- a) El del *debido proceso legal, adjetivo o formal*; entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) El del *debido proceso constitucional o debido proceso a secas*; como procedimiento judicial justo. Todavía adjetivo o formal -procesal-; y
- c) El del *debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad*; equivalente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas, o actos públicos, o incluso privados. Como requisito de su propia validez constitucional. El principio de debido proceso sustantivo, es entendido como el ajuste a las normas o preceptos concretos de la Constitución, y al sentido de justicia contenido en ella. Implica el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

La importancia de poner en evidencia, las diferentes acepciones del concepto de debido proceso, es la siguiente: En la resolución del recurso de nulidad del laudo que invoca la causal de violación al debido proceso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se ha negado a

¹⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739, de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992.

analizar la fundamentación y/o el análisis probatorio de los laudos. En pocas palabras, ha vedado la posibilidad de cualquier examen de la proporcionalidad o razonabilidad del laudo.

Entonces: ¿Qué debemos entender por el análisis del *principio de razonabilidad*, como equivalente, según la Sala Constitucional, al concepto de *debido proceso sustantivo*? En cuanto al concepto de razonabilidad de la sentencia --aplicable al laudo arbitral--, constitucionalmente se ha expuesto lo siguiente:

*"III. (...) La jurisprudencia constitucional ha sido clara y conteste en considerar que el principio de razonabilidad constituye un parámetro de constitucionalidad. Conviene recordar, en primer término, que la "razonabilidad de la ley" nació como parte del "debido proceso sustantivo" (substantive due process of law), garantía creada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. (...) La superación del "debido proceso" como garantía procesal obedece, básicamente, a que también la ley que se ha ajustado al procedimiento establecido y es válida y eficaz, puede lesionar el Derecho de la Constitución. Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada "razonabilidad técnica" dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de "razonabilidad técnica" hay que analizar la "razonabilidad jurídica." Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado (...) b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Fue en la sentencia número 01739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos, donde por primera vez se intentó definir este principio (...)"*¹⁷² (el énfasis no es del original)

¹⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No.4881, de las 14:56 horas del 22 de mayo del 2002. Sobre los componentes de la "razonabilidad", como lo son: la legitimidad, idoneidad, necesidad y

Por su parte, la Sala Primera ha definido también el concepto del debido proceso; indicando que uno de sus componentes más importantes es *la motivación de lo resuelto*, contenida en la sentencia. Con esta afirmación, la misma Sala reconoce el componente sustantivo del principio de debido proceso. La Sala Primera, expone este criterio en la siguiente sentencia:

“V. (...) El derecho fundamental del debido proceso, como se sabe, tiene raigambre Constitucional, y si se quiere trasciende la positividad de una norma primaria para irradiar todo el ordenamiento jurídico (escrito y no escrito), a título de Principio General del Derecho, pues al fin y al cabo no es más que una consecuencia del Derecho de Defensa catalogado con el carácter de humano. Sus manifestaciones en los diversos procedimientos no son pocas, y las aristas de su análisis han provocado múltiples consideraciones de cara a la invalidez o no de un procedimiento o proceso previo, de quien enfrenta la exigencia o la necesidad de una resolución final de fondo sobre el derecho que se debate. Son varias las facetas por cubrir para que pueda entenderse cumplimentado a cabalidad, y dentro de ellas destaca, la necesaria motivación de lo resuelto, que busca esencialmente tres objetivos: a) interdicción de la arbitrariedad del juzgador, en cuanto obliga a un elenco de hechos probados, y suprime así cualquier elemento de mera conciencia ajeno a quien resuelve en Derecho, puesto que el ejercicio de su autoridad no es más que manifestación del principio democrático de las potestades públicas con apego y sometimiento al Derecho; b) convencimiento de las partes que han sometido su diferendo a un mecanismo de resolución heterocompositivo, y c) fundamentación necesaria para quienes, inconformes con lo resuelto, puedan acudir ante el superior desvirtuando los razonamientos del a-quo.”¹⁷³(lo destacado no es del original)

Aunque hasta este punto, la posición de la Sala Primera pareciera seguir al concepto de debido proceso proporcionado por la Sala Constitucional; más adelante aclara en esta misma resolución las “salvedades” de la aplicación de dicho principio, así:

proporcionalidad; ver Sala Constitucional, votos No.3933- 98 y No. 8858-98. Sobre el principio de razonabilidad constitucional ver Voto No. 05236-99.

¹⁷³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.484, de las 10:30 del 12 de agosto del 2003.

“V. (...) Es preciso advertir, que tanto desde el punto de vista Constitucional, como en la nulidad que en esta materia se establece, la debida motivación como parte del debido proceso, no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alza de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto. No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia. Para el cumplimiento de la exigencia constitucional de comentario, basta en este caso, una motivación razonable y razonada en la que se indiquen las ponderaciones que el juzgador hizo de las circunstancias subyacentes del conflicto planteado, que lleven a una lógica conclusión en su parte dispositiva. Mas simple, la falta de motivación (intrínseca en el debido proceso) como causal de anulación del laudo, esta referida a la carencia absoluta de fundamentación y razonamiento de la decisión final, mas no a la exhaustividad y valoración de los elementos de convicción traídos a los autos. El último párrafo del ordinal 58 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, confirma esa tesis, pues obliga a los tribunales arbitrales a exponer las razones en que se basa el laudo (...)”¹⁷⁴

Como apreciamos, la Sala Primera no aplica el concepto de debido proceso en su vertiente sustantiva; y niega el análisis de la fundamentación o razonabilidad de la decisión arbitral. De la resolución citada anteriormente, se obtiene una posición contradictoria de dicha Sala. Por un lado, establece que el examen de la razonabilidad involucra el garantizar la existencia de un elenco de hechos probados en el proceso. Además, indica la importancia de la fundamentación necesaria de toda sentencia.

Posteriormente la misma Sala dispone que la debida motivación, como parte del debido proceso, *“no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros.”* Su argumento radica en que esto implicaría una revisión en alza de las probanzas aportadas en el proceso arbitral; y una valoración respecto de lo dispuesto por los árbitros.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

Sin embargo, creemos que es imprescindible para la realización del examen de la causal de nulidad por violación al debido proceso, el desarrollar el alcance del concepto tal y como la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional lo ha planteado. La Sala Primera, ha debido considerar la fase *sustantiva* del debido proceso; para permitirse examinar la razonabilidad de los fallos, su proporcionalidad, su ajuste formal con la Constitución, y su debida justificación.¹⁷⁶

Aunque esta clase de análisis, ha sido demandado en varias ocasiones por las partes, al recurrir los laudos arbitrales ante la Sala Primera; la jurisprudencia de esta Sala ha considerado imponer ciertos “límites” al examen de las causales de nulidad. A continuación, se citarán varias resoluciones de la Sala Primera; en las cuales podremos apreciar su criterio tradicional en torno a la procedencia de la causal de nulidad del laudo arbitral, por violación al debido proceso.

En primer lugar, citaremos una resolución en la que la Sala Primera declaró procedente la nulidad de un laudo arbitral, en razón de una violación “sustancial” del derecho de defensa; y por ende, del debido proceso. En este caso, el tribunal arbitral incumplió con el otorgamiento de un plazo prudencial para la presentación de las conclusiones, de una de las partes. La Sala resolvió:

“IV.- Distinto sucede en relación a la violación al principio del debido proceso aludida en el acápite C, en el que esta Sala, sí encuentra motivo suficiente para anular el laudo recurrido. El artículo 39 de la Ley 7727, tal y como ya se dijo, concede la libertad a las partes de escoger el procedimiento que regulará el proceso arbitral, siempre que ese procedimiento respete los

¹⁷⁶ Indica Luis Baudrit, que las acciones privadas de un ser humano no deben absurdas, ni ilógicas, ni irracionales. No puede ser constitucionalmente válido un acto público o privado que sea absurdo, irracional o desproporcionado. Por esta razón, las acciones privadas al igual que las normas y los actos públicos, necesariamente han de ser razonables y fundados. Los principios constitucionales mencionados en la sentencia No 1732-92 de la Sala Constitucional, son los de racionalidad, razonabilidad, y proporcionalidad. V. Baudrit Carrillo, Luis. (1993). *¿Queda algo del nominalismo monetario? Comentario a una sentencia de la Sala Constitucional.* Revista Ivstitia. No.80, Año (7). pp.1.

principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción. En el caso que las partes no hayan ejercido tal derecho, como sucede en el subexámine, el Tribunal deberá sujetarse a las reglas procedimentales establecidas en la Ley 7727. (...) En la especie, se advierte que el Tribunal omitió conferir término a las partes para que formularan sus conclusiones, lo cual constituye una violación grave del procedimiento ordenado, en perjuicio del derecho de defensa de las partes, que en último término implica el quebranto del principio del debido proceso. (...) Contrario a lo solicitado, el Tribunal Arbitral, sin mediar resolución que justifique la denegación de ese derecho de las partes, dicta el Laudo sin más. Tal actitud de parte del órgano colegiado obliga a esta Sala a declarar la nulidad del laudo impugnado por quebranto del debido proceso. XI (...) Evidentemente es una etapa obligatoria, y no potestativa o facultativa para el Tribunal Arbitral, salvo si las partes hubieren estado de acuerdo expresamente en no verificarla por el mencionado principio de libre elección del procedimiento. (...) esta Sala considera que lo procedente es anular el laudo, remitir el expediente al Tribunal con el objeto de que proceda a otorgarle a las partes el respectivo plazo para emitir conclusiones, o bien convocar a una audiencia para ello, para subsanar el debido proceso, luego de lo cual deberá obligatoriamente dictar el nuevo laudo.”¹⁷⁷

A pesar de casos como el anterior, en el que sí ha procedido --en criterio de la Sala Primera-- la nulidad del laudo por violaciones al debido proceso,¹⁷⁸ en muchos otros casos, las partes no han tenido éxito al invocar dicha causal de nulidad. La Sala Primera ha considerado que, en estos casos, la forma en que se plantearon los recursos de nulidad genera una *revisión del fondo* de la controversia resuelta por los tribunales arbitrales.

Como hemos comentado anteriormente, la Sala ha recalcado que el examen del fondo de los laudos arbitrales, no está dentro de su competencia; ni se encuentra comprendido dentro de las causales taxativas de nulidad comprendidas en la Ley RAC. A continuación, citaremos otros ejemplos de casos resueltos por la Sala, donde se reitera esta posición.

¹⁷⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 594, de las 11:45 horas del 18 de agosto del 2000.

¹⁷⁸ Como ejemplo de otros casos en los que la Sala Primera ha declarado con lugar, la nulidad del laudo arbitral por violaciones al debido proceso, ver resoluciones de esta Sala: No.886-F-2002, y 950-F-2006.

El recurrente en el siguiente ejemplo, afirmó que el laudo arbitral acogió distintas pretensiones de la demanda, sin que en autos constaran los elementos probatorios que demostraran su procedencia; por lo que invocó la causal de nulidad por violación al principio del debido proceso y manifestó:

*“(...) es evidente que, en el laudo impugnado, se incurre en la causal de nulidad prevista en el artículo 67 inciso e) de la Ley RAC, al acoger las distintas pretensiones de la demanda sin que constaran en autos los elementos probatorios que las acreditaran; así como por desconocer o ignorar prueba fundamental para la resolución del sub-arbitrio, con la cual se acreditaba la improcedencia de los distintos extremos de la demanda.”*¹⁷⁹

La Sala Primera, al resolver el recurso de nulidad respectivo, indicó:

*“IX. (...) esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que el recurso de nulidad contra los laudos se concibió para garantizar, básicamente, la correcta tramitación del proceso arbitral. La Ley RAC, en su artículo 67, que preceptúa las causales taxativas de nulidad procedentes contra el laudo, tiene esa orientación, pues únicamente, con las excepciones específicas de los incisos d) y f), es posible aducir infracciones de índole procesal que atenten contra la validez del fallo arbitral. (...) Ello conlleva el rechazo del recurso si sólo se alega violación a las normas de fondo, aún cuando se encuentren disfrazadas en una causal de forma. El eje de lo alegado por el señor Procurador radica en un problema de orden probatorio, tanto por errónea fundamentación del laudo, cuanto por indebida valoración de la prueba. (...) De darse tal desafuero, como lo ha resuelto este órgano jurisdiccional en innumerables fallos, a tenor de lo dispuesto en el numeral 595 inciso 3 del Código Procesal Civil, configuraría un motivo de casación por razones de fondo, por violación indirecta de ley; el cual según expuesto, no resulta revisable en esta vía. (...) el cuestionamiento de la apreciación probatoria efectuada por los árbitros es un aspecto ajeno a la labor contralora de esta Sala. En consecuencia, se impone el rechazo del presente agravio.”*¹⁸⁰

¹⁷⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006.

¹⁸⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006. Al respecto del cuestionamiento de la apreciación probatoria por parte de los tribunales arbitrales, ver las

De seguido, se citan dos casos más en los que la Sala Primera mantiene en su postura con respecto a este tema:

1. *“XX.- De los reproches formulados por el recurrente, salta a la vista que su intención es obtener pronunciamiento de esta Sala, respecto a la corrección o incorrección legal de la condena por daños y perjuicios, con base en el texto del contrato de la opción de compra, lo cual implicaría analizar el derecho de fondo al cual recurrió el Tribunal. Sin embargo según lo ha resuelto la Sala, en consideración a las causales de nulidad que originan su competencia en materia arbitral, propias de vicios in procedendo, mas no in iudicando, tal posibilidad está expresamente vedada, por lo cual, debe rechazarse el recurso.”*¹⁸¹

2. *“V. Por último, acusa nuevamente la vulneración al debido proceso, pero ahora sustentada en una indebida ponderación de la prueba. (...) Atendiendo a lo expuesto, es claro que no corresponde a esta Sala el examen de las pruebas, ni su valoración, aspecto que de forma imprecisa reclama la recurrente, pues no especificó los elementos que estimó mal ponderados, ni los yerros que se dieron en ese análisis. Así las cosas, siendo que no se acusa una ausencia absoluta de motivación, no violentó el Tribunal arbitral el principio del debido proceso, en consecuencia, el agravio debe desestimarse.”*¹⁸²

En otro caso específico, el recurrente alegó varias causales de nulidad del laudo arbitral ante la Sala Primera. Para justificar la nulidad por violación al debido proceso, el mismo se apoyó en el desarrollo la acepción sustantiva de este concepto; encontrada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Sus argumentos pueden ser resumidos de la siguiente forma:

“XV. (...) alega el apoderado de la recurrente el quebranto de lo que ha dado en llamar debido proceso sustantivo. Apunta, que a la fecha el recurso de nulidad contra laudos arbitrales se ha limitado, fundamentalmente, al examen de aspectos procesales, entre ellos la eventual falta del

sentencias: No.268 de las 16:10 horas del 3 de abril de 2002 y 248 de las 11:10 horas del 14 de abril del 2004.

¹⁸¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002.

¹⁸² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 891, de las 10:05 horas del 5 de noviembre de 2006.

debido proceso en su dimensión adjetiva, sin considerar el avance que dicho concepto ha tenido a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional. Hoy por hoy, dice, en contraposición al debido proceso adjetivo se ha dado todo un desarrollo de lo que se ha llamado debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, que tiene que ver con el fondo de lo resuelto. De lo que se trata, anota, es de que lo resuelto se ajuste con el sentido de justicia que la Constitución alberga. Desde esa perspectiva, arguye la representación de la recurrente, el condenar a su representada a pagar a CHDJ la suma de \$288.176 por concepto de reintegro parcial de “multas” impuestas por el ICE a CHDJ por falta de suministro de energía eléctrica durante un período específico, constituye una grave violación del principio de razonabilidad, pues resulta desproporcionada y sin sustento en el contrato suscrito entre las partes. La causa jurídica de dichas “multas”, añade, se refiere a aspectos totalmente ajenos a la relación contractual bajo examen (...)”¹⁸³ (el destacado no es del original)

La Sala Primera, rechazó dichos argumentos, y nuevamente reafirmó su negativa a examinar la *razonabilidad* del laudo arbitral --que tiene que ver con el análisis de las fundamentaciones o contenido del fondo del laudo--. Aunque esta petición, se haya basado en la causal de nulidad por violación al debido proceso sustantivo, del inciso e) del Artículo 67 de la Ley RAC; y en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. En este sentido, resolvió:

“XVI. El recurso de nulidad contra los laudos se ha concebido como un instrumento para garantizar la correcta tramitación del proceso arbitral. Salvo el examen que la Sala puede hacer de la nulidad del laudo por contrariar el orden público (inciso f) del artículo 67 de la Ley N° 7727), no es posible discutir y resolver aspectos de fondo de la decisión. Aún ante la excepción del inciso f) ibídem, el escrutinio se limita a confrontar la parte decisoria con las normas imperativas o de orden público invocadas, sin que pueda la Sala darle un contenido nuevo al laudo en caso de llegar a anular. En la especie, el recurrente pretende que la Sala examine el fondo del laudo invocando un motivo que no se ajusta al contenido real de la causal prevista en el inciso e) del artículo 67 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz

¹⁸³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.154, de las 11:05 horas del 3 de marzo del 2004.

*Social, Ley N°7727, violación del principio del debido proceso. Razón por la cual lo indicado por el recurrente en los agravios de mérito no resulta de recibo.”*¹⁸⁴(lo destacado no es del original)

El recurrente en esta sentencia citada, no ha sido el único que ha alegado la causal de violación al principio de debido proceso, en su vertiente sustantiva; para solicitar la nulidad de un laudo arbitral. Encontramos un único caso, de un recurso de nulidad resuelto por la Sala Primera, en el que el laudo arbitral sí fue anulado por falta de motivación. Lo que llamó en extremo nuestra atención.

El voto de la Sala Primera no fue unánime. Los magistrados que lo votaron en contra, consideraron que el examen de estas circunstancias, hecho al laudo del caso, excedía la competencia de la Sala. Reiterando, precisamente, la interpretación tradicional que ha tenido la Sala acerca de los límites a la revisión de las causales de nulidad de un laudo arbitral; dispuestas en la Ley RAC.

En el recurso de nulidad del laudo respectivo, el recurrente fundamentó su pretensión de nulidad exponiendo, con respecto al principio del debido proceso, lo siguiente:

“II.- Con fundamento en los artículos 33 y 41 de la Constitución Política; 58, 65 y 67 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el representante de Dafnis S.A. formula recurso de nulidad. (...) Primero: nulidad de laudo por violación al principio del debido proceso, según el artículo 67, inciso e, ibídem. Esta censura la hace descansar en los siguientes puntos: 1-debido proceso: con cita de algunos votos de la Sala Constitucional, manifiesta que según jurisprudencia de ese órgano, la obligación del juzgador de fundamentar sus decisiones y valorar la prueba, son parte del debido proceso, cuyo control ha de verificar la Sala Primera por disposición del citado artículo 67, imponiéndose la nulidad del laudo cuando contravenga el referido principio en todos sus ámbitos, para evitar indefensión al ciudadano. 2-violación al debido proceso por falta de fundamentación del laudo: le atribuye a éste una severa

¹⁸⁴ Ibidem.

ausencia de motivación en la mayoría de sus aspectos, pues acepta la tesis de una de las partes sin mayor razonamiento. De este modo, agrega, no indica las causas para conceder el pago de obras extraordinarias, tampoco cuáles testimonios dan fe de su existencia ni analiza, con el fundamento requerido, por qué acogió la versión de algunos testimonios y descartó la de otros (...) Insiste en que la falta de fundamentación del laudo es evidente y general. De una demanda con 11 hechos, su contestación respecto a cada uno, una controversia que tiene por objeto el análisis e interpretación de dos extensos contratos y la declaración de siete testigos, el fallo está compuesto por tan sólo 23 folios, de los cuales 13 de ellos se dedican a citas de doctrina y jurisprudencia, con referencia a un marco jurídico en abstracto, sin ligar a lo pretendido por las partes ni a los hechos de la controversia. La decisión lacónica comprende sólo cuatro folios, lo que evidencia el trato ligero y falto de razonamiento y análisis, alejado del principio del debido proceso, que exige su motivación, al tenor de lo estipulado en el artículo 58, párrafo final, de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. (...) 3-violación al debido proceso por apreciación de la prueba en forma parcial, selectiva y desapegada de las reglas de la sana crítica racional. Aduce el recurrente que la Sala Constitucional ha sostenido, como parte del debido proceso, que el juzgador tiene la potestad y obligación de valorar la prueba según las reglas de la sana crítica racional, reconociendo su discrecionalidad, pero sometida a criterios objetivos, invocados para evitar una apreciación arbitraria o errónea, debiendo documentar el contenido de la prueba y las razones de su convicción. A su juicio, el Tribunal valoró los testimonios en forma aislada y sin vinculación con el negocio jurídico ni el resto de la prueba documental (...)”¹⁸⁵ (el destacado no es del original)

En este caso, la Sala Primera consideró que efectivamente el laudo era omiso en su fundamentación. Por un lado, la Sala consideró que no le incumbe el examen del contenido de un documento, de una declaración, o de una pericia, relativos a un proceso arbitral. El cumplimiento de la exigencia constitucional del respeto al debido proceso, puede analizarse según ésta, simplemente confirmando que exista una motivación razonable y razonada en el laudo.¹⁸⁶ Resumimos lo dispuesto por la Sala, a continuación:

¹⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 943, de las 14:40 horas del 7 de diciembre del 2005.

¹⁸⁶ *Ibíd.* Cfr. Considerando VII.

“III. (...) En lo referente al “CONSIDERANDO SOBRE EL FONDO”, a partir del folio 6, se hace una exposición sobre varias materias. Cada apartado con cita doctrinal y de jurisprudencia. Sólo en algunos de ellos se emiten, en pocas oportunidades, alusiones vagas sobre el caso concreto, sin establecer un hilo conductor con la temática tratada. Luego, sin desarrollo ni pronunciamiento sobre el objeto del debate, se procede, en los restantes cuatro folios, a la decisión sobre las pretensiones del actor, “las excepciones de la demandada”, las costas y la parte dispositiva. En cada una de estas secciones, simplemente, se da por cierto el incumplimiento contractual y lo que parece ser una ruptura unilateral de la demandada, carente de todo análisis y motivación. IV. (...) Precisamente, la estructura de este principio se asienta sobre el respeto de los derechos y garantías de las partes procesales, el acceso a la justicia, la defensa y el contradictorio. (...) V. En efecto, como así lo acusa el recurrente, el laudo es absolutamente omiso en su fundamentación. De su estudio se desprende, sin lugar a dudas, la ausencia de razones para justificar la decisión adoptada. Sobre la demandada se hacen escuetas referencias, que se caracterizan por su desarticulación, superficialidad e incoherencia. VI. En este predicado, es inobjetable el quebranto del principio del debido proceso. Ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre la necesidad de motivar los fallos, lo que es enteramente aplicable a los laudos arbitrales. Consideró al respecto: “Esta Sala ha señalado en forma reiterada que la fundamentación del fallo constituye un elemento integrante del debido proceso (...) Dentro de un sistema de justicia democrático es indispensable que exista un control de los razonamientos que el juez utiliza en sus valoraciones, a fin de poder determinar si los mismos se ajustan a criterios de racionalidad y objetividad, o si más bien obedecen a simples caprichos, impulsos o intereses personales (...) VII. En consonancia con lo expuesto, esta Sala, en múltiples fallos, ha destacado la importancia del deber de motivación de los laudos, como imperativo para asegurar el principio de defensa y el debido proceso. Así, por ejemplo, en sentencia no. 484 a las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003 expuso: El derecho fundamental del debido proceso, como se sabe, tiene raigambre Constitucional, y si se quiere trasciende la positividad de una norma primaria para irradiar todo el ordenamiento jurídico (escrito y no escrito), a título de Principio General del Derecho, pues al fin y al cabo no es más que una consecuencia del Derecho de Defensa catalogado con el carácter de humano. No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia. Para el cumplimiento de la

exigencia constitucional de comentario, basta en este caso, una motivación razonable y razonada en la que se indiquen las ponderaciones que el juzgador hizo de las circunstancias subyacentes del conflicto planteado, que lleven a una lógica conclusión en su parte dispositiva. Mas simple, la falta de motivación (intrínseca en el debido proceso) como causal de anulación del laudo, esta referida a la carencia absoluta de fundamentación y razonamiento de la decisión final, mas no a la exhaustividad y valoración de los elementos de convicción traídos a los autos. (...) POR TANTO: Por mayoría, se declara con lugar el recurso y se anula el laudo en su totalidad. Los Magistrados Solís y París salvan el voto y rechazan el recurso planteado.”¹⁸⁷ (el destacado no es del original).

De esta forma, podemos ver cómo la Sala estuvo anuente a realizar una revisión de la motivación que había dado el tribunal arbitral en el laudo. Citó la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre los alcances del principio del debido proceso. Por esto resulta importante el fallo de la Sala Primera; como un precedente en el que, por mayoría, se admitió anular el laudo arbitral por falta de motivación.

Sobre este tema, el Lic. Sergio Artavia, afirma que: “en la nulidad no se pueden discutir y resolver aspectos de fondo o probatorios, salvo que ataquen indirectamente como consecuencia la posible anulación del laudo; por lo que la infracción del laudo al ordenamiento material o de fondo, no es susceptible de impugnación en nuestro ordenamiento”¹⁸⁸

Nos indica este mismo autor, que de la simple lectura de las causales de nulidad del laudo, dispuestas en la Ley RAC, se obtiene que: “el recurso de nulidad sólo se admite por razones que atañen a la forma del laudo, y no a su contenido o interpretación, por lo que no existe reexamen de las pretensiones decididas y el tribunal que conoce del recurso no puede otorgar un contenido nuevo al laudo si llegare a anular el recurrido.”¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Ibidem*. V. Voto salvado de los magistrados.

¹⁸⁸ Barrantes Artavia, Sergio (2003) Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley RAC) y Jurisprudencia Arbitral (anotada). Primera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Dupas. p. 224

¹⁸⁹ *Ibidem*. Op. Cit. p.224.

Son interesantes las observaciones que realizó el autor Manuel Albaladejo, sobre la problemática del análisis del recurso de nulidad del laudo arbitral, por el fondo. Dicho autor comentó los alcances de las causales de nulidad del laudo, que disponía la antigua Ley de Arbitraje española, de 1988.¹⁹⁰ Actualmente, en España se encuentra vigente, desde el 26 de marzo del año 2004, la nueva *Ley de Arbitraje Española No.60/2003*.

Las observaciones que realiza el autor Albaladejo, en cuanto al tema de la irrecorribilidad del laudo arbitral, siguen siendo válidas hoy en día.¹⁹¹ Este indicó, que como el laudo solo podía anularse en los casos previstos por las causales taxativas de nulidad, estaba claro que no podía anularse con vista en ningún otro motivo. En este sentido, expresó:

*“(...) como entre aquellos no está el de que el laudo no aplique, o infrinja, o sea contrario, etc., a las normas que regulen el fondo del asunto, es decir, la cuestión sometida a los árbitros; resulta que cuando el laudo resuelva el caso sin atenerse al Derecho que corresponde (...) ello no es causa de anulación del mismo, porque no existe recurso contra el laudo por violar estas normas aplicables a la controversia arbitrada.”*¹⁹²

Su conclusión es, que debe admitirse un recurso contra el laudo de derecho infractor del derecho sustantivo aplicable al fondo. Estima que, si en la práctica, los laudos arbitrales son

¹⁹⁰ Albaladejo García, Manuel. (1990). *La ominosa tentativa de hacer irrecorrible el laudo e derecho que infringe las normas debidas a aplicar*. *Revista de Derecho Privado* Marzo. Madrid, España: Ediciones Gráficas Ortega.

¹⁹¹ La nueva Ley de Arbitraje Española, No.60/2003, continúa estableciendo que los motivos de anulación del laudo han de ser *tasados*, y no han de permitir una revisión del *fondo* de la decisión de los árbitros. Al respecto V. Vázquez Eva (2004). *Nueva Ley de Arbitraje Española*. Publicado en sitio en Internet el 29 de julio del 2004. En: <<http://www.togas.biz>>.

¹⁹² Albaladejo García, Manuel. (1990). Op. Cit. p.171. V. Ley de Arbitraje Española No.60/2003. Albaladejo afirma que la sentencia judicial que infringe la ley, es recurrible en apelación; y a su vez, la de apelación es recurrible en casación. Mientras tanto, le resulta increíble que sea irrecorrible el laudo de Derecho, que violase la ley con arreglo a la cual, los compromitentes, han pedido a los árbitros que resuelvan su controversia.

irrecurribles aunque falten al derecho sustantivo de fondo, entonces debe eliminarse también su recurribilidad por infracción al derecho procesal.¹⁹³

El autor se plantea: *¿Cómo es que es aceptable admitir, como lo hace la Ley, el recurso por infracciones procesales, y no por sustanciales? ¿Qué arbitraje de derecho es aquel en el que los árbitros pueden no laudar en Derecho, sin que quepa a las partes “rechistar”?*¹⁹⁴

Asimismo, Albaladejo se cuestiona: *¿Es que se va a llevar con rigor sólo la recurribilidad por defectos o violaciones procesales, a la vez que se despreja la violación del derecho material aplicable al fondo? ¿Qué justicia sería esa justicia procesalista de que, con tal de que se guarden las formas, no permite queja por muy ilegalmente que se resuelva el fondo?*¹⁹⁵

El autor propone finalmente, que si no se permite “tocar” al laudo arbitral por el fondo, debe permitirse recurrirlo por vía del amparo ante “el Tribunal Constitucional”.¹⁹⁶ Considera de forma muy acertada, que el laudo en estas condiciones, al ser “intocable”, provoca una violación a derechos fundamentales. Así las cosas, plantea que “no hay mayor violación de la tutela efectiva de un derecho o interés legítimo que el denegar la anulación de un laudo de Derecho ¡que no se ajusta a Derecho!”¹⁹⁷ Concluye el autor Albaladejo:

“(...) existe un punto el cual no se puede ignorar. Puede suceder que el laudo arbitral fuese evidentemente infractor del derecho debido a aplicar, o si se quiere utilizar otra palabra, un laudo “palpablemente, o manifestamente, o indiscutiblemente (...) o como se

¹⁹³ Ibidem. p.181. Se pregunta el autor Albaladejo: *¿Qué seguridad tienen las partes de que los árbitros juzguen siguiendo el procedimiento que deben?* Y se responde: *“no tienen ninguna; su confianza en los árbitros es lo único que les garantiza que éstos harán lo que deben”*.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 182.

¹⁹⁵ Ibidem. p.179.

¹⁹⁶ Lo que sería equivalente, en nuestro país, a interponer una acción de inconstitucionalidad por violación del debido proceso, ante la Sala Constitucional; en contra el Artículo 67 de la Ley RAC y las causales de nulidad por este previstas. O, en contra de las resoluciones de la Sala Primera que interpretan este principio, de forma limitada.

¹⁹⁷ Albaladejo García, Manuel. (1990). Op. Cit. p. 179.

*quiera decir ilegal. En estos casos, no existiría un control jurisdiccional de que tal laudo se ajuste al derecho aplicable al caso.”*¹⁹⁸

Volviendo al dilema presentado con el examen del recurso de nulidad en nuestro país, deseamos plantear si la Sala Primera ha estado desatendiendo la definición del concepto de debido proceso desde su *vertiente sustantiva*. Concepto, que fue establecido a través de la jurisprudencia de la Sala Constitucional; y que contempla el análisis de la debida sustentación del laudo, de la congruencia del fallo, y la razonabilidad del mismo.

La Sala Primera ha dispuesto, dejando de lado el componente sustantivo del principio de debido proceso --resaltando solamente su componente formal o adjetivo-- que: *“la nulidad por violación al debido proceso exige exponer y probar la existencia de una irregularidad formal tan grave que haya afectado seriamente los derechos de petición, contradicción y defensa de la parte afectada con ella.”*¹⁹⁹

La Ley de la Jurisdicción Constitucional²⁰⁰, establece en su Artículo 13, la vinculación *erga omnes* de los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional. Lo anterior significa que los pronunciamientos de esta Sala, son de acatamiento obligatorio para todos los órganos judiciales y los particulares; incluyendo a la Sala Primera de la Corte. El artículo referido, indica lo siguiente:

*“Artículo 13: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”*²⁰¹

¹⁹⁸ Ibidem. p.175.

¹⁹⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.748, de las 16:00 horas del 2 de octubre del 2002.

²⁰⁰ Ley de la Jurisdicción Constitucional, No.7135, del 11 de octubre de 1989.

²⁰¹ Según Mauro Murillo: *“La jurisprudencia, es el criterio reiterado de los jueces de última instancia. El precedente, es el sentado en un caso concreto; en este sentido, la jurisprudencia es la reiteración de precedentes en la instancia superior”*. V. Murillo Arias, Mauro (2005). “El carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional.” *Revista Ivstitia*. (217-218) Año 19. Enero-Febrero. San José, Costa Rica. p.17.

Tal y como se dispone en la Ley citada, la vinculación de la jurisprudencia constitucional es *erga omnes*, o sea “para todo el mundo”; en tanto tenga que aplicar la ley costarricense. Solo se exceptúa la Sala Constitucional misma, quien puede cambiar de criterio²⁰²; caso en el cual será válida (o vinculará) la última resolución que refleja el criterio vigente. Sobre el alcance de este término, expone el autor Mauro Murillo:

*“Todo el mundo es todo funcionario público, de cualquier órgano o ente público, y todo sujeto privado, pues la Sala --Constitucional-- también sienta criterios que atañen a las relaciones privadas. Quedan vinculados entonces hasta los legisladores y los jueces comunes, salvo el constituyente o el legisladores función de reforma a la Constitución (excluido el caso de los aspectos de procedimiento)”*²⁰³

Al dictar sus fallos, la Sala Constitucional interpreta la Constitución, los tratados, las leyes, y los reglamentos; o sea, todo el ordenamiento escrito. Además, crea o reconoce principios. En realidad, según explica el autor Murillo, es un asunto de “fuerza”. Según el caso, sus precedentes tienen fuerza de norma, de principio constitucional o legal; o incluso hasta reglamentario.²⁰⁴

La doctrina reconoce que la Constitución está integrada no sólo por disposiciones escritas sino también por principios y valores. Los principios constitucionales, tienen una doble finalidad: sirven no sólo para interpretar normas, sino también para alcanzar proyección normativa. Esta última característica, permite que aquellos principios sean desarrollados tanto

²⁰² *Ibidem*. p.18.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ El “rango”, explica Murillo, dependerá del rango del texto escrito que interprete o integre; según lo indicado por el la Ley Orgánica del Poder Judicial. La LOPJ, se refiere a los “precedentes”, es decir a criterios aislados. Si algo vincula *erga omnes*, solo puede ser una norma, precisamente una norma no escrita (no formalmente emitida como tal). Murillo Arias, Mauro. Op. Cit. p.19. Cfr: Artículo 5 de la LOPJ de 1993.

por el legislador, como por el juez; según estima el autor constitucionalista, Rubén Hernández Valle.²⁰⁵

Comentando el fallo No.1732-92, de la Sala Constitucional, el autor Luis Baudrit nos indica que esta sentencia estableció interesantes criterios sobre el debido proceso. Afirma que, esta clase de sentencias “trascienden los efectos de una mera resolución judicial” aislada, y definen importantes principios de Derecho; que no solo se aplican en defecto de normas escritas, sino que tienen permanente carácter informador del ordenamiento jurídico.²⁰⁶

Nos explica Rubén Hernández, que la consagración de enunciados de un principio implica la prefiguración, aunque imprecisa, de sus contenidos jurídicos. Los cuales, al ser actualizados en su proyección normativa por el legislador o el juez, se traducen en “reglas concretas de Derecho”. Estas últimas sirven no sólo para regular una situación concreta, sino en otros casos, como *criterios vinculantes* de interpretación de otras disposiciones normativas, o para integrar una laguna en el ordenamiento.²⁰⁷

Dentro de los distintos ordenamientos ocurre la interrelación de varias normas constitucionales, que dan lugar a la constitución de principios constitucionales. Por ejemplo, cita el mismo autor, el *principio de debido proceso* “que deriva de la armonización de los artículos 39 (principio de legalidad penal) y 41 (principio de acceso a la justicia), de la Constitución Política.”²⁰⁸

²⁰⁵ Hernández Valle, Rubén (1993). El Derecho de la Constitución. 1.ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.179-180. Según el autor, “el juez, en cambio, debe circunscribirse a controlar la discrecionalidad jurídica, ya que corresponde al juez descubrir la regla de Derecho y no inventarla, dado que la norma se encuentra indeterminada, pero predicha en la formulación del principio.”V. Dworkin, citado por Hernández Valle. p.180.

²⁰⁶ Baudrit Carrillo, Luis. (1993). Op. Cit. p.1.

²⁰⁷ Hernández Valle, Rubén. Op. Cit. p.181.

²⁰⁸ *Ibidem*. p.182. “El intérprete deriva principios (normas jurídicas) de la relación de dos o más disposiciones constitucionales, no solo con el objetivo de interpretar otras normas, sino también para resolver o regular casos concretos.” (p.183). La función de la Sala Constitucional en el desarrollo de principios constitucionales, podríamos entenderla como: “la función jurídica que compete a los tribunales constitucionales de concretizar el contenido de las normas, principios y valores constitucionales.” Que no implica una modificación de los

Podemos ubicar como precedente vinculante de la Sala Constitucional, al Voto 1732-92; que se refiere al concepto y distintas acepciones del principio de debido proceso. En este Voto la Sala cumple, a nuestro parecer, una función de interpretación de normas de rango constitucional; como lo son los citados artículos 39 y 41; y el 42 de la Constitución. Lo anterior, sin contar con la interpretación de normas contenidas en tratados internacionales, que versan sobre el debido proceso, legalidad y razonabilidad de toda sentencia.²⁰⁹

Según nos dice el Lic. Luis Baudrit, la Sala Constitucional no necesita reiterar resoluciones para que sus fallos sean vinculantes: basta con que —como en el caso del Voto 1732-92— dicte una sola resolución. El contenido de un aislado precedente resultará obligatorio en forma generalizada, mientras la Sala no dicte alguna otra resolución en un sentido contrario o diferente.²¹⁰

En razón de lo expuesto, podríamos preguntarnos: ¿Podrían ser declaradas inconstitucionales las resoluciones de la Sala Primera, que no permiten resolver los recursos de nulidad de los laudos arbitrales por violaciones al *debido proceso sustantivo*; de acuerdo con los alcances de este término, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional?

Podemos adelantar, de cierto modo, el criterio de la Sala Primera si le hiciéramos esta interrogante hoy en día. Recientemente, la Sala se pronunció al respecto indicando que, a su parecer, el Recurso de Nulidad no es inconstitucional. En su Voto No.137- 2001, explicó:

“III. Esta Sala no tiene duda sobre la constitucionalidad del recurso de nulidad, por ello si en la especie, los representantes de la Caja Costarricense del Seguro Social, querían consultar sobre la competencia de esta Sala para revisar por el fondo el laudo arbitral, con fundamento en el

contenidos materiales del texto constitucional —pues para eso se cuenta con el trámite de reforma constitucional—sino, como “una actualización jurídica del texto constitucional conforme a las coordenadas tiempo y espacio (...)” (p.225).

²⁰⁹ Cfr. con Artículo 5 Ley Orgánica del Poder Judicial, No.7333.

²¹⁰ Baudrit Carrillo, Luis. Op. Cit. p. 7. La *regla del precedente obligatorio*, ha sido reservada para el espacio de la jurisprudencia constitucional; indica la autora Cecilia Sánchez. V. Sánchez Romero, Cecilia; Op. Cit.

artículo 67 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, lo procedente sería la interposición de la acción de inconstitucionalidad correspondiente por parte de los recurrentes. Si la nulidad fuese un recurso para conocer por la forma, el fondo se desnaturalizaría el instituto, el cual tanto en Costa Rica cuanto en el Derecho Comparado siempre ha tenido ha sido solo por razones de forma. Lo anterior porque, la Sala Primera, en su jurisprudencia ha reiterado clara y abundantemente el criterio esbozado en el fallo cuya adición se solicita. Al considerarse ese punto claro y reiterativo, no procede interponer la consulta judicial de constitucionalidad ante la Sala Constitucional.”²¹¹(el destacado no es del original).

²¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.137, de las 14:30 horas del 9 de febrero del 2001.

Sección III. El control jurisdiccional de los laudos arbitrales, en el Derecho Extranjero.

En este apartado, realizaremos un breve análisis de Derecho extranjero; cuya intención es comprobar si en otros países se permite el control judicial –por el fondo– de los laudos arbitrales. Sabemos que este análisis requiere una investigación mucho más completa y detallada, lo cual excede los alcances del presente trabajo de investigación. Por lo que esta sección se ha elaborado para plantear la inquietud sobre el tema.

A) España:

En España, la nueva *Ley de Arbitraje Española, No. 60/2003*²¹², impide a los tribunales judiciales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De este modo, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje se limita a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley. Se pormenoriza y amplía el apoyo al arbitraje por la jurisdicción ordinaria, a la vez que se intenta descargar a ésta de la carga que soportaban debido al arbitraje.²¹³

La intervención jurisdiccional es limitada, en España, a los procedimientos de nombramiento de árbitros, a la práctica de determinadas pruebas, a la adopción o ejecución de medidas cautelares, a la ejecución forzosa del laudo, a su anulación y al exequátur de laudos extranjeros.²¹⁴

Como detalle curioso, explica la autora Eva Vázquez, que en la nueva Ley de Arbitraje española, se evita utilizar la expresión "recurso" --referente al recurso de nulidad del laudo--

²¹² Ley de Arbitraje Española, No.60/2003, del 23 de diciembre del 2003. Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje. Cfr. con Artículo 1 de la Ley.

²¹³ Vázquez, Eva. Op. Cit.

²¹⁴ Ibidem.

por resultar técnicamente incorrecta. Se hace referencia, más bien, a un “proceso de impugnación de la validez del laudo.”²¹⁵

Con respecto al proceso de anulación del laudo arbitral, se indica en las motivaciones de la nueva Ley de Arbitraje Española:

“VIII. (...) Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o sólo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo²¹⁶. Se amplía el plazo para el ejercicio de la acción de anulación, lo que no ha de perjudicar a la parte que haya obtenido pronunciamientos de condena a su favor, porque el laudo, aun impugnado, tiene fuerza ejecutiva.”²¹⁷ (lo destacado no es del original)

Específicamente, sobre la anulación y revisión del laudo arbitral; esta Ley de Arbitraje dispone en su Artículo 40, del Título VII:

“Artículo 40: Acción de anulación del laudo. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.”

Los motivos o causales de la acción de anulación del laudo arbitral, son enumeradas por dicha Ley, en el Artículo 41. De forma similar, a como se encuentran establecidas las causales taxativas de nulidad, en el Artículo 67 de nuestra Ley RAC.

²¹⁵ *Ibidem.*

²¹⁶ Se refieren a la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la UNCITRAL –por sus siglas en inglés–; promulgada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional o CNUDMI. Esta Ley, ha servido de inspiración para algunos países, en la promulgación de nueva normativa sobre materia arbitral. Para mayor información, visitar el Sitio en Internet: <http://www.uncitral.org>.

²¹⁷ V. Ley de Arbitraje Española, No.60/2003. Op.Cit. Exposición de Motivos. No.VIII.

En el Artículo 42 de la Ley de Arbitraje, establece que la acción de anulación del laudo se sustanciará por los cauces del “juicio verbal.” La regulación del procedimiento de Juicio Verbal, se encuentra a partir de los Artículos 437 y siguientes; de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.²¹⁸ No obstante, el artículo referido, indica que la demanda -- la acción de anulación-- sí deberá presentarse conforme a lo establecido en el Artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el cual se refiere a la presentación de la demanda en el Juicio Ordinario.

La acción de anulación del laudo arbitral, debe acompañarse de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo; y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor. De esta demanda, se dará traslado al demandado, para que conteste en el plazo de 20 días. (V. Artículo 42). Uno de los aspectos característicos del juicio verbal, que es la citación a una audiencia o vista; se aplica en este proceso.

Contra la sentencia dictada para resolver la acción de anulación del laudo arbitral, no cabrá recurso alguno; según indica el citado artículo 42. El laudo firme, produce los efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes. (V. Artículo 43)

B) Argentina:

Por otra parte, en Argentina, podemos encontrar normas que rigen los procedimientos a nivel nacional o provincial, dependiendo del ámbito de aplicación. Existen un conjunto de leyes y códigos provinciales, que siguen a lo dispuesto en la normativa nacional. Goza de una

²¹⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil, española. Ley 1/2000; del 7 de enero del 2000. Para acceder a la normativa española, puede consultarse el siguiente sitio en Internet: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/>

especial primacía, por ende, la ley nacional. En el caso de la materia arbitral, se aplica la normativa incluida en el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, de 1981.²¹⁹

El Código Procesal de la Nación argentina, es una ley nacional encargada de regular el proceso arbitral a nivel nacional. El Libro VI, regula el llamado “Juicio Arbitral”; en sus artículos 736 a 773.²²⁰ En estos artículos encontramos varias disposiciones interesantes, que comentaremos a continuación.

Primeramente, el Código establece que contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces; siempre y cuando no hubiesen sido renunciados en el compromiso. (V. Art.758) Se menciona esta salvedad, porque en el Artículo 741 del Código, se faculta la suscripción de una cláusula dentro del acuerdo o compromiso arbitral, en la que se puede convenir la renuncia a la interposición de los recursos de apelación y de nulidad. Salvo en los casos determinados en el artículo 760.

En el Artículo 760, se establece que la renuncia de los recursos no obstará la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad; fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, dicho artículo indica que la nulidad será parcial, si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.

Resulta particular, que la normativa argentina permita interponer los mismos recursos que se utilizan con las sentencias judiciales, contra los laudos arbitrales. Esto incluiría, en el

²¹⁹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina: Ley No.17.454 del 18 de agosto de 1981. Reformado por última vez mediante Ley No. 25.488 del 24 de octubre del 2001. Sobre el caso de Argentina, V. también: Global Legal Group, Ltd. (2003). The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2004. A practical insight to cross-border International Arbitration work. Londres, Inglaterra: Publicado por Global Legal Group. Ltd. Capítulo 7: Argentina. p.39.

²²⁰ Puede consultarse el Sistema Argentino de Información Jurídica. En: <<http://www.saij.jus.gov.ar>> También ver sitio en Internet del Sistema de Información sobre Comercio Exterior. En: <<http://www.sice.oas.org/disput/comab/argentina/norab.asp>>

Derecho Argentino, la interposición de un recurso de apelación, por ejemplo. En nuestro país, por ejemplo, solo se permite interponer el recurso de revisión y el de nulidad.

Los recursos contra el laudo arbitral, deben deducirse ante el tribunal arbitral dentro de 5 días y por escrito fundado. (V. Art. 759). Lo más significativo de esta normativa, se encuentra en el Artículo 763, que establece:

“Artículo 763. Recursos: Conocerá de los recursos, el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiera sometido a árbitros; salvo que el compromiso estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos.” (el énfasis es nuestro)

Según el artículo citado, los jueces ordinarios son los encargados de conocer de los recursos contra los laudos arbitrales. A menos que las partes hayan pactado, que sea otro tribunal arbitral quien los resuelva. Aquí encontramos una mayor injerencia de los tribunales judiciales, en el proceso arbitral.

El Art. 761 dispone que será nulo, el laudo arbitral que contenga decisiones incompatibles entre sí, en su parte dispositiva. El Código aclara que, con respecto a la nulidad del laudo, se aplicarán subsidiariamente las disposiciones sobre nulidades establecidas por este mismo cuerpo normativo.

A manera de ejemplo, sobre estas otras disposiciones que se refieren al recurso de nulidad en general; resulta interesante lo expuesto en el Artículo 253. El cual cita que: *“el recurso de apelación comprende al de nulidad por defectos de la sentencia.”*; y advierte: *“Si el procedimiento estuviere ajustado a derecho y el tribunal de alzada declarare la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio.”* (el énfasis es nuestro).

Pareciera que en aplicación el artículo anterior, los tribunales judiciales argentinos, dentro de sus facultades de revisión de los recursos interpuestos contra los laudos arbitrales; pueden resolver sobre el fondo del proceso arbitral. Lo anterior, en caso de que el tribunal decida declarar la nulidad del laudo por otras razones, distintas a los simples vicios procesales.

En cuanto a los laudos emitidos por tribunales arbitrales de equidad, denominados en el Código argentino como laudos de “amigables componedores”; existen ciertas disposiciones especiales. Por ejemplo, el Artículo 771 establece que dichos laudos no serán recurribles. Sin embargo, si son pronunciados fuera del plazo, o resuelven sobre puntos no comprometidos; las partes podrán demandar su nulidad dentro de cinco días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado; el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno.

C) Francia:

El Código de Proceso Civil francés, reformado por última vez en el año 2005, regula tanto el procedimiento arbitral internacional como el doméstico. Con respecto al arbitraje, pueden revisarse los artículos 1442 a 1507.²²¹

Al igual que en la normativa argentina, el Código de Proceso francés también regula de manera particular el tema del arbitraje, permitiendo que los tribunales judiciales y cortes de apelación –o *cour d'appel*–, revisen los laudos arbitrales. Incluso el Código dispone, expresamente, que el tribunal que conozca de los recursos contra los laudos arbitrales, podrá pronunciarse sobre el fondo de la controversia. En caso de que el laudo sea anulado; y mientras las partes no lo impidan.

²²¹ Código de Proceso Civil, francés. Última modificación hecha por Decreto No.2005-1308, del 20 de octubre del 2005. Sobre normativa y legislación francesa, se puede consultar el siguiente sitio en Internet de Legifrance: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

El Artículo 1481, establece que *“el laudo arbitral no podrá recurrirse ni en oposición, ni en casación. Podrá interponerse frente a él la oposición de tercero ante el tribunal que habría sido competente para resolver la controversia en defecto de arbitraje, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 588.”*²²²

Posteriormente, indica el Código en el Artículo 1482: *“El laudo arbitral podrá ser recurrido en apelación, a no ser que las partes hubieran renunciado a la apelación en el convenio arbitral. Sin embargo, no podrá ser recurrido en apelación si el árbitro hubiera recibido la misión de resolver como amigable componedor, a no ser que las partes se hubieran reservado expresamente dicha facultad en el convenio arbitral.”*

El Artículo 1483 dispone que en caso de que -- según lo dispuesto en el artículo 1482 -- las partes no hayan renunciado a la apelación, o se hayan reservado expresamente dicha facultad en el convenio arbitral; sólo podrá interponerse *recurso de apelación*, con independencia de que se pretenda la modificación del laudo arbitral o su anulación. El tribunal de apelación se pronunciará como amigable componedor en caso de que el árbitro tuviera dicha misión.

En relación con la posibilidad de establecer un recurso, similar al recurso de nulidad del laudo arbitral, que conocemos en nuestro ordenamiento, encontramos el Artículo 1484. El artículo referido hace mención al *recurso de anulación del laudo arbitral*; y dispone una lista taxativa de causales de “nulidad”:

“Artículo 1484: En caso de que, según lo dispuesto en el artículo 1482, las partes hayan renunciado a la apelación o no se hayan reservado expresamente dicha facultad en el convenio

²²² El Artículo 588, del Código de Proceso Civil, francés dispone: *“La oposición de tercero que se formule a título incidental con ocasión de una controversia de la que esté conociendo un tribunal será enjuiciada por éste si es de grado superior al tribunal que dictó la sentencia o si, siendo del mismo grado, no se opone a ello ninguna norma de competencia de orden público. En tal caso, la oposición de tercero se interpondrá del mismo modo que las demandas incidentales. En los demás casos, la oposición de tercero que se formule a título incidental se interpondrá como una demanda principal ante el tribunal que hubiera dictado la sentencia.”*

arbitral, podrá no obstante interponerse un recurso de anulación del laudo arbitral, aunque existiesen estipulaciones en sentido contrario. Este recurso sólo podrá interponerse en los siguientes supuestos (...)”

Es de interés para el tema del análisis del laudo arbitral, citar lo preceptuado por el numeral 1485, de este mismo Código. Dicha norma señala:

“Artículo 1485: En caso de que el tribunal que conozca de un recurso de anulación anule el laudo arbitral, se pronunciará sobre el fondo dentro de los límites de la misión del árbitro, salvo que todas las partes se opusieran a ello.” (el énfasis es nuestro)

Es clara la importancia de esta disposición; puesto que aprueba la revisión del fondo de los laudos arbitrales por parte de tribunales u órganos judiciales; que son los encargados de examinar los recursos interpuestos contra los laudos.

La apelación y el recurso de anulación, se interponen ante la *cour d'appel* del lugar en que se hubiera dictado el laudo arbitral (V. Art. 1486). Estos recursos se interpondrán, sustanciarán y resolverán, según las normas del procedimiento en materia contenciosa, ante la *cour d'appel*. (V. Art. 1487). La desestimación de los mismos, otorgará el exequátur al laudo arbitral; o a sus pronunciamientos que no se hayan visto afectados por la censura de la *cour d'appel*. (V. Art. 1490)

Asimismo, se establece la opción de interponer un *recurso de revisión* del laudo arbitral; en los términos establecidos para las sentencias. Se dispone que se interpondrá ante la *cour d'appel* que habría resultado competente para conocer de los restantes recursos contra el laudo. (V. Art. 1491).²²³

²²³ En general, sobre el proceso de arbitraje en Francia, V. Global Legal Group, Ltd. (2003). The International Comparative Legal Guide (...). Capítulo 21: France. p.128.

D) La revisión de los laudos arbitrales en la Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Un ejemplo a considerar:

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, realiza una particular labor en lo que se ha denominado como “la revisión previa de los laudos arbitrales.” Aunque la Corte no es una instancia judicial, su ejemplo puede ser de gran utilidad e incluso de inspiración, para el desarrollo de futuros proyectos e innovaciones en el proceso de arbitraje. La misma Corte nos explica este procedimiento:

“Una de las principales funciones de la Corte consiste en el examen previo de los Laudos arbitrales. En virtud del Reglamento de la CCI, ningún Laudo podrá ser dictado por el Tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte. Esta podrá también y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, llamar la atención sobre algunos puntos relacionados con el fondo de la controversia. Este examen constituye un elemento clave en el arbitraje de la CCI puesto que garantiza la calidad de los Laudos y reduce el riesgo de que éstos sean anulados por los tribunales nacionales.²²⁴ Además confiere a las partes un grado complementario de protección, que ninguna otra institución les ofrecerá, puesto que los Laudos arbitrales no son susceptibles de apelación. Gracias a este mecanismo de control, el sistema arbitral de la CCI puede considerarse como el más seguro del mundo”²²⁵

La CCI, a través de distintas publicaciones, ha difundido las ventajas de esta práctica que mantiene la Corte Internacional de Arbitraje. La CCI se jacta de que “el escrutinio” aplicado a sus laudos arbitrales, es una de las más importantes funciones de la Corte Internacional de

²²⁴ Recordemos que varios países, entre ellos Costa Rica, han ratificado la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958; *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. La cual permite reconocer los acuerdos escritos de sometimiento al arbitraje; así como reconocer y ejecutar, los laudos arbitrales dictados por tribunales extranjeros, en cada país que ha suscrito la Convención. Esta ha sido identificada por la Cámara de Comercio Internacional, como “el principal tratado multilateral sobre arbitraje internacional.” V. Cámara de Comercio Internacional, CCI (2003). *Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Servicios de Solución de Controversias*. Tercera Edición española, revisada. Agosto, 2003. París, Francia: Comité Español de la Cámara de Comercio. p.5.

²²⁵ V. Cámara de Comercio Internacional, CCI (2003). Op. Cit. p.8.

Arbitraje.²²⁶ De acuerdo con este proceso, la Corte debe aprobar la forma de todos los laudos y puede, sin interferir con la autonomía de los árbitros, llamar su atención sobre puntos *sustanciales o del fondo* de los mismos.²²⁷

Aunque los árbitros no se encuentran obligados a incorporar en sus laudos, cualquiera de las modificaciones sustanciales sugeridas por dicha Corte; sus comentarios a menudo ayudan a los árbitros a producir laudos de gran calidad. Consecuentemente, la CCI considera que se incrementan las posibilidades de que el laudo arbitral sea del agrado de las partes; fomentando su aceptación y ejecución.²²⁸

Podríamos imaginarnos, que en un futuro, se de la posibilidad de crear una Corte de Arbitraje en nuestro país. Si tomamos en cuenta que los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales, solo son revisados por la forma por parte de la Sala Primera; y que en este proceso los involucrados deben esperar hasta un año para conocer el resultado; vale la pena intentar otro mecanismo de revisión de los laudos.

El tiempo que las partes ganan tramitando su controversia ante la vía arbitral, se pierde lastimosamente acudiendo a la vía judicial para plantear un recurso de nulidad. Recurso, que ni siquiera conlleva un análisis exhaustivo y minucioso, de aspectos sustanciales del laudo. Como ya ha reiterado la Sala Primera, su función en el análisis de este recurso, se constriñe a una mera constatación de la procedencia de las causales de nulidad, que no vayan más allá de aspectos de forma. Por lo que el tiempo que se tarda en resolver un recurso contra un laudo arbitral debería ser mucho menor.

²²⁶ Cfr. Artículo 27 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

²²⁷ Derains, Yves; Schwartz, Eric (2005). A Guide to the ICC Rules of Arbitration. 2.ed. Holanda: Kluwer Law International. p.5. Traducción al español, de la suscrita. Sobre el escrutinio de los laudos arbitrales en la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; su propósito, procedimiento y validez: pp.312-317; de esta misma obra.

²²⁸ *Ibidem*.

Creo que si se abriera una Corte de Arbitraje nacional, que conociera de los recursos contra los laudos arbitrales, podrían contribuirse al desarrollo de una jurisprudencia arbitral mucho más uniforme; por un lado. Por otra parte, todos los laudos procedentes de diversos tribunales arbitrales, encontrarían en la Corte, un punto común. Habría que definir la clase de recursos que serían admitidos por la supuesta Corte; y los parámetros de revisión de los mismos.

En mi opinión, el volumen de trabajo de una posible Corte de Arbitraje, no tendría comparación con la cantidad de casos que resuelve la Sala Primera, hoy en día. Por lo que no creo que vaya a interferirse con la celeridad del proceso de arbitraje; que es en principio, un componente esencial de esta vía alterna de resolución de controversias. El tema tiene sus aristas importantes que vale la pena analizar en un futuro.

Concluimos este breve resumen de alguna normativa internacional, que regula el proceso arbitral a nivel interno en los países mencionados. No se puede obviar que el análisis de la normativa arbitral es sumamente amplio. Dentro de cada uno de estos países, los diferentes estados o provincias, poseen sus regulaciones respectivas. Además, existe una vasta cantidad de legislación arbitral internacional, donde también se encuentran disposiciones interesantes; que sirven para profundizar aún más en la materia.

CAPÍTULO III. La Cláusula Arbitral “abusiva”: el posible control jurisdiccional de su validez.

Sección I. Implicaciones de la inclusión de una cláusula arbitral en los contratos.

Cuando las relaciones comerciales, u obligaciones, surgen entre las partes, estas generalmente plasman sus acuerdos mediante la redacción de un contrato. Las diversas cláusulas que llegue a contener dicho contrato o convenio negocial, permitirán crear un marco jurídico, que las guiará en la ejecución de sus obligaciones.

Al momento de definir el contenido del contrato principal, las partes pueden proponer la redacción de una “cláusula o acuerdo arbitral”.²²⁹ La inclusión de dicha cláusula definirá anticipadamente, la jurisdicción competente en caso de que se presente alguna controversia derivada del cumplimiento del contrato.

Actualmente, no se puede negar que la elección del proceso arbitral ha tenido gran auge; manifestado en el aumento de la inclusión de cláusulas o acuerdos arbitrales, en los contratos modernos. La mayoría de los abogados que consultamos, coinciden en este punto. Al respecto, la Lcda. Cersosimo indicó que, a su parecer, “definitivamente existe una tendencia muy

²²⁹ Hoy en día, se encuentra superado el término “compromiso arbitral”. Tradicionalmente, había existido una clásica distinción entre los términos “compromiso” y “cláusula compromisoria”. La tesis doctrinaria más reciente rechaza la distinción entre “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”. Se afirma que la diferencia entre ambos tipos, hoy se torna irrelevante. Se establece que bajo la expresión “acuerdo de arbitraje”, o “acuerdo arbitral”, quedan implícitas ambas instancias: *tanto la previa al estallido de la controversia, como la que surge después de ella*. V. Feldstein de Cárdenas S. y Leonardi de Herbón H. (1998) *El Arbitraje*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot. p. 169. El Lic. Artavia afirma que partir de la introducción de la Ley RAC, los conceptos utilizados actualmente son los de: a) *acuerdo o cláusula arbitral*; b) *aviso, o requerimiento arbitral*; y c) *demanda arbitral*. Dichos términos, no son sinónimos y se refieren a distintas actuaciones dentro del proceso de arbitraje. V. Artavia Barrantes, Sergio (2001). *Normativa sobre Arbitraje. Nacional e Internacional*. 1ed. San José, Costa Rica: Editorial Provenir. p 9. Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 430, de las 9:55 horas del 19 de julio del 2006, y No. 623 de las 15:50 horas del 14 de agosto del 2002.

marcada a incluir cláusulas arbitrales en los contratos.” Expresó, que casi todos los contratos que le envían sus clientes, para efectos de su revisión, la contienen.²³⁰

Debido al auge del proceso arbitral en la actualidad, resulta necesario analizar que tipo de controles existen para examinar la legalidad y validez de una cláusula arbitral. Sobre todo, nos preocupa la inclusión de ciertas cláusulas arbitrales, que a la postre pueden resultar perjudiciales para ciertas partes involucradas en el conflicto.

Es importante, para efectos de este apartado, determinar cuales son las consecuencias derivadas de la suscripción de una cláusula arbitral. La intención de este análisis es revisar si la forma en que se eligen algunos tribunales arbitrales, puede llegar a lesionar a alguna de las partes del proceso.

Conocemos que en nuestro país, la cláusula arbitral no tiene que cumplir necesariamente con alguna formalidad específica. Sin embargo, la jurisprudencia sí ha dispuesto que debe inferirse claramente de ella, la voluntad de las partes para someter sus diferencias ante un tribunal arbitral.

En nuestro ordenamiento, según indica el Lic. Sergio Artavia, “por aplicación del artículo 1370 del Código Civil (que se refiere a las transacciones), la cláusula arbitral *“es un acuerdo escrito, bilateral, de carácter solemne.”*²³¹ Continúa afirmando el Lic. Artavia, que dicha cláusula: *“nunca puede ser un contrato unilateral, ni impuesto por un sujeto a otro.”* (...) *Debe constar por escrito, sea documento público o privado aún sin autenticar. No se admite el acuerdo verbal ni aún cuando se pretenda probarlo por cualquier otro medio.”*²³²

²³⁰ Entrevista realizada a la Lcda. Gianna Cersosimo D’Agostino. (2007). Op. Cit.

²³¹ Artavia Barrantes, Sergio. (2003) Op. Cit. p 47.

²³² *Ibidem*.

No se entrará en detallés sobre el aspecto procesal, de la cláusula arbitral, pues ya existen varios trabajos de investigación que desarrollan y definen su concepto y función. Interesa más que todo, comentar los efectos de la suscripción de una cláusula de este tipo y la posibilidad de que se presenten cláusulas arbitrales “abusivas”, dentro de los contratos actuales.

A manera de repaso sobre el tema, recordaremos que la Sala Primera ha dispuesto que la cláusula arbitral debe ser *inequívoca* y *expresa*. Esta Sala, ha definido el concepto de la cláusula arbitral, como:

*“(...) un convenio por el cual dos o más personas se obligan a dirimir determinadas controversias, de naturaleza patrimonial y disponible, por medio de un proceso arbitral cuya decisión final, denominada laudo, tiene carácter vinculante.”*²³³

En cuanto a los requisitos de validez que debe cumplir la cláusula o el acuerdo arbitral, la Sala Primera ha expuesto, entre otros, los siguientes criterios:

1. “IV. (...) se ha determinado que para que exista acuerdo arbitral, éste, aunque informal, si requiere de la expresión escrita de la voluntad manifiesta e inequívoca de las partes, de someter su conflicto a arbitraje. Esto, por tratarse de un acto convencional de renuncia a la jurisdicción de los tribunales de justicia, para optar por un mecanismo privado de solución de controversias. Al respecto, la Sala ha expuesto: “Valga una vez más recordar que el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal” (...) Por otro lado, no ha sido óbice para que el acuerdo arbitral pueda ser el resultado de un simple cruce de notas e incluso de correos electrónicos, siempre que tal voluntad manifiesta e inequívoca esté presente. Así, se ha afirmado que las

²³³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 430, de las 9:55 horas del 19 de julio del 2006. A nivel internacional, la cláusula arbitral dispuesta para dirimir las controversias existentes (actuales), ha sido conocida como: *compromis*; y la establecida para resolver los conflictos futuros es la llamada: *clause compromissoire*. Información contenida en la “Nota Explicativa de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En: <[http:// www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)> [Consulta: 09 de abril de 2007].

*expresiones de asentimiento de las partes “no necesariamente han de estar formalizadas en una cláusula. La ley N° 7727 de 9 de diciembre de 1997, en consonancia con la doctrina más autorizada, prevé que el acuerdo pueda resultar de cualquier tipo de comunicación escrita pertinente”. De hecho, el artículo 23, párrafo primero in fine de la Ley RAC, “... considera válido el acuerdo arbitral suscrito por facsimil, télex o cualquier otro medio de comunicación similar.”*²³⁴ (la negrita no es del original)

2. *“VI. (...) Ahora bien, el acuerdo arbitral, aunque no está condicionado a formalidad alguna, si debe constar por escrito, y puesto que comporta una excepción a la solución judicial, es menester que la voluntad de las partes de optar por esta alternativa se infiera, inequívocamente, de sus manifestaciones o declaraciones. Estas, valga destacarlo, no necesariamente han de estar formalizadas en una cláusula. La ley de última cita, en consonancia con la doctrina más autorizada, prevé que el acuerdo pueda resultar de cualquier tipo de comunicación escrita pertinente.”*²³⁵ (la negrita no es del original)

3. *“V. Lo que hoy se denomina genéricamente acuerdo arbitral, es aquella disposición de las partes por la que expresamente convienen someter un conflicto o varios potenciales conflictos, determinados o determinables, a la decisión de un tribunal arbitral, sustrayéndoles de la competencia de los órganos judiciales. Tal disposición no requiere mayor formalidad, puede ser parte de un convenio o un acuerdo autónomo, y este concretarse por cualquier medio, pero si es imprescindible que conste por escrito y que del o de los documentos resulte una voluntad inequívoca dirigida a consentir esta vía alternativa.”*²³⁶

El Artículo 23, de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No.7727, define las condiciones esenciales del acuerdo arbitral; al indicar:

“Artículo 23. El acuerdo arbitral no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito, como acuerdo autónomo o parte de un convenio. Para los efectos de este artículo, se considerará

²³⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 430, de las 9:55 horas del 19 de julio de 2006.

²³⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 475, de las 14:40 horas del 27 de junio del 2001.

²³⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.623 de las 15:50 horas del 14 de agosto del 2002.

válido el acuerdo arbitral suscrito por facsímil, telex o cualquier otro medio de comunicación similar. Si las partes así lo hicieren constar expresamente, podrán establecer los términos y las condiciones que regirán el arbitraje entre ellas, de conformidad con esta ley. En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que las partes se someterán a las que escoja el tribunal arbitral, con sujeción a la presente ley. El acuerdo podrá ser complementado, modificado o revocado por convenio entre las partes en cualquier momento. No obstante, en caso de que decidan dejar sin efecto un proceso de arbitraje en trámite, deberán asumir los costos correspondientes de acuerdo con esta ley.”

Algunas cláusulas arbitrales definen el tipo de arbitraje elegido (de *derecho* o de *equidad*), e incluso fijan el sistema por medio del cual se elegirán los árbitros miembros del tribunal. En ocasiones, se elige un centro o institución, para que sea éste el encargado de administrar el proceso arbitral.

Esto conlleva a que en la mayoría de los casos, las partes se sometan a los respectivos reglamentos de los centros de resolución alterna de conflictos. Dichos reglamentos, definen previamente todas las reglas necesarias para cada etapa del procedimiento de arbitraje, y garantizan el debido proceso a los usuarios.

Si no se someten a un arbitraje institucional, las partes pueden nombrar su propio tribunal arbitral *ad hoc*. Consecuentemente, deben acordar las pautas que regirán durante todo el procedimiento, como por ejemplo: los plazos, los requisitos de los escritos y peticiones, las audiencias y cualquier otro detalle. Siempre y cuando, se garantice el derecho de defensa, de contradicción y del debido proceso.

Una de las implicaciones más importantes de suscribir una cláusula arbitral es precisamente la elección de los árbitros y del procedimiento a seguir. Aquí radica la característica “flexibilidad” y “practicidad” del arbitraje, que lo diferencian grandemente del proceso judicial ordinario.

En síntesis, podría afirmarse que algunos de los efectos más importantes de la inserción de una cláusula arbitral en los contratos, son: 1) La consagración de la autonomía de la voluntad de las partes, 2) La consagración de la autonomía de la cláusula arbitral, 3) La definición de la jurisdicción y competencia arbitral, y 4) La renuncia a la jurisdicción judicial o común.

Encontramos aquí otro punto interesante, que vale la pena mencionar, y que tiene que ver con la suscripción de cláusulas arbitrales “modelo”, o los llamados “convenios tipo”. Estos son modelos de cláusulas arbitrales predefinidas; que sirven de guía para usuarios, litigantes, e instituciones encargadas de administrar procesos de resolución alterna de conflictos.

En general, son consideradas como modelos prácticos, que aseguran la correcta interpretación de su contenido, pues usualmente son muy claras. Tanto a nivel internacional, como nacional, los diversos centros institucionalizados de arbitraje, proporcionan estos modelos de cláusulas a sus usuarios, con el fin de que puedan ser incorporadas al momento de redactar sus contratos.²³⁷

Por lo general, una cláusula arbitral “modelo”, contiene la información acerca del centro o institución que administrará el proceso de arbitraje en caso de conflicto; así como una mención acerca del tipo de arbitraje elegido y del método que se utilizará para nombrar a los árbitros respectivos.²³⁸

²³⁷ Encontramos cláusulas arbitrales “modelo” proporcionadas por el Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica y el Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos CFIA, entre otros; así como en varios reglamentos de cortes institucionalizadas para la administración del proceso arbitral, a nivel internacional. Al respecto, V. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. En: <<http://www.camara-comercio.com>>; Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. En: <<http://www.cfia.go.cr.com>> Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB). En: <<http://www.tab.es>>; Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en Francia. Reglamento de la Corte de Arbitraje. En: <<http://www.iccwbo.cl>>; o <<http://www.iccarbitration.org>>.

²³⁸ Como ejemplos, pueden verse las clausulas arbitrales modelo, proporcionadas por el Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos; y el Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

En la mayoría de estos casos, se establece de antemano que las partes acuerdan someterse al reglamento del centro respectivo, el cual ya contiene todas las pautas para llevar a cabo el procedimiento arbitral. Por lo que la cláusula implícitamente conllevaría a una aceptación del reglamento del centro de arbitraje.

En cuanto a este punto, se ha criticado la imposición de cláusulas arbitrales en contratos de cierta índole. Algunos han afirmado, que en el caso de los contratos de pólizas de seguro, de transporte, o los contratos bancarios; las llamadas cláusulas arbitrales “modelo” se traducen en verdaderas cláusulas predispuestas; que suponen riesgos para el consumidor.²³⁹

La anterior afirmación se justifica, en que la parte (o generalmente el “consumidor”) “ignora” el alcance y consecuencias de estos acuerdos. El problema se presentaría, según esta crítica, básicamente en los contratos conocidos como: contratos *de adhesión* y en los *convenios macro o tipo*.²⁴⁰ Acerca de la validez de la inclusión de cláusulas arbitrales, en los *convenios macro*; la Sala Primera ha dispuesto:

*“VII. La Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevinientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular. Lo que no puede aceptarse; excepto por disposición expresa, es lo contrario, vale decir que de lo singular se acceda a lo general”.*²⁴¹

El aspecto que propicia la discusión es el determinar si en los contratos de adhesión o contratos tipos, estamos en presencia de un arbitraje voluntario permitido; o si más bien no es permitido en nuestra legislación; por carecer de voluntad libremente manifestada. (Causando un vicio en el consentimiento, o un abuso del derecho de una de las partes).²⁴²

²³⁹ Feldstein de Cárdenas, S. y otra. Op. Cit. p.21.

²⁴⁰ Conocidos en el Derecho Anglosajón como “mass contracts” o “contratos masificados”.

²⁴¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 475-2001, de las 14:40 horas del 27 de junio del 2001.

²⁴² Artavia Barrantes, Sergio. (2000). *El Arbitraje en el Derecho Costarricense (...)* Op. Cit. p. 99.

Según lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala Primera, es necesario que las partes que suscriben el contrato principal -- un contrato de adhesión, o un convenio macro --, manifiesten su voluntad de someterse a la cláusula arbitral incluida en el convenio. Como explica el Lic. Artavia, la cláusula arbitral puede estar inserta en un contrato libremente negociado o un contrato tipo o de adhesión; con tal de que no restrinja el derecho de tutela jurisdiccional efectiva del contratante y que se le impida accionar en tutela de un derecho legítimo.²⁴³

En los *contratos de adhesión*, el contenido de sus cláusulas ha sido preestablecido por una de las partes. No admite que el otro contratante lo modifique o le haga contraofertas; sino que éste último simplemente lo acepta tal y como está redactado, por lo que no ayuda a determinar el contenido del mismo. En los *contratos tipo*, el contenido no está establecido prácticamente por ninguno de los contratantes; puede ser impuesto o confeccionado por agentes estatales.²⁴⁴

Las condiciones generales de contratación tienden a integrar mediante cláusulas preestablecidas por un empresario, a todos los clientes que eventualmente hayan de entrar en relaciones con él. Se trata en suma, indica el autor Caivano, de una modalidad especial de formación de consentimiento; una nueva técnica de contratación. Modalidad, que es una tendencia de nuestros tiempos.²⁴⁵

La masiva utilización de contratos cuyo contenido se encuentra preestablecido, tiende a acentuarse con los adelantos tecnológicos que agilizarán aún más las transacciones. Frente a esta realidad, es necesario analizar la validez jurídica del acuerdo arbitral que se puede incorporar como cláusula en los contratos de adhesión o de contenido general predispuesto.²⁴⁶

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*. En este mismo sentido, V. citas de Baudrit Carrillo, Diego; Albaladejo, Manuel; y Díez Picazo; hechas por el autor Sergio Artavia. Sobre este tipo de contratos: V. Baudrit Carrillo, Diego (2000 c). Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato. Volumen I. 3 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. pp. 42-44; y Caivano, Roque J. (2000). Arbitraje. 2.ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD Hoc. Vilella Editor. pp.134-135.

²⁴⁵ Caivano, Roque. Op. Cit. p. 134.

²⁴⁶ *Ibidem*. Nace así la llamada “estandarización del contrato”; y la imposición de posiciones de hegemonía en el mercado de grandes operadores económicos (con frecuencia, monopolísticos u oligopolísticos).

Como precedente para resolver este tema, citaremos el criterio expuesto por la Sala Primera; en un proceso planteado contra el Instituto Nacional de Seguros. Dicha entidad, es conocida por utilizar contratos de adhesión con los asegurados.²⁴⁷ Al resolver sobre la excepción de incompetencia interpuesta contra el tribunal arbitral que conoció la controversia; la Sala dispuso lo siguiente:

“V.- El punto aquí controvertido, se centra en la interpretación del ordinal 25 de la Ley N° 5279 de 27 de julio de 1973, de Monopolios y del Instituto Nacional de Seguros. Al respecto ya la Sala Constitucional en su voto N° 2307-95 de las 16 horas del 9 de mayo de 1995, definió la cuestión en forma vinculante y estableció: “... la opción que prevé el artículo 25 de la Ley 5279 pueda razonablemente ser utilizada por los interesados en la solución de sus conflictos patrimoniales con el Instituto Asegurador sin que ello resulte inconstitucional en los términos que se dirán. La aplicación directa del Derecho de la Constitución obliga a la Sala a indicar que el artículo 25 de la ley 5279 –y las cláusulas contractuales que la reiteren- sólo resultan constitucionales en tanto se interprete que toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el Asegurado relativa al contrato de póliza, será resuelta por juicio arbitral cuando así lo elija el asegurado. No se podrá impedir a ninguna persona en virtud de esta disposición normativa –ni de una cláusula contractual que la reitere- el acceso a los tribunales de justicia para obtener tutela judicial efectiva. (...) La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes. El Instituto Nacional de Seguros sugiere que al incorporarse al contrato-póliza una cláusula que establece que el arbitraje es el medio por el que se solucionarán los conflictos que se presenten en esos mismos contratos el aspecto obligatorio que se cuestiona se supera. Para la Sala esa tesis no es de recibo habida cuenta de que la norma contractual lo que hace es reiterar la disposición 25 legal y además no se debe olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo o de adhesión, con una institución aseguradora que tiene el monopolio de la actividad, de tal suerte que la facultad del asegurado para introducir aspectos de su interés o voluntad en el contrato de seguros no existe. No resulta entonces admisible la tesis que defiende el Instituto Nacional de Seguros en el sentido de

Contratantes *fuertes*, sobre pequeños y medianos empresarios y consumidores, contratantes *débiles*. Lo anterior, según el autor A.M. López y López; en: Blasco Gasco, F. (Comp.). (1995). Derecho de Obligaciones y Contratos. 2 ed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. p.332.

²⁴⁷ El INS utiliza este tipo de contratos, pues es el modo usual en que operan este tipo de entidades, al igual que el caso de las entidades bancarias.

que la sola introducción de una cláusula compromisoria en el contrato de seguros la hace consensual. Ninguna duda existe de que la voluntad es el primer elemento constitutivo del acuerdo compromisorio y si no hay posibilidad alguna para el asegurado de manifestarla se produce un vicio de constitucionalidad de la norma y de la cláusula contractual que, aniquilando la voluntad de una de las partes, la reitera.”. Como se observa, el objetivo de dicho voto, es defender a la parte de la relación más débil, dándole la oportunidad de que sea el asegurado el que por su propia voluntad elija la vía que a su criterio le sea más conveniente, sin impedirle o cuestionarle el derecho de acción y acudir a los tribunales comunes a dilucidar sus diferencias con el ente asegurador.”²⁴⁸ (el destacado no es del original)

La inclusión de algunas cláusulas abusivas, se presenta generalmente, en los contratos tipo o los de adhesión. Al respecto, es necesario consultar lo dispuesto en la normativa de la “Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor”, No.7472,²⁴⁹ específicamente en su Artículo 39, inciso g); y lo preceptuado en el Artículo 1023, punto 2), del Código Civil costarricense. En ambas normas, se enumeran las cláusulas contractuales que pueden ser anuladas judicialmente, por constituirse en abusivas.²⁵⁰

Esta normativa es aplicable sobre todo, para los casos de contratos de adhesión o contratos tipo; en los que uno de los contratantes es un consumidor. Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha establecido que puede darse un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes; aún no tratándose de sujetos que sean consumidores o usuarios de algún servicio.²⁵¹

De forma general, la Sala Primera ha indicado que pueden encontrarse cláusulas abusivas en perjuicio de cualquier otro contratante; que no necesariamente llegue a revestir el carácter de

²⁴⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 573, de las 9:35 horas del 17 de setiembre del 2003.

²⁴⁹ *Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, No.7472. Publicada en La Gaceta No.14, del 19 de enero de 1995.

²⁵⁰ Profundizaremos en el análisis de estas disposiciones, más adelante, en el presente trabajo.

²⁵¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 65 de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996.

consumidor. Asimismo, dispone que las cláusulas abusivas se reconocen por entrañar una lesión al principio de buena fe contractual. Y las ha definido así:

*“III. La moderna doctrina se ha ocupado sistemáticamente del problema de las llamadas cláusulas abusivas. Al respecto se ha dicho: “Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p.ej. en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella.)”.*²⁵²

Recientemente, una de las partes en un arbitraje, interpuso la excepción de falta de competencia del tribunal arbitral; alegando que nunca estuvo de acuerdo en suscribir la cláusula arbitral que la sometió a esa vía, para resolver su conflicto. El caso se presentó en relación con un contrato suscrito entre una empresa privada y un profesional del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica (CFIA). El CFIA les proporciona a sus agremiados, un tipo de contrato predefinido, para que lo utilicen con sus clientes.

Este contrato, se asemeja más que todo a un formulario preimpreso. Contienen de antemano, una cláusula arbitral que remite a las partes en caso de conflicto, ante un arbitraje en el Centro de Resolución de Conflictos, del CFIA. La empresa recurrente, interpuso una excepción de incompetencia ante el tribunal arbitral; porque consideró que dicha cláusula no había sido consentida de mutuo acuerdo.

La empresa alegó, que el contrato suscrito bajo este formato constituía un típico contrato de adhesión; y por ende, su clausulado podía resultar “abusivo”. Afirmó que no podían obligarle a acudir a un arbitraje y a renunciar a la jurisdicción ordinaria. La Sala Primera resolvió la

²⁵² *Ibidem.*

apelación contra la resolución del tribunal arbitral, que denegó la mencionada excepción de incompetencia, y dispuso:

“II. Con ocasión de la decisión del Tribunal Arbitral de rechazar la excepción de incompetencia opuesta, y estimarse competente para dirimir la controversia suscitada entre las partes, el Lic. (...) objeta lo resuelto (...) no se debe someter a su representada a un arbitraje forzoso, conminándola a dirimir el conflicto en esa vía, porque la decisión de solución arbitral en realidad no fue negociada, sino que le fue impuesta por el contrato que el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos tiene preimpreso para que los profesionales afiliados a él necesariamente lo utilicen al tiempo de contratar con sus clientes, por lo que al haberse utilizado tal fórmula, lo convierte en un contrato adhesivo, del que la jurisprudencia de esta Sala –según así la interpreta- le proporciona la facultad de escoger la vía, sea la arbitral o no. (...) IV. El punto aquí controvertido, se centra en la interpretación que del aludido contrato hace el recurrente y, si en realidad le asiste a su representada el derecho de escoger la vía en que desea resolver sus diferencias con la contraria. La fórmula que lo consigna en su cláusula sexta refiere: “6. Todas las controversias o diferendos que se deriven de la interpretación o ejecución del presente contrato, se resolverán en el Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, mediante conciliación o arbitraje () de equidad () de derecho () de conformidad con el Reglamento Interno del CRC, a cuyas normas las partes se someten en este acto, salvo que renuncien en forma expresa a esta cláusula en documento posterior. (*) debe indicarse “de equidad” o “de derecho”. Si no indica, de acuerdo con la Ley 7727, se presume de derecho.” Del análisis de dicha cláusula no cabe duda de la existencia del acuerdo inequívoco de someter el conflicto a una solución alterna como lo es el arbitraje. Y, en ella misma, se consignó la posibilidad de que las partes renunciaran a dicha convención, lo cual no aconteció. De manera que, si no nació a la vida jurídica un “documento posterior” en que se renunciara a esa vía, se colige la vigencia de la aludida norma, la cual adquirió toda su eficacia al ejercitar la actora la facultad que contempla de permitirle acudir a dicha forma alterna de solución de la controversia surgida. Puesto que el compromiso arbitral existe, y sin duda, confiere competencia al Tribunal, ello es suficiente para confirmar la decisión recurrida (...)”²⁵³*

²⁵³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.115, de las 10:20 horas del 3 de marzo del 2005.

En el caso citado, se demostró que las partes no convinieron en ningún momento, dejar sin efecto la cláusula arbitral. Por lo tanto, el tribunal arbitral y la Sala Primera, confirmaron la validez del pacto arbitral contenido en el formulario preimpreso del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, CFIA.

Hay quienes sostienen, que en los contratos de adhesión o masificados, al igual que en los contratos individuales, es posible y no ilegal, que alguna de las partes establezca de forma previa -- y en cierto sentido, de forma unilateral-- las condiciones generales del cumplimiento del contrato. Defienden el hecho de que, lo anterior, no siempre significa una violación del principio de buena fe de las partes, o del justo equilibrio y proporcionalidad, de las prestaciones en los contratos.²⁵⁴

Es por estas razones, que el tema de la validez de una “cláusula arbitral modelo”, podría requerir en algunos casos, un análisis minucioso por parte de los árbitros. Lo anterior, con el fin de evaluar el grado de comprensión que tenían las partes, acerca de los alcances de esta cláusula. Una vez que se confirmen las condiciones en que fue suscrito el contrato principal y, por ende, la cláusula arbitral, se podrá constatar si efectivamente existió la voluntad expresa y manifiesta, de suscribirla; y de someterse a sus efectos jurídicos.

Pensamos que la inclusión previa de una cláusula arbitral, en cierto tipo de convenios, no siempre condiciona la validez del contrato mismo, ni la del acuerdo o cláusula arbitral. Lo anterior, se cumple solo si las partes más débiles de la relación obligacional, como los consumidores, o los usuarios de bancos, aseguradoras y de los centros de arbitraje; manifiestan expresamente su voluntad de someterse a dicha cláusula.

El tema importante, es determinar qué sucede cuando se encuentra que una cláusula abusiva, resulta ser una cláusula o acuerdo arbitral. Es por esta razón, que deseamos determinar

²⁵⁴ Cfr. Laudo Arbitral del CICA-AMCHAM; # 05-0054-AR/CICA, de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.* pp.25-26.

si cabe la posibilidad de que un órgano jurisdiccional -- y no los mismos árbitros--, resuelva sobre la validez y eficacia, de una cláusula arbitral abusiva.

La idea de realizar este análisis, surgió a raíz de algunas observaciones que hicimos, en ciertos procedimientos de elección y nombramiento, de los miembros de algunos tribunales arbitrales. Creemos que hay casos en los que se puede causar inconvenientes, y lesionar los derechos procesales de las partes. En diversos laudos arbitrales, se evidencia que el método de elección de los árbitros, pudo haber tenido una influencia sobre el deber de imparcialidad; que en principio debe acompañar a la función arbitral.

Conocemos que los tribunales arbitrales pueden ser unipersonales o colegiados. En este último caso, deben nombrarse tres árbitros para formar el tribunal. Según la Ley RAC, cada una de las partes involucrada en el conflicto, nombrará a uno de ellos. Los árbitros nombrados, deberán escoger al tercer árbitro, quien fungirá como presidente del tribunal.²⁵⁵

Este método de elección del tribunal arbitral, es comúnmente utilizado en el caso de los arbitrajes *ad hoc* y los tribunales de los centros de arbitraje, permitiendo que sean las mismas partes, las que elijan a sus árbitros. En ocasiones, el centro nombra al tercer árbitro presidente; y en otras, permite que dicho árbitro sea elegido por los ya nombrados.

Resulta que la función arbitral debe ser imparcial. La Ley RAC establece como causal de recusación de un árbitro, la ocurrencia de alguna de las causales establecidas para los jueces ordinarios, y además: “la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.”²⁵⁶

²⁵⁵ V. Artículo 28 Ley RAC.

²⁵⁶ V. Artículo 31 de la Ley RAC.

Por ejemplo, el Centro de Resolución de Conflictos del CFIA, menciona en el Artículo 35 de su Reglamento,²⁵⁷ que el árbitro debe ser: “neutral, independiente e imparcial.” Establece igualmente, tanto para el tribunal unipersonal como para el colegiado, la posibilidad de la recusación.

Sin embargo, aunque existan las llamadas “causales de recusación”, el procedimiento mediante el cual las partes hacen la selección de los árbitros, puede llegar a ser muy comprometedor. A diferencia de un juez común, los árbitros han sido elegidos por cada una de las partes involucradas en el conflicto.

Generalmente, las partes eligen al árbitro que conoce mejor el tema de fondo de la controversia; analizando su experiencia profesional. Incluso lo eligen pensando en cuál profesional puede llegar a “comprender mejor su posición”. No descartan seleccionar al árbitro que pueda “representar sus intereses”, de la mejor forma.

Recientemente, analizamos el laudo arbitral del caso *Kajima Corporation* contra el *Instituto Costarricense de Electricidad, ICE*. En este caso, se conformó un tribunal arbitral *ad hoc*. Las partes presentaron varios reclamos, que fueron analizados y resueltos individualmente por el tribunal.²⁵⁸ Para resolver cada reclamo, el Presidente del tribunal presentó una especie de “dictamen”; en el cual expuso un resumen de la pretensión de la parte y su correspondiente fallo. Luego de cada dictamen del Presidente, seguía un escrito de los otros árbitros; en el cual debían indicar si se adherían o no, a la posición del primero.

Lo que llama la atención de este laudo es lo siguiente: En la mayoría de los casos, el árbitro que presidía falló en contra del ICE. Consecuentemente, el árbitro nombrado por la empresa

²⁵⁷ Cfr. Reglamento del CRC. Aprobado por la Junta Directiva General del Colegio Federado mediante acuerdo #21 de la Sesión 08-03-04 GO del 15 de enero de 2004 y publicado en La Gaceta #29 del 11 de febrero de 2004. Modificado mediante acuerdo #6 de la Sesión 22-03/04-G.E. del 13 de mayo de 2004, y publicado en La Gaceta # 108 del 3 de junio de 2004.

²⁵⁸ Laudo Arbitral del Tribunal *Ad Hoc*, del 15 de abril de 1988. Caso del *Instituto Costarricense de Electricidad, ICE* contra *Kajima Corporation*.

Kajima, se adhirió inmediatamente al dictamen del Presidente. Por lo tanto, el árbitro nombrado por el ICE no tenía ya ninguna oportunidad de cambiar el fallo acordado por votación “automática”, de dos a uno. El caso se fue prácticamente cerrando, desde que el presidente emitió dichos dictámenes.

En el laudo se observa que el árbitro que apoyó los dictámenes a favor de la actora, *Kajima Corporation*, fue precisamente el árbitro propuesto por esta empresa. Cabe preguntarse si pudo haber sucedido que, de no apoyar los fallos del presidente a favor de la actora; este se hubiera unido al criterio de su homólogo, nombrado por el ICE. Lo cual difícilmente ocurriría.

El asunto es determinar hasta que punto las partes, los litigantes y los mismos árbitros; están obviando esta clase de situaciones. En el proceso de arbitraje, la decisión final generalmente recae sobre el árbitro presidente; a quien los demás árbitros tratan de “convencer”. No le queda más opción, a los demás árbitros, que tratar de imponer sus criterios. Eso sí, esto implica que su imparcialidad disminuye; para dar cabida a una evidente representación de la parte que los nombró.

Conocemos otro caso que puede ilustrar mejor este tipo de situaciones y que comentaremos a lo largo del presente capítulo. El conflicto versa sobre la inclusión de una cláusula arbitral, en un contrato de fideicomiso de garantía. Este tipo de contrato, es una figura utilizada comúnmente para una gran variedad de transacciones. En esta clase de convenios, hablamos de la existencia de tres partes: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

El contrato de fideicomiso respectivo, contiene una cláusula arbitral. Siguiendo la regla que dispone que cada árbitro debe ser nombrado por cada parte, para conformar el tribunal arbitral; resulta que en este caso, no se puede nombrar un tercer árbitro “neutral”. Lo anterior, porque al tratarse de tres partes intervinientes, cada una debe elegir a un árbitro que las represente

En el contrato de fideicomiso analizado, el fideicomitente es una persona física. Por otro lado, el fideicomisario es una entidad bancaria. Lo que llama la atención es, que el fiduciario también es otra entidad bancaria, relacionada estrechamente con el fideicomisario; pues ambas forman parte de un grupo de interés económico -- fácilmente identificable --.

Se puede presentar el siguiente problema a la hora de tramitar el proceso arbitral: el conflicto residiría en que dos, de los tres árbitros nombrados, representarían al fin y al cabo, los mismos intereses. Entonces, en un caso como este, no queda más que anticipar un resultado favorable para el grupo de interés económico; “representado” por las dos entidades bancarias, que son partes del contrato de fideicomiso de garantía.

Ante esta situación, cabe preguntarse: ¿En qué posición queda el fideicomitente --la persona física-- en el caso? ¿Tiene sentido para él, someterse a un proceso arbitral que puede estar viciado de nulidad? ¿Se tornó “abusiva” esta cláusula arbitral, para él?

El sentido de suscribir un acuerdo arbitral, no incluye el tener que asumir esta clase de riesgos. La voluntad de las partes que se someten a un proceso de arbitraje, es la de obtener una resolución rápida y justa de su controversia; mediante el acceso a una justicia imparcial, pero a la vez flexible en sus procedimientos. No debe existir el riesgo de que la justicia arbitral, no sea tan “justa y equitativa.”²⁵⁹

²⁵⁹ En algunos casos, las partes pueden redactar ciertas disposiciones tendientes a evitar que se lesione la parcialidad de los miembros de un tribunal arbitral. Resulta interesante, p.e., una cláusula encontrada en un reglamento de arbitraje, la cual dispuso: “*d. Con el propósito de garantizar la equidad y la objetividad de las actuaciones del Tribunal y asegurando los principios éticos que regulan la profesión, los miembros del Tribunal desempeñarán sus funciones con absoluta independencia, sin ninguna atadura ni obligación con las partes que les han nombrado. La relación entre las partes y el Tribunal deberá realizarse únicamente a través de la Presidencia del Tribunal, estando prohibido todo contacto entre las partes de este proceso y los miembros del Tribunal a quienes nombraron, que pueda afectar la independencia de criterio del miembro del Tribunal.*” V. Laudo Arbitral del 12 de julio del 2002; dictado por el Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, en el caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.*, contra *Saret de Costa Rica, S.A.* Capítulo 1, Introducción. *Procedimiento del Tribunal de Arbitraje Proyecto Hidroeléctrico Doña Julia*. Aprobado en Sesión No.3, del 25 de enero del 2001. Punto #8, apartado 8.1, inciso d); titulado: “Del laudo arbitral.”

Pensemos por un momento en ejemplos, como el del caso del fideicomiso comentado. En estos casos, nos encontraríamos ante la negación del derecho y acceso a la justicia. Una cláusula arbitral, que permite que se conforme un tribunal parcializado, lesiona evidentemente las aspiraciones que pueda tener la parte más vulnerable de obtener un juicio justo.

Así las cosas, y dado este tipo de conflictos, deben analizarse varios temas. Por un lado, la posible existencia de cláusulas arbitrales “abusivas”; que puedan causar evidentes daños y perjuicios, a una de las partes del contrato. Y por otra parte, la forma en que actualmente las partes podrían impugnar una cláusula de este tipo, si se presentara el caso.

Resulta grave el hecho de que, de acuerdo con principios como el reconocido *Kompetenz-Kompetenz* y en concordancia con la jurisprudencia judicial y arbitral nacional; los árbitros son los únicos legitimados para resolver sobre cualquier objeción que se tenga con respecto a la cláusula arbitral. Si una de las partes desea impugnar la formación de un tribunal, bajo las reglas de una cláusula arbitral que le causa un daño: ¿Tendría que hacerlo ante los mismos árbitros; ante los cuales no desea someter su controversia!

La ley no permite otra alternativa; no existe la posibilidad de recurrir a otra vía --como la judicial-- para impugnar la validez de un acuerdo arbitral. Los tribunales judiciales se niegan a revisar la validez de la cláusula arbitral; y mucho menos del contrato que la contiene. La jurisprudencia judicial resalta la competencia exclusiva de los árbitros, para resolver sobre “su propia competencia”.²⁶⁰

Así las cosas, nos planteamos entonces: *¿Ante quien podría recurrir la parte que siente que su posición no va a ser escuchada “con oídos imparciales”, por parte de un tribunal arbitral “arbitrario”?*

²⁶⁰ El criterio reiterado por los tribunales judiciales, respecto a estos temas; será analizado con mucho mayor detalle en el siguiente apartado.

Una de las formas en que este tema puede abordarse, es desde la óptica de dos figuras jurídicas: la del “abuso del derecho”, o el “fraude de ley” -- *fraus legis*. El Derecho Privado ha creado estas y otras instituciones, con el fin de neutralizar las distorsiones y anormalidades²⁶¹, provocadas por la consecución de fines antijurídicos en los contratos. Al respecto, nos recuerda el Lic. Torrealba, que:

*“(...) para nadie es un secreto que, siendo el contrato un conducto de la circulación de la riqueza, en ciertos casos se busca utilizar el contrato para fines antijurídicos, como la concentración ilegítima de la riqueza mediante la creación de monopolios, la legitimación de capitales mal habidos, la defraudación de acreedores, la violación oblicua o indirecta de la ley, el abuso de posiciones de poder económico, etc.”*²⁶²

En nuestro análisis final acerca de la posibilidad de anular judicialmente, una cláusula arbitral que resulte abusiva; comentaremos de qué forma pueden contribuir las figuras del abuso del derecho o el fraude de ley, al abordaje del tema.

Hasta este momento, hemos repasado brevemente el concepto de la cláusula arbitral; y hemos analizado algunas de las implicaciones de su inclusión en los contratos. Se ha comentado la crítica que se hace a la inclusión de una cláusula arbitral en los contratos tipo, o de adhesión; y se ha discutido si existe la posibilidad de que algunas de estas cláusulas, se tornen abusivas.

A continuación, examinaremos dos importantes efectos de la suscripción de una cláusula o acuerdo arbitral. En primer lugar, analizaremos el concepto de la autonomía de la cláusula arbitral. En segundo lugar, comentaremos cuál es el efecto de la renuncia expresa a la jurisdicción judicial u ordinaria; realizada por los sujetos que suscriben un convenio arbitral.

²⁶¹ Torrealba Navas Federico, *El Objeto*. Op. Cit.

²⁶² *Ibidem*. Según Torrealba, para neutralizar dichas distorsiones y anormalidades, el Derecho Privado tiene consagradas diversas instituciones: el delito, el *fraus legis*, el fraude de acreedores, el abuso del derecho, las prácticas monopolísticas, la nulidad absoluta, el orden público y la ética.

Habiendo abarcado estos temas, finalmente, podremos concluir si procede o no, acudir a la vía judicial para discutir el contenido y validez, de una cláusula arbitral. Lo anterior, ya sea con el fin de demandar un posible abuso del derecho, o la existencia de un fraude de ley; en la aplicación de una cláusula arbitral abusiva. O bien, para pretender la eventual declaratoria de nulidad de la misma cláusula.

Sección II. La autonomía de la cláusula arbitral y la renuncia a la jurisdicción ordinaria.

Un tema importante en relación con las implicaciones de la escogencia del procedimiento arbitral es la consagración de la *autonomía de la cláusula arbitral*. Este principio implica, que el acuerdo arbitral no necesariamente pierde su validez, cuando el contrato principal se declara inválido.²⁶³ De los Artículos 23 y 37 de la Ley RAC, se infiere que la nulidad del convenio base no implica, necesariamente, la invalidez de la cláusula arbitral. Concretamente, el Artículo 37, establece:

*“Artículo 37: (...) Para los efectos de este artículo, una cláusula arbitral que forme parte de un convenio y disponga la celebración del arbitraje con arreglo a la presente ley, se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del convenio. La decisión del tribunal arbitral de que el convenio es nulo, no implicará, necesariamente, la invalidez de la cláusula arbitral.”*²⁶⁴

Con respecto a este tema, resulta interesante la opinión de las autoras argentinas Sara Feldstein y Hebe Leonardi, quienes afirman que:

*“(...) el arbitraje, al revalorizar la autonomía de la voluntad, contribuye a la democratización en la creación del derecho nacional e internacional. La formación creada, formulada por las partes para regir sus posibles diferendos es una fuente de Derecho poderosa, que suele ser inatendida.”*²⁶⁵

²⁶³ V. al respecto, Artavia Barrantes, Sergio (2001). *Normativa sobre Arbitraje (...)* Op. Cit. p10.

²⁶⁴ El autor Artavia, aclara que: “Es necesario, sin embargo distinguir si se trata de una nulidad absoluta del contrato, en cuyo caso la cláusula arbitral sí se afecta también, a menos que se haya pactado por separado del contrato anulado. (...) Distinta es la solución cuando se trata de nulidad relativa o parcial del contrato, en la cual la cláusula conserva su validez y eficacia, salvo que en ella radique el vicio en cuyo caso la nulidad de esta también se impone.” En: Artavia Barrantes, Sergio (2003). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (...)*. Op. Cit. pp. 36-37.

²⁶⁵ Feldstein de Cárdenas, S. y otra. Op. Cit. p.12.

Según Sergio Artavia, la consagración en la Ley RAC del concepto de “acuerdo arbitral”, como término unificado, ha permitido desarrollar el *principio de autonomía del acuerdo*; desarrollado por la doctrina extranjera.²⁶⁶ En efecto, el principio de autonomía de la cláusula arbitral, es un principio general, cuyos orígenes se remontan a la jurisprudencia norteamericana en el caso *Prima Paint* de 1967²⁶⁷, y la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, desde 1968.

De conformidad con este principio, “el acuerdo de arbitraje no es simplemente un accesorio de un contrato, sino que es un contrato en sí mismo, que puede permitir un análisis independiente e, incluso merecer la aplicación de un Derecho diferente.”²⁶⁸

Asimismo, este principio permite que sea el propio tribunal arbitral quien resuelva sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral; y le otorga una independencia jurídica a dicho acuerdo. En síntesis, continúa explicando el autor Artavia, la autonomía de la cláusula arbitral se consagró en dos aspectos:

- a) La posibilidad de que sea el propio tribunal arbitral el que resuelva sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral.
- b) Sin importar la forma en que se consienta el acuerdo (separado, o como parte de un contrato), será independiente. En consecuencia, la nulidad del convenio base no implicará, necesariamente, la invalidez de la cláusula arbitral.²⁶⁹

²⁶⁶ Artavia Barrantes, Sergio (2001) *Normativa sobre Arbitraje*. (...) Op. Cit. p.10.

²⁶⁷ V. Pérez Vargas, Víctor. (2002). *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. *Revista Judicial*. Año XXV. No. 82. Diciembre-2002. (pp.117-148). Cláusula Compromisoria. Autonomía. p.119. Acerca del caso *Prima Paint*, V. *Prima Paint Corporation vs. Flood and Conklin Manufacturing Co* .U.S. Supreme Court. 12 de junio de 1967, 388 US 396 1967, Yearbook on Commercial Arbitration T.II. 1977, p.123; cita del autor Pérez.

²⁶⁸ *Ibidem*. Sobre el contrato de arbitraje en el comercio internacional, ver el artículo del mismo nombre, por Pérez Vargas, Víctor. (1987). *Revista Judicial*. Año XI. No. 40. Marzo-1987. (pp.108-126)

²⁶⁹ Artavia Barrantes, Sergio (2001) *Normativa sobre Arbitraje*. p.10.

La facultad que tiene el tribunal arbitral para resolver los asuntos que se relacionan con su propia competencia, se plasma en el principio conocido como: *Kompetenz-Kompetenz*, o de “competencia de la competencia”. Este concepto tiene relación con la expresión: *iudex actionis est eo ipso iudex exceptionis*, cuya traducción al español sería: “El juez de la acción, es el juez de la excepción”.

Uno de los principales efectos de la consagración de la autonomía de la cláusula arbitral, y del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, es la exclusión del juez ordinario para conocer acerca de las objeciones contra la validez o ineficacia, de esta cláusula.²⁷⁰ A nivel internacional, la posibilidad de que el árbitro provea sobre su propia competencia, se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”.²⁷¹

La autora Claudia Matute, indica que este principio es una expresión del arbitraje internacional; que los árbitros de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI no dudan en aplicar. Asimismo, indica que su sentido se encuentra en que: “si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese pronunciarse sobre el fondo.”²⁷²

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado en relación con el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, lo siguiente:

²⁷⁰ Artavia Barrantes, Sergio (2003). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (...)* Op. Cit. pp. 36-37. Para profundizar más sobre estos temas V. Caivano, Roque J. (2000). *Arbitraje*. 2.ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD Hoc. Villela Editor. Capítulo VI. “La autonomía del acuerdo arbitral y del principio de la “competencia de la competencia.” p.156 y sig.

²⁷¹ Fouchard, citado por Derains, Yves. Citados por Matute Morales, Claudia (2003). *El Arbitraje Comercial Internacional. Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. Anuario del Instituto de Derecho Comparado*. Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad de Carabobo, Venezuela. En: <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1.2000/1.2000-5.pdf>> [Consulta: 18 de abril de 2007]

²⁷² *Ibidem*.

*“VII. (...) La norma tiene su justificación en la incorporación del principio kompetenz-kompetenz, que se atribuye al derecho francés según el cual el tribunal arbitral tiene competencia para conocer acerca de su propia competencia, lo que se traduce en el aforismo, el juez de la acción es el juez de la excepción. En virtud de esta regla el Tribunal debe examinar, al igual que los jueces ordinarios su competencia para conocer el asunto concreto sometido a su conocimiento, bien sea de oficio o por gestión de parte, y de considerar que es incompetente declararlo así. (...)”*²⁷³

Según indica la Sala Primera, los alegatos de incompetencia contra los tribunales arbitrales, pueden versar sobre: la “materia objeto de la controversia”; sobre “la conformación, inscripción y habilitación del tribunal arbitral”; e incluso sobre la forma en que debe resolver el tribunal, si es de derecho o equidad.”²⁷⁴

Se afirma que la postura de la Sala Primera es “pro-arbitraje”; y que pertenece a las más modernas concepciones sobre este procedimiento. El fundamento de esta posición, radica en eliminar la subordinación innecesaria con respecto a la jurisdicción común.²⁷⁵ Así las cosas, se ha establecido que la incompetencia del tribunal arbitral, puede y debe, ser planteada ante el propio tribunal.

La Ley RAC, ha dispuesto en sus Artículos 37 y 38, en relación con el tema de la competencia de los árbitros, lo siguiente:

“Artículo 37. Competencia. El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia, y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral. (...)”

“Artículo 38. Facultades. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta, a más tardar, en la contestación a la demanda de arbitraje. Sin embargo, el tribunal podrá declarar,

²⁷³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 800, de las 10:45 horas del 26 de noviembre de 2003. Ver también Voto No. 177-A-00 BIS, de las 16:00 horas del 21 de junio del año 2000.

²⁷⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 800, de las 10:45 horas del 26 de noviembre de 2003

²⁷⁵ Fallas Nájera, Eduardo. Op. Cit. p.66.

de oficio; su propia incompetencia en cualquier momento o resolver, si así lo considerare conveniente, cualquier petición que una parte presente, aunque sea, en forma extemporánea. El Tribunal deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. (...)

Al derivar de un acuerdo de voluntades, la cláusula arbitral tiene otro efecto importante, el cual está íntimamente relacionado con los principios de la “autonomía de la voluntad”, y de “autonomía de la cláusula arbitral”. Este efecto es, el que la cláusula arbitral será vinculante solamente para las partes que la han suscrito.

Lo anterior significa que solo los participantes del negocio o contrato, que suscriban el acuerdo arbitral, son los que deben someterse a éste, por haberlo acordado expresamente. Se aplica aquí el *principio de relatividad contractual*, contenido en los Artículos 1022 y 1025, de nuestro Código Civil. Dichos artículos, disponen:

“Artículo 1022: Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.”

“Artículo 1025: Los contratos no producen efecto sino entre las partes contratantes, no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes²⁷⁶.”

Con respecto al principio de relatividad de los contratos, aplicado a suscripción de una cláusula arbitral, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado:²⁷⁷

“V. (...)De igual manera, se ha dicho que el acuerdo arbitral –por su naturaleza convencional- no alcanza a terceros, como corolario del principio de relatividad de los contratos y por la manera estricta con la que debe verse la renuncia a la jurisdicción común (Véanse los artículos 18 y 23 de la Ley RAC, el 1025 del Código Civil y la resolución de la Sala No.357-03 de las 11:10 horas del 25 de junio del 2003.)”

²⁷⁶ Los artículos siguientes al numeral 1025 del Código Civil, hablan sobre los contratos en que se efectúa una “promesa del hecho de un tercero”, o una “estipulación en favor de un tercero”. (Artículos 1026 a 1033).

²⁷⁷ En adelante, en la jurisprudencia citada en la presente Sección, lo destacado es nuestro.

En este mismo sentido, la Sala Primera resolvió:

“VII. (...) Por su parte, los artículos 1022 y 1025 del Código Civil, establecen un principio fundamental en materia contractual: que el contrato tiene fuerza obligatoria entre los contratantes y no produce efectos sino entre éstos, salvo contadas excepciones que la ley contempla. En este sentido la Sala ha manifestado: “VIII. (...) No se debe olvidar que el contrato -al igual que los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley- constituye fuente de obligaciones. Así lo establece el artículo 632 del Código Civil. De acuerdo con principios básicos de la contratación privada, como el de la relatividad (artículo 1025 ibidem), los efectos derivados del pacto se producen únicamente con respecto a las partes contratantes. Y parte es aquel sujeto de derecho que ha participado en el concierto de voluntades del cual emanan los derechos y obligaciones. Sea, no puede ser parte quien no se haya involucrado, emitiendo su voluntad, en la formación del acuerdo. En consecuencia, no cabe atribuir efectos del contrato propios de las partes, como los referentes a la fuerza obligatoria de lo acordado, a quien no haya figurado como tal. En el presente asunto, Hacienda La Rosalía S.A. no concurrió con la emisión de su voluntad a la formación del acuerdo. (...) Es por ello que imputar ahora dicha obligación, también, a Hacienda La Rosalía S.A., significa resolver contra lo estatuido por el precitado artículo 1025 del Código Civil, pues ésta no intervino como parte en el pacto respectivo. (...) No se pueden trasladar sus consecuencias a terceros ajenos al convenio, como sería en este caso la actora Inter-Kairos I.K., S.A. Así las cosas, ésta última carecía de legitimación activa para requerir el arbitraje y demandar en esta vía alterna de resolución de controversias, pues no suscribió la cláusula arbitral que dio pie al presente proceso.” ²⁷⁸

En un caso específico, en el que se discutía si a ciertas empresas debía aplicárseles a una cláusula arbitral, suscrita inicialmente por otra empresa vinculada a las mismas; la Sala Primera dispuso lo siguiente:

“VII.- Aunque no se discute, resulta oportuno acotar que es notorio el hecho de que la codemandada “Klaff del Occidente, S.A.”, suscribió la cláusula arbitral contenida en el contrato

²⁷⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.900, de las 14:40 horas del 20 de octubre de 2004.

*sub arbitrio y, por ende, conforma el sujeto pasivo obligado a figurar en el proceso arbitral. Sin embargo, las entidades “Fiduciaria Cuscatlán, S.A.”, “Cuscatlán Internacional Bank and Trust Limited”, “Clinton Import, S.A.” y “Condominio La Ladera Bloque BHI Lote PPP, S.A.”, al no haber suscrito el Contrato de Correduría de Bienes Raíces, no se incorporan al mismo, pues a diferencia del criterio del apelante, y como bien estimó el Tribunal, las vinculaciones contractuales de estas con la propietaria-demandada, son autónomas y no configuran una relación jurídica material que implique un litis consorcio pasivo necesario, sino uno facultativo, el cual posibilita la discusión judicial de esas otras relaciones, de modo que no sobrevienen al negocio. La entidad Klaff de Occidente, S.A., está en absoluta libertad de suscribir cualesquiera clase de contrataciones con quienes así lo estime, sin que implique que estos terceros deban ser llamados y sujetarse al presente proceso arbitral.”*²⁷⁹

En lo que interesa, los siguientes son extractos de otros casos en concreto, resueltos por la Sala Primera. En ellos se discutió, entre otras cosas, la procedencia de someter a una parte a un acuerdo o cláusula arbitral, objeto de la controversia. Citamos algunos casos, a continuación:

1. *“VII. (...) En el caso bajo examen, lo identificable como convenio de orden general, es el denominado “Acuerdo de Codesarrollo, Financiamiento y Distribución de Acciones”, en el que precisamente participan varias sociedades, entre ellas la demandante y las dos demandadas. En él se norman las respectivas responsabilidades de los suscribientes y, entre otras cosas, se conviene que el contrato E.P.C se formalice con Saret de Costa Rica S.A. Tocante a las obligaciones del Grupo Corporativo Saret S.A., lo expresamente estipulado es obtener el capital o el financiamiento para la conclusión del proyecto, y en particular para financiar el costo del contrato E.P.C. VIII. Ciertamente, como lo señala el Tribunal Arbitral, no hay disposición inequívoca alguna por la que el Grupo Corporativo Saret S.A. se haya obligado más allá de financiar el contrato E.P.C. Pero de toda suerte no hay manifestación suya clara y concluyente de que hubiese admitido la cláusula arbitral, cuya redacción misma concibe a dos partes bien singularizadas, ninguna de las cuales es el indicado Grupo. (...)De toda suerte, la conducta y las manifestaciones provenientes del Grupo Saret, a juicio de esta Sala, de ningún modo permiten concluir que esta persona, fuera*

²⁷⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 430, de las 9:55 horas del 19 de julio de 2006.

de toda duda, haya querido corresponsabilizarse por los incumplimientos de Saret de Costa Rica S.A. y mucho menos consentir, frente a una diferencia, la sumisión a un arbitraje. Valga una vez más recordar que el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal. Aquí la renuncia, en esos términos, por parte del Grupo Saret no se ha dado, lo que obliga a confirmar el pronunciamiento del Tribunal Arbitral.”²⁸⁰

2. *“(…) Contrario a lo resuelto por el Tribunal, es notorio el hecho de que la codemandada “Daewoo Electronics Corporation of América” suscribió la cláusula arbitral contenida en el contrato sub arbitrio y, por ende, conforma uno de los sujetos pasivos obligados a figurar en el proceso arbitral. Si unilateralmente decidió no figurar, pese a ser legalmente requerida, ello le acarrea las consecuencias de su decisión, la cual no es óbice, como mal interpreta el órgano arbitral, para que pueda someterse al proceso. Consecuentemente, procede revocar el pronunciamiento impugnado y declarar al Tribunal arbitral competente en lo que atañe a dicha codemandada (…).”²⁸¹*

3. *“VI.- Como se aprecia, no hay manifestación por parte de RACSA, clara y concluyente de que hubiese admitido la cláusula arbitral, cuya redacción misma concibe a dos partes singularizadas, ninguna de las cuales es ella. El problema, de orden jurídico, sobre si hay responsabilidad de RACSA por las actuaciones de las entidades que debía supervisar, es cuestión que manifiestamente excede la competencia de un Tribunal Arbitral, cuya responsabilidad en el caso concreto se limita a dirimir las disputas entre las partes suscribientes del contrato con animus de sujeción a la cláusula arbitral. (...) Del contenido del contrato queda claro que RACSA nunca manifestó que cualquier diferencia que tuvieran las partes con su actuación sería sometida a arbitraje. Valga una vez más recordar que el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal. Aquí la renuncia, en esos términos, por parte de “Radiográfica de Costa Rica, S.A.” no se ha dado, lo que*

²⁸⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 475, de las 14:40 horas del 27 de junio del 2001.

²⁸¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 200, de las 15:00 horas del 07 de abril del 2006.

*obliga a revocar el pronunciamiento del Tribunal Arbitral, y en su lugar declarar su incompetencia en lo que a la participación de RACSA concierne.*²⁸²

De acuerdo con la jurisprudencia citada, la Sala Primera refuerza los conceptos de la autonomía e independencia jurídica de la cláusula arbitral; y dispone que solo tienen legitimación para demandar por esta vía, las partes que hayan expresamente suscrito la cláusula.

Como mencionamos en el apartado anterior, una de las consecuencias de suscribir una cláusula o acuerdo arbitral, es que las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria (común), para resolver sus conflictos presentes o futuros. Según la Sala Primera, esta renuncia debe ser examinada rígidamente; al igual que debe interpretarse de manera estricta y restrictiva, la cláusula arbitral. Lo anterior se da, porque es importante garantizar que las partes estén consientes de que están renunciando al derecho de acudir a la vía judicial; y que están optando por el proceso arbitral como método alternativo.

El Código Procesal Civil costarricense, dispone en su Artículo 298, el elenco de excepciones previas que son oponibles dentro de un Proceso Ordinario Judicial; y en su inciso número 5, hace referencia a la *excepción previa de acuerdo arbitral*. Esta excepción, puede oponerse en un proceso judicial, por cualquiera de las partes interesadas; para tratar de impedir, que habiéndose suscrito un acuerdo arbitral, se intente acudir a la vía judicial para solucionar la controversia.

El objeto de esta excepción, es excluir del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, los asuntos pactados para ser resueltos por medio de un arbitraje.²⁸³ Tenemos que tomar en cuenta, que a partir de la Ley RAC, se pretendió desjudicializar al máximo el proceso arbitral; limitando la injerencia de los tribunales judiciales, en los asuntos arbitrales.

²⁸² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 357, de las 11:10 horas del 25 de junio del 2003.

²⁸³ Artavia Barrantes, Sergio (2000). *El Arbitraje en el Derecho (...)* Op. Cit. p.27.

La tendencia actual de la jurisprudencia judicial costarricense, radica en remitir a los tribunales arbitrales, todos aquellos casos en los que se verifique la existencia de una cláusula arbitral. Sin importar, si las partes han acudido a la vía judicial para alegar la invalidez de dicha cláusula, o del contrato principal.

El Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, ha desarrollado un fuerte criterio al entrar a resolver las apelaciones, planteadas en contra de las resoluciones del juez civil de primera instancia, que se han pronunciado acerca de la excepción de acuerdo arbitral.

En el caso que cito a continuación, la parte demandada apeló la resolución del Juzgado Tercero Civil de Mayor Cuantía, que rechazó la excepción de acuerdo arbitral por ella interpuesta. En concreto, la parte demandada adujo que el juzgador debió resolver *por el fondo* esta excepción; aún y cuando hubiera tenido que referirse a la validez del contrato que originaba el proceso.

La parte demandada, señaló que lo pretendido con esa excepción era impedir que se continuara ese litigio ante los órganos judiciales ordinarios; y en su lugar, remitirlo a un tribunal arbitral. Según la recurrente, esta oportunidad se vio truncada, al no resolverse por el fondo dicha excepción.

El Tribunal Segundo Civil resolvió este caso, en su Voto No.160 de las 9:20 horas del 16 de junio del 2006. Este voto es sumamente importante, porque expone concretamente el criterio seguido por el Tribunal con respecto al tema de la competencia arbitral. Sus consideraciones han sido reiteradas en varias resoluciones posteriores. En este caso, el este Tribunal acoge la excepción de acuerdo arbitral, y expuso:

“IV. El someter las controversias a un arbitraje depende exclusivamente de las partes en conflicto. Es su voluntad lo que sustenta la posibilidad de sustraerse de la vía ordinaria o común. Resulta

entonces necesario tener claridad sobre el particular, no obstante, ello no sería de resorte de un tribunal ordinario, en virtud de la naturaleza propia de esa cláusula. El artículo 37 de la Ley Sobre Resolución (...) establece: "Competencia: El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva (...) La norma transcrita nos remite al principio del kompetenz-kompetenz, conforme al cual, el juez de la acción es el de la excepción, lo que implica en este caso, que el tribunal arbitral es el que conoce de su propia competencia (ver entre otras la sentencia de la Sala Primera número 177-A-00.BIS, de las 16:00 horas del 21 de junio del 2000). No conviene subordinar la competencia del tribunal arbitral a lo que decida uno ordinario, pues ello podría implicar vaciar de contenido la cláusula arbitral, o abrir la posibilidad de retrasar todos los conflictos que por voluntad de las partes se remiten a este foro especial. Se vaciaría de contenido en el tanto no sólo resuelva, en un proceso común, la nulidad o ineficacia de la cláusula en cuestión, sino también del resto del clausulado, aún y cuando la primera resulte inválida e ineficaz. Por otro lado se retrasaría el proceso, si cuando, reconociéndose la invalidez e ineficacia de esa cláusula, el tribunal común decidiera entonces no entrar a analizar el resto del clausulado, sino declararse incompetente una vez que el asunto ha sido sometido a todo el procedimiento, situación en la cuál, tendría que remitirlo a la vía arbitral, y en esta el nuevo tribunal proceder nuevamente con el procedimiento que corresponda, hasta dictar el laudo en caso de ser procedente. Por el contrario, si tal y como lo establece el ordinal citado, la competencia la fijara el propio tribunal arbitral, lo que incluso tiene recurso ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (artículo 38 ibidem), la cuestión quedaría definida sin necesidad de entrar a analizar el fondo del asunto. Es preciso considerar, además, que a los efectos de revisar la cláusula arbitral, ésta resulta autónoma (art. 37 ibidem), por lo que su declaración de nulidad no implicaría la de la nulidad del resto del contrato donde se contempló, aspecto que el tribunal arbitral estaría facultado para decidir, según el principio arriba referido. V. Siendo que la excepción de acuerdo arbitral afecta la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de este proceso, y que efectivamente se establece un acuerdo en ese sentido, al menos en el contrato aportado por la parte demandada (ver folios 212 y 213 del expediente), lo procedente será revocar la resolución de primera instancia, para en su lugar acoger la excepción referida y así incitar a las partes a recurrir ante el tribunal arbitral en los términos que establece la cláusula correspondiente. Es preciso que ambas partes tengan en consideración que ya sea que exista o no el acuerdo arbitral (...) sólo el tribunal arbitral podría aclarar esa circunstancia, quedando posibilitado el tribunal que suscribe, únicamente a verificar que consta

*por escrito (artículo 23 ibidem). POR TANTO: Se revoca la resolución recurrida y en su lugar se acoge la excepción de acuerdo arbitral.*²⁸⁴

En otro conflicto planteado ante el Juzgado Cuarto Civil de Mayor Cuantía; la jueza declaró sin lugar la excepción previa de acuerdo arbitral, invocada por la demandada. Al dictar la sentencia, resolvió:

*“II. El apoderado especial judicial de la parte demandada apela de la resolución N° 26-2006 de las dieciséis horas del diez de marzo del dos mil seis, que declara sin lugar la excepción previa de acuerdo arbitral por ella interpuesta, al considerar la señora juez de primera instancia, que: “... no se evidencia, que la actora Daewoo Electronics (Panamá), Sociedad Anónima, haya acordado en forma alguna someterse a un acuerdo arbitral, pues del contrato de distribución presentado por la propia demandada, se extrae que tal acuerdo es entre Alfredo Sasso R Hijos, Sociedad Anónima y Daewoo Electronics Corp Of América, sin que conste por ningún medio que se trate de la misma persona (...)”*²⁸⁵

La demandada por su parte, argumentó en su recurso de apelación ante el Tribunal, que en ningún momento había sido objeto de debate que ambas empresas fueran una misma entidad jurídica. Afirmó que se trataba de dos personas jurídicas distintas; pero pertenecientes a un mismo grupo de interés económico, de carácter internacional.

Asimismo, la demandada indicó que ya había iniciado un proceso arbitral en contra de la actora; que trató, precisamente, sobre el contrato principal al que se refería el proceso. Resaltó que el tribunal arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio, declaró sin lugar la excepción de falta de competencia del tribunal arbitral; interpuesta por la actora. Con lo cual, dicho tribunal confirmó su competencia para continuar con el conocimiento del asunto.

²⁸⁴ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, voto No. 160, de las 9:20 horas del 16 de junio del 2006.

²⁸⁵ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, voto No.178, de las 10:00 horas del 30 de junio del 2006.

El Tribunal Segundo Civil resolvió el asunto basado en los principios de competencia arbitral o *Kompetenz-Kompetenz*; y la autonomía de la cláusula arbitral. Reiteró los fundamentos del voto No.160, comentado anteriormente. Revocó la sentencia del Juzgado, y aceptó la excepción de acuerdo arbitral; remitiendo la controversia al conocimiento de un tribunal de arbitraje. En lo que interesa, indicó:

“III. Ya este Tribunal ha expresado en reciente Voto N° 160 de las 9:20 horas del 16 de junio de 2006, y en lo que interesa, que: “(...) El someter las controversias a un arbitraje depende exclusivamente de las partes en conflicto. Es su voluntad lo que sustenta la posibilidad de sustraerse de la vía ordinaria o común. Resulta entonces necesario tener claridad sobre el particular, no obstante, ello no sería de resorte de un tribunal ordinario, en virtud de la naturaleza propia de esa cláusula. El artículo 37 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos (...) No conviene subordinar la competencia del tribunal arbitral a lo que decida uno ordinario, pues ello podría implicar vaciar de contenido la cláusula arbitral, o abrir la posibilidad de retrasar todos los conflictos que por voluntad de las partes se remiten a este foro especial (...) IV. En consecuencia, en virtud de que la excepción de acuerdo arbitral afecta la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de este proceso, y como en este caso se establece un acuerdo en ese sentido conforme al contrato aportado por la parte demandada, traducción visible a folios 104 a 112, lo procedente será revocar la resolución de primera instancia, para en su lugar acoger la excepción referida.”²⁸⁶ (el destacado no es del original).

De seguido, se comentará otro caso resuelto por el Tribunal Civil. El asunto es de interés, no solo porque toca el tema de la excepción de acuerdo arbitral. También incluye, el de la competencia de los árbitros para declarar la nulidad de la cláusula arbitral; y la del convenio principal que la contiene. En el caso en cuestión, la actora solicitó en su demanda, entre otras pretensiones, las siguientes:

“I. (...)1. Que se declare que el Contrato de Distribución aportado como prueba 4, firmado por las partes es absolutamente nulo, por ser un contrato de adhesión y las razones expuestas. 2. Que se declare nula la cláusula arbitral incluida en el referido Contrato de Distribución suscrito entre

²⁸⁶ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, No.178, de las 10:00 horas del 30 de junio del 2006.

*ambas partes, incluyendo la remisión a la ley extranjera. Lo anterior en virtud de ser una cláusula abusiva, adhesiva y contraria a la protección pretendida por la Ley 6209, la cual, reiteramos, es una ley de Orden Público y de acatamiento obligatorio por ambas partes. En su lugar solicito se establezca que el tribunal competente para conocer y resolver la presente Demanda y la legislación aplicable son los de la República de Costa Rica. (...) ”*²⁸⁷

La parte demandada, invocó la excepción previa de acuerdo arbitral, apoyada en la Cláusula No.24, del convenio principal suscrito por ambas partes. Según esta cláusula, cualquier disputa debería ser sometida a arbitraje de conformidad con las reglas de la UNCITRAL²⁸⁸.

El Juzgado estimó que efectivamente, los tribunales arbitrales eran los únicos competentes para dirimir el conflicto, y acogió la excepción interpuesta. El apoderado de la parte actora, apeló esta resolución y alegó que el contrato suscrito por las partes “es un típico contrato de adhesión, carente de acuerdo de voluntades, y contiene cláusulas abusivas.”²⁸⁹

Adicionalmente, la actora estimó que el Juzgado sí tenía competencia para conocer una de las pretensiones de su demanda, la cual era la declaratoria de nulidad, de la Cláusula No.24 del contrato. El Tribunal Civil resolvió lo siguiente, en relación con la posibilidad de que el Juzgado examinara la nulidad de dicha cláusula:

“III.- Con vista de la petitoria de esta demanda se observa que la parte formula como pretensión principal la declaratoria de nulidad de la cláusula que convino con la accionada para dirimir en sede arbitral sus diferencias. La pretensión subsidiaria tiene que ver con la aplicación al contrato de distribución que unió a las partes, cuyo pronunciamiento está reservado para la vía arbitral. No obstante ello, en criterio de este Tribunal la situación no varía, pues el tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre ambas pretensiones, ya que de conformidad con lo

²⁸⁷ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, No. 231, de las 11:00 horas del 29 de junio del 2005.

²⁸⁸ United Nations Commission on International Trade Law, conocida como UNCITRAL, por sus siglas en inglés. Corresponde a la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional, o CNUDMI. La secretaria de esta entidad, promulgó la reconocida *Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional o Ley Modelo de la UNCITRAL*, el 21 de junio de 1985.

²⁸⁹ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, Voto No. 231, de las 11:00 horas del 29 de junio del 2005.

*establecido en el artículo 37 de la Ley No. 7727 (...) "... El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral. Además, estará facultado para determinar la existencia o validez del convenio del que forma parte una cláusula arbitral. (...) Así las cosas, es evidente que la excepción fue bien resuelta por el juez y por ello deberá mantenerse, pues ha quedado establecido que el Tribunal Arbitral sí tiene competencia para analizar ambas pretensiones (...)"*²⁹⁰

La jurisprudencia del Tribunal Segundo Civil, ha reiterado que el tribunal arbitral es el único órgano competente para resolver los asuntos de materia arbitral. Recalca la potestad que tienen los árbitros para declarar, tanto la nulidad del convenio principal, como la de la propia cláusula arbitral.

Aparte de la posibilidad de interponer la excepción previa de acuerdo arbitral, dentro de un proceso iniciado judicialmente; las partes también pueden interponer la "excepción de incompetencia" ante los mismos árbitros, al inicio del procedimiento de arbitraje. Una de las atribuciones especiales que conserva la Sala Primera, luego de la entrada en vigencia de la Ley RAC, es la de conocer y resolver en calidad de "tribunal de apelación", los recursos de incompetencia planteados contra los tribunales arbitrales.

Actualmente, en lo que a la Sala Primera concierne, su participación y su ámbito competencial, ha quedado restringido a las siguientes funciones:

"IV. (...) a) nombramiento del tercer árbitro en caso de Tribunal Colegiado o arbitro Presidente, cuando por cualquier circunstancia no hubiere elección de éste dentro del plazo señalado por la ley; b) lo resuelto definitivamente por el Tribunal Arbitral relativo a su competencia; c) la nulidad del laudo cuando fuera admitida vía recurso por alguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 67 de aquella ley; y d) excepcionalmente, por un vacío legal manifiesto

²⁹⁰ Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, No. 231, de las 11:00 horas del 29 de junio del 2005.

*jurisprudencialmente se ha conocido de la recusación contra todos los miembros de un tribunal.*²⁹¹

Es por esta razón que, en el ejercicio de sus funciones, la Sala Primera resuelve constantemente el tema de la correspondiente competencia de los tribunales arbitrales. Lo que a su vez, ha provocado que externe, también, su criterio acerca de la competencia de los tribunales judiciales. Citaremos, en lo que interesan, extractos de algunas sentencias de la Sala Primera, que han emitido un criterio acerca de este punto:

“En el proceso ordinario establecido en el Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía de San José, por CORPORACION GUTSA C Y G, S.A. y GUTSA CONSTRUCCIONES, S.A. DE C.V., contra SARET DE COSTA RICA, S.A., el citado Despacho acogió la excepción de incompetencia por razón de la jurisdicción opuesta por la demandada. La parte actora inconforme con lo resuelto apeló, por lo que se eleva en consulta ante esta Sala. (...) II. De dicha pretensión se confirió traslado a la demandada, quien opuso la excepción previa de cláusula arbitral, pues en el contrato suscrito por las partes convivieron en su cláusula vigésima cuarta la determinación de dirimir sus diferencias en la vía arbitral. En la contestación a la respectiva audiencia, la parte actora adujo que al plantear SARET la ejecución de la garantía ante el Instituto Nacional de Seguros, se fugó de la vía arbitral y al aceptar su representada dicha fuga, dejaron sin efecto la aludida cláusula. El Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía del Primer Circuito Judicial de San José -en lo conducente-, acogió la excepción opuesta por la parte demandada, al estimar que la cláusula arbitral existe y no se configuró la fuga en referencia, por cuanto el hecho de recurrir ante una entidad administrativa para la ejecución de una póliza de garantía de cumplimiento, no da cabida para ello y, porque precisamente la demandada no se está sustrayendo de su compromiso habida cuenta de la defensa opuesta. (...)IV.- Al respecto deviene oportuno advertir que, la circunstancia de que la demandada, SARET, haya ejecutado ante los oficios del Instituto Nacional de Seguros la póliza que las actoras suscribieran en beneficio de la demandada como garantía de cumplimiento del contrato, a diferencia del criterio sostenido por el apoderado de las primeras, ello no constituye una fuga de la vía arbitral. Lo anterior porque, la “sumisión tácita” a la jurisdicción

²⁹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 800, de las 10:45 horas del 26 de noviembre del 2003.

*ordinaria tendría lugar en el tanto la parte que acude a la jurisdicción ordinaria estatal, pese a haber suscrito un compromiso arbitral, lo hace, y su contraria no se exceptiona en forma oportuna en dirección a negar la competencia de dicha sede, habida cuenta del aludido convenio. En el caso, dicha sumisión no se da, desde que es la contraria del apelante quien se exceptionó, y por ende, de su parte no se cumplió con la condición de no haberse exceptionado. V. Consecuentemente, y puesto que la cláusula arbitral existe, sin duda, confiere competencia a un Tribunal Arbitral.”*²⁹² (lo destacado no es del original)

En el siguiente caso, esta Sala Primera examinó el tema de la incompetencia del tribunal arbitral; y explicó que esta también puede presentarse debido a una *incompetencia parcial*. Ya sea en cuanto a algunas de las pretensiones de las partes, o en cuanto a alguna de las partes del proceso:

“VII.- Facultad de revisar de oficio su competencia. Se reprocha al Tribunal Arbitral haber revisado de oficio su competencia para conocer del presente asunto. Tal censura es totalmente infundada, en el tanto el árbitro no sólo puede, sino que debe, examinar de oficio si es competente o no para tramitar y decidir sobre la disputa. Así lo establece el artículo 38, párrafo primero, de la Ley RAC (...) Si el Tribunal Arbitral se considera incompetente, aún de oficio, debe declararlo así mediante un auto, como acertadamente se hizo en el presente asunto (ver artículo 39, párrafo final, de la Ley RAC, en relación con el 153 del Código Procesal Civil). Si la incompetencia es parcial, es decir, si el Tribunal se declara incompetente únicamente en relación con algunas de las pretensiones, el proceso continúa en relación con aquellas para las que sí es competente. Si la irregularidad afecta a todas las peticiones, procede dictar un auto que da fin al proceso de manera definitiva. También puede darse la incompetencia parcial en cuanto a una de las partes del proceso, cuando concurren más de dos y el Tribunal declara no poder conocer de las pretensiones en relación con una tercera, cuya comparecencia no es indispensable para continuar con el proceso. Así, puede continuarlo en relación con las restantes. En todo caso, es claro que la decisión del Tribunal Arbitral sobre su competencia o incompetencia para conocer de un asunto, puede ser el fruto de la iniciativa de una parte –por haber interpuesto la excepción de

²⁹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 649, de las 10:45 horas del 13 de setiembre del 2006.

*incompetencia- o el resultado de un análisis oficioso por parte de los árbitros. En ambos casos tendrá recurso de revocatoria ante el propio órgano juzgador y de apelación ante la Sala. (...).”*²⁹³

La Sala Primera, ha establecido que la renuncia a la jurisdicción común –o judicial--, es el “efecto negativo” de la cláusula arbitral. En este sentido expone:

*“V. Acuerdo Arbitral. (...) Al respecto, la Sala ha dicho: “Valga una vez más recordar que el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal” (Resolución No. 357-03 de las 11:10 horas del 25 de junio del 2003). Acorde con lo anterior, la Sala ha considerado que “la exclusión de la justicia ordinaria, que es el efecto principal del acuerdo –arbitral, se ha de mirar siempre con criterio restrictivo. Esto, por lo demás, resulta de lo que dispone el artículo 11 del Código Procesal Civil, para quien la jurisdicción de los árbitros está limitada al negocio o negocios que expresamente le hayan sido sometidos.”*²⁹⁴

Como un ejemplo en cuanto al tema de la exclusión de la jurisdicción ordinaria, para conocer asuntos que han sido pactados para ser ventilados en un proceso arbitral, podemos mencionar lo dispuesto en el Artículo 8, de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.

En el párrafo 1), del Artículo 8, de dicha Ley, se establece que el tribunal judicial remitirá a las partes a un proceso de arbitraje, si se le presenta una reclamación sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo arbitral. Lo anterior se cumplirá, a menos que se compruebe, que el acuerdo de arbitraje es “nulo, ineficaz, o de ejecución imposible.”²⁹⁵

²⁹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 200, de las 15:00 horas del 07 de abril del 2006.

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ Nota Explicativa a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Secretaría de la CNUDMI, o Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés). En: <[http:// www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)> [Consulta: 09 de abril del 2007].

Pareciera que la disposición de la Ley Modelo UNCITRAL, acepta que las objeciones acerca de la validez del acuerdo arbitral, sean sometidas a la jurisdicción ordinaria, si se comprueba con anterioridad, la existencia de vicios en dicho acuerdo.

En relación con esta disposición, cabe preguntarse si esta posible nulidad o ineficacia, del acuerdo de arbitraje, debe ser declarada por un juez civil o por un árbitro. En nuestra opinión, se encuentra nuevamente, un dilema por resolver: ¿En qué vía debe probarse, que el acuerdo arbitral es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”; para que luego el juzgado civil acepte tramitar los reclamos relacionados con este?

Aunque esta interrogante se deriva de la normativa propuesta por la Ley Modelo UNCITRAL, ésta nos remite a realizar una reflexión final acerca de la posibilidad de controlar judicialmente, en nuestro país, la validez de la cláusula o acuerdo arbitral.

Recapitulando, podemos establecer lo siguiente, en aplicación de los principios de autonomía de la cláusula arbitral; de competencia arbitral –*Kompetenz-Kompetenz*--; y de la renuncia a la jurisdicción ordinaria hecha por los sujetos al suscribir una cláusula arbitral: los tribunales judiciales han rechazado conocer y resolver, sobre la validez y eficacia del acuerdo arbitral.

En palabras de los propios tribunales judiciales: lo anterior conllevaría una pérdida de tiempo, esfuerzo, y dinero, para las partes. Lo anterior, porque de declarar el juez que es válida la cláusula arbitral, por ejemplo; las partes se verían obligadas a recurrir, de todos modos, a la vía del arbitraje. Esto implicaría un “doble trabajo” para todos los involucrados.

De igual forma, los tribunales judiciales se oponen a conocer sobre la nulidad de un contrato que contiene una cláusula arbitral. El Tribunal Segundo Civil, ha determinado que el asunto debe ser de conocimiento exclusivo de un tribunal arbitral. Así, ha dispuesto que

cualquiera de las dos pretensiones -- la nulidad de la cláusula arbitral, o la del contrato principal -- deben y pueden, ser conocidas por el tribunal arbitral.

Algunos opinan que en estos casos, la excepción de acuerdo arbitral planteada en la sede judicial, debe ser rechazada. Lo anterior se justificaría, en que si el juez civil acoge la excepción, estaría pronunciándose sobre la pretensión de fondo, de antemano -- en el caso en que se demande la nulidad del contrato principal--. Porque, si el juez resuelve que la cláusula arbitral es válida y por ende declara con lugar la excepción; estaría aceptando, tácitamente, que el convenio principal también es válido. Pero estos argumentos no han sido de recibo por parte de los tribunales judiciales.

Sección III. La posibilidad de anular judicialmente una cláusula arbitral “abusiva.”

Hasta el momento, hemos analizado las principales implicaciones de la inclusión de una cláusula arbitral, en los contratos. Asimismo, se efectuó un repaso de lo estipulado en la normativa general relacionada con el proceso de arbitraje; y lo establecido en la jurisprudencia judicial, acerca del tema de la competencia de los tribunales arbitrales. En el presente apartado, procederemos a exponer nuestras conclusiones acerca de la posibilidad de anular judicialmente, una cláusula o acuerdo arbitral; que se considere “abusivo”.

El primer obstáculo que enfrenta el análisis judicial de la cláusula arbitral, lo encontramos en la aplicación del principio de competencia de los árbitros; conocido como el principio de *Kompetenz-Kompetenz*. El cual goza de gran relevancia a nivel de la normativa de arbitraje internacional; y encuentra su aval en la normativa nacional. Definido en nuestra Ley RAC, este principio legitima exclusivamente al propio tribunal arbitral, para resolver las objeciones en torno a su competencia. Según dispone, los árbitros son también los llamados a discutir sobre el contenido y validez, de la cláusula arbitral.

Como mencionamos anteriormente, el Lic. Sergio Artavia establece que uno de los principales efectos de la consagración del principio de la autonomía de la cláusula arbitral, es la exclusión del juez ordinario para conocer acerca de las objeciones contra la validez o eficacia, de esta cláusula.²⁹⁶ En este mismo sentido, la jurisprudencia judicial se ha pronunciado en contra de que los jueces y tribunales civiles, asuman la discusión de los aspectos de fondo, relativos al contrato principal en el cual se encuentra contenida una cláusula arbitral.

²⁹⁶ Artavia Barrantes, Sergio (2003). Comentarios a la Ley de Arbitraje (...) Op. Cit. pp. 36-37.

La posición de los tribunales civiles se justifica, en que una de las características positivas que trae el auge del proceso arbitral, ha sido siempre su colaboración en el descongestionamiento del sistema judicial. Muchos particulares, empresarios, e incluso entidades estatales, se han sometido al arbitraje para resolver sus diferencias. La Sala Primera, resume este fenómeno de la siguiente forma:

“IV. Con la Ley 7727 conocida como Ley RAC se propuso desjudicializar al máximo el arbitraje, para convertirlo en una alternativa real al procedimiento común. Por eso, entre otros, sustrajo del Código Procesal Civil el proceso arbitral y prohibió que los órganos judiciales pudieran ser investidos como árbitros de equidad o de derecho. Limitó así, en todo lo posible, la injerencia jurisdiccional en ese proceso.”²⁹⁷

Consecuentemente, la injerencia de los tribunales civiles en el proceso arbitral, ha sido reducida al mínimo; con el fin de no desvirtuar el procedimiento de arbitraje. Ante este panorama, los tribunales civiles han rechazado la posibilidad de entrar a conocer cualquier asunto, que haya sido pactado para ser dirimido por esta vía.

El rechazo al control jurisdiccional de la cláusula arbitral, también se ha dado por razones de pérdida de tiempo, que podría ocasionarse a las partes e involucrados. Los tribunales civiles han dispuesto que, si el juez entra a conocer de la validez de una cláusula arbitral y al final del procedimiento determina que la misma es válida; todo el proceso deberá iniciarse, nuevamente, ante el tribunal arbitral respectivo. Lo que conlleva un atraso para las partes.

De acuerdo con lo estudiado en la sección anterior, al no permitirse el examen de la cláusula arbitral, tampoco se ha aceptado que el juez haga un análisis de un contrato que contenga un compromiso de arbitraje. Lastimosamente, esta posición también niega la posibilidad de que los tribunales civiles lleguen a discutir acerca de la existencia de una “cláusula arbitral abusiva”.

²⁹⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 800, de las 10:45 horas del 26 de noviembre del 2003.

Así las cosas, vale la pena plantearse: de qué forma se podría gestionar el examen de la validez de la cláusula arbitral, por parte de un órgano jurisdiccional, en el futuro. Una de las posibilidades es la siguiente: Los tribunales comunes, tienen competencia en razón de la materia, en todo asunto relacionado con la ejecución y eficacia, de los contratos civiles y mercantiles.

Siendo esto así, podríamos pensar que los tribunales judiciales son también competentes para analizar la validez de una cláusula arbitral; considerándola como un contrato, independiente y autónomo. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha confirmado la naturaleza contractual de la cláusula arbitral, en sentencias como la siguiente:

“VII. (...) En criterio de la mayoría de esta Sala, de conformidad con los artículos 18 y 23 de la Ley (...) N° 7727, la cláusula es un acuerdo escrito, accesorio o accidental a un contrato principal, en el cual las partes convienen someter a arbitraje las controversias que en el futuro pueden surgir entre ellas a consecuencia del contrato donde se incluyó la cláusula o bien al que está relacionado. Se trata, entonces, de un acuerdo entre partes que las compromete a someter las controversias que surjan, a la decisión de árbitros. Como tal presenta los caracteres propios de un contrato de derecho privado, pero con objeto y contenido procesal. Esto por cuanto da a las partes la facultad de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria sus controversias en consideración a la relación contractual principal que las une. El artículo 1386 del Código Civil confirma la naturaleza contractual de la cláusula arbitral: “Por el contrato de compromiso las partes someten a la decisión de árbitros o arbitradores sus cuestiones actuales” (...).”²⁹⁸

La naturaleza contractual de la cláusula arbitral, se deriva de lo preceptuado en las normas que se refieren al contrato de “compromiso” civil; contenidas en nuestro Código Civil --como por ejemplo, el Artículo 1386²⁹⁹, mencionado por la Sala en la resolución citada. Dicha norma pareciera hacer referencia, sobretodo, al acuerdo arbitral suscrito de forma independiente al contrato principal.

²⁹⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 900, de las 14:40 horas del 20 de octubre del 2004.

²⁹⁹ Cfr. con Artículos 1386, siguientes y concordantes del Código Civil costarricense.

Recordemos que en ocasiones, las partes no han incorporado una cláusula arbitral dentro del convenio que rige su relación negocial. Cuando desean someter sus futuras controversias a un proceso de arbitraje, les queda la opción de redactar un acuerdo arbitral posterior; conocido como: "compromiso arbitral". Generalmente, este acuerdo independiente, se firma porque ya se ha presentado una desavenencia en cuanto a la ejecución del contrato -- se dice que existe una controversia *actual*--. Por lo que, en él, se describen de una vez las divergencias que serán sometidas a conocimiento del tribunal arbitral.³⁰⁰

A partir de la entrada en vigencia de la Ley RAC, se derogaron casi todas las disposiciones relativas al proceso de arbitraje, contenidas en nuestro Código Civil y en el Código Procesal Civil. Sin embargo, en el Código Civil se encuentran vigentes las normas que regulan las figuras del contrato de "Compromiso" y de la "Transacción";³⁰¹ que pueden ser aplicadas al proceso de arbitraje.³⁰²

Quizás, los jueces civiles acepten de algún modo conocer sobre la validez de aquellos acuerdos, que aunque tengan por objeto un compromiso arbitral, son finalmente contratos independientes. Podrían pensarse que los jueces civiles deberían aceptar examinarlos y hacer un análisis de los elementos que los conforman, de su objeto y estipulaciones; tal y como lo efectúan en los casos en que otros contratos son sometidos a su conocimiento. Sin necesidad de

³⁰⁰ Al firmar un contrato y como parte del mismo, los contratantes pueden incluir una cláusula en la cual acuerdan que, toda controversia que surja con motivo de dicho contrato, será resuelta mediante un proceso de arbitraje. Esta clase de estipulación, es conocida tradicionalmente como: "cláusula o acuerdo arbitral." Cuando las partes --que ya han iniciado su relación negocial-- se enfrentan a un conflicto específico y deciden que el mismo sea resuelto por medio de un arbitraje; pueden redactar con posterioridad al contrato principal, un convenio denominado como: "compromiso arbitral". V. Rodríguez Alvarado, Ana Eugenia (1992) Arbitraje: En nuevo Código Procesal Civil frente a las Convenciones de Nueva York y Panamá ratificadas por Costa Rica. San José, Costa Rica: Editorial de la Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial. p.18.

³⁰¹ Sobre el "Compromiso" ver los artículos 1386, y 1390 a 1392, del Código Civil costarricense; y sobre la "Transacción" ver los artículos 1367 a 1385 del mismo cuerpo normativo.

³⁰² El Código Procesal Civil costarricense, contenía un Capítulo III denominado: "Proceso Arbitral". Con la entrada en vigencia de la Ley RAC, No. 7727, se derogaron los artículos 507 al 529 de este capítulo; quedando vigentes solo los artículos 530 al 533, relativos al *Arbitraje Pericial*, (o "Juicio Pericial").

pronunciarse sobre el fondo de las controversias, que en principio, iban a ser sometidas ante un tribunal arbitral.

De este modo, el contrato de compromiso arbitral, podría ser analizado por el juez civil de forma independiente. Como cualquier contrato civil o mercantil, común. Pudiendo ser objeto de control judicial, con el fin de resolver cualquier objeción que las partes tengan con respecto a su contenido, validez, y efectos. Esta es una posibilidad, que aunque tiene pocas posibilidades de prosperar, merece ser analizada.

Por otra parte, habíamos mencionado que el tema puede ser abordado desde la perspectiva de las figura del *abuso del derecho*. Esta constituye un límite al ejercicio de cualquier tipo de derecho; de ahí su ubicación en el Título Preliminar de nuestro Código Civil.³⁰³ El Artículo 22, de dicho cuerpo normativo, dispone:

“Artículo 22: La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de este. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

Con el fin de explicar el significado de esta figura, el Lic. Torrealba expone que la frase “por su objeto”, incluida en la norma citada, alude tanto al propósito del acto u omisión -- lo cual se recalca al cobrar importancia la intención del autor--, como a su contenido. La figura del abuso protege tanto a la parte contractual perjudicada, como al tercero³⁰⁴. Tiene dos efectos: uno indemnizatorio del daño consumado; y otro correctivo o preventivo del daño persistente.

³⁰³ V. Torrealba Navas, Federico. *El Objeto*. Op. Cit.

³⁰⁴ *Ibidem*. Por consiguiente, explica Torrealba, bien puede tratarse de un abuso individual de la parte *vis-à-vis* a su contraparte, o de un abuso conjunto *vis-à-vis* a un tercero.

Nos interesa verificar, por ejemplo, si ocurre un abuso del derecho por parte de un contratante que permite que se llegue a conformar un tribunal de arbitraje; mediante la aplicación de un procedimiento -- de dudosa legalidad-- previsto por una cláusula arbitral contenida en un contrato. El problema si presentaría si dicho procedimiento propicia un trato desigual entre las partes; y si entorpece la correcta administración de justicia. Causando un daño evidente a uno de los contratantes.

Podemos examinar este asunto, desde otro punto de vista; refiriéndonos a la figura del *fraude de ley o fraus legis*. “El fraude de ley (o fraude a la ley), constituye una vulneración, si se quiere, refinada del ordenamiento jurídico. Bajo el amparo formal de alguna norma, se busca legitimar un conjunto de actos que, en sus efectos prácticos, resulta antijurídico o prohibido.”³⁰⁵ El Artículo 20 del Código Civil, se refiere propiamente a esta figura, así:

“Artículo 20: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

Las condiciones para que se presente el “fraude de ley” son: 1) La existencia de una norma de cobertura (o de mampara). 2) La existencia de una norma eludida; y 3) Un resultado prohibido. Para el Lic. Torrealba, la última de dichas condiciones, el *resultado prohibido o contrario al ordenamiento*, constituye el elemento determinante de esta figura.³⁰⁶

Un resultado económico injusto, es el indicio que dispara las luces rojas de alarma de un posible fraude a la ley. Para obtenerlo, se utilizan las figuras que el ordenamiento ofrece, con el

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ Ibidem.

fin de legitimar ilegalidades. Los actos jurídicos, son utilizados como discurso de racionalización o justificación de hechos ilícitos.³⁰⁷

Precisamente, el Lic. Torrealba cita varios ejemplos de casos que pueden enmarcarse dentro de la figura del *fraus legis*. Uno de ellos, corresponde al caso que comentamos anteriormente³⁰⁸; referente al método de elección del tribunal arbitral, en un contrato de fideicomiso de garantía. A continuación, cito la opinión del Lic. Torrealba al respecto:

“4. La cláusula compromisoria en la que se preordena la designación de la mayoría de los árbitros. En los contratos de fideicomiso de garantía se suele insertar una cláusula arbitral en la que se faculta a cada una de las partes del contrato para designar su árbitro en caso de conflicto. Usualmente el fiduciario es designado por el acreedor-fideicomisario. A pesar de que supuestamente el fiduciario es imparcial, la realidad es que el fiduciario en los fideicomisos de garantía tiende a favorecer los intereses de la parte acreedora-fideicomisaria. De este modo, si el deudor-fideicomitente tiene un reclamo contra el fiduciario y el acreedor-fideicomisario por la liquidación abusiva del patrimonio fideicometido, el tribunal arbitral queda integrado por dos árbitros nombrados por la parte demandada y uno designado por la parte actora. Si bien teóricamente los árbitros son imparciales, la realidad es que los árbitros de alguna manera se identifican con la parte que los designa. El resultado es que muy difícilmente el reclamo del deudor fideicomitente va a prosperar. Si a ello se suma que el laudo arbitral no tiene control jurisdiccional por el fondo, la realidad es que el deudor-fideicomitente no tiene verdadero acceso a la Justicia.”³⁰⁹

La posición transcrita se dirige a plantear un posible fraude de ley, configurado a través de la redacción de cláusulas arbitrales dentro en contratos -- como el de fideicomiso de garantía -;

³⁰⁷ Ibidem. Para desenmascarar el *fraus legis*, el juez debe ir más allá de las formas y apariencias y preguntarse: “Al cabo de esta operación o conjunto de operaciones contractuales, ¿quién ganó?..., ¿quién perdió?..., ¿cuáles desplazamientos a atribuciones patrimoniales tuvieron lugar?... ¿cuál fue el resultado económico final?”. El juez, según Torrealba, debe escudriñar la realidad económica que existe bajo los ropajes de la legalidad aparente.

³⁰⁸ Sobre el ejemplo del contrato de fideicomiso de garantía: V. Sección I, Capítulo III; del Título I de la presente tesis.

³⁰⁹ Torrealba Navas, Federico. “El Objeto”. Op. Cit.

en las que bajo el amparo de un procedimiento de elección de un tribunal arbitral, se consigue la conformación de un tribunal imparcial. Lesionando así, los derechos procesales de una de las partes. Quedando la parte en desventaja, expuesta a una desigualdad de condiciones durante la tramitación del proceso arbitral.

Otro punto importante de examinar es, si una cláusula arbitral puede ser declarada nula; según lo dispuesto por el Artículo 1023, del Código Civil. La *nulidad absoluta* de las cláusulas contractuales, por él enumeradas, puede ser declarada a solicitud de parte³¹⁰; por los tribunales judiciales. Dicho artículo, indica varias cláusulas consideradas como “abusivas”; generalmente incluidas en los contratos tipo o de adhesión. Una de estas cláusulas, se refiere a la restricción del derecho del comprador o adherente, para recurrir a los tribunales comunes.³¹¹

De la lectura de este artículo se desprende, que las cláusulas referidas son anulables, de estar contenidas en contratos en los que una de las partes es un consumidor. Incluso, el artículo faculta a las “asociaciones de consumidores” para que ejerzan las acciones de invalidez. En los contratos de adhesión -- y dentro de ellos los contratos tipo--, hay una decidida intervención del legislador para regular su contenido y para eliminar la posibilidad de abusos del derecho; según nos explica Diego Baudrit.³¹²

En los contratos de adhesión, como hemos ya mencionado, su contenido no es obra de ninguno de los contratantes, sino que es redactado por autoridades estatales, profesionales, o agrupaciones gremiales.³¹³ Algunos consideran que los contratos tipo, se refieren a los

³¹⁰ Torrealba Navas, Federico. “Nulidad, Anulabilidad, Invalidez, Inexistencia, Lesión, Ineficacia, Inoponibilidad, Falsedad, Rescisión, Resolución, Resiliación, Retracto, Receso, Retiro, Revocación y Disolución.” Lección #9. Artículo Inédito. el sentido de los artículos 1022 y 1023 del Código Civil, que tienen como objeto la protección de las partes involucradas en un nexo contractual.”

³¹¹ Cfr. Artículo 1023, 2), inciso e); del Código Civil costarricense. Concordar con el Artículo 39, inc g), de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, No.7472. Publicada en La Gaceta No.14 del 19 de enero de 1995.

³¹² Baudrit Carrillo, Diego (2000 c). Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato. Volumen I. 3 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p.43.

³¹³ Baudrit Carrillo, Diego (2000c). Derecho Civil IV (...) Op. Cit. p. 43.

formularios de contratación adoptados por ciertas entidades – como el caso de los bancos --y que se utilizan con todos los futuros clientes.

En cuanto al arbitraje, ya discutimos la procedencia del acuerdo arbitral redactado en los contratos entre particulares y el Instituto Nacional de Seguros; así como la validez de la cláusula arbitral contenida en formularios, como los utilizados por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. En estos casos, se ha avalado su suscripción, pues se deriva de la manifestación expresa de los contratantes; requisito esencial de validez del acuerdo arbitral. Si alguno de los contratantes no deseara renunciar a la jurisdicción ordinaria, para resolver sus conflictos, este derecho debe de respetarse.

El control judicial de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión o convenios tipo, ha sido de naturaleza judicial. La ley, mediante disposiciones como las del artículo 1023 del Código Civil; faculta la declaratoria de invalidez de estas cláusulas. En el caso de la posible presencia de una cláusula arbitral abusiva, la situación fáctica del caso, tendría que calzar con los preceptos del Código. Permitiendo que el juez civil tramite la nulidad absoluta de la misma; al demostrar que su contenido es en sí, perjudicial para uno de los contratantes.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, las cláusulas arbitrales se encuentran incluidas en contratos suscritos entre particulares. Lo cual hace que estos sean de “libre discusión”; es decir, que su contenido ha sido determinado por las partes libremente, sin imposiciones.³¹⁴ En aplicación del principio de autonomía de la voluntad; el contenido del contrato reflejaría lo querido por los contratantes. En estos casos, indica Baudrit, sólo por excepción podría aplicarse a ellos, la teoría del abuso del derecho.³¹⁵

³¹⁴ *Ibidem.*

³¹⁵ *Ibidem.*

La excepción se presentaría, cuando se constate que un contratante que se encuentra en posición de superioridad material, ha logrado imponer estipulaciones abusivas a otro; que representan un daño para éste (el cual ha admitido el contrato “por necesidad”; afirma Baudrit).³¹⁶

A mi parecer, en el caso del contrato de fideicomiso de garantía, no estamos solo en la presencia de un contrato de adhesión, que el particular debió firmar “por necesidad” con la entidad bancaria. Sino que, además, una de las partes ve seriamente lesionados sus derechos de obtener una justicia arbitral imparcial; al incluir una cláusula arbitral abusiva que dispone el nombramiento de un árbitro por parte cada uno de los contratantes. Logrando que a la postre, el particular tenga que luchar en un proceso desigual.

De todas formas, la jurisprudencia de la Sala Primera, ha establecido que las cláusulas abusivas determinan una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes; pero aclara que esto puede suceder aún tratándose de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor. Cita como ejemplo, un contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella.³¹⁷

Habrá quienes piensen que el control judicial de la cláusula arbitral, no debe llegarse a permitir. Sería muy acertado pensar, que si se interpone un proceso ordinario para discutir la validez del acuerdo arbitral; o sus implicaciones entre las partes; podría desvirtuarse la figura del proceso de arbitraje. Esta es la opinión de autores como Roque Caivano, quien de manera amplia, comenta:

“El meollo de la cuestión radica en establecer si ante la sola pretensión de invalidez del contrato y de la cláusula atributiva de jurisdicción arbitral, caerá por tierra la competencia de los árbitros; o

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 65 de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996.

*si es posible que éstos conserven facultades para decidir esta cuestión, aún cuando lo controvertido sea precisamente su competencia. (...) de adoptarse sin más la primera de las soluciones expuestas, probablemente con ello se esté firmando el certificado de defunción del arbitraje. Si se acepta que la mera invocación de la nulidad del contrato produce inexorablemente el apartamiento de la competencia arbitral y la necesidad de que previamente un tribunal judicial deba dictaminar acerca de la validez del contrato, en muchos casos cuando ello suceda ya no habría caso para el árbitro. (...) se podrían impedir con facilidad su intervención, burlándose la originaria intención común de las partes de que el conflicto sea resuelto mediante el arbitraje. (...) Si frente a ello concluimos que el juicio arbitral debe paralizarse y remitirse las actuaciones a sede judicial para que resuelva acerca de la validez o nulidad del contrato, la intervención posterior de los árbitros generalmente carecerá de sentido. La decisión del juez al respecto, pondrá fin al litigio, sea que se pronuncie a favor o en contra de la validez del contrato y de la cláusula compromisoria, ya que habrá con ello resuelto el fondo del litigio. Es por ello que nos inclinamos por la postura expuesta, que por las mismas razones, ha merecido acogimiento universal. Pensamos que la jurisdicción arbitral pactada no debe de ceder a favor de la judicial cuando se ataca la validez general del acto jurídico en que se insertó dicho acuerdo. En tal caso, los árbitros conservan su jurisdicción para resolver el caso, pudiendo pronunciarse sobre las cuestiones litigiosas. En caso de dudas debe estarse a favor de la solución que haga prevalecer la validez del arbitraje, desde que la invalidez de una cláusula atributiva de jurisdicción importaría dejar sin efecto de antemano, la vía que las partes escogieron para dirimir el conflicto.*³¹⁸

Si se diera un paso para abrir la vía judicial a la discusión del contenido de la cláusula arbitral y del convenio principal que la contiene; los particulares podrían pensar que esta clase de examen podría demandarse también por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Creyendo que la Sala, como órgano judicial de casación, también tendría que analizar el fondo del contrato y el acuerdo arbitral; a la hora de resolver los recursos de nulidad, planteados contra los laudos arbitrales.

³¹⁸ Caivano, Roque J. (2000). Arbitraje. 2.ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD Hoc. Villela Editor. pp. 167-168. También Cfr. pp.150-156; del mismo libro.

Por todos los motivos anteriormente expuestos, se concluye que por el momento, la vía judicial ha estado vedada para entrar a discutir sobre la validez y eficacia, de una cláusula arbitral. La jurisprudencia reiterada de los tribunales judiciales, confirma la anterior posición.

De igual forma, los tribunales civiles han rechazado dirimir cualquier otra controversia, generada en la ejecución de un contrato que contenga un acuerdo arbitral. Por lo tanto, hoy en día, el control jurisdiccional de la cláusula arbitral abusiva no ha sido posible. Es necesario, entonces, que las partes acudan ante los mismos tribunales arbitrales, para objetar su competencia; y para discutir la validez del convenio arbitral que las remite a esa sede.

CONCLUSIONES DEL TÍTULO I

El presente trabajo de investigación se desarrolló alrededor de dos grandes Títulos. El Título I, se elaboró con el fin de plantear la discusión de varios temas relacionados con el Derecho Arbitral Sustantivo. Luego del análisis que hemos realizado en esta primera parte, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. El desarrollo y la creación de la jurisprudencia judicial costarricense, ha estado en manos de los tribunales o salas superiores de casación. A través de la resolución del recurso de casación, se permite una continuidad y uniformidad de criterios en la jurisprudencia, frente a supuestos de hecho y de derecho similares.
2. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha asumido una función unificadora de los criterios e interpretaciones del Derecho vigente, en materia civil y mercantil. Sus pronunciamientos son observados y acatados, por los tribunales judiciales inferiores.
3. La jurisprudencia arbitral es, por el contrario a la judicial, de creación reciente; y proviene de diversos laudos dictados por múltiples tribunales arbitrales. Actualmente, no presenta una continuidad, ni reiteración, ni sistematización, de sus pronunciamientos --o de los laudos arbitrales--. Por lo tanto, la jurisprudencia arbitral no presenta una uniformidad, sino que, existe en una forma "difusa".
4. Las causales taxativas de nulidad del laudo arbitral, dispuestas en el Artículo 67 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social; han limitado el ámbito de la competencia de la Sala Primera en el análisis de los recursos de nulidad respectivos.

5. Existen ciertas causales de nulidad del laudo arbitral, que deben ser examinadas con detenimiento. La causal de nulidad por violación al principio del debido proceso, es una de ellas; pues al ser invocada, conlleva a determinar si el laudo debe ser analizado en su fondo.
6. El concepto de debido proceso es una noción de contenido variable, por lo que es necesario contemplarlo desde sus distintas vertientes. El voto 1739-92, de la Sala Constitucional costarricense, constituye un precedente importante en el desarrollo y explicación de este principio.
7. La vertiente sustantiva del principio de debido proceso, propone el deber de examinar la razonabilidad, equidad, y proporcionalidad de los fallos. Lo que incluye, entre otros aspectos, el poder examinar si existe una correcta motivación, fundamentación y análisis por parte de los tribunales arbitrales, de la prueba y de los hechos que constan en autos. Corroborando, el razonamiento que llevó a dictar el laudo arbitral en cada caso concreto.
8. La Sala Primera ha considerado, reiteradamente, que el examen de los laudos arbitrales no puede, de ninguna forma, entrañar un análisis del fondo de lo resuelto por los árbitros; negando la posibilidad de analizar su razonabilidad y fundamentación.
9. La Sala Primera desaplica la acepción sustantiva del principio del debido proceso; definido por la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional. Este proceder, podría ser inconstitucional.
10. La causal e) de nulidad del laudo arbitral, tal y como la plantea el Artículo 67 de la Ley RAC, no hace distingo alguno en cuanto a la acepción del debido proceso aplicable para anular un laudo; mientras que la Sala Primera sí distingue, donde la ley no lo hace.

11. Se realizó una estadística de la tendencia de la Sala Primera en la resolución de los recursos de nulidad planteados contra laudos arbitrales. De un total de 63 recursos de nulidad resueltos por esta Sala, 42 fueron declarados sin lugar. Si hablamos de porcentajes, según los datos examinados: un 66.66% de laudos arbitrales se mantienen incólumes, luego de su paso por la Sala.
12. En el Derecho extranjero, pareciera que en algunas legislaciones internas, se permite la interposición de recursos contra los laudos arbitrales, ante los jueces comunes. El análisis judicial del fondo del laudo, está contemplado en algunos casos.
13. La suscripción de una cláusula o acuerdo arbitral; entraña diversos efectos jurídicos. Dos de estas implicaciones, son: la autonomía del acuerdo y la renuncia a la jurisdicción común, que realizan las partes.
14. El pacto de una cláusula arbitral en los contratos modernos, puede llegar a generar algunos conflictos posteriores, entre las partes; como pueden ser: desacuerdos en cuanto a la competencia de los árbitros; la imparcialidad del tribunal arbitral; o sobre la validez y eficacia de la propia cláusula.
15. Hasta el momento, la vía judicial ha estado vedada para demandar la nulidad de una cláusula arbitral abusiva. Los tribunales judiciales defienden el “principio de competencia de la competencia” o *Kompetenz-Kompetenz*; que legitima exclusivamente a los árbitros para resolver sobre su propia competencia y sobre la validez del acuerdo arbitral.
16. No existe actualmente, por lo tanto, un control jurisdiccional del Derecho Arbitral Sustantivo.

TÍTULO II. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE ALGUNOS LAUDOS ARBITRALES, COMO MÉTODO DE ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COSTARRICENSE; Y SU COMPARACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL JUDICIAL.

CAPÍTULO I. La interpretación de los contratos: el cumplimiento de lo pactado por las partes –el *pacta sunt servanda*– y la posibilidad de modificación judicial del contrato.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

Se afirma que el contrato es, concretamente, una pieza fundamental de la iniciativa económica privada. No cabe duda de que su significado institucional esencial, consiste en ser un *acto de autonomía*, es decir un acto de autorregulación de los intereses particulares.³¹⁹

Históricamente, bajo el imperio de la filosofía liberal individualista, se consideró que las partes eran los mejores árbitros de su propio interés; y siendo el contrato la libre manifestación del consentimiento de los individuos, todo contrato por definición era justo.³²⁰ Se dice que, al alba de la codificación liberal burguesa, la libertad de acción del particular en el campo del Derecho Privado era muy amplia. Las leyes y el orden público, tenían la primaria función de salvaguardar la plena libertad para consentir.³²¹

La hegemonía del principio *pacta sunt servanda* o de fuerza vinculante del contrato, llega a oponerse a la intervención judicial del contrato válidamente formado, pues ello implica variar el equilibrio de intereses económicos que las partes autorregularon en ejercicio de la libertad

³¹⁹ López y López, A.M. En: Blasco Gasco, F. et. al. (Comp). Op. Cit. p. 326.

³²⁰ Torrealba Navas, Federico. “El Objeto”. Op. Cit.

³²¹ López y López, A.M. En: Blasco Gasco, F. et. al. (Comp). Op. Cit. p. 330.

contractual. Este principio tiene por trasfondo la convicción de que los sujetos son responsables por sus propias decisiones.³²²

Sin embargo, Torrealba nos explica que los excesos de la autonomía de la voluntad en perjuicio de las partes más débiles de las relaciones contractuales, despertaron una sed de justicia que se ha traducido en la limitación de la libertad contractual, bajo el imperio de normas de orden público; así como en una mayor apertura a la intervención judicial del contrato.³²³

Las transformaciones modernas del contrato, se originaron como consecuencia de dos factores, según explica el autor López y López. Por un lado, el acaecimiento de crisis conectadas a diversas causas, como: hechos bélicos, fenómenos de subproducción o súper producción de bienes de consumo, escasez de tierra cultivable y de viviendas, graves situaciones de desempleo, entre otros; plantean la necesidad de intervención de los poderes públicos en los contratos.³²⁴

El segundo factor de intervención se justifica, en el progreso técnico que aboca a una producción en masa de cosas y servicios homogéneos; destinados para su utilización o consumo por parte de un gran número de personas. Consecuentemente, los empresarios tienen que establecer una serie indefinida de relaciones contractuales que, por razones de eficiencia económica, no pueden ser negociadas una a una; con lo cual surgen los contratos *standard*.³²⁵

El fenómeno de la intervención estatal en las relaciones contractuales, no puede ser explicado como algo aislado, sino como una manifestación más de la diversa función del Derecho en la sociedad moderna y como consecuencia de la producción en masa. También se da la imposición de contenidos contractuales por una de las partes, que a su vez alimenta

³²² Torrealba Navas, Federico. "El Objeto". Op. Cit.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ López y López, A.M. En: Blasco Gasco, F. et. al. Op. Cit. p. 331.

³²⁵ *Ibidem*.

aquella intervención. Se busca entonces, la protección del contratante más débil singularmente, o los intereses de ciertas categorías de individuos –como en el caso de los consumidores y usuarios--.³²⁶

En nuestro país, el principio de *pacta sunt servanda* se encuentra contenido en el Artículo 1022 del Código Civil, que expresa claramente: “*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*”. Esta norma reúne dentro de sí principios como los de libertad contractual y de relatividad de los contratos. Seguidamente, el Artículo 1023 indica en su párrafo primero que: “*Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que de la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.*”

En este mismo sentido, del Artículo 411 de nuestro Código de Comercio podemos extraer el principio denominado “principio de obligatoriedad de los contratos”, el cual establece: “*Los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, las partes quedaran obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.*”

El dilema de la revisión judicial del contrato plantea: ¿Hasta qué punto puede el juez intervenir el contrato para impartir justicia contractual? Según el Lic. Torrealba, esta pregunta no tiene una solución sencilla.³²⁷ En este sentido, el Lic. Jaime Barrantes nos manifestó que deben observarse, entre otros, el Artículo 1008 del Código Civil costarricense; para analizar si las contrataciones deben ser “rígidas”, o si pueden modificarse.³²⁸

³²⁶ Ibidem. pp.326-327.

³²⁷ Torrealba Navas, Federico. *El Objeto*. Op. Cit.

³²⁸ Entrevista con el Lic. Jaime Barrantes Gamboa (2007). Bufete Quirós & Asociados, 13 de febrero del 2007. El artículo 1008 del Código Civil costarricense señala: “*Artículo 1008: El consentimiento de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca.*” El Lic. Jaime Barrantes sugiere el “aplicar el derecho al caso concreto”. Estima que en la actualidad, la Sala Primera no se ha acostumbrado a dar solución a casos concretos, en los que podría aplicarse el derecho al caso particular.

Algunos ordenamientos han positivizado instituciones que permiten el restablecimiento judicial del sinalagma, como la *excesiva onerosidad sobreviviente*; regulada en los artículos 1467 y siguientes, del *Codice Civile* italiano de 1942.³²⁹ También podemos mencionar el reciente ejemplo del Código Civil brasileño del 2003, que permite la modificación judicial del contrato en caso de onerosidad excesiva en las prestaciones.³³⁰ Esta clase de disposiciones han sido difícilmente aprobadas en otros ordenamientos jurídicos.

El Derecho costarricense de la Contratación Administrativa, ha reconocido la existencia de un principio de *conservación del equilibrio financiero del contrato*.³³¹ El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (No. 33411-H) estatuye, en su elenco de principios de la actividad contractual de la Administración Pública, el principio de “intangibilidad patrimonial”, conforme al cual “las partes están obligadas a mantener el equilibrio financiero del contrato” (art. 2-g).³³²

En el mismo sentido, el Reglamento a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (No. 27098-MOPT), en su numeral 54, reconoce el derecho al equilibrio económico y financiero del contrato. “El concesionario —reza la norma— tiene derecho a solicitar a la Administración concedente el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión, cuando este sea hay modificado por razones que no le sean imputables. Para tal fin, el concesionario deberá acompañar su petición con las pruebas en que la sustenta.”³³³

³²⁹ Torrealba Navas, Federico. *El Objeto*. Op. Cit. El Lic. Torrealba se refiere Código Civil Italiano.

³³⁰ Cfr. con Código Civil de Brasil. Ley No.10.406, del 10 de enero del 2002; que entró en vigencia en enero del 2003. Sección IV. De la Resolución por Onerosidad Excesiva. Arts. 478-480.

³³¹ Torrealba Navas, Federico. *El Objeto*. Op. Cit. En este sentido, Baudrit también indica que en Derecho Público, la revisión de los contratos está ampliamente reconocida. Afirma que “los particulares que contraten con entidades públicas, pueden pedir que se adecúe el valor de sus prestaciones a la situación de hecho imperante.” V. Baudrit Carrillo, Diego. (2000c) Op. Cit. p. 114.

³³² Torrealba Navas, Federico. *El Objeto*. Op. Cit.

³³³ *Ibidem*.

Los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, tampoco omiten incluir una disposición al respecto del carácter vinculante de los contratos. El Artículo 1.3 de dichos principios, establece la regla del *pacta sunt servanda*:

*“Artículo 1.3. Carácter vinculante de los contratos. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.”*³³⁴

Es igualmente importante, lo dispuesto en el Artículo 4.8. de los mencionados Principios; el cual establece las reglas para proceder a la “integración de los contratos”. Esta norma dispone, entonces, la forma en que los árbitros deberán interpretar los contratos en caso de ser omisos sobre algunos aspectos:

*“Artículo 4.8. Integración del contrato. (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común.”*³³⁵

Se dice que en materia de relaciones comerciales internacionales, parece prevalecer el contenido del contrato. En opinión de Rosemarie McLaren, los árbitros, especialmente aquellos que trabajan bajo los auspicios de la Cámara de Comercio Internacional, aplican el principio de *pacta sunt servanda* de las manera más rígida. Estos dotan de fuerza de ley al contrato por

³³⁴ V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, de la CCI. En: <http://www.unidroit.org>. Ver también: artículos 1.1.y 1.2. Don Víctor Pérez, cita además los artículos 1.7, 4.1 a 4.8 y 2.11, como principios relativos a la interpretación de los contratos; estos reflejan las reglas de la buena fe y constituyen un marco de referencia para la interpretación de un contrato internacional. Según Caso de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o CCI. Caso #8909 de 1998; citado por Pérez Vargas, Víctor (2002). *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Revista Judicial. No.82. Año XXV. Diciembre, 2002. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica.

³³⁵ V. además el Capítulo 4, de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional; sobre el tema de la interpretación de los contratos.

sobre aquellas situaciones donde la parte interesada impulsa una modificación de los derechos y obligaciones estipuladas; y sólo en ciertos casos específicos admiten una excepción a esta regla, explica McLaren.³³⁶

Al respecto del proceder de los árbitros internacionales en cuanto a la aplicación de este principio, cito la opinión de la autora Claudia Matute: “La seguridad de las transacciones es una preocupación primordial para los árbitros de comercio internacional, y es por ello que no admiten que las estipulaciones contractuales puedan ser discutidas más que en casos excepcionales. Esta preocupación constante de privilegiar el respeto del contrato se manifiesta cada vez que una de las partes les invita a revisar un contrato, o adaptarlo para que se tenga en cuenta la evolución de las circunstancias exteriores.”³³⁷

En efecto, explica la autora Matute, los árbitros de comercio internacional no proceden a la revisión o adaptación de los contratos, más que cuando ésta haya sido prevista o autorizada por el derecho aplicable. En caso contrario muestran su negativa, concediendo preferencia al principio *pacta sunt servanda* sobre el adagio *rebus sic stantibus*.³³⁸

La cláusula *rebus sic stantibus* ha sido planteada como un remedio, que pueden utilizar los contratantes, ante un “defecto causal sobrevenido”. Su aplicación exige ciertas condiciones

³³⁶ McLaren, Rosemarie (2003). Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional. Op. Cit. p. 103. Al efecto ver los laudos arbitrales de la Corte de Arbitraje Internacional, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), citados y comentados por la autora. Ella demuestra la marcada reticencia que han tenido los árbitros para aceptar excepciones al principio de “sacro santidad” de los contratos.

³³⁷ Matute Morales, Claudia (2003). El Arbitraje Comercial Internacional. Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. Anuario del Instituto de Derecho Comparado. Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad de Carabobo, Venezuela.

En: <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1.2000/1.2000-5.pdf>> [Consulta: 18 de abril de 2007]

³³⁸ *Ibidem*. Cita la autora Matute, un extracto de un laudo arbitral internacional comentado por Yves Derains, el cual resolvió: “Considerando además que el principio “*rebus sic stantibus*” invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en el contrato. Esta presunción se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que en general, las partes conocen los riesgos que pueden sufrir, y por ello formularlos de manera precisa.” Caso incluido en el Journal du Droit International (1974) Cour d’Arbitrage de la Chambre de Commerce International; citado por Yves Derains. Ver también comentario a este y otros casos, en la tesis de grado de: McLaren, Rosemarie. (2003). Op. Cit. p.112.

como, entre otras: el que exista una alteración extraordinaria de las circunstancias que median desde la perfección del contrato, hasta el momento de su cumplimiento; que dicha alteración sea imprevisible y produzca una desproporción exorbitante en las pretensiones de las partes; y que el perjudicado actúe de buena fe.³³⁹

“Frente a quienes sostienen la inflexible exigibilidad literal de los contratos (“Pacta sunt servanda”), la doctrina ha desarrollado el principio contrario (“Rebus sic stantibus”), que toma en cuenta la variación sobrevenida en las circunstancias y reconoce que la transformación de éstas, en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación³⁴⁰, puede conducir a la reducción a equidad de los términos del negocio o a su resolución; explica el autor Pérez.”³⁴¹

De la mano con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, arrancó el desarrollo de la *teoría de la imprevisión*. Al presentarse cambios violentos de la economía, que inciden negativamente en las contrataciones entre los particulares, “el juez debe restablecer el equilibrio del contrato cuyas condiciones de ejecución han sido gravemente modificadas en

³³⁹ Algunos consideran que esta cláusula sólo podrían ser invocada, entonces, en casos de “hechos del príncipe” -- *factum principis*--; o a causa de la guerra --*causus belli*--. V. Blasco Gasco, F; et.al. (Comp). Op. Cit. p. 122.

³⁴⁰ La doctrina de la excesiva onerosidad sobreviviente, “*se refiere a variaciones objetivas (como podría serlo un aumento de precios del petróleo, una inflación, nuevas normas que exijan nuevos costos, circunstancias naturales, etc.) en el equilibrio contractual capaz de determinar una desaparición de la base del negocio. Se ha dicho: “No cabe duda que en los tiempos actuales donde la inflación generalizada ha distorsionado todas las expectativas económicas tanto interna como externa, no es posible que un sistema jurídico como el nuestro, de tradición germánico-romanística, pretender el cumplimiento a ultranza de la letra de los contratos... “Dado que la excesiva onerosidad sobreviniente encuentra su fundamento en la ruptura del equilibrio del contrato, resulta comprensible que debe buscarse con prioridad (como lo hace el nuevo Código Civil peruano, con gran acierto) la reducción a equidad de los términos de aquél... detrás de la doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente se encuentra un principio que trasciende la materia de la resolución y explica el sentido de otras figuras jurídicas destinadas a la tutela de ese mismo equilibrio de intereses; es en el fondo el mismo principio que justifica el remedio de la rescisión por lesión...”*. Revista Judicial, N. 46, 1989, p. 157. Tribunal Superior de Puntarenas, No. 924 de 15:05 horas del 6 de diciembre de 1990. Cita contenida en el Laudo Arbitral de la Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA 20-AR-07-07-00, de las 15:00 horas del 5 de setiembre del 2001. Caso de *Inversiones Mil Trecentos Veinticuatro, S.A. contra Acrearsa, S.A.* p. 30.

³⁴¹ Pérez Vargas, Victor (2007). “*Rebus sic stantibus versus Pacta sunt Servanda*”. Artículo inédito. p.1.

detrimento de una parte, debido a acontecimientos razonablemente imprevisibles en el momento de la formación del contrato”.³⁴²

Baudrit nos dice que, cuando un contrato no tiene la claridad suficiente para solucionar el conflicto de intereses planteado, la solución por parte del juez tiene que basarse en las estipulaciones oscuras o insuficientes que se le presentan. Ya que “él no tiene atribuciones para buscar soluciones fuera del contrato que se le presenta. Las estipulaciones de los particulares representan el marco dentro del cual debe desenvolverse la interpretación judicial.”³⁴³

Las distintas teorías relativas a la interpretación judicial de los contratos, se han agrupado en dos grandes corrientes: la teoría subjetiva y la objetiva. La primera, da primacía al elemento voluntarista del contrato; con la consecuencia de que el juez debe buscar, ante todo, *cuál fue la intención* que tuvieron las partes al momento de contratar. En la teoría objetiva, prevalece el *valor de la voluntad* expresada por los contratantes en el convenio; la fórmula usada para redactar el contrato, tendría valor en sí misma.³⁴⁴

El autor Víctor Pérez, explica que estas teorías son parte de los métodos, o medios de interpretación de los contratos, e indica: “La interpretación objetiva se propone reconstruir el

³⁴² Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). Derecho Civil (...) Op. Cit. p.113. Baudrit indica que la revisión de los contratos permitida en el Derecho Público, es un claro ejemplo de la aplicación de la *teoría de la imprevisión*. (p.114) El *rebus sic stantibus*, ha sido considerado como uno de los principios constitutivos de la *Lex Mercatoria*; el cual permite que se genere la revisión del convenio cuando suceden cambios sustanciales en las condiciones de la contratación. V. Matute Morales, Claudia. (2003). El Arbitraje Comercial Internacional(...). Op. Cit.

³⁴³ Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). Op. Cit. p. 107-108.

³⁴⁴ Ibidem. p.109. Al respecto de estas teorías, Víctor Pérez indica: “*Las concepciones subjetivistas, fundamentan la solución en la llamada “imprevisión” que para la doctrina es, más bien, una hipótesis de aplicación especial de la teoría de las bases del negocio. Como antecedente se cita a WINDSCHEID, como se sabe, voluntarista, quien planteó la teoría de las presuposiciones subjetivas y las concibió como condiciones no desarrolladas. Para este autor, “además de lo que las partes ponen en el contrato, está lo que ellas presuponen y... si llega a faltar este presupuesto que integra la voluntad contractual el acto celebrado pierde eficacia y las obligaciones que nacen de él dejan de existir por carecer de causa” (ALTERINI, op cit., ps. 445 y 448). Las concepciones objetivistas, por el contrario, ponen como fundamento el cambio en la base del negocio, entendiéndolo como base, las circunstancias conocidas para las partes que determinaron que el negocio se realizara. Para estas concepciones la patología se encuentra en la causa.*” Pérez Vargas, Víctor (2007). “*Rebus sic stantibus versus Pacta sunt Servanda*”. Artículo inédito. pp.15-16.

precepto emanado del negocio, con el significado que adquiere para el ambiente y la conciencia social. Subjetiva es en cambio, la interpretación que mira a atribuir al negocio el significado que verosímilmente responde al particular entendimiento y a la intención de las partes mismas en el momento de la conclusión del negocio.”³⁴⁵

Desde este punto de vista, la Sala Primera de casación ha adoptado la teoría *de la intención* o subjetiva; pero de un modo atenuado, aclara Baudrit. En resoluciones reiteradas, la Sala ha expresado que las cláusulas deben interpretarse en el sentido que las propias partes les hayan dado. Dicha interpretación no dependería de las palabras, sino de las verdaderas características de las obligaciones contraídas.³⁴⁶

Don Víctor Pérez opina que es “en la actividad interpretativa donde se mide la agudeza del jurista”. Este autor afirma, con respecto al tema de la interpretación de los contratos:

“Objeto de la interpretación jurídica son los diversos fenómenos jurídicos, pero, en particular, aquellas proyecciones axiológicas que han llegado a adquirir objetivación jurídica (...) el contrato en cuanto programación privada de intereses jurídicamente relevantes, producto de la facultad reconocida por le Ordenamiento a los sujetos de conformar mediante expresiones de voluntad sus propias expresiones jurídicas, es una proyección del espíritu humano. (...) En cuanto tal y por su carácter de “instrumento autorregulador de intereses” (como lo califica Scognanmiglio) es también objeto del conocimiento humano y, por ello, objeto de la interpretación.”³⁴⁷

Asimismo, el Lic. Pérez afirma que “la interpretación es una actividad propia de la esfera superior del ser humano.”³⁴⁸ Su cometido es, en general, reconstruir el significado que se debe atribuir al comportamiento. En materia de contratos se ha ido afirmando el principio de que la

³⁴⁵ Pérez Vargas, Víctor (1977). *La Interpretación de los Contratos en la Jurisprudencia Nacional y en la doctrina*. *Revista Judicial*. Año I. No.4. Junio 1977. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. Introducción. p.65.

³⁴⁶ Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)* Op. Cit. p.110.

³⁴⁷ Pérez Vargas, Víctor (1977). Op. Cit. p.58

³⁴⁸ *Ibidem*. p.60.

intención manifestada por las partes prevalece, aún si un diferente contenido del contrato hubiera sido más conforme con sus intereses. Sin embargo, en el caso en que las declaraciones de las partes no revelen una indubitable intención, entonces, los intereses que estas persiguen son la mejor ayuda para determinar sus pretensiones; aclara el autor.³⁴⁹

A modo de síntesis del criterio de la Sala Primera, en cuanto a la interpretación de los contratos y el valor de los actos de ejecución de las partes; citamos la siguiente sentencia:

“IV. (...) La búsqueda de la voluntad real de las partes constituye el principio rector de la interpretación contractual. En ello hay acuerdo con el Ad-quem. Sin embargo, no debe olvidarse que la vía primordial o básica para determinar esa voluntad está representada por la traslación textual. Si el sentido literal del contrato es claro y refleja sin lugar a dudas la intención de las partes, a ese tenor ha de estarse necesariamente. Así lo establece el viejo aforismo in claris non fit interpretatio. En consecuencia, resulta a todas luces improcedente que el sentido patente de las palabras empleadas en la estipulación sea sustituido por otro, producto de un esfuerzo que procura encontrar un significado diverso. Ello sólo es factible cuando el texto riña con la intención evidente de los contratantes puesta de manifiesto por diferentes vías. La otra posibilidad de abordar otras formas de interpretación es cuando el enunciado contractual sea oscuro o contradictorio. V. Refiriéndose a la cláusula XV contractual, expresa el Ad-quem que fue redactada “en una forma poca clara”. Al respecto, según estima la Sala, a dicha cláusula podría hacerse alguna observación en lo tocante a aspectos meramente de estilo o formulación. Sin embargo, tales reparos no afectan la debida inteligencia del texto. Podrían estos a lo sumo significar una pequeña dificultad para efectos de su inmediata comprensión; pero su significado definitivo no queda en entredicho. (...) No cabe entonces sustituir en la especie el enunciado literal del contrato referente a la obligación condicional, por una supuesta intención contemporánea distinta, pues ésta no se revela en forma evidente; aún más, no hace siquiera de manera tímida o débil. No hay pues divergencia entre propósito real original y su

³⁴⁹ Oertman, citado por Pérez Vargas, Víctor (1977). Op. Cit. p. 64. La interpretación, según expresa el Lic. Pérez, “tiene un significado según la concepción que se acoja del negocio jurídico. Si el centro de éste es el querer interno del sujeto, la interpretación tratará de hallar el mismo (...) Si por el contrario, el negocio jurídico se concibe ante todo como una declaración de voluntad, que crea entre las partes un precepto de autonomía privada para la regulación de sus intereses, la interpretación tenderá a buscar el sentido de esa declaración en la que queda objetivada la voluntad interna.”

manifestación literal. VI.- Diferente se torna el panorama en cuestión cuando se aborda el tema de los actos de ejecución. La conducta de las partes representa un valioso factor -entre otros- el cual permite inferir la voluntad real. Ahora, precisa señalar que esos actos de ejecución pueden referirse a la intención coetánea o a la posterior. Nada impide que los principios de ejecución acrediten o desvirtúen el enunciado literal de las cláusulas, revelando una voluntad coetánea congruente con él o divergente. Pero también podrían poner de manifiesto no una intención contemporánea sino sobreviniente distinta a la original. Ello implicaría que las partes, después de perfeccionado el contrato, tácitamente disponen un cambio en la programación de intereses inicialmente acordada. Jurídicamente esa mutación es factible con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad. De esa manera acaece una excepción al referido principio in claris non fit interpretatio (si la letra contractual es clara y no deja duda sobre la intención de los contratantes, ha de estarse a su sentido literal). El texto contractual válido en un inicio cede ante una modificación en la voluntad puesta de manifiesto a través de los actos de ejecución. Un ejemplo de lo anterior lo configura el contrato escrito de arrendamiento el cual exhibe un precio mensual del alquiler claramente establecido. Sin embargo, poco tiempo después sin modificarse el texto, comienzan a aparecer los recibos, emitidos por el arrendante y cancelados por el arrendatario, con un precio distinto. En ese caso, la letra clara, reflejo fiel de la voluntad original, se ve suplantada en virtud de una intención distinta hecha evidente a través de los principios de ejecución. Por supuesto, que esa intención debe ser común de las partes y objetivada.”³⁵⁰ (el destacado no es del original).

En una sentencia del Tribunal Superior Civil, citada por el autor Víctor Pérez, se resumen claramente todos los factores aplicables a la interpretación contractual. Dicha sentencia expuso:

“En la interpretación de los contratos a fin de desentrañar su verdadero sentido y hallar lo que las partes quisieron plasmar en ellos, deben conjugarse una serie de factores (...) ha de estarse primero a los términos y cláusulas indubitables que contenga; si alguna es susceptible de dos sentidos, se aplicará la que tenga contenido real, sea práctico y tenga algún efecto; toda duda se resuelve primero contra aquél que empleó expresiones oscuras o ambiguas y en su defecto a favor del principal obligado; también deberá repararse incuestionablemente en los actos que los contratantes han puesto en ejecución, sean presentes, pasados o posteriores a su celebración; la omisión de condiciones y

³⁵⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.05, de las 14:15 horas del 24 de enero de 1997.

*aspectos accesorios que debieron figurar en el mismo para su claridad, puede sustituirse por lo que las mismas partes han ejecutado en otras ocasiones y que esté identificado con los usos y las costumbres.*³⁵¹

Frente al contrato incompleto, el juez está en la obligación de llenar las lagunas de los contratantes refiriéndose primero a la ley, luego a las costumbres, y finalmente a los principios generales del derecho. Ya que no puede dejar de darle solución a un conflicto que se le ha planteado.³⁵²

Los principios que entran en juego, en materia de interpretación contractual, según cita el autor Víctor Pérez, serían: 1) El principio *de buena fe* y, 2) El principio *de equidad*. El principio *de buena fe* desarrolla su relevancia en la fase de ejecución de la relación obligatoria influyendo sobre sus modalidades concretas, imponiendo al Tribunal la valoración de los hechos ocurridos no sólo sobre la base del mero criterio formal, sino en función de las exigencias reales que las circunstancias del caso pueden manifestar.³⁵³

La buena fe no operaría solamente en el momento del perfeccionamiento del contrato, sino principalmente en su fase de ejecución. La relevancia jurídica de la efectiva (o real) posición de las partes es tomada en cuenta para la aplicación de otro principio: el de *equidad*. Los autores han expresado, hablando de la libertad contractual, que no se puede prescindir de la posición

³⁵¹ Tribunal Superior Civil, No.704 de las 9:15 horas del 28 de agosto de 1975. En: Pérez Vargas, Víctor (1977). Op. Cit. p.75.

³⁵² Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)* Op. Cit p.112. Así las cosas, si se le presentara una controversia ante un juez, en que se pretendiera la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviviente; el juez debería aplicar los principios generales del derecho. Uno de ellos, la “equidad”, daría bases suficientes al juzgador para realizar esta tarea; concluye Baudrit. (p.114). En nuestro país no encontramos una norma que regule la teoría de la revisión del contrato por alteración de la circunstancias; sin embargo, el doctor Diego Baudrit ha reconocido, con fundamento en el Artículo 5 de la LOPJ y el Artículo 1023 del Código Civil, la posibilidad de que el Juez aplique un principio general del derecho como lo es la “equidad”, cuando se presente un litigio que demandara la revisión de un contrato por onerosidad sobrevinida. V. Fonseca Saborío, José Miguel (1987). *Modificación del Contrato por Alteración de las Circunstancias Básicas*. *Revista Judicial*. No.40. Año XI. Marzo. Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica. p.37.

³⁵³ Pérez Vargas, Víctor (1977). Op. Cit. p.65.

económica de las partes contratantes, y de su influencia en sobre el contenido de la estipulación.³⁵⁴

El principio de equidad supone en muchas ocasiones, “la revaloración de los términos cuantitativos del negocio”; con el fin de alcanzar un “justo medio”³⁵⁵ o un equilibrio de las contraprestaciones contractuales. Este principio se encuentra contenido en el Artículo 1023 párrafo primero, de nuestro Código Civil que dispone: “*Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.*”

De importancia para tener una referencia sobre el criterio que han seguido los tribunales judiciales costarricenses, con relación al enfrentamiento entre la aplicación del principio del *pacta sunt servanda* sobre el *rebus sic stantibus*, citamos a continuación algunos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes:³⁵⁶

1. “*La Señora Juez a quo, aunque no lo señala, imprime a su fallo un importante componente axiológico, cuando, al advertir una circunstancia lesiva en el contrato, pretende reducir el mismo a equidad por la vía señalada en el artículo 1023 del Código Civil dirimiendo de esta forma la clásica dicotomía entre las corrientes de pensamiento doctrinario que pugnan por el respeto a la voluntad exteriorizada en los contratos y su antagónica que permite la injerencia del Juez cuando una excesiva onerosidad sobreviniente rompe el equilibrio convencional (Pacta sunt servanda vs. Rebus sic stantibus) o, en ausencia de circunstancias sobrevinientes la aplicación de la teoría de la lesividad contractual. No cabe duda que en los tiempos actuales donde la inflación generalizada ha distorsionado todas las expectativas económicas tanto interna como externa, no es posible que un sistema jurídico como el nuestro, de tradición germánico-romanística, pretender el cumplimiento a ultranza de la letra de los contratos... ”.*³⁵⁷

³⁵⁴ Barcellona, Pietro; citado por Pérez Vargas, Víctor. (1977). Op. Cit. p.66.

³⁵⁵ Bigliuzzi, Geri; citado por Pérez Vargas, Víctor. (1977). Op. Cit. p.66.

³⁵⁶ Las siguientes sentencias, forman parte de la recopilación de jurisprudencia judicial nacional que realizó el Lic. Víctor Pérez Vargas, en su artículo inédito: “*Rebus sic Stantibus versus Pacta sunt servanda*”. p.11 y sig.

³⁵⁷ Tribunal Superior de Puntarenas, sentencia N. 924 de 15:05 horas de 6 de diciembre de 1990.

2. *"Ciertamente los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Así lo establece el numeral 1022 del Código Civil, norma que proviene de la máxima jurídica "pacta sunt servanda", locución latina que significa que "los pactos han de cumplirse"(...)Ahora bien, para atenuar los duros efectos de que los pactos han de cumplirse, encontramos la cláusula "rebus sic stantibus", que es "...Convención del Derecho Romano que se entendía incluida tácitamente en todos los negocios jurídicos". En virtud de la misma, las obligaciones subsistían mientras las circunstancias originales no hubieran experimentado fundamental modificación..."(...) A esta cláusula responde el inciso 1º del ordinal 1023 del Código Civil, en tanto establece que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta...Aquí es donde surge la excesiva onerosidad sobreviniente. Esta produce un desequilibrio de tal magnitud que rompe el principio de fidelidad al contrato. (Cfr. "La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina". Autor: Doctor Víctor Pérez Vargas. Revista Judicial número 4, San José, junio de 1977, páginas 57 a 77). Esa excesiva onerosidad sobreviniente fue, precisamente, lo ocurrido en autos. (...) Cuando el demandado (...) se dio cuenta que le era imposible mantener los servicios de piscina y vigilancia por veinticuatro horas, por los altos costos que para él representaban, les propuso a sus inquilinos incrementar el precio del arriendo o que ellos se encargaran de pagar tales servicios, ellos no accedieron a tal solicitud y, por el contrario, presentaron esta demanda (...). Demanda que contiene peticiones realmente inicuas para el accionado y que, por lo mismo, no ha de ser acogida, puesto que los actores carecen de derecho, al tenor de lo establecido por el precepto 1023 inciso 1º del Código Civil."*³⁵⁸

3. *"Los cimientos y génesis del fenómeno en cuestión se remontan a la doctrina científica alemana, -entre otros LARENZ-, donde se enuncia que la base del negocio jurídico es la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial, de modo que si posteriormente esas circunstancias desaparecen o no llegan a existir, sin que ninguna de las partes haya asumido el riesgo de su no realización, la parte perjudicada por ello*

³⁵⁸ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, No.509, de las 9:35 horas del 23 de noviembre de 1994.

tiene un derecho de resolución o de denuncia del contrato. Los citados planteamientos son aceptados e incluso ampliados tanto por la doctrina y jurisprudencia española y la argentina. Respecto al primer país, señala Gil Rodríguez: "En la primera vertiente bastará recordar cómo nuestro alto Tribunal empieza por describir la solución de otros Códigos (párrafo 323 BGB y art. 1.463 del Codice) para el referido supuesto de frustración del fin del contrato y se decide a afirmar que la solución es adaptable a nuestro Derecho, no sólo por razones evidentes de equidad y las deducidas de los arts. 1.256 y 1.258 CC, sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto y de las ideas en que se han inspirado. Según esto, si la prestación que incumbe a una parte deriva de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas (STS de 9-XII.1983)" (Gil Rodríguez, Jacinto. Manual de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del Contrato. Madrid-Barcelona. Segunda Edición. 1998. ps. 632-633). En la doctrina argentina Stiglitz sostiene: "Cuando se señala como factible la posibilidad de declarar ineficaz un negocio por "frustración del fin del contrato" se debe entender por "fin" o "finalidad" el tenido en vista por las partes, el considerado como resultado pretendido o aspirado por ambas partes o por una sola de ellas, siempre y cuando haya sido manifestado a la otra expresa o tácitamente, generando la posibilidad de que lo conozca. Esa finalidad debe ser esencial, interpretado ello en el sentido de que, de no alcanzársela, la parte que contrató en consideración a ese resultado, ve malogrado su interés comercial" (Stiglitz, Rubén S, Contratos civiles y comerciales. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1998). De lo anterior se evidencia que la "frustración del fin del contrato" debe distinguirse de otras figuras como la imposibilidad de cumplimiento, del caso fortuito, de la fuerza mayor, del error y de las cláusulas resolutorias así como de la cláusula rebus sic stantibus. " ³⁵⁹

Según comenta el autor Víctor Pérez, recientemente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No.788-2005, mantuvo la tesis contraria a la aplicación del principio *Rebus sic stantibus*. Sin embargo, el autor hace énfasis en el interesante Voto salvado de la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández, la cual expresó sobre el caso concreto:

³⁵⁹ Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, No.301, de las 8:45 horas del 12 de setiembre del 2003. Lo destacado en las sentencias citadas, no es del original.

“La cláusula “rebus sic stantibus” y la denominada “teoría de la frustración del fin del contrato” tienen como común denominador: la equidad. En ambos casos la incidencia de un hecho posterior al perfeccionamiento del acuerdo coloca a una de las partes en una situación de evidente desventaja. El Derecho no ignora esta problemática ya que de aceptarse se cohonestaría un lucro indebido. Ha de tenerse presente que las partes, a través del contrato programan sus intereses económicos dirigidos a determinada actividad. La causa como elemento esencial del negocio jurídico señalará el motivo objetivo u objetivado perseguido por los contratantes. De fracasar este propósito es claro que el acuerdo queda vacío de contenido axiológico; y que su ejecución será ilícita. En mérito de las razones expuestas, quien suscribe considera apegada a las normas referidas el fallo emanado del ad-quem, pues este se fundamentó en la siguiente normativa cuando dispuso: “La ineficacia por la desaparición de la causa corresponde a una resolución en sentido amplio, que impide mantener el vínculo obligacional por cuanto se trataría de una causa ilícita al desaparecer el motivo determinante que dio origen a la contratación. En nuestro derecho la resolución aludida proviene de la aplicación de los artículos 631 inciso 2º) y 632, de donde se infiere que la obligación fundada en causa ilícita o contraria a la ley pierde todo efecto, disposición que presenta estrecha relación con los ordinales 11, 21, 22 y 1023 del Código Civil”. Acorde a los citados preceptos, la resolución contractual viene impuesta por un principio de justicia estricta, que, a nivel del ordenamiento jurídico se inspira en las exigencias de la buena fe que han de presidir las relaciones humanas en su proyección a la vida jurídica. Lo contrario, supondría, sin duda, incurrir en un abuso del derecho así como propiciar un enriquecimiento injusto, garantizado como derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el canon 41 de la Carta Magna. Por ende, salva su voto y declara sin lugar el recurso con sus costas a cargo de la impugnante (numeral 611 Código Procesal Civil).³⁶⁰

La interpretación contractual adquiere especial significado, en los contratos que presentan alteraciones en las circunstancias originales pactadas por las partes. Como es el caso del acontecimiento de una “excesiva onerosidad sobreviviente”, entre el momento de la

³⁶⁰ V. Voto salvado en sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 788, de las 9:00 horas nueve horas del 27 de octubre del 2005. Al respecto de este Voto salvado, el autor Víctor Pérez indica: “El voto salvado de la Magistrada Escoto, que hemos transcrito, es pionero a nivel de Casación y es probable que en el futuro, como ocurrió con muchos votos salvados de Don Fernando Coto Albán, su tesis llegue a generar jurisprudencia.”

estipulación del contrato y su efectiva ejecución; o en el caso de los contratos de tracto sucesivo. En estos casos, el criterio decisivo es el que establece que *el mantenimiento del contrato no está justificado cuando éste ha perdido su sentido originario.*³⁶¹

Como conclusión, se puede citar lo expresado por la doctrina en cuanto al criterio de la “globalidad interpretativa”. Este principio ha sido afirmado por nuestra jurisprudencia judicial, como un principio de sana crítica interpretativa. Según este criterio, las cláusulas de un contrato no puede ser interpretadas aisladamente, sino que, constituyendo la voluntad negocial una unidad, aquellas deben entenderse interconectadas y como parte de una totalidad que las comprende: el contrato.³⁶²

³⁶¹ Pérez Vargas, Víctor. (1977). Op. Cit p.72. El autor cita a Larenz, Kart, y De los Mozos, José Luis. Al respecto de la “*Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas*” se puede consultar el artículo de este nombre, del autor José Miguel Fonseca Saborío, en: Revista Judicial. No.40. Año XI. Marzo. 1987. (pp.35 y sig.).

³⁶² Pérez Vargas, Víctor. (1977). Op. Cit. p.66. V. Sala de Casación Civil, No. 14 de las 15:00 horas del 27 de enero de 1959, citada por el autor Pérez.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: Caso *Kajima Corporation* contra el *Instituto Costarricense de Electricidad, ICE*.

- **Datos del laudo arbitral:** remitido a las partes el 15 de abril de 1988. **Partes:** Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra *Kajima Corporation*. **Composición del tribunal arbitral:** Tribunal *Ad Hoc*. **Árbitros:** Ing. Roberto Leitón Soubannier, Ing. Manuel Sáenz Herrero, e Ing. Ricardo Charpentier García (Presidente). **Laudo Firme.**

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

El presente laudo arbitral, se consideró en extremo relevante para el análisis del tema de la interpretación de los contratos por parte de los tribunales arbitrales. Su pronunciamiento acerca de los extremos que analizaremos, es muy interesante.

El origen de la relación contractual entre las partes, la empresa *Kajima* y el ICE, surgió de la adjudicación de una licitación pública a la primera, que tenía como fin la construcción de diversas obras en el Río Virilla y en el embalse San Miguel. Dicha licitación fue adjudicada a *Kajima* en el mes de agosto de 1985. Ambas partes formalizaron el contrato de construcción, mediante escritura pública en el mes de octubre de ese mismo año.³⁶³

El contrato en cuestión, contenía una serie de plazos, definía la duración de las obras, y las fechas de entrega de cada etapa pactada. Durante la construcción de las obras, el ICE autorizó varias ampliaciones, con lo cual se variaron algunas fechas de entrega.

En noviembre del año 1986, *Kajima* presentó un proceso administrativo contra el ICE compuesto por varios reclamos, entre otros, los titulados: “Cambio en la ubicación de la

³⁶³ Laudo arbitral del presente caso. Resultando pp.6-7. Sobre los antecedentes y desarrollo de la relación contractual ver Resultando pp.4 -18.

cantera de agregados”, “Condiciones de la roca en las excavaciones del Virilla”, “Problemas en la producción de concreto”, “Reubicación de servicios públicos en calle San Miguel”, “Huelga de trabajadores”, y “Aceleración del programa de trabajo en las obras del Río Virilla”; etc.

El ICE respondió el reclamo administrativo a la empresa Kajima y le hizo algunos reconocimientos económicos por dos de sus pretensiones. Kajima procedió a plantear una apelación, la cual también respondió su contraparte; dando por agotada la vía administrativa. A partir de ese momento, se presentaron varios reclamos administrativos posteriores. Finalmente, en mayo de 1987, Kajima solicitó al ICE someter a arbitraje las diferencias surgidas como consecuencia del contrato.³⁶⁴

El tribunal arbitral, procedió a resolver cada uno de los reclamos de la actora por separado. De interés para el presente tema, citaremos lo dispuesto por los árbitros en el laudo arbitral en cuanto a los siguientes puntos: a.1.) En relación con el Reclamo #1. a.2.) En cuanto a la aplicación de las cláusulas sobre el arbitraje contenidas en el cartel y, a.3.) El Reclamo #2.

a.1.) El *Reclamo #1*, fue titulado como: “*Cambio en la Ubicación de la Cantera de Agregados*”; y versó sobre la escogencia de un tajo determinado, que hizo la contratista Kajima, para la ubicación de las obras de alimentación del proyecto del ICE.³⁶⁵

Durante la etapa de preparación de las ofertas de los contratantes que estaban optando por la licitación del proyecto con el ICE, esta institución entregó a los participantes un documento en el que hacía recomendaciones sobre cuál sería el tajo más adecuado para obtener los materiales necesarios para las obras. El ICE determinó que el “Tajo Ventanas” era el más indicado. De acuerdo con esta recomendación, la contratista Kajima seleccionó a este Tajo como fuente de agregados, en su oferta.

³⁶⁴ Laudo arbitral. Op. Cit. pp.12-13.

³⁶⁵ Laudo arbitral. Op. Cit. p.19. Sobre la resolución del presente reclamo #1: V. pp.19-53.

Posteriormente, por medio de un memorándum que se entregó al ICE, un ingeniero manifestó que el Tajo Ventanas tenía una cobertura o destape de unos 60 metros. La condición en que se encontraba el Tajo, según indicó el ingeniero, hacía antieconómico el proyecto en el sitio; debido al alto costo del destape respectivo. Este informe no fue puesto en conocimiento de Kajima, por parte del ICE.

En octubre de 1985, ambas partes firmaron –posterior a la suscripción del contrato de construcción principal-- una “Carta de Acuerdos #1”, en la que se indicó lo siguiente:

*“d) (...) El costo de los agregados está incluido en el precio del renglón de pago para el hormigón respectivo. Por lo tanto, si el contratista se ve obligado a cambiar el sitio de extracción de agregados propuesto en su oferta, los costos adicionales en que incurra por este motivo, correrán totalmente por su cuenta.”*³⁶⁶ (lo destacado no es del original)

Kajima hizo una propuesta de explotación del Tajo Ventanas para la producción de agregados; la que fue aprobada por el ICE. En una carta que este último le remitió a la contratista, le indicó: *“Creemos que es posible que no toda la excavación a realizar por Kajima sea aprovechable para agregados; por lo tanto, la aprobación del plan **no implica ninguna responsabilidad del ICE si no se aprovecha el 100% de lo extraído**”.*³⁶⁷ El ICE manifestó lo anterior, a sabiendas del resultado informe emitido por el ingeniero, comentado anteriormente. (lo destacado no es del original).

Así las cosas, la contratista Kajima inició los trabajos de explotación en el tajo mencionado; encontrando a la postre, dificultades en la ejecución de la misma. La empresa encontró

³⁶⁶ Laudo arbitral. Op. Cit. p.21. El artículo B.17.2. del contrato de construcción principal, establecía que: *“Lo comunicado en la Ordenes de Cambio, o Cartas de Acuerdo rige sobre el Cartel, las Condiciones Especiales, las Condiciones Generales, las Especificaciones Técnicas y los planos y se considerará, si así procede, como una modificación del contrato”.* (p. 240) (El énfasis no es del original) En este caso, las partes firmaron una Carta de Acuerdo en este sentido.

³⁶⁷ Laudo arbitral. Op. Cit. p.21.

“problemas relacionados con el destape, vibraciones, daños a edificios existentes, y querellas legales”.³⁶⁸ Sobre el fondo de este reclamo, los árbitros resolvieron:

“a) La naturaleza se caracteriza por una gran diversidad de formas y contenidos; el ICE hizo estudios para predecir la condición de la naturaleza, los cuales utilizó para diseñar las estructuras, en primera instancia y para entregarlos a las empresas interesadas, a fin de que estas los emplearan en la elaboración de sus presupuestos y programas de trabajo. Los estudios pueden reflejar las condiciones naturales de manera imperfecta, por más cuidadosos que sean, lo cual no hace más que confirmar las características multifacéticas de la naturaleza. En consecuencia, no es razonable señalar responsabilidad al ICE ni al contratista, cuando se encuentran situaciones que difieren de los resultados de los estudios. Las especificaciones especiales comunes regulan estas situaciones mediante la cláusula B-41³⁶⁹ que, a su vez, remite a la B-40 para los efectos de ajuste de compensación en precio y tiempo. (...) Para que la contratista pueda recibir un ajuste por compensación, el ICE debe primero determinar si ha encontrado una situación imprevista a la luz de la información adicional entregada por el ICE. (...) b) Antes de la licitación (...) el ICE disponía de dos informes contradictorios entre sí, en lo que se refiere al Tajo Ventanas: el primero con datos de 1981... en el cual se señalaba este tajo como el más adecuado para la producción de agregados (...) el segundo, con datos de enero de 1985... según el cual la explotación de ese tajo sería antieconómica.(...) El ICE entregó el primero a las empresas precalificadas, como complemento o información adicional del cartel (...) reveló la existencia del segundo en enero de 1987, cuando dio respuesta a los reclamos de Kajima. c) Dado el prestigio nacional e internacional del ICE, sus estudios son confiables para preparar una oferta con base en ellos; además, el tiempo

³⁶⁸ *Ibidem.* p.22.

³⁶⁹ De importancia para este tema y para la resolución del Reclamo #2 de Kajima, que comentaremos más adelante, es necesario transcribir la cláusula B-41 del Contrato de Construcción entre las partes; la cual reza: “...Por el hecho de presentar su oferta, se entenderá que el licitante ha inspeccionado el sitio de trabajo y revisado la información disponible. También se entenderá que se ha informado de las condiciones del subsuelo y de las condiciones hidrológicas y climatológicas, así como de los materiales necesarios para completar el trabajo, de los caminos de acceso, etc. El Contratista será el único responsable de todas las conclusiones que haga o haya hecho sobre los estudios elaborados por el ICE que consulte. Si durante la construcción hubiera cambios en las condiciones supuestas por el Contratista, las consecuencias deben ser asumidas por el mismo. Sin embargo, si durante la construcción, el ICE determina que el Contratista ha encontrado condiciones que no podrían haber sido razonablemente previstas, el ICE podrá reconocer en costo y plazo de entrega, estas situaciones imprevistas, de acuerdo al capítulo B.-40.” (el énfasis no es del original) (pp.240-241).

disponible para presentar ofertas no permitía que las empresas hicieran investigaciones por su propia cuenta. El ICE debió orientar a las empresas licitantes para que estas consultaran todos los informes existentes (...) d) Los agregados para hormigón deben tener propiedades muy buenas (densidad, dureza, y resistencia a la intemperie) y sus fuentes cantidad, calidad y ubicación aceptables, además su costo tiene gran incidencia en el precio del hormigón. Los agregados eran vitales para este proyecto (...) e) Kajima presentó su oferta tomando en cuenta la información adicional suministrada por el ICE, escogió el tajo Ventanas como fuente de agregados, tal como igual hicieron otros dos oferentes.”³⁷⁰ (el destacado no es del original).

El tribunal arbitral continuó su resolución al presente reclamo de Kajima, haciendo las siguientes consideraciones acerca de su procedencia; a pesar los acuerdos firmados entre las partes. Recordemos que ambas partes firmaron un acuerdo, posterior al contrato principal, en el que exoneraban al ICE de responsabilidad y hacían que la contratista asumiera el riesgo de lo que encontrara en el sitio de las obras. Los árbitros concluyeron lo siguiente:

“f) (...) el ICE y Kajima suscribieron una carta de acuerdos en la que la última se compromete a asumir los costos adicionales en que pudiere incurrir si se viera obligada a cambiar la fuente de agregados propuesta en su oferta. Este acuerdo se hizo sin que existiera igualdad de condiciones para tomarlo, ya que el ICE y Kajima no compartían la misma información, lo cual es contrario al trato justo a que tiene derecho el contratista. (...) Kajima encontró condiciones en el tajo Ventanas que no pudo haber previsto razonablemente, con base en la información suministrada por el ICE. (...) Sin embargo, el ICE no tomó la iniciativa para hacer un acuerdo con Kajima tendiente a reconocerle esa situación imprevista para éste último (...) h) Debido a las dificultades encontradas en el tajo ventanas, Kajima se dedicó a investigar otros sitios, seleccionando finalmente el tajo Turrúcares (...) j) La explotación del tajo Turrúcares obligó a Kajima a incurrir en los siguientes gastos adicionales a los que hubiera tenido que hacer en el tajo Ventanas (...) k) La producción de agregados debió iniciarse el 01 de febrero de 1986 de acuerdo con el programa de trabajo que forma parte del contrato de construcción; sin embargo, a causa del tiempo que Kajima debió emplear en la investigación de nuevos sitios, (...) la producción de

³⁷⁰ Ibidem. pp.22-25.

agregados se inició (...)102 días después (...) POR TANTO: 1. El suscrito Presidente del Tribunal de Arbitraje, recomienda reconocer a Kajima Corporation una compensación de sesenta y siete millones noventa mil yenes (...) más quince millones cuatrocientos cincuenta mil colones (...) en relación con el Reclamo #1(...)"

Otro de los miembros del tribunal arbitral, el árbitro Ingeniero Roberto Leitón Soubannier, se adhirió al anterior dictamen del presidente, la Resolución #1. Resolviendo este tema, por mayoría de votos. En síntesis, las siguientes fueron algunas de sus consideraciones:

"(...) 1. Es un hecho evidente e incuestionable que siendo el hormigón un elemento básico en la construcción de las obras del Río Virilla, el oferente busque la fuente más cercana de agregados. (...) 4. Personal experimentado de otras compañías tampoco observó que el tajo era antieconómico por destape o dudara de su calidad (...) 7. Es contradictorio e ilógico que se suministre a los oferentes en marzo 85 un informe basado en información de 1981 y otro con conclusiones diferentes de enero de 1985. (...) 11. No es conveniente que en una licitación de obra pública los oferentes puedan enterarse o consultar la información disponible sin establecer un mecanismo racional de información. Estoy totalmente de acuerdo en que el contratista es responsable de las conclusiones que obtenga de los informes que se le suministren, en el entendido de que los documentos sean razonablemente concordantes. 12. Fuera del tajo Ventanas, las otras fuentes contenidas en la información suministrada por el ICE (...) tampoco son factibles. En ningún caso había opción. Cualquiera que hubiese sido el ganador, (...)se habría encontrado en la misma posición de incertidumbre de Kajima, no en etapa de oferta sino en proceso constructivo con un plazo corto a cumplir.(...)13. La carta de Acuerdo #1 (...) dejó indefenso al contratista ante una situación que él desconocía." ³⁷¹ (lo destacado no es del original)

a.2.) El laudo arbitral, también incluyó un pronunciamiento muy interesante con respecto a la obligatoriedad, o vinculancia para las partes, de las cláusulas del cartel referentes al proceso de arbitraje. Acerca de este punto, son de interés las manifestaciones del árbitro Leitón:

³⁷¹ Posición del árbitro Ing. Roberto Leitón Soubannier. pp.32-37.

“27. De acuerdo al criterio de ICE, en su decir justificado en el contenido y el espíritu de las cláusulas del cartel referidas al Arbitraje, “el arbitraje tenía como función el resolver las discrepancias surgidas entre el ICE y el contratistas en el momento de su ocurrencia para que así los árbitros puedan observar en el sitio, las causas o factores que originaron dichas discrepancias y no con posterioridad cuando dichos factores hubieran sido alterados en virtud del progreso del proceso constructivo.” Prosigue más adelante “el contratista no debe interrumpir los trabajos mientras el Tribunal se encuentra estudiando el caso.”(...) Conclusión: las cláusulas sobre el arbitraje no son de aplicación práctica porque contrariamente a lo expuesto por el ICE, si se aplicaran el contratista debería interrumpir el trabajo cada vez que se solicite un arbitraje, para un caso determinado, en razón de no alterar factores en virtud del progreso del proceso constructivo. Sabemos que las obras por contrato generan discrepancias por multitud de razones durante todo el proceso constructivo. Pregunto: ¿Qué pasaría si un contratistas usara esta especificación o cláusula para resolver todas sus discrepancias solicitando a la Inspección del ICE –en tiempo y forma– arbitrajes? El resultado sería un caos.”³⁷² (lo destacado no es del original)

a.3.) A continuación, resumiremos lo resuelto por el laudo arbitral en el *Reclamo #2* de la contratista Kajima, titulado: *“Condiciones de la Roca en las Excavaciones del Río Virilla”*. En esta pretensión, se discutió si se presentaron situaciones imprevistas para la contratista, a raíz de la información incorrecta suministrada por el ICE, en las excavaciones realizadas para la cimentación de la presa hidroeléctrica del proyecto.³⁷³

El tribunal arbitral resuelve una vez más el dilema de si deben prevalecer las disposiciones previstas en el contrato principal, que obligan a la contratista a asumir los “riesgos geológicos” del proyecto. O por el contrario, si en razón de la mala información suministrada por el ICE, podrían hacerse algunos reconocimientos económicos a la contratista Kajima. Los antecedentes de este reclamo fueron resumidos por el tribunal arbitral, así:

³⁷² *Ibíd.* pp.42-43.

³⁷³ Resolución #2, del reclamo *“Condiciones de la Roca en las Excavaciones del Río Virilla”*, contenida en el laudo arbitral del presente caso. V. pp.54-88.

“a) Durante el período de preparación de ofertas (...) el ICE entrega a los licitantes los siguientes documentos adicionales: i) “Breve reseña geológica-geotécnica de los sitios de Presa de Virilla y San Miguel” (...) y ii) “Resumen aspectos geotécnicos de obras de toma del Río Virilla P.H. Ventanas Garita.”(...) Según estos documentos, la roca era de buena condición física. b) El 11 de febrero de 1986, durante la excavación para la cimentación de la presa, Kajima alcanzó la cota 535 correspondiente al nivel de fundación de la presa, encontrando un relleno de bloques de roca y arena hecho por el río en un viejo canal. (...) En la pagina 2 del reporte #8 del panel de consultores del ICE (...) se señala: “Un canal profundo son rellenar ha sido expuesto lo que complicará la secuencia de la desviación y afectará al programa de construcción (...) una excavación no podrá continuar sin causar una falla masiva que pondría en peligro la estabilidad de la atagüa y el canal de desviación”.En marzo de 1986 el ICE determinó que Kajima había encontrado en el centro del río Virilla condiciones distintas a las previstas. (...) El ICE reconoció que existía dificultad en la excavación y mala calidad en la condición física de la roca.(...)”³⁷⁴
(lo destacado no es del original)

El dictamen del Presidente del tribunal arbitral, que resolvió sobre el fondo del presente reclamo, dispuso lo siguiente:

“2. Sobre el fondo: a) Las especificaciones regulan dos tipos de situaciones imprevistas que pueden presentársele al contratista, a saber: i) Consecuencia de la condición real de la naturaleza, y ii) Derivadas de la voluntad del ICE. i) La naturaleza se caracteriza por una gran diversidad de formas y contenidos (...) no es razonable señalar responsabilidad al ICE ni al contratista cuando se encuentran situaciones que difieren de los resultados de los estudios.³⁷⁵ (...) ii) Las obras civiles se diseñaron partiendo de las condiciones geológicas y geotécnicas supuestas en los estudios realizados por el ICE; en consecuencia, están sujetas a modificaciones durante la construcción. Las especificaciones y los materiales también pueden cambiar, si a juicio del ICE, no son aplicables en la práctica por una diversidad de razones.(...) b) (...) El ICE determinó que Kajima había encontrado una situación imprevista(...) finalmente se llegó a un acuerdo el 21 de

³⁷⁴ Laudo arbitral. Op. Cit. pp. 54-56.

³⁷⁵ El Presidente del tribunal arbitral del caso, reitera en este punto, los argumentos expresados para la resolución del Reclamo #1, comentado anteriormente.

marzo de 1986, según el cual Kajima no reclamaría ajuste de compensación en tiempo y plazo, a cambio de la colaboración del ICE en el diseño de mezclas para el hormigón masivo.(...) Lo anterior demuestra que el ICE actuó con apego estricto a lo establecido en las cláusulas B-4 y B-40, ante una situación que no podía haber sido razonablemente previstas por Kajima. (...) Las condiciones asumidas por el ICE para la fundación de la presa no pudieron haber sido razonablemente previstas. (...)El acuerdo del 21 de marzo (...) cubrió esta situación hasta ese momento, pero no las que se presentaron hasta julio de 1986, fechas en que se terminaron las excavaciones de estas estructuras. (...) El ICE reconoció la mala calidad de la roca, pero no aplicó las cláusulas B-4 y B-40. (...) i) Hay fundamento suficiente para creer que las condiciones naturales del sitio donde se construyeron las obras para la derivación del Río Virilla, diferían sustancialmente de las que supusieron en los informes elaborados por el ICE (...) k) La cláusula décimo cuarta (...) del contrato entre el ICE y Kajima, impide al contratista argumentar aumento en los precios unitarios, debido a variaciones en las cantidades de obra no mayores al 20% de las cantidades estimadas en la licitación. Tomando este porcentaje como criterio para establecer el límite por encima del cual Kajima puede aspirar a un aumento (...) Kajima merece una compensación (...) POR TANTO: El suscrito Presidente del Tribunal de Arbitraje, recomienda reconocer a Kajima Corporation una compensación total de ciento cuatro millones novecientos sesenta mil yenes (...) más veintitrés millones quinientos treinta mil colones (...).³⁷⁶ (el destacado no es del original)

Al igual que en la resolución del Reclamo #1, comentado anteriormente, el árbitro Ing. Roberto Leitón, se adhirió al dictamen sobre el caso que realizó el Presidente del tribunal arbitral; con base en las siguientes razones:

“1.Es un hecho básico que en una licitación a mayor información sobre el objeto a contratar, mayor certeza o menor incertidumbre habrá en los precios cotizados. (...) la administración puede modificar partes de la obra o dar instrucciones para que los trabajos den como resultado un producto terminado de la mejor calidad. En la medida en que ambos hechos se combinen, en ésta medida aumenta o disminuye la certeza o la incertidumbre del precio ofrecido.(...) 5.(...) considero

³⁷⁶ Laudo arbitral. Op. Cit. pp.56-66.

*que el grado de dificultad o los factores de imprevisibilidad deben ser observados. La mala calidad de la roca encontrada en las excavaciones contribuyó a hacer más confuso el panorama. (...)*³⁷⁷

B. Análisis Final del laudo arbitral.

Luego de comentar la resolución que dio el tribunal arbitral, a dos reclamos de la actora Kajima y al tema de la aplicación de las cláusulas sobre arbitraje, contenidas en el Cartel de licitación; podemos llegar a las siguientes conclusiones:

En general, en el presente caso podemos constatar que existe una cláusula contractual conforme a la cual, el riesgo geológico lo debía asumir totalmente la empresa contratista; en este caso Kajima Corporation.³⁷⁸ Al lado de la existencia de esta cláusula, las partes además firmaron un acuerdo, que según los términos del contrato, podía modificar el convenio de construcción principal. En el caso del Reclamo #1, el acuerdo suscrito expresaba claramente, que si la contratista cambiaba el sitio de extracción de agregados, propuesto en su oferta, los costos adicionales correrían por su cuenta.

Podría pensarse que dicho acuerdo modificó el pacto establecido en el la cláusula B-41 del contrato principal, la cual daba la opción de que el ICE reconociera a la contratista plazos y costos, por situaciones imprevistas. Esta opción quedó eliminada con el acuerdo tomado posteriormente entre las partes; según lo disponía el mismo contrato principal. Sin embargo, a pesar de este acuerdo que modificó el contrato, el tribunal arbitral decidió de todos modos conceder una compensación a la contratista Kajima, por los costos adicionales en que incurrió.

Según comentó el Lic. Torrealba con respecto a este caso: *“El contratista cotiza con arreglo a la información que recibe de su cliente, y si esa información es inexacta, el laudo*

³⁷⁷ *Ibidem.* pp.69-71. Posición del árbitro Ing. Roberto Leitón Soubannier, en pp.69-86.

³⁷⁸ La cláusula B-41 transcrita anteriormente.

*propone tácitamente la aplicación de la teoría francesa de la imprevisión. Así el contratista adquiere el derecho a una compensación adicional; aunque el contrato diga lo contrario.*³⁷⁹ (el énfasis no es del original)

Desde el punto de vista contractual, continúa explicando el Lic. Torrealba, “eso plantea una aplicación del principio de proporcionalidad o de equilibrio económico de las contraprestaciones.” En el enfrentamiento entre el principio *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*, sale ganando, en ese laudo, el segundo principio. Lo cual es interesante, pues la jurisprudencia judicial tradicional (anterior al caso de la indexación), era muy proclive a respetar el *pacta sunt servanda*.³⁸⁰

Este criterio del tribunal arbitral, se mantuvo en la resolución del Reclamo #2 también comentado. En el caso, el ICE había admitido la imprevisibilidad de los hechos encontrados por la contratista Kajima, en las excavaciones de la presa. Posteriormente, el ICE no admitió esta circunstancia en los hechos que siguieron presentándose. Según la cláusula B-41 del contrato, esta clase de riesgos debían ser asumidos totalmente por la contratista; a menos que el ICE reconociera su imprevisibilidad. El tribunal igualmente decidió reconocerle, una compensación a Kajima por lo acontecido.

Y por último, resultó muy interesante el comentario de uno de los árbitros que explicó porqué motivo no debía aplicarse lo dispuesto en las cláusulas relativas al arbitraje, contenidas en el Cartel licitatorio. Esto es muy importante, porque el árbitro está desconociendo el valor de ley entre las partes, que posee el contenido del clausulado del contrato de construcción, y pretende darle otro sentido y desaplicar lo dispuesto en el cartel.

³⁷⁹ Comentario hecho por el Lic. Federico Torrealba Navas al presente caso. Fecha: 19 de junio del 2007.

³⁸⁰ *Ibidem*. Recordemos que en el caso de la llamada *indexación extra-no convencional* de las deudas, nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia dispuso, en un fallo relevante sobre el tema, que éste mecanismo podía ser aplicado en un caso siempre que fuera solicitado por la parte en su demanda; aunque no hubiera sido previsto por las partes en el contrato. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1016-2004.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: caso de *Antílope S.A* contra *Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** Laudo de las 12:00 horas del 11 de noviembre del 2005. **Partes:** *Antílope, S.A.* contra *Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.* **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitro único:** Lic. Sergio Artavia Barrantes. **Laudo Firme.**

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

En este caso, el conflicto suscitado entre las partes versó sobre el supuesto incumplimiento del contrato denominado: “*Contrato de Construcción, Clínica Medi-Urgencias, Edificio Rofas, San José*”; suscrito el 9 de febrero del 2004. El contrato tenía por objeto que la empresa constructora Antílope, llevara a cabo la remodelación de un local comercial de un edificio; con el fin de albergar una clínica médica.³⁸¹

La actora del proceso, la constructora Antílope, acusó a la empresa Inversiones de incumplir su obligación de pago; según lo acordado como parte de la ejecución efectiva del contrato de construcción. Solicitó el pago inmediato de una suma por concepto del principal adeudado y el pago de intereses moratorios.³⁸²

Por su parte, Inversiones se opuso a este reclamo manifestando que el contrato de construcción sufrió modificaciones hasta convertirse en un “contrato de administración de obra”; y que el monto cobrado por la actora no tenía asidero legal. Argumentó, que en realidad se estaba frente a un contrato de construcción por administración de las obras que

³⁸¹ V. Lado arbitral del presente caso. Hechos probados, pp.5-6.

³⁸² Laudo arbitral: Descripción de la controversia y pretensiones. pp.1-2; y p.16.

efectivamente realizó la actora; y no de las que tuvo que asumir Inversiones. Solicitó también una “compensación” entre los montos adeudados por la actora a la demanda, y viceversa.³⁸³

El árbitro Artavia señaló como un hecho probado, que el contrato sufrió algunas modificaciones durante su ejecución, “en tanto la demandada proporcionó una serie de materiales que adquirió directamente y no por medio de la actora.” Además, afirmó que se probó que Antílope solicitó a la demanda Inversiones, que le preparara una liquidación propia para discutir la procedencia de los respectivos pagos.

Al resolver sobre el fondo del asunto, el árbitro Artavia expuso lo siguiente con relación a la naturaleza del contrato específico, y acerca de la prueba de las supuestas modificaciones contractuales:

“1. i. Estructura esencial del contrato de construcción. Existe un contrato de construcción firmado entre las partes (...) que es vinculante para ellas (artículo 1022 del Código Civil). En este sentido aplica el principio general del derecho: Pacta sunt Servanda: “El contrato es fuerza de ley entre las partes.” Esto implica que las obligaciones contractuales deben ser cumplidas puntual, exacta y completamente. Además, que el contrato es el marco rígido en el que se diseñan los derechos del acreedor y las obligaciones del deudor. (Ver Teoría General del Contrato, Diego Baudrit Carrillo, 1ed.,p.66). Es claro que un contrato puede modificarse durante su ejecución –en este sentido, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto de las 15 horas del 17/08/1994-, pero el alcance de dicha modificación debe ser probado en su existencia y entidad por quien resulte interesado en juicio. Si no se prueba la entidad-en este caso financiera-, de dicha modificación,

³⁸³ En el caso, la demanda no opuso ninguna excepción al “contestar” la demanda, ni presentó una reconvencción. Por lo que el árbitro indicó que los supuestas solicitudes de la demandada no podían ser tomados en cuenta como “pretensiones”; sino como manifestaciones hechas a modo de defensa. Al respecto manifestó el árbitro único, el Lic. Artavia: “Sin embargo, esas solicitudes que la demandada autodenomina “pretensión” no son formuladas dentro de una reconvencción (...) no hay formalmente una enunciación de hecho, no hay una determinación de la causa petendi, no se identificó el sujeto activo y pasivo de la eventual relación procesal y menos se estimó un reclamo.” Más adelante indica el árbitro: “(...) observó el tribunal que ni la actora ni la demandada ofrecieron prueba testimonial, confesional, pericial, reconocimiento judicial, ni ninguna otra prueba que ameritara señalamiento de audiencia alguna. Por ello se procedió a otorgar plazo a ambas partes para que presentaran su alegato de conclusiones”. Laudo arbitral. Op. Cit. p. 3.

*no puede simplemente dejarse de leer el contrato e inaplicarlo, o pero aun, desatender la contraprestación esencial a favor del constructor: el pago. El objeto y estructura del contrato de construcción es muy sencilla: el constructor construye y recibe como contraprestación un pago. El actor de este proceso arbitral reclama el impago cuando terminó de realizar la construcción, lo cual es acorde con el artículo 693 siguientes y concordantes del Código Civil. La terminación de la construcción se tiene por acreditada en tanto no es un aspecto discutido o negado directamente por la demandada, y además se desprende que así ocurrió, de la lectura de la bitácora de obra (...) ii. **Supuesta modificación al contrato y a la obligación de pago.** La demandada argumenta que el contrato de construcción se modificó en su estructura financiera pasando de un contrato de construcción por monto fijo –según lo denominan las partes— a un contrato donde el demandado compró directamente parte de los materiales –de administración—. Si bien es cierto se probó la existencia de modificaciones al contrato, que implicaron por parte del demandado la compra directa de materiales (...) no se acreditó por parte del demandado la repercusión exacta que sobre el precio pactado en el contrato, tuvieron estas compras directas realizadas por él durante la ejecución del contrato ni acuerdo tendiente a modificar el acuerdo inicial. Si ésta era su eximente de pago, debió probarla suficientemente, pues le correspondía la carga de la prueba. (...) El acto probó que había un contrato de construcción y que efectivamente realizó la construcción. Dicho contrato tenía un precio fijado como contraprestación. Todo esto es el hecho constitutivo del derecho reclamado. Si el demandado como defensa alegaba un hecho extintivo o hecho destructivo como también se conocen en cuanto acaban o fulminan la consecuencia jurídica ya realizada, o un hecho modificativo, debió probarlo. (...) Al no hacerlo su inercia ante una carga procesal implica que debe recaer sobre él las consecuencias de su no actividad probatoria. (...) Así que las partes deben de probar aquellos hechos sobre los cuales fundan su demanda –parte actora— o su oposición a la demanda –el demandado— o no lograrán que su posición en el proceso prospere en un fallo conveniente a sus intereses. (...) En el presente proceso, del demandado ha alegado en algunos casos incumplimientos del actor, en otros, modificación a la obligación de pago. Pero no ha logrado probar que esto sea así, de manera que ha incumplido con la carga de la prueba de los hechos modificativos o extintivos de la obligaciones.”³⁸⁴ (el destacado no es del original).*

³⁸⁴ Laudo Arbitral, Op. Cit. pp.8-11.

Asimismo, el árbitro fundamentó su fallo afirmando que el demandado no probó que la obra no se hubiera entregado; por lo que el Tribunal encontró elementos suficientes de convicción de que la obra se finalizó y había estado en uso por parte del demandado. En razón de lo anterior, indicó que procedía el pago, porque la actora construyó.

En el laudo arbitral se estableció que la demandada no probó eximente alguna frente a su deber de pago. Esta alegó un supuesto “sobreprecio”, el cual no demostró fehacientemente; según indicó el árbitro. Además, no alegó ninguna excepción, ni solicitó la resolución del contrato. El árbitro señaló la mala fe de la demandada, e indicó:

“La buena fe contractual es un principio rector de toda relación comercial (artículo 21 y 22 del Código Civil). Llama la atención del Tribunal que el actor en varias ocasiones solicitó al demandado que preparara su propia liquidación del contrato (...) sin que el demandado pruebe que lo haya hecho efectivamente. Así que no consta que las solicitudes del actor hayan sido atendidas. Esto lleva a concluir a este tribunal que el demandado ha actuado de mala fe, en el tanto no solo desatiende su obligación contractual esencial de pagar, aún cuando está utilizando la construcción que realizó el actor, sino que además alega que la liquidación es incorrecta, pero no dice al Tribunal por qué lo es, o a cuánto asciende precisamente el monto a pagar (...)”³⁸⁵

B. Análisis final del laudo arbitral.

A pesar de los diversos alegatos de una de las partes involucradas en el presente proceso arbitral, ésta no logró probar la existencia de las supuestas modificaciones contractuales. Por ende, según se desprende de la fundamentación del laudo que realizó el árbitro Artavia, aunque los contratos puedan ser modificados durante su ejecución, las partes en el presente proceso no demostraron que el contrato principal que las unía, cambió.

³⁸⁵ V. Laudo arbitral. op. cit. Punto 2): “Falta de pago y buena fe contractual”. pp.11-14.

Adicionalmente, el árbitro consideró que existía mala fe en una de las partes contratantes, en este caso de la demandada Inversiones. De acuerdo con lo expresado en la doctrina, el principio de buena fe es esencial en la tarea de la interpretación contractual. Este principio es un instrumento que sirve para que el juez valore los comportamientos de los sujetos contratantes, en la fase de actuación de la relación obligatoria. Y así, pueda lograr la indispensable conexión entre las disposiciones particulares del contrato y las directrices ético-sociales de todo el ordenamiento.³⁸⁶

En el presente caso, se presentó una duda en cuanto a la interpretación del contrato de construcción suscrito entre las partes. Al no aportarse ninguna prueba que permitiera esclarecer si hubo o no, modificaciones en la ejecución del mismo, el árbitro debió examinar otras variables. El principio de buena fe contractual el juez puede valorar el juego de los intereses de las partes, y sus recíprocas posiciones; atribuyéndole al contrato el significado que mejor responda al principio de igualdad.³⁸⁷

A mi parecer, el árbitro no tuvo mucha información para resolver el caso, puesto que las partes no fundamentaron bien sus posiciones. Respetando el cumplimiento de lo pactado en el contrato de construcción y al no existir prueba en contrario que permitiera deducir otra cosa, el árbitro procedió a ejecutar lo pactado por las partes en el convenio. Logrando en definitiva, la realización del valor de *justicia*, adecuando la regulación negocial a los valores fundamentales del ordenamiento; como es por ejemplo, la "*igualdad jurídica*".³⁸⁸

³⁸⁶ Pérez Vargas, Víctor (1977). *La Interpretación de los Contratos en la Jurisprudencia Nacional y en la doctrina*. *Revista Judicial*. Op. Cit. pp. 65-66.

³⁸⁷ Bigliuzzi Geri; citado por Pérez Vargas, Víctor. *Ibidem*. p.66.

³⁸⁸ *Ibidem*.

Sección IV. Análisis del laudo arbitral: caso de *Grupo Familia Soto Viquez, S.A.* y otras contra *Urbanizaciones y Lastrados, S.A.* y otra.

- **Datos del laudo arbitral:** #A-05-02; de las 17:35 horas del 27 de junio del 2002. **Partes:** *Grupo Familia Garita Alvarado, S.A., Grupo Familia Soto Viquez, S.A., Grupo Familia Esquivel Garita, S.A., y Grupo Familia Calderón Garita, S.A.* contra *Urbanizaciones y Lastrados, S.A (ULA, S.A.) y Contabilidades Más, S.A. (COMAS, S.A.)*. **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitro único:** Lic. Álvaro Lara Vargas. **Laudo Firme.**³⁸⁹

A. Resolución del caso y resumen de la controversia.

El conflicto al que se refiere este proceso arbitral, surge a raíz de la firma de un contrato entre las sociedades citadas *supra*, y que conoceremos en adelante como: “las actoras” (las sociedades Grupo Familia) y “las demandadas” (las sociedades ULA y COMAS). Las partes formalizaron un “*Contrato para la realización de las obras de infraestructura de un desarrollo urbanístico*”, mediante la suscripción de una escritura pública el 18 de julio del 2001.

Las actoras pretendían urbanizar una finca de su propiedad, de gran extensión. Con este fin, decidieron contratar a las demandadas para que realizaran las obras necesarias. Como parte del contrato, las demandadas se comprometieron a iniciar el proceso de elaboración y aprobación de los planos constructivos, el día 19 de julio del 2001; y a finalizarlo 4 meses después.³⁹⁰

Las sociedades actoras interpusieron un proceso arbitral para pedir la declaratoria de resolución del contrato referido, debido al incumplimiento reiterado de las obligaciones de las

³⁸⁹ Se presentó un recurso de nulidad contra este laudo arbitral, el cual fue declarado sin lugar. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.248, de las 11:10 horas del 14 de abril del 2004.

³⁹⁰ V. Laudo arbitral del presente caso. Resultando III. Hechos Probados. p.19 y siguientes.

demandadas. Argumentaron que cuando escogieron a las demandadas para que urbanizaran su propiedad, pensaron que éstas tendrían todos los recursos para afrontar sus obligaciones, lo cual no sucedió. Solicitaron que se les condenara al pago de los daños y perjuicios causados.

Las demandadas contestaron de forma negativa y formularon una reconvencción. Alegaron que fueron las actoras quienes incumplieron el contrato y pidieron su resolución. Solicitaron el pago de daños económicos-financieros y el daño moral.

El árbitro encargado de resolver la controversia, determinó que transcurrió el tiempo para la finalización de los trámites mencionados, y las demandadas no habían concluido el proceso de aprobación de los planos respectivos. Asimismo, se probó que las partes en ningún momento pactaron una extensión o prórroga de los plazos establecidos. Acerca de la naturaleza del contrato en cuestión, el árbitro manifestó:

“1. Análisis del contrato: naturaleza jurídica. Tal y como puede verse en el presente caso, estamos ante la presencia de un contrato híbrido y complejo, bilateral, oneroso, conmutativo, innominado, consensual, de tracto sucesivo y de libre discusión (...) que contiene conjuntamente elementos de diversos tipos de otros contratos como es el de obra, servicios profesionales, suministro de materiales, de compraventa y de mandato. El contrato referido es bilateral porque genera obligaciones a cargo de ambas partes, las cuales son recíprocas y determinadas (...) Las partes lo denominaron expresamente como un “Contrato para la realización de las obras de infraestructura de un desarrollo urbanístico”, denominación que a pesar de no reflejar estrictamente la naturaleza del acuerdo, no ha sido objeto de discusión en el subjuídice. El Tribunal estima que la denominación expresa dada al contrato no tiene el significado real de la contratación y que bien se pudieron haber convenido otras prestaciones sustanciales entre las partes, que no estuvieran reflejadas directamente en el nombre del contrato. (...) el Tribunal ha estimado que se conjugaron finalmente y en virtud del espíritu del contrato, otras prestaciones diferentes a las reflejadas en la denominación contractual. Por consiguiente, la interpretación del contrato (...) debe darse a partir de los derechos y obligaciones que fueron pactadas entre ellas más que con referencia a la denominación empleada para el contrato. En este sentido, tal y como lo señala la

resolución de la Sala Primera de la Corte número 69 de las 15 horas del 17 de agosto de 1994, “En la interpretación de los contratos, el Juez debe conferir preeminencia a su contenido sobre la denominación dada a éste por las partes. Los derechos y obligaciones acordados y regulados en el convenio y posteriormente los principios de ejecución en los cuales aquellos se encausan, deben orientar al intérprete en la obtención de su adecuada calificación jurídica. (...) 2. La buena fe contractual. De relevancia para resolver esta litis, es el análisis del principio de la Buena Fe Contractual en la valoración e interpretación que hace el Tribunal de los hechos ocurridos especialmente durante la ejecución del contrato. La buena fe es un principio general de Derecho. (...) aplicado a las relaciones jurídicas negociales, se convierte en la práctica en una exigencia de determinadas conductas, actitudes y acciones de ambas partes en beneficio mutuo(...) La buena fe contractual impone no solo un respeto a las disposiciones que expresamente hayan convenido las partes en su contrato, sino además una colaboración recíproca, armonía y lealtad, especialmente cuando se debe enfrentar y resolver un diferendo (...) Así el conocido maestro español José Luis de los Mozos, en su monografía “El Principio de la Buena Fe”(…) al referirse a la buena fe contractual indica que: “Su función consiste en integrar y corregir la voluntad privada que ha dado vida al negocio. De manera que los efectos que de ella se producen no dependen de esa voluntad privada, entendida en forma presunta, sino de un criterio objetivo que se deduce de las exigencias de la buena fe...”. En el campo contractual la buena fe tiene entonces un papel integrador, corrector, e inspirador del ejercicio de los derechos contractuales.”³⁹¹(lo destacado no es del original).

Al analizar la petición específica de resolución contractual hecha por ambas partes, el árbitro Lara, estableció:

“(…) La buena fe contractual le impone a las partes del deber de ser fieles a los compromisos adquiridos; deben realizar lo pactado, a pesar de las dificultades materiales que pueden encontrar; deben cumplir el contrato con la diligencia del buen padre de familia. (...) Las obligaciones contractuales en síntesis, deben ser cumplidas puntual, exacta y completamente: pacta sunt servanda. El contrato es el marco rígido en el que se diseñan los derechos del acreedor y las obligaciones del deudor. Por consiguiente, si las partes de un contrato no tienen derecho a hacer

³⁹¹ V. Laudo Arbitral. Op. Cit. Considerando V. Sobre el Fondo. Puntos 1) y 2). pp. 28 a 34.

*menos de lo pactado, tampoco tiene derecho una de las partes a prolongar abusivamente el contenido de sus derechos o bien prolongar indebidamente el plazo de ejecución de sus obligaciones. (...)*³⁹² (el destacado no es del original).

B. Análisis final del laudo arbitral.

De forma similar a la línea que ha mantenido la Sala Primera del la Corte, en su jurisprudencia, este laudo arbitral invoca tanto los pronunciamientos de la doctrina, como los de la misma Sala en cuanto al tema de la interpretación de los contratos.

Es importante la aplicación que hace el árbitro del principio de buena fe contractual, para examinar si las partes han cumplido a cabalidad sus prestaciones, o si por el contrario, los fines del contrato ya no posibles de alcanzar para ellas. El tribunal arbitral estimó que las demandadas no actuaron con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

En opinión del tribunal arbitral, el abuso de los derechos contractuales por parte de las sociedades demandadas consistió en la realización tardía y deficiente de la mayoría de las prestaciones, pretendiendo luego que el mero trámite institucional –de obtención de los planos constructivos del proyecto-- justificara prórrogas al plazo del contrato (en virtud de constituir “actos de gobierno”; según las demandadas). Por lo que la decisión del tribunal se orientó a declarar la resolución contractual en razón de la pérdida de los fines buscados por el contrato.³⁹³

³⁹² Laudo arbitral. Op. Cit. p.36.

³⁹³ *Ibidem.* p.39-41.

Sección V. Análisis del laudo arbitral: caso de *Line P y G Italian, S.A.* contra *Frío Club, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** CCA #02-AR02-01-05, de las 15:00 horas del 27 de setiembre del 2005. **Partes:** *Line P y G Italian, S.A.* contra *Frío Club, S.A.* **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitro único:** Lic. Sergio Artavia Barrantes. **Laudo Firme.**³⁹⁴

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

Las sociedades Line P y G Italian (actora) y Frío Club (demandada), suscribieron un contrato que denominaron como “*Contrato de Arrendamiento de Maquinaria de Lavado de Automóviles*”; el día 20 de marzo del año 2003. En dicho contrato se pactó la entrega de una maquinaria para el lavado de autos, por un plazo de dos años. La demandada, efectivamente recibió los bienes acordados, los instaló en su empresa y los mantuvo en uso comercial.

El precio del arrendamiento se pactó en la suma de \$1.200 dólares, que debían ser cancelados por mensualidad anticipada. Para la fecha de la interposición del proceso arbitral por parte de la actora, la demandada le adeudaba todas las mensualidades que iban desde el mes de octubre del 2003, a setiembre del 2005. Razón por la cual, la actora presentó la demanda arbitral respectiva, por el incumplimiento del pago del alquiler, y solicitó la devolución de la maquinaria que tenía en su poder la demandada.³⁹⁵

La demandada Frío Club, alegó que la relación existente entre las partes no correspondía a un contrato de arrendamiento, sino a una relación comercial de naturaleza distinta. Aceptó la

³⁹⁴ La demandada presentó un recurso de nulidad contra este laudo arbitral, el cual fue declarado parcialmente con lugar. En cuanto al tema que comentaremos a continuación, el laudo se mantuvo incólume. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.532, de las 10:35 horas del 15 de agosto del 2006.

³⁹⁵ Laudo arbitral del presente caso. V. Considerando I. Hechos Probados. pp.5-8.

existencia del contrato mencionado, pero no la voluntad de las partes de someterse propiamente a un arrendamiento. Según explica el laudo, la demandada expresó que más bien la relación contractual era propia de una “sociedad en ciernes”, de una relación societaria de hecho entre ambas empresas; “que se conformaba para operar, distribuir, y comerciar en el país maquinaria para el lavado de vehículos”.³⁹⁶

El árbitro resolvió sobre el tema de la interpretación y naturaleza del contrato lo siguiente:

“1. Naturaleza del contrato. No queda duda de que se está en presencia de un contrato de arrendamiento. Esto porque así se desprende del documento (...) y prueba testimonial supra citada (...) El demandado intenta por medio de la prueba testimonial ofrecida desacreditar dicho contrato (...) La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia ha sido conteste en que la naturaleza jurídica de los contratos no necesariamente coincide o debe entenderse a partir del título que le asignan las partes al documento-contrato sino más bien debe observarse su verdadera naturaleza a partir del contenido y actos de ejecución del contrato. (...) Se evidencia entonces que respecto a la letra del contrato –su contenido--, este resulta sumamente claro, desprendiéndose de su lectura con toda claridad, que estamos en presencia de un típico contrato de arrendamiento, con una estructura usual y común en el medio jurídico nacional (cláusulas sobre el objeto, el precio del arrendamiento, plazo, depósito de garantía, devolución del bien, etc.) De esta forma y siguiendo el correcto criterio antiguo pero fresco del Tribunal Superior Primero Civil, en sentencia No.704 de 1975 cuando explicó: “...En la interpretación de los contratos, a fin de desentrañar su verdadero sentido y hallar lo que las partes quisieron plasmar en ellos, deben conjugarse una serie de factores entre los que cabe destacar el siguiente: ha de estarse primero a los términos y cláusulas indubitables que contengan”; es obligado concluir que se está en presencia de un contrato de arrendamiento. En otro orden de ideas, si se asistiera al principio de contrato realidad con el fin de inquirir a través de los actos de ejecución, la coincidencia de lo que existió en verdad respecto de la letra del contrato, se llegaría obligadamente a la conclusión de que se trata de un arrendamiento. (...) resulta menester entonces declarar las consecuencias legales de un incumplimiento tan grave como lo es aquel de la obligación esencial del contrato de

³⁹⁶ Laudo arbitral. Op. Cit. p.3-4.

*arrendamiento: el pago de la renta. (...) Debe indicarse que el argumento de la defensa de que el contrato no es de arrendamiento, o que el que se firmó es ficticio, y que en realidad se está en presencia de otro tipo de convenio, no resultan convincentes.”*³⁹⁷ (el destacado no es del original).

B. Análisis final del laudo arbitral.

Aunque indicamos que el laudo arbitral fue dictado por un tribunal arbitral unipersonal, de derecho; es importante resaltar que en los últimos casos analizados en el presente Capítulo, los árbitros han fallado de forma similar a como lo haría la jurisprudencia judicial.

En el presente caso, el árbitro Artavia hizo referencia a la jurisprudencia reiterada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, para resolver el conflicto. Aplicó la doctrina y jurisprudencia tradicional sobre la interpretación de los contratos. Podemos concluir que, la mayoría de los laudos arbitrales analizados tienden a resolver este tema, de forma similar a los tribunales judiciales. Manteniendo criterios cercanos en este sentido.

³⁹⁷ *Ibidem*. pp.9-12.

Sección VI. Análisis del laudo arbitral: Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.*

- **Datos del laudo arbitral:** # 05-0054-AR/CICA; del 12 de julio del 2006. **Partes:** Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda. **Centro de Resolución Alternativa de Conflictos:** Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio, CICA-AMCHAM. **Composición del Tribunal Arbitral:** de Derecho. **Árbitros:** Lic. Jaime Barrantes Gamboa, Lic. Ricardo González Mora, y Lic. Roberto Yglesias Mora. **Laudo Firme.**³⁹⁸

A. Resumen de la controversia y resolución del caso:

El presente proceso arbitral, fue planteado por una persona física, que en adelante denominaremos como: “JCG”; contra una compañía desarrolladora de un proyecto inmobiliario, que llamaremos en adelante: “Condominios”. Ambas partes, suscribieron un contrato denominado: “*Promesa Obligatoria, Recíproca e Irrevocable de Compraventa Condominio Tipo Comfort B. Ocho.*”, el 1 de marzo del año 2004.

El objeto de dicho contrato, fue la promesa hecha por la demandada al actor, de venderle y traspasarle, un apartamento por construir; bajo el régimen de propiedad en condominio. Las partes convinieron que el condominio estaría ubicado en Bello Horizonte de Escazú; y que tendría una medida exacta de 90 metros cuadrados. Se acordó, entre otras cosas, que su precio sería de \$73,340.00 dólares exactos.

Después de la suscripción del contrato, Condominios le comunicó al señor JCG, que existía una imposibilidad para entregarle un apartamento, que tuviera la misma área pactada originalmente. La desarrolladora manifestó que dicha área, debía ser incrementada. Atribuyó el

³⁹⁸ No se planteó ningún recurso de nulidad contra este laudo arbitral, ante la Sala Primera.

cambio en los términos del contrato, a que se publicaron unas modificaciones al Reglamento de Construcciones, en el diario oficial La Gaceta; en diciembre del 2003.

Según dispuso la nueva normativa, todas las piezas habitables que fueran a construirse debían tener iluminación y ventilación; por medio de la construcción de ventanas. Según la desarrolladora, a la hora de presentar los planos del proyecto para obtener su aprobación en diversas entidades --como el INVU o el SETENA³⁹⁹--; las nuevas regulaciones hicieron que los mismos fueran rechazados.

Como era de esperarse, se plantearon varias diferencias entre ambas partes; a raíz de los cambios inesperados en los términos del contrato. Consecuentemente, JCG procedió a plantear un proceso arbitral en contra de la empresa Condominios. Sus reclamos hicieron referencia al incumplimiento del plazo máximo de entrega del condominio, previsto en el contrato.

Además, el actor alegó que la desarrolladora no tuvo lista conforme a lo pactado, y a la publicidad del desarrollo inmobiliario, la unidad denominada: “Condominio Tipo Confort, número B-8”; con lo cual hubo un incumplimiento de los principios de obligatoriedad e irrevocabilidad unilateral de los contratos, por parte de la demandada.⁴⁰⁰

La demandada alegó principalmente, que las reformas introducidas en el Reglamento de Construcciones crearon “una situación nueva, emergente y sorpresiva”, constitutiva de un caso fortuito y por tanto eximente de responsabilidad frente a los reclamos del actor.⁴⁰¹ El tribunal resolvió con respecto a los alegatos de las partes, en este sentido, lo siguiente:

“(…) queda en evidencia que la reforma reglamentaria en cuestión no representó una modificación en los términos que ha arguido en autos la demandada. Contrariamente a la tesis que esboza esa

³⁹⁹ Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; y Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

⁴⁰⁰ Sobre los antecedentes completos del caso, V. Laudo Arbitral del presente caso. Considerando, II. Sobre Hechos Probados. pp.9-13.

⁴⁰¹ V. Laudo arbitral. p. 41.

parte, el texto actual de la normativa en cuestión, es menos riguroso que el anterior reformado. (...) los hechos que ha expuesto la demandada (...) y sobre los cuales ha buscado justificar una posible eximente de responsabilidad, no llegaron a producirse de la manera expuesta, de manera que la demandada, al introducir bienes al mercado debe correr con los riesgos que ocasione, por defectos, de informaciones inadecuadas etc; por lo que ha estado obligada a actuar con la diligencia propia exigida para su actividad empresarial constructiva, de acuerdo con el principio de "Competencia Profesional". En efecto, resultan de particular relevancia los principios y costumbres universalmente admitidos, plasmados en normativas uniformes tales como las leyes modelo y principios de la UNCITRAL y UNIDROIT, los que constituyen codificaciones efectuadas por expertos internacionales, no gubernamentales, de la Lex Mercatoria. Dentro de estos principios destaca el del "efecto vinculante del contrato" (pacta sunt servanda) y la "presunción de competencia profesional" la cual supone que el comerciante tiene pleno conocimiento de los compromisos que adquiere, en especial si no ha hecho reservas o previsiones en el contrato. Estos principios, ampliamente utilizados en la jurisprudencia arbitral costarricense han sido avalados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Solo a manera de referencia, en un pronunciamiento reciente, de las 15:10 horas del 15 de enero del 2003, la Sala Primera al confirmar un laudo arbitral donde aplicó el principio de competencia profesional, afirmó: "... y antes por el contrario, como lo resalta el laudo, sus representantes eran personas familiarizadas con este tipo de negocios y en el caso concreto discutieron y consintieron expresamente el clausulado." Por su parte, en cuanto al principio de obligatoriedad de los contratos, el artículo 411 del Código de Comercio, establece "... cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o el idioma en que se celebren las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse." Su correlativo es el artículo 1022 del Código Civil. Este punto también ha sido ampliamente expuesto en la vía arbitral y en la tradición de nuestra antigua Sala de Casación Civil, actual Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Efectivamente, la accionada es agente económico y para efectos de ofertar y vender su producto, debió contar con el elenco profesional conocedor y actualizador sobre legislación e ingeniería, a fin de evitar no solo contraer pactos con presunta violación de la normativa vigente y por virtud de ello, las consecuencias legales del caso. En realidad las relaciones comerciales se inspiran bajo el principio de buena fe y de confianza. (...) Por todo lo anterior, y conforme con los principios de competencia y diligencia profesionales y de la doctrina sobre los actos propios, este

*tribunal llega al convencimiento de los términos en que la accionada se obligó y considera inaceptables, los motivos alegados por la mercantil accionada sobre caso fortuito y la imposibilidad de cumplimiento como causa sobreviviente.”*⁴⁰² (lo destacado no es del original).

B. Análisis final del laudo arbitral.

Resulta sumamente interesante la aplicación que hace el tribunal arbitral de los principios comerciales internacionales de “competencia y diligencia profesionales”. Según analizaremos más adelante en la presente tesis⁴⁰³, estos principios se han utilizado en varias ocasiones por parte de los árbitros que siguen las pautas establecidas por la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI, en la aplicación de los Principios UNIDROIT.⁴⁰⁴

Las tendencias actuales demuestran cómo se ha hecho referencia a los Principios UNIDROIT, por ejemplo, en gran cantidad de casos resueltos por la Corte de la CCI. Es igualmente significativo observar que nuestros tribunales arbitrales costarricenses también los apliquen, y que sus fallos –los laudos arbitrales– hayan sido avalados por nuestra sala de casación civil, la Sala Primera.

La existencia de causas que modifiquen el contrato, o que pongan en duda la voluntad de las partes ha sido revisada con suma atención por los tribunales arbitrales, tanto nacionales como extranjeros. Los árbitros aplican el principio de *pacta sunt servanda* de la manera más rigurosa posible.

⁴⁰² Laudo arbitral. pp.41-43.

⁴⁰³ V. esta tesis. Capítulo II: Vicios de la voluntad o consentimiento. Sección II, Análisis del laudo arbitral: caso de Inversiones *Mil trescientos veinticuatro, S.A.* contra *Acrearsa, S.A.* Ver la aplicación del principio de “competencia profesional” para resolver el conflicto presentado en el caso.

⁴⁰⁴ Al respecto de la aplicación de los principios de competencia profesional, V. Pérez Vargas, Víctor. (2002). *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Revista Judicial.* No.82. Año XXV. Diciembre, 2002. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. p.127.

El *principio de diligencia*, por ejemplo, dispone que las partes deben hacer prueba de una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses. Hace recaer sobre las partes, una *presunción de competencia profesional*, ya que supone que éstas están en condiciones de comportarse como “prácticos razonables del comercio internacional.” Este principio explica el rigor que manifiestan los árbitros con respecto a las partes que se han abstenido de prever en su contrato una cláusula de adaptación a la evolución de las circunstancias externas; nos explica la autora Claudia Matute.⁴⁰⁵

En el caso analizado, los árbitros aplicaron estas exigencias para calificar la conducta de la desarrolladora del proyecto de condominios. La no entrega del condominio a tiempo y el incumplimiento de sus deberes como sujeto mercantil, trataron de ser excusadas en una presunta situación extraordinaria ocurrida en la ejecución del contrato; como fue la entrada en vigencia de la reforma a la normativa sobre construcciones.

Aún alegando lo anterior, los árbitros exigieron de esta empresa un comportamiento diligente y responsable, propio de un agente económico; como se le calificó. Los árbitros además, le aplicaron a la demandada la normativa de la Ley 7472, de Promoción Efectiva y Defensa del Consumidor; que la situaba aún más en el cumplimiento de las obligaciones y condiciones ofrecidas al actor, como comprador –un consumidor-- del condominio en cuestión.

⁴⁰⁵ Matute Morales, Claudia. (2004). El Arbitraje Comercial Internacional. (...) Op. Cit.

CAPÍTULO II. Los vicios en la voluntad o el consentimiento.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

El contrato tiene elementos constitutivos indiscutibles, que son la *voluntad* y la *forma*; junto con la *causa*. Concretamente, la voluntad “es el querer interno que cuando es exteriorizado por una manifestación de la persona, produce efectos de derecho al configurar el consentimiento, que es la esencia del contrato.” Este *querer*, debe haber sido formado *libremente*; para que produzca los efectos jurídicos correspondientes con su exteriorización.⁴⁰⁶

La voluntad debe estar libre de vicios como el error, la intimidación y dolo. A manera de síntesis, el error consistiría en una falsa representación de la realidad, una percepción equivocada sobre las cualidades esenciales del objeto del contrato. La intimidación, es la presión ejercida sobre una persona, para que manifieste su voluntad en una determinada dirección; con la amenaza de un daño injusto y notable. El dolo consiste en que uno de los contratantes realice “maquinaciones” o acciones para provocar un error en una persona, que la llevará a suscribir el contrato.⁴⁰⁷

El contenido positivo de la autonomía del contrato, puede ser definido en los siguientes aspectos:

- 1) “*Libertad de elección del tipo del contrato*: según las finalidades que los particulares se hayan prefijado conseguir dentro de los tipos de contratos previstos por la ley.

⁴⁰⁶ Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)*. Op. Cit. p. 14.

⁴⁰⁷ Cfr. *Ibidem*. pp.15-16. Acerca de los vicios en el consentimiento, V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, Capítulo 3 sobre la validez. Artículos 3.7 a 3.9. En: <<http://www.unidroit.org>>.

2) *Libertad de celebrar contratos llamados atípicos*, o sea, no correspondientes a tipos contractuales previstos por las leyes, pero practicado en el mundo de los negocios y aceptados socialmente como lícitos y dignos de tutela.

3) *Libertad de determinar el contenido del contrato*: salvo en aquellos casos en que exista legítima predisposición de aquél.”⁴⁰⁸

En cualquiera de estos casos, este contenido positivo va precedido por una libertad básica, sin la cual no es posible hablar siquiera de existencia del contrato, que es la de celebrarlo o no celebrarlo; estima el autor López y López.⁴⁰⁹ El contrato o convenio surge cuando hay acuerdo de los sujetos que manifiestan su voluntad para programar intereses jurídicos que coincidan. La coincidencia de dichas manifestaciones es lo que marca o determina la formación del mismo.⁴¹⁰

Entre los elementos estructurales necesarios en todos los negocios jurídicos, se encuentran la *voluntad* y la *manifestación* de ésta, como núcleos conceptuales de los negocios.⁴¹¹ La voluntad es la aptitud o disposición moral para querer algo⁴¹²; es aquella facultad que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción. En cuanto facultad, es poder subjetivo, o más bien, una aptitud propia del ser humano, con la cual puede condicionar su vida futura.⁴¹³

⁴⁰⁸ A.M. López y López. En: Blasco Gasco, F. et.al. (Comp). Op. Cit. p. 327.

⁴⁰⁹ *Ibidem*. Explica el autor que, en casos como los de la adhesión forzosa a una reglamentación creadora de obligaciones, no se habla en absoluto, de un contrato. Lo que sucede, afirma, es que en bastantes casos, aunque la adhesión no es obligada en términos de exigencia jurídica, resulta inevitable en términos prácticos; dando lugar a una especial problemática.

⁴¹⁰ Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)*. Op. Cit. p. 45.

⁴¹¹ Pérez Vargas, Víctor (1994). *Derecho Privado*. Op. Cit. p. 233.

⁴¹² *Ibidem*. p.234. Alesandri; citado por Víctor Pérez.

⁴¹³ Pérez Vargas, Víctor (1977). *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial. No.5. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. p.99. Citada por el autor en su libro *Derecho Privado*. Op. Cit. p.234. El acto que emana del ejercicio de esta voluntad de determinación de la acción, con conocimiento de motivos y fines, se denomina “acto voluntario”. En este tipo de comportamientos encontramos tres momentos, según indica el autor Víctor Pérez; los cuales se pueden resumir como: a) La deliberación, b) La determinación o elección y, c) La ejecución.

En este sentido, el negocio no es un simple hecho material; en él, la ausencia de la voluntad o sus vicios determinan la inexistencia o invalidez. Cuando el negocio es unilateral, solo hay una voluntad. Cuando es una convención, explica Víctor Pérez, se requiere que las voluntades de los contratantes coincidan. Este acuerdo de voluntades es el *consentimiento*, el cual debe exteriorizarse mediante una declaración en la cual se manifieste su existencia.⁴¹⁴

Según nos explica Víctor Pérez, fue Hugo Grocio quien elaboró el principio de esencialidad de la intención de obligarse. Este último encontró que el valor del contrato, como fuente de obligaciones, consiste en “la libertad que tiene el hombre de disponer de sus actos.” Fue a partir de este concepto, que la idea del ejercicio del poder de “auto obligarse” se llegó a difundir en la doctrina y la práctica jurídica.⁴¹⁵

En doctrina se han planteado varias teorías acerca de la validez de la voluntad y su relación con la manifestación de la misma. La teoría más antigua fue la planteada por Savigny, quien defendió el hecho de que la voluntad es el elemento esencial del negocio, y la declaración sólo un medio de revelación. Por lo tanto, en caso de conflicto debe prevalecer la voluntad. Sin embargo, existe otra teoría: la de la declaración. Esta establece que lo que prevalece realmente, es el negocio, porque el querer interno es cambiante e inconsistente.⁴¹⁶

La voluntad en un contrato o negocio jurídico puede llegar a estar viciada, y este es precisamente el principal dilema que deben enfrentar los juzgadores al resolver un caso: determinar si debe prevalecer la voluntad manifiesta, expresada y exteriorizada; o si debe tener primacía la voluntad interior. El vicio es un factor que interviene en el proceso de formación de la voluntad, ya sea afectando la posibilidad de escogencia, o el conocimiento.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Colin y Capitant; citados por Pérez Vargas, Víctor (1994). *Derecho Privado*. Op. Cit. p. 233.

⁴¹⁵ Cfr. Pérez Vargas, Víctor. (1994). Op. Cit. p. 235. Para profundizar en el tema de la voluntad como elemento del negocio jurídico, ver análisis completo realizado por el autor, en pp.233 a 268.

⁴¹⁶ *Ibidem*. p.256-257.

⁴¹⁷ *Ibidem*. p.265.

Cuando existe un vicio no se da divergencia entre voluntad y declaración: estas son congruentes. Lo que sucede, es que la voluntad se formó mal por la influencia de elementos externos. Entre los vicios de la voluntad podemos mencionar los siguientes: el error vicio, inserto en el proceso de formación de la voluntad –distinto a a la falta de voluntad por error: o error obstativo--⁴¹⁸; la violencia moral; el dolo; la lesión; o el miedo grave.

En nuestro Código Civil encontramos varias disposiciones que pretenden regular cuando podría ser anulable un contrato que presente ciertos vicios, como el error o el consentimiento por fuerza o miedo grave. Al efecto, se pueden consultar los artículos 1015 a 1021 de este mismo Código. Algunos de estos artículos indican:

“Artículo 1015: Es anulable el contrato que se consiente por error: 1. Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra. 2. Cuando recae sobre la identidad de la cosa especificada de que se trata, o sobre su sustancia o calidad esencial.”

“Artículo 1017: Es anulable el contrato en que se consiente por fuerza o miedo grave.”

“Artículo 1018: Para que la fuerza o intimidación vicien el consentimiento, no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado, basta que la fuerza o intimidación se haya empleado por cualquier otra persona, con el objeto de obtener el consentimiento.”⁴¹⁹

Acerca de los vicios en el consentimiento, y específicamente en cuanto al dolo, nuestra antigua Sala de Casación Civil dispuso en un caso concreto lo siguiente:

⁴¹⁸ Al respecto de la diferencia entre esta clase de errores V. Pérez Vargas, Víctor (1994). Derecho Privado. Op. Cit. pp.260 a 262.

⁴¹⁹ Sobre la aplicación de estos artículos y el tema de los vicios en la voluntad negocial de las partes, V. el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Segundo Civil Sección Segunda, No.198, del 30 de junio del 2005; confirmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.452, del 27 de junio del 2007. También, V. Sentencia del Tribunal Segundo Civil sección Segunda, No.174 del 9 de abril de 1992, sobre el mismo tema.

*“Lo que hay de cierto es que en la mayor parte de los contratos, hay oposición de intereses entre los contratantes. Cada cual es guardián de sus propios intereses y debe, por consiguiente, informarse por sí mismo. No hay pues, nada de culpable en no suministrar a la otra parte indicaciones que ella puede procurarse por sí misma. Pero la solución cambia y la reticencia se hace culpable cuando una de las partes tiene la obligación en conciencia de hablar, so pena de abusar de la ignorancia de la otra. Los tribunales han anulado, a causa de dolo por reticencia contratos en los cuales una de las partes era la única que estaba en capacidad de conocer un hecho ignorado por la otra y debía, por deber de honradez, revelar este hecho.”*⁴²⁰

A nivel internacional, “la doctrina de la jurisprudencia arbitral ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de *presunción de competencia profesional* y *presunción de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio*, que significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen.”⁴²¹

Como ejemplos de principios internacionales referentes al tema de los vicios de la voluntad, se encuentra el Artículo 3.5. de los Principios UNIDROIT, que trata el “Error determinante” en la voluntad o consentimiento de los contratantes. Así como el Artículo 3.9 de estos Principios, que indica:

“Artículo 3.9. (Intimidación). Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra

⁴²⁰ Sala de Casación Civil, No.103, de las 10:30 horas del 3 de diciembre de 1956; citada por Pérez Vargas, Víctor (1977). *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. 1950-1975*. Editorial de la Universidad de Costa Rica. p.28.

⁴²¹ V. Derains Yves. (1980). La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matière de vente internationale : expériences et perspectives. Convegno sulla compravendita Internazionale. Roma; citada por Pérez Vargas, Víctor (2002) *La Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Op. Cit. p.127.

*alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.*⁴²²

⁴²² V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional. En: <http://www.unidroit.org>.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: caso de *Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A* contra el *Grupo Acrearsa, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** # CCA20-ARO7-07-00, de las 15:00 horas del 5 de setiembre del 2001. **Partes:** *Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A.* contra el *Grupo Acrearsa, S.A.* **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitros:** Dr. Fernando Mora Rojas, Dr. Roberto Yglesias Mora y Dr. Víctor Pérez Vargas (Presidente). **Laudo Firme**⁴²³.

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

El día 12 de agosto de 1999, se firmó mediante documento privado, el contrato de “Fideicomiso de garantía con propiedades”, en el cual figuraron como partes: el Grupo ACREARSA, S.A. –conocido en adelante como ACREARSA-- en el carácter de Fideicomisario; la sociedad Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A. –que conoceremos en adelante como Inversiones, en la condición de Fideicomitente; y el Banco de Comercio S.A., como Fiduciario. Este contrato fue el objeto del presente arbitraje.⁴²⁴

Lo sometido a resolución arbitral en este caso, fue la determinación de la posible nulidad de un contrato de Fideicomiso, por posibles vicios del consentimiento y, subsidiariamente, si la demandada incumplió o no, y si debía declararse la resolución con daños y perjuicios, en caso de haber incumplido el contrato. La actora en este proceso, la sociedad Inversiones, alegó

⁴²³ Contra este laudo arbitral se interpuso un recurso de revisión, cuya resolución quedó supeditada al resultado de un proceso penal, interpuesto para verificar aspectos relacionados con una declaración testimonial vertida en el proceso arbitral. Posteriormente, retomada la resolución del recurso de revisión por parte de la Sala Primera, este fue rechazado; quedando firme el presente laudo. V. Resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.230-A-02, de las 15:35 horas del 6 de marzo del 2002, y No.958-A-02, de las 14:32 horas del 11 de diciembre del 2002.

⁴²⁴ V. Laudo Arbitral del presente caso, Considerando I. Hechos Probados. Punto 20). p.14.

nulidad por presiones a la hora de la firma del fideicomiso y, además, alegó el incumplimiento de la demandada, por no haber liberado una finca.⁴²⁵

El representante de la sociedad Inversiones, el Sr. Arias, y sus empresas, tenían diversas deudas con múltiples acreedores. Estos últimos plantearon que harían efectivos sus créditos, y decidieron formar la sociedad ACREARSA (que significa: acreedores de Arias) y, entonces, el Sr. Arias y éstos convinieron en constituir el Fideicomiso de Garantía referido. En este contrato, el monto total y único de la obligación incorporaría todas las acreencias.⁴²⁶

La sociedad Inversiones presentó una demanda arbitral contra Acrearsa, y solicitó entre otras cosas, que se declarara nulo y en su defecto se diera por rescindido el fideicomiso. Por su parte, la demandada Acrearsa, S.A. contestó la demanda afirmando, en lo que interesa: que las legítimas pretensiones de los acreedores para cobrar sus dineros no se podían denominar “presión” ni “poder en masa”, por lo que no existía vicio del consentimiento. Alegó que no existía error en los montos, ni doble cobro; que la causa y el objeto contractual eran claros; que no había garantías extorsivas; y que no había incumplimiento contractual.⁴²⁷

De interés para nuestro análisis, comentaremos lo resuelto en el presente proceso por el tribunal arbitral, en cuanto a los *vicios de consentimiento* alegados por la sociedad actora, Inversiones. En un pronunciamiento que constituye un precedente bastante interesante para la resolución de este tema, el tribunal arbitral dispuso:

“III. Sobre el Fondo. (...) C. Sobre los alegados “vicios del consentimiento.” A la hora de determinarse la suma debida en el fideicomiso, es de presumir que ambas partes ejercitaron la diligencia debida como empresarios; está, además, probado que ambas partes al negociar

⁴²⁵ V. Laudo arbitral. Descripción de la controversia. pp.1-2.

⁴²⁶ *Ibidem*. Según resume el tribunal arbitral, a los créditos originales que se incluyeron en este fideicomiso, se sumaron otros: como los “*montos relativos a honorarios de notario y contadores e, incluso, un crédito a favor de un yerno del propio Sr. Arias, a solicitud de éste y bajo su amenaza de no firmar si no se hacía tal inclusión.*”

⁴²⁷ V. Laudo arbitral. Resultando. pp.4-6.

ejercieron presiones lícitas sobre su respectivo co-contratante. Así, el Señor Arias, de Inversiones 1342, exigió: un rebajo y la inclusión de un pariente cercano (Señor Orlich), bajo amenaza de no firmar si así no se hacía. Paralelamente, los acreedores con créditos exigibles amenazaban, lícitamente, con ejercitar su derecho y con rematar sus hipotecas. El Tribunal no ve en ninguna de estas actuaciones un vicio de la voluntad que pudiese determinar la invalidez del negocio jurídico. Ha de considerarse, sobre este punto, si realmente existió vicio de la voluntad. Se ha afirmado que: "... para que un negocio jurídico sea válido es necesario que la voluntad se forme libremente, esto es, que no se encuentre afectada por factores que alteren la intención de las partes". "Es por ello que cuando en un negocio encontramos error, violencia o dolo estamos frente a negocio viciado, concretamente anulable a instancia del perjudicado, por tratarse de un hecho que sólo a él afecta y porque él es el único que puede decidir si reclama la invalidez o mantiene el acto irregular". "En los casos de vicios de la voluntad, como el error, el dolo y la violencia, la ley considera que la voluntad de realizar el acto ha existido, pero por estar viciada se concede a la parte interesada la posibilidad de reclamar su anulación. Estas declaraciones de voluntad viciadas no hacen nulo el negocio, sino solamente anulable. El negocio despliega su eficacia, pero los efectos están amenazados por la posibilidad de que quien sufrió el vicio lo haga valer" (1995. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SEC. PRIMERA num. 327 de las 09,05 h del 22 de setiembre). En este caso no resulta de recibo la solicitud de nulidad por las razones siguientes: Es conocido el principio romano: "Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur": "No parece que actúa con dolo quien su derecho usa" (L. 55, Digesto, De Reg. Juris). El que ejerce un derecho conforme a las leyes y de buena fe no responde del perjuicio que resulte de este ejercicio (Ver Código Civil, artículos 21 y 22). En este caso, el Tribunal encuentra que sí se ejerció presión, pero una presión lícita, cual es la del acreedor que legítimamente advierte al deudor que lo ejecutará si no paga. Del mismo modo hubo presiones, con amenazas de no firmar de parte del señor Arias, si no se cumplían ciertos requisitos, como incluir a su yerno y una rebaja de \$400.000 dólares USA. Como en toda negociación, cada una de las partes planteó exigencias para tutelar sus intereses. Los actos atribuidos a los acreedores no constituyen abuso del derecho, ni pueden calificarse de violencia moral capaz de determinar la llamada nulidad relativa del negocio. La parte actora ha alegado vicios de la voluntad. En algunos casos ha hablado de engaño (o sea, dolo), de error y, también de violencia moral (amenazas, coacción e intimidación). El Tribunal comparte al respecto la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la Cámara de

Comercio Internacional. Tal doctrina ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos” de los operadores del comercio, que significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen, habiéndose afirmado que “la imprudencia en personas mayores de edad y en su sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos” (V. DERAÏNS, Yves, La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale : experiences et perspectives. Convegno sulla compravendita Internazionale. 1980, Roma). En relación con el respeto a la voluntad expresada, los árbitros se han manifestado muy restrictivos. En aplicación del mismo principio, hay jurisprudencia reiterada rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente o “imprevisión”. En este caso, el Tribunal utiliza esta presunción para subrayar que los firmantes (que se deben presumir aptos profesionalmente para el comercio) del contrato de Fideicomiso no podían ignorar el alcance de las cláusulas a que se sometían. Además de referirse al vicio de violencia, o amenazas, la actora reiteradamente ha hablado de error. Valen a este respecto las mismas consideraciones expuestas en relación con el principio de presunción de competencia profesional que, como se dijo: “supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen”.⁴²⁸

En el sentido expuesto, los árbitros rechazaron la demanda en cuanto a la pretensión de declaración de nulidad, por no encontrar el Tribunal vicio alguno en el consentimiento; y declararon sin lugar la demanda en su totalidad.

⁴²⁸ Laudo arbitral. III. Sobre el fondo. Punto C. pp.20-23.

B. Análisis final del laudo arbitral.

Siguiendo la doctrina del “principio de competencia profesional” y de “presunción en la apreciación de los riesgos”, desarrollada por la Cámara de Comercio Internacional,⁴²⁹ los árbitros procedieron a aplicar restrictivamente el tema de los vicios en el consentimiento o la voluntad contractual. Esta tendencia, lo que procura es “salvar” el contenido del contrato, procurar que este no sea anulado; en casos donde las partes tenían el deber de saber o entender la causa, el objeto y los efectos, del negocio jurídico del cual estaban participando.

Así, la aplicación de estos principios, en conjunto con la defensa del contrato como fuerza de ley entre las partes –el *pacta sunt servanda*--, lo que pugnan es por conservar la integridad de la primera manifestación de las partes, de lo que primeramente declararon en el negocio principal que las vinculó. Esta manifestación es la *letra* del contrato, que en conjunto con las acciones de ejecución que efectúan las partes, ayudan al juzgador a darse una idea de la intención de los contratantes y el verdadero sentido de la negociación.⁴³⁰

⁴²⁹ Ver casos presentados en la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, comentados por el autor Víctor Pérez en su artículo contenido en la Revista Judicial. No.82. del año 2002. Op. Cit. p127. Cita los casos: L1397-1966, L-1512-1971, 1972-1990; de la Corte de Arbitraje de la CCI; precedentes tomados en cuenta por el laudo arbitral analizado.

⁴³⁰ Encontramos otro laudo arbitral que resolvió de forma muy similar, el tema de la interpretación de los vicios de la voluntad en los contratos. En este caso, la parte alegó la presencia de actos de intimidación y amenazas en la suscripción del contrato. Los árbitros también aplicaron el principio de competencia profesional, desarrollado por la doctrina arbitral internacional, para resolver el conflicto. V. Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA01 AR-01-01-01, de las 15:00 horas del 22 de setiembre del 2001. Caso de *Scott Paper Company, S.A.* contra *Diario Express R Castro e hijos, S.A.* Árbitros: Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Sergio Artavia Barrantes, y Lic. Rafael Valle Guzmán. Punto 5). Sobre los alegados vicios de la voluntad. pp.25-27. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002; que confirma el laudo arbitral.

Sección III Análisis del laudo arbitral: caso *Atrium Developments, S.A contra Residencias del Caribe, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** #ARB82-07-04 de las 14:00 horas del 15 de noviembre del 2005. **Partes:** *Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.* **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitro único:** Dr. Roberto Yglesias Mora. **Laudo Firme.**

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

El siguiente proceso arbitral, versó sobre incumplimientos en la ejecución “*Contrato de Servicios Profesionales para Consultoría*”, suscrito entre las sociedades Atrium y Residencias Caribe; como las denominaremos de ahora en adelante.

La actora Atrium, había sido contratada por Residencias Caribe para efectos de confeccionar los diseños de un hotel en la zona de Limón, a mediados del 2003. Los trabajos pactados fueron efectivamente realizados por la primera, y le fueron cancelados. Sin embargo, Atrium alegó que no obstante haber finalizado estas labores, la demandada Residencias Caribe le solicitó un nuevo diseño estructural y pidió la corrección de los planos constructivos elaborados.⁴³¹

Ambas empresas acudieron al Colegio Federado de Ingenieros⁴³², para modificar el monto de la obra tasado originalmente, y suscribieron el “*Contrato de Servicios Profesionales de Consultoría*” referido; utilizando una fórmula pre-impresa utilizada por el Colegio. La actora

⁴³¹ V. laudo arbitral del presente caso. Resultando III. Descripción de la controversia y pretensiones de las partes. pp.2-3.

⁴³² Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, o CFIA.

afirmó que los honorarios profesionales pactados en este contrato, no le habían sido cancelados aún por la demandada.

La demandada Residencias Caribe, contestó la demanda arbitral interpuesta en su contra manifestando, entre otras cosas, que el contrato de servicios profesionales era nulo; “siendo que la representación legal de la actora tenía un poder mancomunado para contratar y el contrato no fue firmado así.” Reclamó que dicho contrato fue firmado solo para fines de obtener permisos y no para la elaboración de los planos.

En su pretensión principal, la demandada-reconventora solicitó la anulación del contrato de consultoría por carecer de un elemento personal esencial para su validez, que era precisamente la representación conjunta; y por la adulteración de la información que contenía el formulario firmado en el CFIA.⁴³³

A continuación citamos algunas de las consideraciones hechas por el árbitro Yglesias, en su relato sobre los hechos probados del proceso; transcribimos las que son de importancia para resolver sobre los supuestos vicios presentados en el contrato del caso:

“4. (...) al consignarse en la fórmula contractual empleada los anteriores porcentajes de los servicios contratados, se observa que para los dos primeros servicios (...) se insertó el porcentaje en letra manuscrita y para el último el porcentaje se consigna a máquina. Asimismo, el rubro del servicio de Inspección (...) aparece tachado con una raya, haciéndose alusión a ese servicio en una nota manuscrita antes de las firmas, según la cual, ese último servicio no está incluido en esta parte del proyecto (...) 5. Que el Contrato de Servicios de Consultoría suscrito (...) el 2 de marzo del 2004, aparece rubricado con tres firmas, una por cada parte contratante, actuando el señor (...) como representante de la actora y una tercera firma del profesional responsable. (...)6. Que para la fecha en que se suscribió el referido contrato (...) la representación de la empresa actora para suscribir contratos con clientes, la ejercía conjuntamente, dos de tres directores de la Junta

⁴³³ V. Laudo arbitral. pp.4-5.

Directiva (...)7. Que mediante escritura pública (...) del 22 de enero del 2004, (...) se protocolizó acta de asamblea extraordinaria de socios de la empresa actora, por la cual se modificó la cláusula sobre la representación legal, confiriendo Poder Generalísimo sin límite de suma tanto al Presidente, (...) como al Secretario (...) pudiendo actuar conjunta o separadamente, modificación que quedó inscrita en el Registro Mercantil el día 30 de marzo del 2004. (...).”⁴³⁴

En el apartado IV del laudo arbitral, el árbitro analizó el fondo del conflicto presentado con el acuerdo firmado entre las partes; empezando por examinar la cadena de relaciones negociales que éstas habían tenido; y dispuso lo siguiente:

“b. El segundo momento relevante en el desarrollo de los vínculos negociales entre las partes, debe situarse a principios del año 2004.(...) se presentan suficientes elementos de juicio e indicios probatorios en autos, para considerar que ambas partes vuelven a negociar en enero de ese año para la elaboración de los planos constructivos definitivos de un Hotel (...) toda vez que ambas partes se han referido al hecho de que la demandada le entregó a la actora en esa época, la suma de once mil dólares (...) a título de adelanto para la confección de esos planos. (...) Se puede así afirmar que a partir de ese momento, existió la voluntad negocial necesaria entre las partes que imprimió vida a una contratación (...) surgiendo desde entonces obligaciones y derechos para ambas, con la intervención de funcionarios de las dos empresas, operando como agentes y encargados para realizar ese tipo de actividades jurídico-negociales. (...) este Tribunal confirma y declara que ambas quedaron ligadas contractualmente desde entonces, con independencia de la suscripción formal de un documento, proceder, que si bien fue informal, tuvo valor y eficacia jurídico-legal entre las partes, de conformidad con los principios legales sobre la autonomía de la voluntad y libertad de formas contractuales, propios de la contratación entre empresas comerciales, de conformidad con el artículo 411 del Código de Comercio (...) c) Por último, se suscribió un documento (...) utilizando para ello las partes una fórmula preimpresa por el Colegio Federado (...) Este documento (...) ha sido impugnado por la parte demandada, quien lo ha calificado como nulo, adulterado y espúreo, fundamentalmente por dos razones, a saber: i) Porque no fue firmado correctamente por la actora, toda vez que a su juicio debieron firmarlo

⁴³⁴ V. Laudo arbitral. Considerando II. Hechos Probados. pp.7-9.

dos coapoderados y solo lo firmó el Presidente de la empresa actora (...) y, ii) Por cuanto se modificaron los servicios acordados y los porcentajes se insertaron en letra manuscrita, con posterioridad a la firma de ese documento (...) la omisión que apunta la demanda en cuanto a la ausencia de la firma de otro coapoderado carece de la gravedad y alcances que se reclaman, siendo que el contrato entre las partes ya se había perfeccionado desde el 2004 y estaba en ejecución por ambas partes. No puede la demanda ir contra sus propios actos, como fue convenir con la empresa actora desde principios del 2004, la elaboración de los planos constructivos (...) Si posteriormente no resultó conforme con el resultado de esa contratación y los planos presentaron problemas, el reproche que ahora esgrime, resulta antijurídico y contrario a la doctrina jurídica de los actos propios y la equidad, que forman parte de la buena fe en la ejecución de un contrato y del ejercicio mesurado de los derechos contractuales (...) Constituye negación de un acto propio previamente aceptado, rechazar la existencia de la contratación (...) valiéndose en este proceso de la omisión de un "formalismo legal" en el documento contractual firmado (...) la omisión que se achaca al contrato en cuestión, es muy posiblemente producto de una situación particular cual es que para el momento en que se suscribe el documento (...) la empresa actora ya había hecho una modificación estatutaria de su personería (...) inscripción que se verifica no obstante hasta el 30 de marzo de ese año. Por ello es explicable que para la firma del contrato, el 2 de marzo, solamente lo suscribiera el Presidente. (...) también es cierto que ante terceros, la personería legal es la inscrita formalmente en el Registro Mercantil, conforme lo indica el artículo 1251 infine del Código Civil, y que por ende para el 2 de marzo, fecha de la firma del documento en cuestión, en estricta técnica legal, debió ser suscrito por los coapoderados de la actora. Empero, la misma parte actora, (...) mantiene vivo y ratifica con sus continuas actuaciones el compromiso adquirido previamente desde principios del 2004, siendo el documento del 2 de marzo no más que un reflejo de ese acuerdo previo (...) Frente a estos hechos, la omisión y nulidad alegadas se deben tener por subsanadas, conforme al artículo 836 en relación con los artículos 838, 839, y 840, todos del Código Civil. En conclusión la omisión apuntada en la firma del contrato (...) si bien existió era subsanable y fue subsanada tanto por la conducta y acciones de los funcionarios de ambas empresas litigantes, como por las acciones ulteriores del Presidente de la actora (...) rechazándose por ello la oposición y reclamos formulados por la demandada.⁴³⁵

⁴³⁵ V. Laudo arbitral, Op, Cit. pp.19-23.

B. Análisis final del laudo arbitral.

En el caso resuelto por el árbitro Yglesias, se alegaba la nulidad de un contrato por la falta de capacidad jurídica de la empresa actora para suscribirlo; así como por defectos o errores materiales en el contenido del mismo. Principalmente, se alegó la nulidad por el primer motivo: porque el representante de la actora no tenía la personería legal suficiente para suscribir el contrato en nombre de su representada.

El árbitro, apartándose de los defectos en la formación del contrato, concluye que la falta de capacidad del personero de la sociedad actora, no fue impedimento para que las partes quedaran vinculadas negocialmente. Lo anterior, debido a que los actos y acciones ejercidas por las partes, con anterioridad al contrato y con posterioridad a éste, no hicieron más que ratificar que efectivamente existió una relación negocial entre éstas.

Así las cosas, la nulidad del contrato no procedió; según lo estipulado por los artículos 836, 838, y 839 del Código Civil. El tribunal arbitral, resolvió invocando la normativa referente a las *nulidades relativas* de los contratos. El laudo determinó que la incapacidad del representante de la actora fue relativa, y que no faltaron condiciones esenciales de formación del contrato, sino que éstas fueron irregulares o imperfectas (Art.836); quedando convalidadas estas situaciones, por la confirmación o ratificación tácita del interesado (Art.839).

CAPÍTULO III. Caso de Fuerza Mayor.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

Diversos autores coinciden en que las primeras nociones de los términos *caso fortuito* y *fuerza mayor*, de las cuales se derivaron las nociones que se manejan actualmente, se remontan al antiguo Derecho Romano⁴³⁶. Es importante indicar que desde esta época, estos conceptos se han asimilado. Dada la circunstancia de que los romanos no precisaron exactamente su significado, se originó una discusión jurídica que se mantiene aún en nuestros días.

Concretamente sobre el concepto de *fuerza mayor*, nos explica el Dr. Adolfo Exner⁴³⁷ que:

*“(...) por desgracia este objeto del inventario de la herencia romana nos ha sido entregado sin su descripción, sea porque los romanos se ocupaban de mala gana y torpemente en la tarea de definir conceptos, o sea porque no había ningún motivo práctico para fijar de un modo más exacto el contenido del concepto, lo cierto es que en los trozos de literatura jurídica romana, que referentes al concepto de fuerza mayor, han llegado hasta nosotros, hallamos solamente además del nombre, que no es técnico, algunos ejemplos que no satisfacen de ningún modo.”*⁴³⁸

⁴³⁶ Sin embargo, el autor Gianfelici, nos indica que el origen de estos términos (*caso fortuito* y *caso de fuerza mayor*) se remonta a la Prehistoria del Derecho. Menciona que ya el Código de Hammurabi establecía en su artículo 266, lo siguiente: “*Si en el establo ocurre golpe de Dios o asáltale el león, jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo.*” Aquí, más que al caso fortuito, se referían a la *fuerza mayor*, según Jiménez de Asúa, citado por Gianfelici. V. Gianfelici, Mario C. (1995). Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor en el sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot. p.15.

⁴³⁷ El Dr. Adolfo Exner, fue profesor de Derecho en la Universidad de Viena y realizó un importante trabajo de investigación con el objeto de desentrañar el concepto de “fuerza mayor”. Su obra se denominó: “*De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y en el actual*”, publicada en Viena, en el año 1883. La tesis de Exner, encontró eco y fue modificada por otros importantes autores en los años siguientes. Ver: Introducción a la tesis del Dr. Exner, por Gianfelici Mario (1995). Op. Cit. p.33.

⁴³⁸ Exner, Adolfo. Citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. pp 17-18.

Los romanos utilizaron la noción de “caso fortuito”, y la identificaron mediante expresiones como: *casus o casus fortuitus* (caso fortuito), *vis o vis maior* (fuerza mayor), *vis divina* (fuerza divina), y *fatalitas, o damnum fatale*.⁴³⁹ La expresión “caso fortuito” deriva del latín *casus o cassus*, que significa “suceso”, “acontecimiento”; y de la palabra *fortuitus*, que significa: “casual” o “inesperado”⁴⁴⁰ Mediante el término *vis maior* se quiso identificar a una “fuerza” (*vis*), y se le adhirió el adjetivo de “mayor” o “más grande” (*maior*).⁴⁴¹

Jiménez de Asúa afirma que, en el derecho penal de aquellos tiempos, el *casus* fue considerado a menudo como *vis divina* y se le dio a esta causal eximente de responsabilidad, “un sentido sumamente amplio, comprensivo de todo aquello que excedía de la intención del agente.”⁴⁴² En esta época, se sostuvo que cuando no se habían podido prever, en absoluto, las consecuencias de nuestra acción, no había respecto del resultado producido responsabilidad alguna; y el hecho debía considerarse como *casus*.⁴⁴³

A manera de ejemplo, de lo que fue ampliamente conocido como *casus* en la legislación romana, se encontraban hechos diversos: tanto los procedentes de las fuerzas naturales (p.e. terremoto, rayo), como los producidos por el hombre (p.e. irrupción de “ladrones”, o “tumulto popular”).⁴⁴⁴

El *casus* en el Derecho Privado se consideraba existente, en el evento que superara los límites de la diligencia que todos deben tener.”⁴⁴⁵ En el ámbito de la responsabilidad

⁴³⁹ Gianfelici, Mario C. Op. Cit. pp.15-16.

⁴⁴⁰ *Ibidem*. p.74.

⁴⁴¹ *Ibidem*. p.77.

⁴⁴² Jiménez de Asúa, citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.16.

⁴⁴³ *Ibidem*. p.17. Asimismo, el autor Bernardino Alimena, nos explica que: “Se denominaba *casus* tanto en el derecho privado como en el derecho penal, todo lo que tenía lugar sin intención o más allá de la intención.” (p.16.)

⁴⁴⁴ *Ibidem*. p.16-18.

⁴⁴⁵ Alimena, Bernardino. Citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.17.

obligacional o civil, el *casus* “designaba el supuesto en el que el incumplimiento de la obligación provenía de un hecho no imputable al deudor.”⁴⁴⁶

Algunos autores citan al jurisconsulto Ulpiano, quien elaboró una noción --un poco más completa-- de lo que podemos entender por caso fortuito o fuerza mayor. Este expuso: “*fortuitus casus nullum humanum consilium praevidere potest*”; lo cual quiere decir: “ninguna inteligencia humana puede prever los casos fortuitos”.⁴⁴⁷ También se afirma que, el jurisconsulto, se refirió a la fuerza mayor específicamente indicando que es: “toda fuerza que no se puede resistir”, u *omnem vim cui resisti non potest*.⁴⁴⁸

La noción del *caso fortuito* formulada por Ulpiano, fue posteriormente completada por el jurisconsulto Vinnius; quien básicamente unió las dos anteriores definiciones y formuló la siguiente: “*Definimos como caso fortuito todo lo que la inteligencia humana no puede prever, o que previsto, no puede resistir.*”⁴⁴⁹

A manera de síntesis se ha afirmado que, en el fondo, los romanos pretendían distinguir entre dos tipos de acontecimientos dañosos: por un lado, el *casus* designaba el evento imprevisible; y por otra parte, la *fuerza mayor* (el “daño fatal”, “fuerza divina”, o “caso mayor”) aludía a aquellos acontecimientos que “aún previstos, no se hubieran podido evitar o resistir.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Peña Guzmán-Arguello, Arias Ramos, Hernández-Tejero, y Petit, Eugene; citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.17.

⁴⁴⁷ El autor Gianfelici, hace una nota explicativa acerca de la definición de Ulpiano, en la cual indica que la citada traducción es la más aceptada por la generalidad de autores. Sin embargo, aclara que la expresión latina “*consilium*” también significa “prudencia, experiencia”. Por lo que dicha frase, podría quedar de la siguiente forma: “ninguna *prudencia* humana puede prever los casos fortuitos.” Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.18.

⁴⁴⁸ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.18.

⁴⁴⁹ En latín: “*Casum fortuitum definimos omne quod humano captu praevidere non potest, nec cui praeviso potest resisti*”. Vinnius (1558-1657), fue uno de los intérpretes de la escuela estatutaria holandesa del siglo XVII. V. *Ibidem*. p. 18.

⁴⁵⁰ Caramés Ferro, Hernández-Tejero, Arias Ramos, y Petit, citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.19.

El autor Bonfante nos explica que: “El caso fortuito típico y absoluto es la fuerza mayor (*vis maior, damnum fatale*), o sea un evento que no se puede prever en absoluto o que no se puede reparar de antemano; como por ejemplo, el incendio, la ruina, el naufragio y semejantes.”⁴⁵¹

En definitiva, serían las circunstancias particulares de cada caso, las únicas que permitirían establecer si un acontecimiento determinado, como podría ser un naufragio o un incendio, podrían constituir un caso fortuito o de fuerza mayor. Afirma que esta puede ser la razón por la cual los jurisconsultos romanos habrían vacilado en establecer la distinción.⁴⁵²

En cuanto a los efectos civiles, de cada una de estas figuras, encontramos que en el Derecho Romano tenían el carácter de causas eximentes de responsabilidad del deudor. Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, eximían de responsabilidad cuando la prestación se había tornado de cumplimiento imposible para el deudor.⁴⁵³

Como expusimos anteriormente, las expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor” han sido relacionadas y asimiladas conceptualmente. De esta forma, se fue desarrollando la conocida *Teoría Monista*, la cual propone que estos dos términos son equivalentes o sinónimos; no siendo conveniente su distinción.⁴⁵⁴

Autores como Mosset Iturraspe, opinan que “existe consenso respecto de la identificación conceptual de ambos términos”.⁴⁵⁵ Este autor afirma que, el caso fortuito y la fuerza mayor, son expresiones que guardan sinonimia; y que no cabe distinguirlas ni conceptualmente, ni por sus

⁴⁵¹ Bonfante, Pedro; citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 19. Se citan también como ejemplos clásicos de estos dos conceptos: a) En el *caso fortuito*: el hurto o la “fuga de esclavo”; y b) En la *fuerza mayor*: el robo cometido por bandas armadas (rapiña), los “ataques de piratas”, el naufragio, y el incendio. V. Caramés Ferro. *Ibidem*.

⁴⁵² Caramés Ferro; citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.19.

⁴⁵³ Petit, Peña Guzmán-Arguello, Caramés Ferro, citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 19.

⁴⁵⁴ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.25.

⁴⁵⁵ *Ibidem*. p. 27.

efectos.⁴⁵⁶ En este mismo sentido, el autor Larroumet afirma que se trata de dos mismos conceptos; y que aunque la doctrina pretendió hacer una distinción, con justa razón la jurisprudencia no siguió estos criterios “pues para ella, no se trataba sino de dos términos que correspondían a una sola noción”.⁴⁵⁷

La unidad conceptual, fue la orientación dominante durante la etapa de los *glosadores* (conocida como *la Glosa*); en la cual se pensó que el “accidente inculpable” o “caso fortuito” se equiparaba a la *vis maior*.⁴⁵⁸ También, este fue el criterio de la doctrina francesa anterior al Código de Napoleón.⁴⁵⁹

Varios autores expresan que, en las respectivas legislaciones de sus países, se asimilan ambos conceptos; y que se les otorgan en ocasiones, los mismos efectos jurídicos. Por ejemplo, ya Don Alberto Brenes Córdoba opinaba, que en la normativa costarricense estos términos se tendían a confundir.⁴⁶⁰ Lacruz Berdejo, indica que en el Código Civil español “por regla general, ambas expresiones son intercambiables”⁴⁶¹ Estas nociones, también tienden a identificarse en los códigos civiles actuales, como el Argentino y el Colombiano; según expresan autores de estas naciones.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Mosset Iturraspe, Jorge. En: Brebbia, Roberto et.al. (1980). Temas de Derecho Civil. Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad civil por culpa y responsabilidad objetiva. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad. p. 108.

⁴⁵⁷ Larroumet, Christian (1999). Teoría General del Contrato. Vol (2). Santa Fe, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A. p. 166.

⁴⁵⁸ Exner, Lafaille, Colmo Alfredo, Busso, citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. pp.25-27. Los *glosadores* fueron juriconsultos, estudiosos del derecho romano, los cuales se basaron en el *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano. Fundaron su Escuela en el siglo XII. (p. 26).

⁴⁵⁹ Salas y Busso, citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 26. Gianfelici nos da un ejemplo de un artículo contenido en el antiguo Código Civil Francés (anterior al Napoleónico), el cual mencionaba ya al *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, como causas eximentes de responsabilidad. El texto dice: “*Artículo 1148: “No proceden las indemnizaciones, cuando por consecuencia de fuerza mayor, o de caso fortuito, el deudor está imposibilitado de dar o hacer aquello a que está obligado, o ha ejecutado lo que le estaba prohibido.”*”

⁴⁶⁰ Brenes Córdoba, Alberto (1998). Op. Cit. p.108

⁴⁶¹ Lacruz Berdejo, Jose Luis et.al. (1994). Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato. Vol (1). 3 ed. Barcelona, España: Editorial Jose Maria Bosch Editor, S.A. p. 182.

⁴⁶² Kemelmajer de Carlucci, Aída. En: Brebbia, Roberto et.al. Op. Cit. p. 98. y Larroumet, Christian. Op. Cit. p.166.

En este sentido, Xavier O'Callaghan nos indica que la doctrina moderna está conforme con que el Código Civil no sigue ninguno de los criterios de distinción tradicionales entre el caso fortuito y la fuerza mayor.⁴⁶³ La *Tesis Monista*, al parecer de la mayoría, ha sido predominante.⁴⁶⁴ Alberto Tamayo opina que en la actualidad, notables autores y un gran sector de la jurisprudencia universal, están de acuerdo en la asimilación de los dos conceptos.⁴⁶⁵

Por otro lado, se ha defendido el criterio de que estos conceptos jurídicos expresan significados diversos; haciendo surgir la *Teoría Dualista*.⁴⁶⁶ En general, los partidarios de esta teoría creen que sí es importante hacer una distinción entre ambas figuras. Algunos han optado por realizar una distinción, puramente teórica; pero admiten que ambas poseen el mismo efecto liberatorio.⁴⁶⁷ De esta forma, su efecto fundamental sería la extinción de la obligación, quedando el deudor liberado de su cumplimiento -- o también, de la responsabilidad por su incumplimiento--.⁴⁶⁸

Tradicionalmente, se había distinguido el caso fortuito (*casus*) de la fuerza mayor (*vis maior*), y se habían mantenido dos criterios: el *subjetivo* y el *objetivo*. Según el criterio subjetivo: *caso fortuito* sería el suceso que no pudo preverse, pero que de haberse previsto se hubiera podido haber evitado. Es el evento que se produce en el círculo afectado por la obligación. Mientras que la *fuerza mayor*, según el criterio subjetivo, es el suceso inevitable aún de haberse previsto; producido fuera de este círculo y de violencia insuperable.⁴⁶⁹

La distinción teórica entre dichos términos, ha sido propuesta según las variables que puede presentar el evento o hecho dañoso; que pueden ser: 1) En razón del origen del evento; 2)

⁴⁶³ O'Callaghan, Xavier (2001). Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Tomo II. Vol (1) 3ed. Madrid, España: Editorial Edersa. p.176.

⁴⁶⁴ Gianfelici, Mario. (1995). *Op. Cit.* p. 24.

⁴⁶⁵ Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. La responsabilidad Civil. Fuente de Obligaciones. Vol (2). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A. p. 162.

⁴⁶⁶ Gianfelici, Mario. *Op. Cit.* p.25.

⁴⁶⁷ *Ibidem.* p.29.

⁴⁶⁸ O'Callaghan, Xavier. *Op. Cit.* p. 176.

⁴⁶⁹ O'Callaghan, Xavier. *Op. Cit.* p.176.

Según el acontecimiento a que se refiere; 3) En función del grado de imposibilidad que el hecho conlleva para el deudor, y 4) En función de que el evento tenga un origen interno o externo, al círculo de acción del deudor.

El Lic. Víctor Pérez toma en cuenta tres de los anteriores criterios diferenciadores, con el fin de realizar una comparación entre el concepto de caso fortuito y el de fuerza mayor; indicando los siguientes, como los criterios impuestos por la doctrina dominante: 1) El criterio de acuerdo al *origen* del evento; 2) De acuerdo al *grado de imprevisibilidad o inevitabilidad*, del evento; y 3) De acuerdo a la *esfera en que tiene lugar* el evento.⁴⁷⁰

La distinción clásica a partir del *Digesto*, se centró en determinar el origen del evento dañoso en cada caso en específico. De acuerdo con este argumento, la expresión “caso fortuito” designaría los hechos producidos *por la naturaleza*; como por ejemplo: terremotos, tempestades, e inundaciones.⁴⁷¹ Mientras tanto, el término “fuerza mayor” haría referencia a los hechos generados *por el hombre*, pero ajenos al sujeto a quien se quiere imputar responsabilidad; tales como: “asalto por bandas armadas”, el “hecho del príncipe”⁴⁷², o las guerras.⁴⁷³

Según Lacruz Berdejo, la antigua doctrina seguía el siguiente criterio: la fuerza mayor se generaba del hecho de un tercero (p.e. la guerra); el cual sería un obstáculo *inevitable*, surgido en un hecho externo al funcionamiento de la empresa del deudor. Por su parte, el caso fortuito sería el acontecimiento producido por las fuerzas de la naturaleza (p.e. un terremoto), de carácter *imprevisible*; surgido dentro del funcionamiento de la empresa del deudor.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Pérez Vargas, Víctor (1994) Op.Cit. pp.403-404.

⁴⁷¹ Lafalle y Busso. Citados por Gianfelici, Mario. (1995). Op. Cit. p.29.

⁴⁷² El “hecho del príncipe” (o el *factum principis*), se refiere a acontecimientos derivados de actuaciones de la autoridad pública, o el Estado; por ejemplo: “expropiaciones, prohibiciones, denegación de autorizaciones; incluso provenientes de la autoridad extranjera o ilegítima, si el deudor no puede eludirlos.” V. Lacruz Berdejo, José Luis et.al. Op. Cit. p.183.

⁴⁷³ Lafalle y Busso. Citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.29; Trigo Represas F. y Compagnucci de Caso R., en: Brebbia Roberto et al. Op. Cit. p. 109.

⁴⁷⁴ Lacruz Berdejo, José Luis et. al. Op. Cit. p. 182.

Totalmente opuesto, es el criterio expuesto por el Lic. Víctor Pérez, para quien la fuerza mayor se debería a un *hecho de la naturaleza*. Mientras tanto, el caso fortuito se derivaría de un *hecho humano*.⁴⁷⁵ Según explica, cuando el daño es resultado de un hecho *inevitable* (de la naturaleza) no hay relación causal entre el resultado y la conducta de un agente: la relación de causalidad no existe del todo. Aquí, el daño no es efecto de la conducta humana; sino que, por el contrario, ha sido producido por un *evento*.⁴⁷⁶ Hablamos en este caso, de la fuerza mayor.

Existe un criterio que diferencia a los dos conceptos, atendiendo al *grado de imposibilidad* del cumplimiento de la obligación, que genera el hecho dañoso al deudor. Bajo esta posición, el caso fortuito sería un evento imprevisible; aún utilizando una conducta diligente --pues si se hubiera previsto, sería inevitable. La fuerza mayor, por el contrario, sería un evento que *aunque pudiera preverse, es inevitable*.⁴⁷⁷

Nos explica Gianfelici que, “según este sistema, el “caso fortuito” constituye la *imposibilidad relativa* del cumplimiento, es decir, la imposibilidad que ha podido impedir el cumplimiento del deudor en consideración a la previsión medida u ordinaria que es dable exigirle. Es lo que los alemanes llaman *impotencia* del deudor.”⁴⁷⁸

En cambio, la “fuerza mayor” conllevaría una *imposibilidad absoluta*, procedente de un obstáculo *irresistible, imprevisto e imprevisible*.⁴⁷⁹ Existen hipótesis en que el deudor, si bien

⁴⁷⁵ Bosari y Longo, citados por Soto Nieto. V. Pérez Vargas, Víctor. (1994) Op. Cit. p.403.

⁴⁷⁶ Pérez Vargas, Víctor (1994) Op. Cit. p. 403. En este sentido, el autor Jiménez de Asúa, opina que el “caso fortuito, *sensu stricto*, supone un acontecimiento causado por el hombre; si bien el resultado fue incalculable, es decir, que se halla fuera de la previsibilidad humana.” V. Jiménez de Asúa, citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.73. En el caso de la fuerza mayor, Gianfelici nos indica que mediante la expresión *vis maior*, se ha pretendido individualizar una especial concausa generadora de lo fortuito, básicamente la “fuerza de la naturaleza” y la “fuerza del enemigo”. Opina que el término que debería usarse para referirse a esta figura es: *caso de fuerza mayor* .(p. 77).

⁴⁷⁷ Pérez Vargas, Víctor (1994) Op. Cit. p. 403.

⁴⁷⁸ Colin, A. y Capitant, H. Gianfelici, Mario (1995). Op. Cit. p.32.

⁴⁷⁹ Colin, A. y Capitant, H. Citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 32. Este criterio de distinción, fue originalmente desarrollado por el autor Ambroise Colin, y luego fue expuesto por Capitant, en el *Cours de Droit Civil*, obra de ambos autores.

se libera por la fuerza mayor, no se libera por el caso fortuito; lo que da un gran interés a esta distinción entre ambas clases de liberación, afirman los autores Colin y Capitant.⁴⁸⁰

Larroumet afirma que, para que haya imposibilidad de ejecución que constituya una causa exoneratoria de responsabilidad, como en el caso de la “fuerza mayor”, la jurisprudencia exige la reunión de tres condiciones. Se requiere que el acontecimiento sea *exterior* a la actividad del responsable, y que sea también *imprevisible e irresistible*.⁴⁸¹

Don Alberto Brenes Córdoba agregaba que, conforme a su significado originario, el término fuerza mayor se refiere más que todo a un acontecimiento *insuperable*.⁴⁸² En este mismo sentido, el Lic. Víctor Pérez indica que la fuerza mayor se caracteriza por su *inevitabilidad*.⁴⁸³ Desde esta óptica, la fuerza mayor constituiría una “acción extraña y ajena al sujeto; que el *deudor no puede superar*.”⁴⁸⁴

El Artículo 633, de nuestro Código Civil, establece las causas por las que se pueden extinguir las obligaciones. Menciona expresamente, que una de estas causas es la presencia de un obstáculo, que imposibilite al deudor el cumplimiento de su deber. El texto de dicho artículo establece:

⁴⁸⁰ Colin, A. y Capitant, H. Citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 32.

⁴⁸¹ Larroumet, Christian. (1999). Op. Cit. p. 166. El autor aclara que a veces, se habla de un acontecimiento *insuperable o inevitable*, “lo cual viene a ser lo mismo”.

⁴⁸² Brenes Córdoba, Alberto (1998). Tratado de las Obligaciones. 7ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.108.

⁴⁸³ Pérez Vargas, Víctor (1997). Jurisprudencia (civil, comercial y agraria) de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (período:1990-1997) y resoluciones de tribunales superiores civiles para el estudio del derecho privado. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial e Imprenta LIL, S.A., p.275 ----- (1994). Derecho Privado. Op. Cit. pp.403-404.

⁴⁸⁴ Este es el criterio de autores como: Winscheid, Colin, y Capitant, citados por Trigo Represas F. y Compagnucci de Caso, R. en: Brebbia, Roberto et. al. (1980). Op. Cit. pp. 109-110; Brenes Córdoba (1980). Op. Cit. p.108 y sig; Larroumet, Christian (1999). Op. Cit. pp. 166 y sig. Para que un hecho constituya un impedimento para cumplir una obligación determinada, y revista el carácter de “caso fortuito” o de “fuerza mayor”, se requiere que sea actual e imprevisto (esto es, que haya ocurrido ya), o que aunque sea previsible, no exista posibilidad de evitarlo. Según concluye Brenes Córdoba. Op. Cit. p.109.

“Artículo 633: Las obligaciones se extinguen por: el pago, por la compensación, por la novación, por la remisión, por la confusión, por el evento de un obstáculo que haga imposible su cumplimiento, por la anulación o rescisión, y por la prescripción.”

En concordancia con lo anterior, el Código Civil exime de responsabilidad al deudor, en caso de que se presente un hecho que genere una de las causales discutidas: sea la fuerza mayor o el caso fortuito. La *fuerza mayor* ha sido reconocida tradicionalmente, como “la causal eximitoria por excelencia.”⁴⁸⁵ Se aplica tanto en la responsabilidad contractual, como en la responsabilidad aquiliana o extracontractual. El Artículo 702 de dicho Código, dispone:

“Artículo 702: El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.”

Nuestro Código de Comercio exime de la aplicación de la cláusula penal, cuando el hecho que ha generado el incumplimiento se debe a una de estas dos causas. El Artículo 428, estipula lo siguiente:

“Artículo 428: La cláusula penal no podrá exigirse cuando el incumplimiento del contrato se deba a fuerza mayor, caso fortuito, falta del acreedor, o cuando se hubiere aceptado sin reserva el cumplimiento verificado.”

Para los promotores de la división conceptual, la *imprevisibilidad*, sería un rasgo distintivo del caso fortuito; y la *inevitabilidad* lo sería del caso de fuerza mayor. Pero para otros, como los *Monistas*, es necesario que ambas características concurren para configurar cualquiera de

⁴⁸⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída. En: Brebbia, Roberto et.al. Op. Cit. p. 106.

las dos figuras.⁴⁸⁶ Se ha afirmado que únicamente un acontecimiento *irresistible* (o inevitable) puede constituir un caso de fuerza mayor. Algunos están de acuerdo en que, junto con esta característica, debe presentarse también la *imprevisibilidad*.⁴⁸⁷

La evitabilidad, o inevitabilidad, de una consecuencia, no sería una cuestión autónoma; sino que dependería exclusivamente de la previsibilidad, o imprevisibilidad, de la misma. En palabras del autor Gianfelici: “la causa de la inevitabilidad de una consecuencia, siempre es su imprevisibilidad”.⁴⁸⁸ Podemos definir la *imprevisibilidad* como: “La condición según la cual el acontecimiento invocado por el deudor debe haber sido imprevisible para él, para poder constituir un caso de fuerza mayor.”⁴⁸⁹

La imprevisibilidad se aprecia, “por referencia a lo que una persona normalmente razonable está en condiciones de hacer, para evitar las consecuencias de un acontecimiento, cuya ocurrencia no pudo evitar”.⁴⁹⁰ Esto supone, que el deudor no pudo impedir que el hecho ocurriera y además, este evento debe de haber *impedido absolutamente* al deudor ejecutar su obligación.⁴⁹¹ El autor Larroumet, nos proporciona el siguiente ejemplo:

“Si la ocurrencia de una guerra constituye con frecuencia un acontecimiento contra el cual el deudor no puede hacer nada, no siempre sucede lo mismo en lo tocante a las consecuencias de la guerra. En efecto, la guerra puede hacer más difícil la ejecución de la

⁴⁸⁶ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 77. En la época de la Glosa, el carácter de “inevitabilidad” se utilizó como rasgo distintivo de la “fuerza mayor”. Con este término se quiso aludir a una “fuerza avasalladora”, “impetuosa”, “capaz de superar toda resistencia humana” que se le pudiera oponer. (p.79).

⁴⁸⁷ V. Larroumet, Christian. Op. Cit. p.171; y Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.44 y 81. Gianfelici cita la opinión de Josserand, quien afirma que la fuerza mayor siempre ha sido considerada como una fuerza irresistible. (p.44)

⁴⁸⁸ Gianfelici, Mario.(1995). Op. Cit. pp.81-82.

⁴⁸⁹ Larroumet, Christian (1999). Op. Cit. p.169.

⁴⁹⁰ Ibidem. p.171.

⁴⁹¹ Ibidem.

*obligación, pero dicha ejecución no es que sea imposible, a pesar de todo. En efecto, una ejecución más difícil o más onerosa de la obligación, no es una ejecución imposible.”*⁴⁹²

Decir que un acontecimiento debe ser imprevisible, no significa que ha de tratarse de algo totalmente desconocido, o insólito (p.e. una lluvia de fuego, o una invasión de “extraterrestres”) El acontecimiento en el que se basa la fuerza mayor, es de aquellos hechos conocidos, y en ocasiones comunes, como un terremoto, o una inundación. En criterio del autor Alberto Tamayo, lo que se pretende es que no haya habido ninguna razón particular para pensar que el hecho iba a ocurrir.⁴⁹³

Al respecto de estas características, Exner afirma que: “no hay nada en sí mismo, inevitable ni irresistible”.⁴⁹⁴ Con base en afirmaciones como la anterior, se ha intentado explicar por ejemplo, que el hombre no puede impedir el rayo; pero sí puede evitar que lo alcance mediante la prudencia y la toma de precauciones.⁴⁹⁵ Los accidentes, según esta concepción, solo serían inevitables en relación con un determinado conjunto de medidas de precaución, que resultan exigibles. De tal forma, que existen consecuencias evitables, o inevitables para el hombre.⁴⁹⁶

La finalidad de este criterio, sería el de determinar lo que normalmente es imprevisible para un hombre razonable.⁴⁹⁷ La imprevisibilidad, o inevitabilidad, son relativas a

⁴⁹² Ibidem. p.172. Indica este autor, que esta es la razón por la cual el deudor de una suma de dinero, no podrá invocar dificultades financieras para ser exonerado de su responsabilidad, en caso de no pago.

⁴⁹³ Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p.163. En relación con la inevitabilidad, se ha planteado la llamada *doctrina de la inevitabilidad*; la cual afirma que “lo inevitable es un concepto esencialmente relativo, que solo existe si se compara el accidente que hay que evitar, con un conjunto dado de medidas y medios de resistencia.” Exner, citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.80.

⁴⁹⁴ Exner, citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.80.

⁴⁹⁵ Carrara, Francisco. Citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.80.

⁴⁹⁶ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 81.

⁴⁹⁷ Larroumet, Christian. Op. Cit. p.169.

determinadas situaciones, y a una concreta obligación de prevenir y evitar. Dependen así, del grado de *diligencia exigible*, y la naturaleza de la obligación.⁴⁹⁸

Dependiendo del origen del evento, algunos autores incluso determinan si el hecho es o no previsible. Por ejemplo, Gianfelici afirma que “si el daño proviene de la *acción del hombre*, puede ser evitado, a diferencia del daño producido por *el rayo* o *el animal* que son inevitables.”⁴⁹⁹ Lo anterior, está fundamentado en que es el hombre el único que puede representarse las consecuencias de su propio actuar, y esto le permite obrar en atención a ellas.⁵⁰⁰

La exoneración de responsabilidad presupone que el evento dañoso, conforme al indicado *standard*, sea inimputable al deudor.⁵⁰¹ Para que se configure la fuerza mayor, el acontecimiento no debe ser atribuible al demandado, es decir, no debe de provenir de su hecho ni de su culpa.⁵⁰² En síntesis, la fuerza mayor sería un acontecimiento irresistible o inevitable; que implicaría una imposibilidad absoluta de de cumplir la obligación. Mientras tanto, el caso fortuito sería imprevisible; y solo conllevaría una imposibilidad relativa de cumplimiento.⁵⁰³

Otra característica que debe ser tomada en cuenta, es el grado de *extraordinariedad* del evento que causó el daño. Ya Brenes Córdoba, nos explicaba que con las palabras caso fortuito” o “fuerza mayor”, se designa el impedimento que sobreviene para cumplir la

⁴⁹⁸ Lacruz Berdejo, José L. et. al. Op. Cit. p.182. En algunos casos, debe examinarse si el hecho llegó a ser imprevisible a la hora de firmar el contrato, pero luego llegó a ser previsible durante la ejecución del mismo. Cuando el hecho puede ser previsto posteriormente, debe tenerse en cuenta esto para fijar la responsabilidad del deudor. Hay quienes mencionan que es importante determinar el momento en que debe plantearse la previsibilidad del posible evento dañoso. Según Larroumet, la jurisprudencia colombiana ha determinado que este factor debe apreciarse en el momento de la celebración del contrato. V. Larroumet, Christian. Op. Cit. p.169.

⁴⁹⁹ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 82.

⁵⁰⁰ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 82.

⁵⁰¹ Lacruz Berdejo, Jose L. et. al. Op. Cit. p.182.

⁵⁰² Mazeaud, citado por Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p. 162.

⁵⁰³ Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p.162.

obligación, debido “a un *suceso extraordinario* ajeno a la voluntad del deudor.”⁵⁰⁴ Para calificar un evento como extraordinario, el juez debe simplemente guiarse por su propia experiencia de vida; examinando si el suceso excede visiblemente la medida de los accidentes comunes; o si se trata de un evento para el cual nadie suele estar preparado, según el curso ordinario de las cosas.⁵⁰⁵

Resulta que la *extraordinariedad* de un hecho, indica a su vez, que sus consecuencias son imprevisibles, e inevitables. Sin embargo, se afirma que como esta característica es solo indicativa de las imprevisibilidad e inevitabilidad absolutas, la *extraordinariedad* es un rasgo exclusivo y distintivo de la *fuerza mayor*.⁵⁰⁶

El autor Exner, desarrolló también el criterio de la *exterioridad*, como la necesidad de que el evento dañoso se origine fuera del ámbito de la empresa, del negocio, o de las actividades del deudor, para poder configurar un caso de fuerza mayor.⁵⁰⁷ Lo “externo” sería todo aquello que “sale del perímetro de los medios industriales, comprendiendo éste todos los espacios y objetos, que de hecho se empleen para realizar los trabajos de la empresa industrial”.⁵⁰⁸

De acuerdo con esta tesis, si el acontecimiento tiene lugar o se origina, en el círculo afectado, estaríamos en presencia de un caso fortuito.⁵⁰⁹ Siempre que presente una relación de conexión, entre el hecho dañoso y el hecho del deudor.⁵¹⁰ Si el acontecimiento se origina fuera

⁵⁰⁴ Brenes Córdoba, Alberto. Op. Cit. pp.107-108. Para Brenes Córdoba, este suceso extraordinario podía provenir de la naturaleza, como el caso de: un terremoto, una inundación, un naufragio; o de la propia acción del hombre, como en el caso de: incendios, saqueos, tumultos populares, invasiones; o incluso de la obra de los animales, como: los daños a la propiedad producidos por las plagas o por las bestias salvajes. Pareciera ser que el único criterio que le merecía importancia, era el de la *exterioridad* del evento, sin importar quien o qué originara el mismo.

⁵⁰⁵ Exner, citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.40.

⁵⁰⁶ Gianfelici, Mario. (1995) Op. Cit. p.85.

⁵⁰⁷ Exner, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. En: Brebbia, Roberto et. al. Op. Cit. p.100. Para que exista la fuerza mayor, según Exner, “es necesario que el hecho provenga del exterior.”

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

⁵⁰⁹ Pérez Vargas, Víctor (1994). Op. Cit. p.403.

⁵¹⁰ Gianfelici, Mario. Op. Cit. p. 43; citando a Jossierand. Un evento dañoso no sería exterior, por la sola circunstancia de que provenga de un punto situado fuera del dominio del lugar en que el deudor realiza su

de este círculo, con violencia tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deban preverse en el curso diario de la vida; estaríamos en presencia de la fuerza mayor.⁵¹¹

El tema de la *causa extraña*, o la *causa externa*, ha sido un elemento de trascendental importancia en el plano de la responsabilidad civil, tanto la contractual como la extracontractual. La razón es que tiene que ver con la relación de causalidad, que según se ha visto, es uno de los elementos estructurales de cualquier tipo de responsabilidad civil.⁵¹²

El autor Josserand, hace de la exterioridad del hecho dañoso “el criterio único e infalible de la fuerza mayor, consistiendo tal exterioridad en el defecto de conexidad racional entre el acontecimiento que hace obstáculo a la ejecución de la obligación y el medio en el cual se ha producido. A modo de conclusión, opina que el *caso de fuerza mayor* es: “el acontecimiento dotado de una potencia dañosa abstracta, cuya realización no ha sido determinada, ni aún directamente, por la intervención del deudor. Es el riesgo de la humanidad.”⁵¹³

Un sector de la doctrina, opina que la exterioridad no es exclusiva del caso de fuerza mayor y debe ser examinada con sumo cuidado; para determinar si el evento en el caso concreto puede calificarse más bien como un caso fortuito.⁵¹⁴ La inevitabilidad del hecho que genera un

actividad. El evento será interior o exterior, según que exista o no, la relación de conexión mencionada anteriormente

⁵¹¹ Pérez Vargas, Víctor. (1994). Op. Cit. p.403.

⁵¹² Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p.159.

⁵¹³ Josserand, citado por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.44. Por el contrario, opina que el *caso fortuito* sería el acontecimiento que ha sido desencadenado, más o menos directamente, por iniciativa humana; “con la cual se encuentra por lo tanto, en una cierta relación de conexión”. Sería entonces, “el resultado de la colaboración del hombre y de la fuerza de la naturaleza del azar. Es la realización del riesgo creado.”

⁵¹⁴ Esta es la opinión de autores como Josserand y Colin, citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.102. Estos autores mencionan el siguiente ejemplo: el caso de un incendio que se propaga desde afuera hacia adentro (accidente exterior). En tal caso “*puede*, pero no debe necesariamente existir fuerza mayor”. Solo habrá incendio si fue causado por un rayo, o bombardeo; pero no si fue causado por una persona que bota un cigarrillo encendido, a través de una ventana abierta, en el lugar que posteriormente se incendió.

supuesto de fuerza mayor, se condiciona a circunstancias especiales; las cuales son, para la autora Kemelmajer: “infinitas”.⁵¹⁵

El autor Lacruz Berdejo nos aclara que, en algunas sentencias se ha dispuesto que cuando el incumplimiento del deudor se origina como consecuencia de *factores exteriores* a la empresa --rayos, huracanes, inundaciones--, se trata de fuerza mayor. La fuerza externa o extraña, es de tal naturaleza que no guarda ninguna relación con el ejercicio del trabajo o la actividad, que le está encomendada al deudor.⁵¹⁶ Solo excusa al deudor --lo libera de responsabilidad--, la fuerza mayor exterior a la cosa.⁵¹⁷

Actualmente, las modernas doctrinas que hablan del “riesgo” o del “riesgo creado”, encajan muy bien con la teoría de la *exterioridad*. Lo anterior se puede verificar en nuestra normativa vigente y la doctrina internacional.⁵¹⁸ Por ejemplo, se destaca que las teorías actuales consagran el “riesgo creado” como fuente de obligaciones; y establecen una línea de demarcación entre los accidentes surgidos del funcionamiento de la empresa --por los que sí se responde-- y los que tienen una proveniencia exterior --que eximen de responsabilidad.⁵¹⁹

Hemos podido apreciar que la mayoría de los autores expresan criterios diferentes en cuanto a la posible acepción que puede tener el concepto de *fuerza mayor*. En síntesis, estos son algunos de los conceptos que fueron elaborados para definir su significado:

⁵¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída. En: Brebbia, Roberto et. al. Op. Cit. pp.100-101. El mero hecho de la exterioridad no lo cumple; por lo que se deben valorar otras situaciones de persona, tiempo y lugar. Sino, se llegaría a aplicar este principio a todos los supuestos; y esto llevaría a extremos rigurosísimos. Algunos afirman que en la fuerza mayor recibe los efectos del hecho extraño en forma inmediata y directa. En el caso fortuito, mientras tanto, es la persona del deudor quien los receipta. Santos Briz, Jaime, citado por Represas Trigo, F. y Compagnucci de Caso. (p. 108).

⁵¹⁶ Lacruz Berdejo, Jose L. et. al. Op. Cit. p. 182.

⁵¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída. En: Brebbia, Roberto et. al. Op. Cit. p.104. Si la fuerza del evento dañoso es interna, es precisamente el riesgo o vicio de la cosa, el que produce el daño; y se trataría de un caso fortuito, según la autora.

⁵¹⁸ La *teoría del riesgo*, es la base sobre la cual se origina el tipo de responsabilidad civil extracontractual objetiva, a la cual se refiere por ejemplo, nuestro Código Civil, en su artículo 1048.

⁵¹⁹ Jossierand, citado por: Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.45.

Exner, la define como un suceso que reúne los caracteres siguientes: “1) Se ha originado fuera del círculo industrial de la empresa de tráfico de que se trate, y cuya acción ha causado en este círculo industrial un daño corporal o material.” y “2) Merced a la clase e importancia de su manifestación, excede visiblemente los accidentes tenidos en cuenta en el curso normal de la vida.”⁵²⁰ La fuerza mayor se trataría de un hecho extraño, ajeno, extraordinario, y público; el cual se presenta fuera de la órbita del deudor, y es completamente extraño a la explotación del deudor; (o a la actividad que realiza éste); según *Exner*.⁵²¹

Para *Josserand*, la fuerza mayor es: “el acontecimiento dotado de una potencia dañosa abstracta, cuya realización no ha sido determinada, ni aún directamente, por la intervención del deudor.” Cita como ejemplos de casos de fuerza mayor: la tempestad, la niebla, la invasión, la guerra, el “bandolerismo”, el “hecho del príncipe”, y el hecho de terceros.⁵²²

Gianfelici nos indica que, para él, el caso de fuerza mayor es: “el resultado o consecuencia que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, y que no ha sido tenido en miras al ejecutarse el hecho”.⁵²³

Larroumet, la define como: “un acontecimiento extraño a la actividad del deudor, y que constituye la causa de la inejecución de su obligación, o más exactamente, que hace imposible la ejecución de esa obligación (...)”⁵²⁴

Para *Xavier O’Callaghan*, “es el suceso que produce la imposibilidad de la prestación, no imputable al deudor, (por imprevisible, o por inevitable) que provoca el incumplimiento total o parcial (el incumplimiento propio, o el cumplimiento defectuoso) de la obligación.”⁵²⁵

⁵²⁰ *Exner*, citado por *Gianfelici*, Mario. Op. Cit. p.41. Los requisitos anteriores, expuestos por *Exner*, son los denominados por éste, como los elementos de la exterioridad y la extraordinariedad; que permiten individualizar un accidente como un caso de fuerza mayor.

⁵²¹ *Exner*. citado por *Represas Trigo*, F. y *Compagnucci*, R. En: *Brebbia*, Roberto et. al. Op. Cit. p. 108.

⁵²² *Josserand*, citado por *Gianfelici*, Mario. Op. Cit. p.44-45.

⁵²³ *Gianfelici*, Mario. Op. Cit. p. 78.

⁵²⁴ *Larroumet*, Christian. Op. Cit. p.166.

Al momento de elaborar una noción general de la fuerza mayor, *Tamayo* nos menciona varias características proporcionadas por otros autores. En síntesis, nos indica que la fuerza mayor según los tratadistas Mazeaud, “es un acontecimiento anónimo, imprevisible, e irresistible.”⁵²⁶ Agrega, que el acontecimiento debe ser “totalmente externo a la cosa perjudicial” y que no debe de provenir del demandado ni de quien él depende. Porque si no, le sería atribuible al demandado; sería su hecho, o culpa, y no podría ser fuerza mayor.⁵²⁷

Así como en la doctrina se encuentran definiciones indeterminadas y contradictorias, del concepto jurídico de *fuerza mayor*; igualmente podemos descubrir esta misma confusión en la normativa vigente. Por ejemplo, nuestro Código Civil posee algunas normas que relacionan estrechamente las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor; como son los artículos 1071, 1155 y 1268. Transcribimos dichas normas a continuación:

En primer lugar, el Artículo 1071 del Código Civil, dispone: “*Si el vendedor no entrega la cosa en el tiempo convenido, el comprador podrá a su elección pedir, o la resolución de la venta, o que se le ponga en posesión de la cosa. Si el vendedor no hubiere efectuado la tradición, por caso fortuito o fuerza mayor, no habrá lugar a la resolución.*”

Por su parte, el Artículo 1155 indica: “*El arrendamiento no se resuelve por muerte del arrendador o arrendatario, ni por hallarse el arrendatario, con motivo de una causa cualquiera, aunque esta sea caso fortuito o de fuerza mayor, en posición de no hacer uso de la cosa arrendada.*”

⁵²⁵ O’Callaghan, Xavier. Op. Cit. p. 175.

⁵²⁶ Henri Leon, y Jean Mazeaud; por Michael de Juglart, citados por Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p.159.

⁵²⁷ Boris Starck, citado por Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p.159. Tamayo, explica que el criterio actual de la fuerza mayor, y el caso fortuito es muy amplio, de tal manera que no solamente aquellos acontecimientos naturales como el terremoto, o el huracán, pueden provocar un caso de fuerza mayor. La noción actual, explica, comprende también ciertas fuerzas provenientes del hombre; que técnicamente constituyen el hecho de un tercero o el hecho del príncipe. De esta manera, se ha extendido la noción de la fuerza mayor a hechos distintos a las “fuerzas naturales”. (p.165).

Y en tercer lugar, el Artículo 1268 expone que: *“Las especies metálicas que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario aún por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que (...)”*

De la lectura de estos artículos, podemos determinar que efectivamente nuestra legislación tiende a equiparar estas dos figuras; sin identificar de manera explícita su contenido o significado. Queda claro que ambas nociones forman parte de los muchos conceptos jurídicos indeterminados, que contiene nuestro ordenamiento.

A nivel internacional, encontramos el reconocimiento de la fuerza mayor, como parte de los Principios UNIDROIT más relevantes.⁵²⁸ El Artículo 7.1.7 de estos principios, contempla la *force majeure* como causa de exoneración de responsabilidad. Las reglas de aplicación del principio de la Fuerza Mayor o *force majeure*, se describen de la siguiente forma:

1. *El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.*
2. *Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.*
3. *La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del*

⁵²⁸ Como mencionamos anteriormente, los Principios UNIDROIT de Contratos de Comercio Internacional, han sido utilizados para resolver varios casos de arbitraje comercial internacional No solo entre sujetos privados, sino incluso entre estados. Estos principios son una de las opciones de “reglas de derecho” aplicables a los contratos y arbitrajes de carácter internacional. V. Bockstiegel, Kart-Heinz. “The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts Involving Status or Intergovernmental Organizations.” En: Cámara de Comercio Internacional, CCI (2002). *International Court of Arbitration Bulletin*. Op. Cit. pp.53-a 55. (La traducción al español es de la suscrita). V. tema de la fuerza mayor en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en: McLaren, Rosemarie (2003). *Los Principios de UNIDROIT(...)*. Op. Cit. Sección C. Fuerza Mayor. pp.80-92.

impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

4. *Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.”*⁵²⁹
(el destacado no es del original)

Según el autor Marcel Fontaine, este principio acerca de la fuerza mayor, se refiere al efecto suspensivo ante la ocurrencia de los eventos contemplados por el artículo; cuando el impedimento es *temporal*. Aclara que esta es la regla básica contenida en las cláusulas de *force majeure*. Lo anterior, a pesar de que en algunas legislaciones nacionales, se considera a la fuerza mayor principalmente como causa de “descargo” o exoneración de las obligaciones⁵³⁰; como en nuestro caso, por ejemplo.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha dispuesto que la fuerza mayor debe ser entendida como una causal de exención de responsabilidad, derivada de un “*hecho imprevisible, inevitable, de la naturaleza, extraño y exterior*”.⁵³¹ La Sala ha definido a esta figura, en contraposición al caso fortuito, como: “(*...*) *aquella causa extraña o exterior al obligado a la prestación, imprevisible en su producción y en todo caso absolutamente irresistible aún en el caso de que hubiere podido ser prevista.*”⁵³²

En este mismo sentido, la Sala ha confirmado criterios como el emitido por el Juzgado Cuarto de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, que dispuso lo siguiente:

“V. (...) La fuerza mayor o caso fortuito es todo acontecimiento imprevisto, o bien previsible pero inevitable, sobreviniente a la celebración del contrato, y por supuesto, ajeno a la persona y

⁵²⁹ Cfr. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Artículo 7.1.7. En: <http://www.unidroit.org>.

⁵³⁰ Fontaine, Marcel. “The UNIDROIT Principles: An Expression of Current Contract Practice?” En: Cámara de Comercio Internacional, CCI (2002). *International Court of Arbitration Bulletin*. Op. Cit. pp. 97-98. (La traducción al español es de la suscrita.)

⁵³¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 376, de las 16:20 horas del 21 de junio de 2006.

⁵³² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.

*voluntad del contratante, que en relación de causa a efecto pone a una de las partes en "imposibilidad" de cumplir sus obligaciones, y debe ser probada por quien la invoca."*⁵³³

En la sentencia que citamos a continuación, la Sala Primera define tres requisitos que considera necesarios, para que un evento configure un caso de fuerza mayor:

*"IV. Lleva razón la sentencia recurrida al considerar la existencia de fuerza mayor como eximente de responsabilidad de Recope para la entrega del gas líquido de petróleo a Ceinsa. Esto es así porque la fuerza mayor es un acontecimiento imprevisible e irresistible. Tiene como efecto liberar al deudor del cumplimiento de la obligación. Porque no se puede exigir al deudor más de cuanto se exige a un sujeto inteligente del término medio capaz de dar. Solo se libera si desconoce al momento de la negociación el hecho, o bien, si no es previsor, con inteligencia media. (...) No puede ser una causa imputable al deudor. Para estar frente a un hecho capaz de ser calificado de fuerza mayor, deben concurrir tres elementos: 1) Irresistibilidad, entendida como la imprevisibilidad o la insuperabilidad del hecho. Porque las circunstancias no le permitirían tomar las medidas necesarias para evitar el incumplimiento. 2) Imprevisibilidad, debe escapar a la previsión humana, ser un obstáculo insuperable. La imposibilidad debe ser absoluta, existir respecto de todos, porque si fuere relativa, sea solo frente al deudor, ésta no causaría la liberación de su responsabilidad. (...) 3) El hecho generador del incumplimiento debe provenir de una esfera extraña al deudor. Aquí se ha marcado la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito. Porque en el segundo depende de la interioridad de los acontecimientos. Para invocar esta causal eximente de responsabilidad no siempre es necesario demostrar el hecho exterior a la cosa. Para demostrar este tipo de hechos se pueden utilizar todos los medios posibles, incluso los indicios. Para eximir de responsabilidad la fuerza mayor debe ser la única causa generadora del daño."*⁵³⁴
(lo destacado no es del original)

Sobre la necesidad de dar un contenido jurisprudencial y doctrinal, a los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, la Sala Primera dispuso en un caso concreto:

⁵³³ Sentencia del Juzgado Cuarto de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 14 horas del 6 de julio de 1992, confirmada por la Sala Primera, No. 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.

⁵³⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.262 de las 15:50 horas del 21 de mayo de 1999.

“V. (...) En cuanto al Contrato de Compra-Venta de Energía Eléctrica y su anexo, (...) las partes, alegan, definieron en la cláusula cuadragésima tercera, los institutos de caso fortuito y fuerza mayor. El Tribunal transcribió literalmente los conceptos negociados en el hecho probado número 4, sin embargo, no reparó, agregan, que en el anexo, los contratantes dieron una segunda definición de los términos, que expande las causas a “...otras que estén fuera de control de las partes”. En su opinión, se trata de una preterición. El Ad quem, consideran, ignoró esto y resolvió conforme a su criterio, con arreglo a fuentes doctrinarias y nociones que resultan más severas y exigentes que las pactadas. Dicen, que de haberse valorado el acuerdo y sus documentos anexos, con arreglo a la sana crítica, la definición contractual hubiera permitido valorar las restantes pruebas bajo otra óptica y concluir que el evento en cuestión se enmarca en la definición dada por las partes de fuerza mayor y caso fortuito. (...) Opinan, que nada impedía a los contratantes dotar de contenido a los conceptos jurídicos en cuestión, pues éste es variable e indeterminado. Las definiciones de fuerza mayor y caso fortuito, afirman, no son de orden público, de hecho la propia ley no contiene enunciados de tales eximentes. Debó entonces prevalecer la definición estipulada en el convenio y relegar a un segundo plano las que suplen la doctrina o la jurisprudencia. Al tenor de la definición pactada, exponen, un suceso imprevisible o inevitable califica como fuerza mayor. En cambio conforme a la definición del concepto contenido en la sentencia, el acontecimiento debe reunir, al mismo tiempo, ambas condiciones: imprevisibilidad e inevitabilidad. Por otro lado, agregan, el anexo contempla la posibilidad de que otras causas ajenas al control de las partes, califiquen como fuerza mayor o caso fortuito. La sentencia entonces, repiten, valoró los hechos a la luz de sus propias definiciones, cuando lo correcto es que lo hubiera hecho bajo la óptica de las contractuales. (...) XI. La preterición del Anexo al Contrato de Compra-Venta de Energía Eléctrica, invocada, no es atendible (...) el anexo, no contiene una definición ampliada, solo ejemplifica situaciones que constituyen uno u otro (...) con lo que quiso indicar, que no se trata de una lista taxativa de supuestos sino al contrario, una abierta. No se refirió a las condiciones que debe cumplir el evento para que califique en alguna de las figuras, como si lo hizo la definición contenida en la cláusula 43 contractual, que fue la que aplicó el Tribunal en el sub-júdice. En el hecho 4 transcribe el Ad quem la cláusula en cuestión y el considerando VII expone la necesidad de delimitar las figuras, para lo cual recurre a la doctrina, recurso que ahora critican los recurrentes (...) No comparte la Sala la tesis de la actora en cuanto que tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, las partes pueden darle el contenido que

quieran, dejando de lado toda la elaboración doctrinaria y jurisprudencial en torno a ellos, recursos a los que debe recurrir el juzgador para su delimitación."⁵³⁵ (el destacado no es del original)

En síntesis, podemos decir que la Sala Primera se ha referido a la fuerza mayor, como aquel suceso que es *extraño o exterior* al obligado a la prestación. Además, ha indicado que se trata de un acontecimiento *imprevisible* en su producción; y en todo caso, *absolutamente irresistible aún en el evento de que hubiere podido ser previsto.*⁵³⁶

A continuación analizaremos dos laudos arbitrales que abarcaron el tema de la presencia de un caso de fuerza mayor, como impedimento para el cumplimiento del contrato. Mientras uno de los laudos interpretó este concepto, de forma distinta a como lo ha hecho la jurisprudencia judicial tradicional; el otro laudo resolvió el caso siguiendo una línea cercana a ésta.

⁵³⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 772, de las 14:20 horas del 13 de octubre de 2006.

⁵³⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: Caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.*, contra *Saret de Costa Rica, S.A.*

- **Datos del laudo:** Fecha de remisión a las partes: 12 de Julio de 2002. **Partes:** Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L. contra Saret de Costa Rica, S.A. **Composición del Tribunal Arbitral:** Tribunal *Ad Hoc*, de Equidad. **Árbitros:** Ingeniero Luis Llach Cordero, Ing. Roberto Lara Eduarte, e Ing. Ricardo Corrales Quesada. **Laudo Firme.**⁵³⁷

A. Resumen de la controversia y resolución del caso:

El laudo arbitral que comentaremos a continuación, trata sobre diversos reclamos recíprocos, establecidos entre dos empresas: Saret de Costa Rica, S.A. y Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.; las cuales denominaremos en adelante, como: “Saret” y “CHDJ”, respectivamente.

Mediante la suscripción de un contrato de compra de energía en junio del año 1994, entre CHDJ y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), éste último se comprometió a adquirir la energía eléctrica que produjese una planta hidroeléctrica que CHDJ proyectaba construir. El proyecto hidroeléctrico se localizaría en el cantón de Sarapiquí de Heredia; y utilizaría las aguas del Río Puerto Viejo y de la Quebrada Quebradón, para abastecerse.

CHDJ –en su carácter de propietaria del proyecto-- convino con la empresa Saret, el que ésta llevara a cabo el diseño y la construcción de las obras respectivas; así como la operación inicial y puesta en marcha de la planta. Fue así, como producto de posteriores negociaciones, la empresa Saret fue seleccionada como la contratista principal de la obra. Lo que culminó con

⁵³⁷ V. resolución del recurso de nulidad planteado contra dicho laudo arbitral, en: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.154-F-2004. Se rechazó el recurso de nulidad interpuesto por Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L. y se acogió parcialmente el planteado por Saret de Costa Rica, S.A.; únicamente en cuanto al cobro de una multa de \$200 dólares. El laudo se encuentra firme en cuanto al tema que trataremos en la presente sección.

la suscripción del contrato denominado: “*Contrato de Ingeniería, Suministro y Construcción*” (o *Engineering, Procurement and Construction Contract, o Contrato EPC*); el 1 de julio del año 1997.

Durante la ejecución del Contrato EPC, sobrevinieron algunas diferencias entre las partes; las cuales llevaron a CHDJ, a solicitar la apertura de un proceso arbitral contra Saret. Se presentaron reclamos recíprocos, referidos a incumplimientos contractuales que, entre otros, se relacionaban con: el reconocimiento de obras adicionales construidas y no previstas en el contrato principal; la imposición de multas; el pago de saldos adeudados al precio del contrato; el otorgamiento de ampliaciones de los plazos pactados; y el pago de facturas adeudadas.⁵³⁸

En esta sección, analizaremos el Reclamo Número 5 establecido por Saret contra la compañía CHDJ; titulado: “*Fuerza Mayor en el Río Chirripó y Obras Adicionales*”. Con este reclamo, Saret pretendió demostrar que tuvo un atraso en la entrega de ciertas obras que realizó en el paso del Río Chirripó, debido a una causa fuera de su control.⁵³⁹

La empresa Saret alegó que, su supuesto incumplimiento en la entrega final de las obras, radicó en la configuración de un *caso de fuerza mayor*. El cual, se derivó de un *suceso natural, inevitable, e imprevisible*; el cual se trató del desbordamiento del cauce del Río Chirripó, ocurrido el día 19 de diciembre del año 1998. Saret argumentó que el Contrato EPC, contenía una cláusula eximente de responsabilidad por casos de fuerza mayor.⁵⁴⁰

⁵³⁸ En total, la empresa CHDJ presentó 18 reclamos contra la empresa Saret; en su demanda. Saret procedió a contrademandar a la primera, presentando 16 reclamos. Ambas empresas contestaron de forma negativa la demanda y contrademanda; y formularon las excepciones del caso. Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 475, de las 14:40 horas del 27 de junio de 2001 –sobre la excepción de incompetencia del tribunal arbitral planteada en el proceso; y la No. 154, de las 11:05 horas del 03 de mayo de 2004 –sobre la resolución del recurso de nulidad de dicho laudo arbitral.

⁵³⁹ Las posiciones de las partes y el desarrollo del presente tema, se encuentran contenidas en la resolución del Reclamo Número 5, titulado: “*Fuerza Mayor en el Río Chirripó y Obras Adicionales*”, en el Capítulo 23, del laudo arbitral. pp.23-1 a 23-14.

⁵⁴⁰ La cláusula No. 15, del Contrato EPC suscrito entre las partes, dispuso: “*En caso de que la Contratista se vea demorada debido a Fuerza Mayor, la Contratista tendrá derecho como su recurso exclusivo a una*

Saret puntualizó que: *“los eventos naturales son los supuestos más comunes de fuerza mayor.”* y que *“El efecto de la fuerza mayor es la exoneración total de responsabilidad”*; e intentó demostrar que, el fenómeno natural acontecido en el paso del Río Chirripó, arruinó las obras en el tendido y anclajes de los postes de la línea de transmisión, que ella había instalado cerca de la zona del desastre natural.⁵⁴¹

Como consecuencia del desbordamiento del río, la empresa solicitó la extensión o ampliación de los plazos previstos en el contrato, para la Aceptación Preliminar y entrega final de las obras. Lo anterior, fue requerido porque el contrato contaba con un plazo de entrega ante el ICE, que vencía el 25 de diciembre de 1998. Adicionalmente, solicitó una compensación económica por los costos derivados de las obras y reparaciones adicionales, no previstas en el contrato; que fueron asumidos para afrontar la situación de “emergencia” presentada.⁵⁴²

Saret se fundamentó en el hecho de que durante el mes de diciembre de 1998, la precipitación lluviosa “llegó a su pico más alto.” Para esta empresa, ese fue un año “extraordinariamente lluvioso”; donde la acumulación de aguas habría incidido en la saturación de la zona. Lo que desencadenó el evento de la desviación del río; lo cual catalogó como “un fenómeno natural de proporciones catastróficas, que literalmente conmovió la margen izquierda del río, arrastrando cuanto halló a su paso: árboles, terrenos, vegetación, casas y los anclajes del poste 151 junto con el tendido de la línea de transmisión.”

Para sustentar sus afirmaciones la empresa Saret presentó un estudio de ingeniería, el cual evaluó el fenómeno natural del año 1998. En dicho reporte, los ingenieros consideraron que el

prórroga del plazo pero únicamente al grado necesario para la conclusión de la Obra y el logro de la Aceptación Preliminar (...)”.

⁵⁴¹ V. resumen de los árbitros, de la posición de la empresa Saret de Costa Rica, S.A. pp.23-1 a 23-2; del laudo arbitral.

⁵⁴² Según Saret, la empresa realizó una reparación provisional que permitió la interconexión oportuna con la subestación del ICE. Para esto, tuvo que diseñar y construir obras adicionales de alto costo; con el fin de reparar los daños causados por el evento y permitir la conexión a tiempo.

evento ocurrido el 19 de diciembre fue, claramente, un asunto de fuerza mayor. Y concluyeron lo siguiente:

*“(...) parece razonable pensar que lo ocurrido en el colapso de la estructura 151 fue completamente casual, y que es un fenómeno de la naturaleza, imposible de predecir o calcular con certeza. El río que tiene un cauce de casi 450 metros, concentró en una sola margen por unos días, miles de metros cúbicos de agua, a causa de las condiciones anormales del invierno y esto es una variable imposible de evaluar para los diseñadores y menos para los constructores de una línea de transmisión (...)Por tales motivos, reiteramos que en la falta de la línea a nuestro criterio no cabe responsabilidad ni de los diseñadores ni de los constructores y que el incidente puede considerarse como un evento de fuerza mayor y que su impacto económico debe analizarse de acuerdo con la cláusula 15 del EPC.”*⁵⁴³

A mayor abundancia, la contratista presentó unas tablas de registros de las precipitaciones que se habían dado desde el año 1986, al año 1998. La información correspondía a datos de la Estación Carrillo, la cual contiene a la cuenca del Río Chirripó y se encontraba cerca del proyecto hidroeléctrico; por lo que Saret los consideró de importancia para el caso.

Los datos indicaron que, justo en el año 1998, llovió en total un promedio de 977 mm durante el mes de diciembre. Según la tabla, en el mes de diciembre del año 1997 hubo una precipitación promedio de 725 mm; y el año anterior, en 1996, fue de 855 mm. Por ende, una cifra de 977 mm de precipitaciones, durante del mes de diciembre, superaba en gran cantidad al promedio ponderado usual; según la posición de la contratista, Saret.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Estudio de Ingenierías Jorge Lizano & Asociados, de fecha 25 de febrero del 2000; citado en el laudo arbitral. p.23-5.

⁵⁴⁴ Según estos datos, la precipitación registrada en el mes del evento (diciembre de 1998); fue la cifra más alta desde el año 1986. Sumando todos los promedios para los meses de diciembre, desde el año 1986 al año 1998, encontramos un promedio ponderado final de 522 mm de precipitaciones al mes. Los datos anteriores, fueron proporcionados por el árbitro, el Ingeniero Ricardo Corrales Quesada, en su voto de minoría sobre el tema. En otra tabla similar, se incluyeron datos de las precipitaciones diarias, sucedidas en la estación Carrillo durante todo el mes del evento. Sus datos indicaron que en los tres días anteriores a la crecida del Chirripó, se acumularon lluvias cercanas a un 54% del total de milímetros esperados para el resto del mes.

En razón de los argumentos antes descritos, la contratista Saret solicitó en síntesis:

- 1) El reconocimiento de plazo adicional para la entrega de las obras. Sostuvo esta petición, en razón del evento de fuerza mayor ocurrido.
- 2) Una reparación económica por los gastos adicionales en que incurrió, para responder a la emergencia provocada por el desbordamiento del Río Chirripó.

La propietaria del proyecto, la compañía CHDJ, se opuso a los reclamos establecidos por Saret. Rechazó que el hecho acontecido en el mes de diciembre del año 1998, configurara una causal de *fuerza mayor*, que eximiera de responsabilidad a la contratista. En primer lugar, alegó que la zona por donde cruzaba el Río “es zona de relleno y deposición de materiales”, que se caracterizaba por “cambios de cauce periódicos”, que el área era “inestable”. Ofreció como prueba de lo anterior, un plano de la Comisión Nacional de Emergencias, en el que se comprobaban estas características.

CHDJ argumentó que, al ser responsabilidad de la contratista reparar una obra que había sido diseñada y construida bajo su responsabilidad, ella no tenía obligación de cancelarle ningún monto. Consideró que no era “iniciativa” sino “obligación” de la contratista Saret, corregir los trabajos que se dañaron. Resumiendo la posición de CHDJ, el laudo indica:

“(…) considerando que el río Chirripó en esta zona es bastante ancho, tiene diversos cauces y ha depositado material en diversas áreas por anteriores alteraciones de su curso, el contratista debió haber proveído una localización y estructuras acordes con esa situación. (...) fue un error u omisión del contratista lo que causó el problema, aunado a postes de inferior calidad en contra de las disposiciones del contrato. El contratista bajo su propio riesgo instaló un poste muy cerca del río, sus anclajes mucho más cerca y sin estructura de protección.”

Según expresó el árbitro Corrales Quesada, en su voto de minoría: “*En tres días llovió más de la mitad de lo que llovería el mes total promedio.*” V. pp.23-5 a 23-10; del laudo arbitral.

Asimismo, CHDJ argumentó que la Cláusula 3.8 a) del Contrato EPC, establecía que: *“los riesgos del suelo y subsuelo son del contratista y éste manifiesta que ha analizado y conoce las condiciones y naturaleza del sitio de la obra.”* Además agregó que el respectivo contrato disponía: *“es el contratista quien debe velar por las condiciones de seguridad de las estructuras del proyecto”*. Concluyó afirmando que el evento fue natural, pero no configuró una causal de fuerza mayor; y expuso:

“Para que un evento natural sea fuerza mayor deber ser imprevisible o irresistible. La caída de la parte superior del poste se debió a un evento natural pero no fuerza mayor. Ha de haberse debido a defectos en la calidad del mismo, como es un nudo en la madera, lo que demuestra falta de control de calidad. Lo que ocurrió en el río Chirripó era previsible por la naturaleza del terreno, siendo un área de cauces variables, pero la contratista decidió tomar el riesgo”.

Al resolver sobre estos reclamos en específico, el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* determinó, por mayoría, que el Reclamo No.5 de Saret sobre la procedencia de la causal de fuerza mayor en el Río Chirripó, debía ser declarada sin lugar. Los árbitros dispusieron que la causal de fuerza mayor no se configuró en el caso.⁵⁴⁵

Por lo tanto, rechazaron la solicitud de conceder una ampliación del plazo de entrega de las obras y el plazo adicional de la fecha de Aceptación Preliminar, de las mismas. Sin embargo, los árbitros resolvieron acoger “parcialmente” el reclamo de Saret; y aceptaron concederle una compensación económica por las obras adicionales realizadas en el paso del Río. Consideraron que los trabajos adicionales, excedieron el alcance del contrato; por lo que debían reconocérsele a la contratista.

El tribunal arbitral consideró que la línea de transmisión dañada atravesaba una zona de inundación, por la cual discurrían varios ríos, así como los “brazos” de estos. Afirmaron que,

⁵⁴⁵ V. Posición de mayoría del Tribunal Arbitral, Laudo arbitral, Considerando, pp.23-2 a 23-4.

al no estar consolidados, los suelos de la zona eran erosionables por corrientes de agua. Según consideraron los señores árbitros:

“5. Esa característica erosionable de los suelos a lo largo de parte de la ruta de la Línea, dicta criterios de diseño para las estructuras que la soportan, dependiendo del grado de seguridad que se desea. El diseño puede ser resistente a la acción del agua del río o no, según el riesgo que el diseñador considere del caso.”

Al inicio del laudo arbitral, los árbitros consideraron importante hacer una definición del término “inundación”; con el fin de exponer por qué razón este fenómeno no se dió en el caso concreto.⁵⁴⁶ De esta forma, establecieron que:

“6. Inundación es el desborde de una corriente de agua por encima de sus bancos cuando el caudal que fluye por el río supera su capacidad de descarga, medida ésta a la altura de sus bancos. Una inundación es la culminación de un proceso de crecida de los ríos, el cual se inicia con poco caudal circulando por su cauce. Por efecto de lluvias u otras causas, el caudal del río sufre un proceso de crecimiento que puede llegar a superar la capacidad de descarga a la altura de los bancos y se desborda. Esto es lo que se llama inundación. 7. Durante el proceso de aumento del caudal, la profundidad del río aumenta con el consiguiente aumento de la velocidad del flujo y de la capacidad de arrastre del material del fondo y de los bancos. Este aumento de la capacidad de arrastre es lo que produce la socavación progresiva del fondo y bancos de los ríos lo que, a su vez, produce el deslizamiento o desplome de sus bancos.” (el destacado no es del original).

Con relación al evento específico del mes de diciembre de 1998, los árbitros concluyeron que: *“8. (...) en ningún caso (documento, testimonio, etc.) se menciona que el caudal del río haya desbordado ninguno de sus bancos, por lo que **la crecida no alcanzó el grado de***

⁵⁴⁶ Recordemos que la contratista Saret alegó que se presentaron inusuales desbordamientos del Río Chirripó en diciembre de 1998. Lo cual, según esta, fue un evento totalmente ajeno a su control; que causó daños en la línea de transmisión y sus estructuras de soporte, ubicadas en el sitio.

inundación. Esto significa que la magnitud del fenómeno no fue excepcional.” (el destacado no es del original).

El laudo arbitral dispuso, que la contratista Saret *debió haber previsto* una mayor protección para las obras construidas, en razón de su ubicación cercana al río. Los árbitros explicaron, en este sentido:

“9. El diseño de cualquier estructura que se vaya a construir cerca del borde de bancos erosionables de un río, puede contemplar el que la estructura resista la acción erosiva del agua o que no la resista. Esto dependerá de la importancia de la obra, las consecuencias de su falla, el costo de la solución que se adopte, de la mayor o menor facilidad de su reparación, etc. Estas consideraciones, o los riesgos inherentes a la solución que se adopte, se harán constar en los diseños y planos. 10. Las estructuras que deben resistir la acción erosiva del agua, como los bastiones y pilares de un puente de gran luz, deben estar dotadas de determinadas protecciones que logren contener el ataque de las corrientes del río, pues su reposición toma mucho tiempo y tienen un alto costo. Otras estructuras de menor importancia, como una pequeña bodega rural, puede construirse sin protecciones por cuanto su reemplazo puede ser realizado con rapidez y a bajo costo.” (el destacado no es del original).

Con relación a la causa de los daños en la estructura de la línea de transmisión y la responsabilidad de la contratista Saret, el laudo arbitral dispuso concretamente:

“11. La estructura (torre) de soporte # 151 de la Línea de Transmisión de la Planta Hidroeléctrica (...) construida a una distancia relativamente corta del borde del banco izquierdo del río Chirripó, sufrió las consecuencias de una socavación de ese banco, lo que provocó la falla de una de sus anclas, quebradura de uno de los postes, la caída de una fase y la salida de servicio de la Línea. 12. Esta falla demuestra que dichas estructuras no fueron diseñadas para resistir la acción erosiva del agua, sino que se hizo aceptando un determinado grado de riesgo en la continuidad del servicio que la Línea prestaba.” (...) 15. El desvío del río hacia el centro de su cauce de unos 450 m de ancho, para proteger temporalmente la torre #151 de otras afectaciones por la acción de las aguas,

fue el método escogido por el Contratista dentro de sus obligaciones contractuales de construir la Línea en condiciones de seguridad operacional.” (el énfasis no es del original).

El laudo arbitral reconoció que una vez determinada la causa de la falla en el servicio de la Línea, quedó demostrado que Saret realizó extraordinarios esfuerzos para lograr el retorno al servicio de uno de los dos circuitos. Afirmaron que la solución adoptada por la contratista, permitió que se cumpliera con la interconexión entre el proyecto y el ICE. Esta es la razón por la cual decidieron reconocerle la realización de las obras adicionales.

Finalmente en su posición de mayoría, los árbitros concluyeron: ***“16. La socavación del banco izquierdo del río Chirripó a la altura del poste #151, no constituye un caso de fuerza mayor, pues el río no se salió de su cauce”.***

En lo que interesa, citamos la parte dispositiva del laudo, que resolvió el Reclamo No.5 de de Saret, sobre la Fuerza Mayor en el Río Chirripó:

“(…)POR TANTO: a) Por mayoría de los árbitros Lara Eduarte y Llach Cordero y en equidad, acoger parcialmente el Reclamo 5 de Saret de Costa Rica, S.A., en cuanto a que Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., debe reconocer y pagar a Saret de Costa Rica, S.A, una compensación o retribución económica adicional por concepto de trabajos adicionales en las obras definitivas en el paso del Río Chirripó, cuyo alcance excedió el nivel de obra previsto en el contrato EPC. b) Vota en contra el arbitro Corrales Quesada por cuanto, aun cuando Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., debe reconocer una compensación o retribución económica, la razón de la misma es la fuerza mayor causada por el evento del 19DIC98, totalmente impredecible, súbito y fuera del control razonable de Saret de Costa Rica, S.A. tal y como se razona en la posición de minoría de este Capítulo. c) Por mayoría de los árbitros Lara Eduarte y Llach Cordero y en equidad, rechazar la pretensión de ampliación de plazo y aplazamiento de la fecha de Aceptación Preliminar. d) Vota en contra el arbitro Corrales Quesada por cuanto Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., debe reconocer una ampliación en el plazo de las obras y del a fecha de Aceptación Preliminar, en razón de la fuerza mayor causada por el evento del 19DIC98,

totalmente impredecible, súbito y fuera del control razonable de Saret de Costa Rica S.A., tal y como se razona en la posición de minoría de este Capítulo. e) Habiéndose resuelto por el fondo el presente reclamo, según los acuerdos anteriores, el Tribunal resuelve todas las excepciones interpuestas al mismo según consta en el POR TANTO del Artículo N° 80-02 del Acta N° 80 del Capítulo 2 sobre Excepciones. -ACUERDOS FIRMES- Se levanta la sesión a las diez horas del 5 de julio del año dos mil dos.”⁵⁴⁷ (lo destacado no es del original).

B) Análisis final del laudo arbitral.

El tribunal arbitral que resolvió el presente proceso, no consideró que el evento dañoso ocurrido por la desviación del cauce del Río Chirripó, pudiera ser enmarcado dentro de un *caso de fuerza mayor*. Es interesante analizar la fundamentación que hicieron los señores árbitros, a la hora de determinar la posible existencia de esta figura.

En síntesis, los árbitros establecieron que existe una diferencia entre un “hecho natural” y un caso de fuerza mayor. Consideraron que el fenómeno natural ocurrido, no presentó características de “extraordinario”; por lo que no aceptaron reconocer la exención de responsabilidad para la contratista.

El laudo indicó que en ningún caso se acreditó que el caudal del río hubiera desbordado ninguno de sus bancos. Razón por la cual, los árbitros concluyeron que *“la crecida presentada en el río, no alcanzó el grado de inundación.”* Para ellos, esto significó que la magnitud del fenómeno *“no fue excepcional”*. Pero más adelante, indican que la torre de soporte de la línea de transmisión dañada, *“sufrió las consecuencias de una socavación de ese banco, lo que provocó la falla de una de sus anclas, quebradura de uno de los postes, la caída de una fase y la salida de servicio de la Línea.”*

⁵⁴⁷ Acta del Tribunal Arbitral No. 53, de las 9:00 horas del 5 de julio del 2002. p.23-11.

Con estas afirmaciones, los árbitros establecieron que si la crecida de un río no alcanza el grado de inundación, no puede configurarse una causal de fuerza mayor. Sin embargo, declaran que efectivamente se presentó una “socavación” de cierto banco del Río, que provocó todos los efectos dañosos mencionados en el párrafo anterior. En nuestra opinión, los daños constatados por los mismos árbitros, son por sí mismos, muestras de las consecuencias graves de una acción destructora de la naturaleza; imprevisible, inevitable y exterior a la empresa Saret.

Resulta contradictorio que los mismos árbitros dispusieron que, efectivamente, la torre de la planta hidroeléctrica que llevaba la línea de transmisión, sufrió las consecuencias de una *socavación*⁵⁴⁸ del banco izquierdo del Río Chirripó. Sin embargo, concluyeron que no se produjo un fenómeno lo suficientemente extraordinario, como para constituir una fuerza mayor.

Siguiendo la definición proporcionada por los mismos árbitros, podríamos concluir que si se produjo la respectiva socavación del banco izquierdo del Río Chirripó, es porque este fenómeno se derivó de un proceso de aumento del caudal. Y según explicaron los árbitros, este proceso desemboca en un fenómeno natural conocido como “inundación”.

Podríamos pensar que la posición que mantuvo el tribunal arbitral, con respecto al tema del *caso de fuerza mayor*, fue estricta o rigurosa. Los árbitros requirieron la presencia de otros requisitos, que sí hubieran merecido la calificación del evento como fuerza mayor. Desde su punto de vista, no bastó con que el incumplimiento de la contratista se debiera a un *hecho natural e inevitable*, ocurrido en el río; sino que estimaron que ese evento era *previsible* para el constructor.

La jurisprudencia nacional, ha tratado de asimilar los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, dando origen a acepciones menos rigurosas de estos dos términos jurídicos. De esta

⁵⁴⁸ Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “Socavación” quiere decir: “*acción y efecto de socavar*”. Lo cual, a su vez, significa: “*Socavar: Excavar por debajo de algo, dejándolo en falso*”.

forma, ha aceptado que algunos acontecimientos constituyan un caso de fuerza mayor, aunque el hecho sea *previsible*, pero aún así *inevitable* para el deudor.⁵⁴⁹

Es necesario plantearse si el fenómeno natural, ocurrido en el cauce del Río Chirripó, pudo constituir un hecho *previsible*, pero *inevitable* para la empresa Saret. Además, debe revisarse si el concepto que manejaron los árbitros, acerca de la procedencia de un caso de fuerza mayor en una inundación, más no en el caso de una crecida del cauce de un río –de cuyos efectos dañosos no se tuvo duda–, fue en extremo restrictiva.

Aún con la previsibilidad del caso, el fenómeno presentado en el caso fue un hecho natural, que tuvo un *origen externo* al ámbito de acción de la contratista Saret. El hecho dañoso, provino del ámbito exterior a la actividad de la empresa. La misma jurisprudencia de la Sala Primera, ha avalado a la *exterioridad* como una de las características, por excelencia, del caso de fuerza mayor.⁵⁵⁰

Para el análisis de este laudo arbitral, resulta sumamente interesante el ejemplo que cita el Lic. Víctor Pérez; acerca de un caso en el que un ciclón derriba los andamios levantados por un contratista. Según indica, el contratista no respondería de los daños causados; pues éstos no proceden de una actividad suya, sino de *una fuerza mayor*.⁵⁵¹ Existe gran similitud entre este ejemplo y lo ocurrido en el caso de la empresa en cuestión.

Los daños ocurridos en las obras del proyecto en cuestión, fueron producidos *causas externas*; originadas en la fuerza de la naturaleza. No fueron producto del dolo, ni la culpa de la contratista. El árbitro Corrales, indicó en su voto de minoría que existió una “*imposibilidad de predecir que el río iba a causar el daño que causó. (...) esto es fuerza mayor, un evento impredecible, súbito y dañino, producto de la precipitación extraordinaria, anormal de los*

⁵⁴⁹ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.

⁵⁵⁰ Cfr, con la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.262 de las 15:50 horas del 21 de mayo de 1999.

⁵⁵¹ Pérez Vargas, Víctor (1994) Op. Cit. p.417.

días previos al evento, y la concentración de las aguas extraordinaria crecidas del río específicamente en la margen donde se ubicaba la torre 151.”

En cuanto a la *imprevisibilidad* y la *irresistibilidad*, Tamayo expone que estas deben apreciarse con un criterio objetivo. Deben ser *absolutas*, esto es, existir en relación con todo el mundo y no en relación con el deudor. No se trata de averiguar si el demandado podía prever el acontecimiento y si hubiera podido resistir a él, sino de establecer si una persona común, pero prudente, lo hubiera podido hacer.⁵⁵²

Se afirma que la esencia del caso de fuerza mayor, es la falta de nexo causal entre la conducta del deudor y el incumplimiento. En el caso, no existe un nexo causal entre la conducta de Saret, y la desviación del margen del Río. Recordemos que la Sala Primera ha definido a la fuerza mayor, en conjunto con el caso fortuito, como: “*un hecho imprevisible, inevitable, de la naturaleza, extraño y exterior*”⁵⁵³ --elementos que sí cumple el fenómeno ocurrido en el presente caso--.

En el laudo arbitral analizado, los señores árbitros evaluaron la presencia del caso de fuerza mayor, de forma rigurosa. De cierto modo, se apartaron de la jurisprudencia judicial tradicional que acepta la configuración de dicha causal, aún en supuestos previsibles, pero inevitables para el contratante; y que generalmente atribuye la ocurrencia de una fuerza mayor en caso de fenómenos de la naturaleza.

⁵⁵² Tamayo Lombana, Alberto. Op. Cit. p.166. El autor agrega que, para hacer esta apreciación, se van a tener en cuenta las capacidades normales de la persona prudente (Cita a Mazeaud). La imprevisibilidad debe existir en relación con todo el mundo: “nadie hubiera podido prever el acontecimiento”; afirma citando a Malinvaud. En algunas ocasiones, la jurisprudencia judicial ha sido un tanto “severa”, a la hora de calificar la fuerza mayor. No cualquier acontecimiento es tenido como tal; aunque se trate de acontecimientos que en el “criterio de las gentes” estructuran una fuerza mayor (p.e. un terremoto, un huracán, etc.); según Tamayo. (p.166.)

⁵⁵³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 376, de las 16:20 horas del 21 de junio de 2006.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: Caso de *Alterra Partners de Costa Rica*, contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*.

- **Datos del Laudo:** # 001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. **Partes:** Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC). **Centro de Arbitraje Institucionalizado:** Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial, CLAE. **Composición del Tribunal Arbitral:** tribunal de derecho. **Árbitros:** Lic. Raymundo Volio Leiva, Ronald Hidalgo Cuadra y Lic. Hubert Steinvorth Sauter. **Laudo Firme.**⁵⁵⁴

A. Resumen de la controversia y resolución del caso:

La relación negocial entre las empresas Alterra Partners Costa Rica, S.A. y el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC), dio inicio cuando el Gobierno de Costa Rica promovió una licitación pública internacional, para la contratación de servicios de operación, administración, financiamiento, construcción y promoción, del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.⁵⁵⁵

El Estado costarricense, decidió emplear la figura jurídica del *Contrato de Gestión Interesada (CGI)*, con el fin de lograr un mayor desarrollo basado en la inversión conjunta entre la empresa pública y privada. Así, a través de este tipo de contrato, el contratista que resulte adjudicado, colabora con el Estado invirtiendo recursos a favor del interés público; a cambio de recuperar su inversión y obtener un rendimiento en el futuro.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ V. Resolución del recurso de nulidad del laudo arbitral, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No.717-F-2006. Se declara sin lugar el recurso planteado por Alterra; con lugar el planteado por el CETAC; únicamente en cuanto a lo dispuesto sobre el pago de honorarios del Tribunal Arbitral. En lo que interesa a la presente sección, el laudo se encuentre firme.

⁵⁵⁵ V.Laudo Arbitral, #001-05 del CLAE; de las 15: 00 horas del 2 de noviembre del 2005. Hechos Probados. Puntos #2 a 4. p.10.

⁵⁵⁶ Laudo Arbitral. Op. Cit. Hechos Probados. Punto #1. p.9. Con el fin de explicar brevemente en qué consiste un contrato de *gestión interesada*, podemos indicar que: la gestión interesada, “es una de las formas de prestación indirecta de los servicios públicos.”(...) “El sector privado deja de ser un mero productor de activos fijos que traslada al Gobierno, para ocuparse de actividades que estaban reservadas a las autoridades estatales.” Es una “nueva forma de interrelación público-privada.” (V. p.48.) “La concesión de gestión de servicios públicos y la gestión interesada, son dos figuras contractuales que se caracterizan por la

La licitación pública promovida con este fin, fue adjudicada al Consorcio AGI Costa Rica, (o Airport Group Internacional AGI); consorcio del cual es parte la empresa Alterra. De esta forma, el 18 de octubre del año 2000, se firmó el CGI con el CETAC. Alterra, actúa dentro de este contrato, “como un contratista independiente para el desempeño seguro y experto de los servicios del gestor (...)”.⁵⁵⁷

Actualmente, a raíz de diferencias en la ejecución del referido contrato, Alterra ha interpuesto, aproximadamente, 11 procesos arbitrales contra el CETAC. En general, los reclamos hacia el CETAC versan sobre distintos incumplimientos y/o atrasos en el cumplimiento del CGI.⁵⁵⁸ En esta sección, comentaremos uno de estos arbitrajes en concreto; el cual toca el tema de la *fuerza mayor*, que es el tema analizado en el presente Capítulo.

El presente proceso arbitral, fue interpuesto a raíz de varios desacuerdos entre el consorcio Alterra y el CETAC; como entre otros: los atrasos en el acceso irrestricto al antiguo edificio terminal; la reubicación de la antigua torre de control; el acceso a las obras de remodelación y ampliación de las salas de abordaje oeste; atrasos en la puesta de servicio de las salas este; así como en el traslado de las tiendas del IMAS. Puntos que al parecer de la empresa Alterra, produjeron un efecto negativo sobre su capacidad financiera.⁵⁵⁹

Lo que nos interesa analizar de este proceso, es la pretensión titulada como: “*De la desaceleración y suspensión en el año 2003, por evento de fuerza mayor*”; resuelta en el Considerando VII del laudo arbitral. Dicho reclamo, se relacionó específicamente con la

participación de un privado en la prestación de un servicio público, en obras que constituyen dominio de la Administración, generalmente calificado de público por lo que no pueden pasar a titularidad privada.” (V.p.49).

⁵⁵⁷ Laudo Arbitral. Op. Cit. Hechos Probados. Punto #9. p. 12.

⁵⁵⁸ V. Loaiza, Vanessa. “Gobierno pierde \$12.8 millones en arbitrajes con Alterra”. En: La Nación. Jueves 16 de agosto del 2007. p.4A.

⁵⁵⁹ Laudo Arbitral. Op. Cit. Resultando I. p.2.

suspensión de los desembolsos por parte del *Internacional Finance Corporation IFC*, hacia Alterra; en el año 2003.⁵⁶⁰

Alterra alegó que, a raíz del contenido del informe DFOE-OP1/2003 emitido por la Contraloría General de la República, surgió una causa de fuerza mayor que le impidió materialmente cumplir con sus obligaciones contractuales. El citado informe, de fecha 5 de marzo del 2003, abordó el tema de la fijación de tarifas de los servicios que se prestan en el Aeropuerto. En él, la Contraloría ordenó al CETAC llevar a cabo acciones para corregir los “excesos, incorrecciones y errores”, detectados en las tarifas de los años 2002 a 2003. Por lo que debían hacerse ajustes, para aplicar las nuevas tarifas sugeridas.

Al tener conocimiento del informe de la Contraloría, la IFC manifestó que ante la posible modificación de las reglas para la fijación de las tarifas, podrían ponerse en peligro los desembolsos futuros del préstamo con Alterra; bajo los términos acordados. Alterra le informó al CETAC, que la revisión tarifaria exigida por la Contraloría afectaría sustancial y negativamente, el flujo de caja del proyecto. Impactando la capacidad de repago del Alterra al IFC.

La empresa Alterra, consideró que el no tener acceso a los recursos financieros en el momento en que fueran necesarios, configuraría una situación que calzaría dentro del caso previsto por la Cláusula 25.6 del CGI; la cual dispensaba de responsabilidad a las partes cuando ocurría un evento de fuerza mayor. Según se indica en el laudo, dicha cláusula considera como *fuerza mayor*:

“(...) cualquier circunstancia inevitable, extraordinaria e insuperable, que no está dentro del control razonable, directo o indirecto, de la parte afectada, en el tanto dicha circunstancia, a pesar

⁵⁶⁰ Laudo Arbitral. Op. Cit. p.99-100. Como antecedente, debemos mencionar que Alterra suscribió un contrato de crédito con la IFC, para financiar el proyecto de Gestión Interesada del los Servicios Aeroportuarios, en el Aeropuerto Juan Santamaría. Sobre el tema de fuerza mayor, V. Considerando VII del laudo arbitral.

*del ejercicio de diligencia razonable, no pueda ser prevenida, o cuya causa no pueda ser prevenida, evitada o eliminada por dicha parte.*⁵⁶¹

De conformidad con lo exigido por el CGI, Alterra procedió a notificar al CETAC del evento de fuerza mayor, acaecido por la acción de la Contraloría General. Dicha notificación, se realizó con el fin de eximirse temporalmente de cumplir con las obligaciones contractuales.⁵⁶² Alterra invocó la existencia de “modificaciones administrativas” a las condiciones originales del proyecto, que desequilibraron financieramente el contrato; causándole un perjuicio patrimonial de gran magnitud.

Al contestar la demanda arbitral, el CETAC se refirió a este reclamo indicando que “la falta de recursos financieros para realizar las obras era un problema atribuible, exclusivamente, al Gestor.” Además afirmó, que ello no constituía un supuesto de fuerza mayor; “por lo que no había fundamento para desacelerar y posteriormente, suspender las obras.” Descartó que las “presuntas modificaciones administrativas” pudieran permitir la aplicación de la Cláusula 25 del CGI; pues en ningún momento había dispuesto medidas que afectaran las condiciones originales del proyecto.

El Tribunal Arbitral, estimó que no era procedente conocer en ese momento del tema de la fuerza mayor; pues aún la supuesta causa no había cesado y se encontraban todavía en curso

⁵⁶¹ Laudo Arbitral. Op. Cit. p. 99. Entre los eventos que podían causar una *fuerza mayor*, el CGI contenía a los siguientes: actos de guerra o de enemigo público, sin importar si la guerra esté declarada o no; desórdenes públicos, actos terroristas, insurrección, rebelión, (...) disturbios civiles o demostraciones violentas, o accidentes aéreos graves; explosiones, fuegos, terremotos u otras calamidades y casos fortuitos; suspensión de servicios públicos o huelgas, con excepción de las de los empleados del Gestor, que impidan el cumplimiento de las obligaciones de este Contrato.” (p.99)

⁵⁶² Resulta interesante mencionar, nuevamente, lo dispuesto por el Artículo 7.1.7. de los Principios UNIDROIT, de Arbitraje Comercial Internacional. Con relación a la fuerza mayor o *force majeure*; el artículo preceptúa el requisito de notificar a la contraparte del evento de fuerza mayor; y permitirle a ésta dispensar o excusar temporalmente, a la parte que la sufre, del cumplimiento temporal de sus obligaciones. Con lo cual, comprobamos cierta influencia de estos principios comerciales internacionales, en la redacción del contrato de Gestión Interesada del presente caso.

sus efectos. Sin embargo, el tribunal quiso exponer de todas formas, las razones por las que no hubiera procedido declarar con lugar dicho reclamo.

Los árbitros consideraron que el factor que desencadenó la decisión del IFC de suspender los desembolsos a Alterra, fue efectivamente el informe de la Contraloría. Consideraron que el informe fue “emanado de un órgano constitucional fundamental del Estado costarricense”; cuyas decisiones son de carácter vinculante para los sujetos pasivos, según el Artículo 183 de la Constitución Política; 1 y 4 de su Ley Orgánica No.7428 de 1994.⁵⁶³ Al efecto, indicaron:

*“(...) como todo acto administrativo, ese informe era susceptible de ser impugnado ante los Tribunales de la República. (...) Si el impacto en la fijación de las tarifas para el Gestor era tan grave como para acarrear su quiebra, según lo afirma, es evidente que tanto el interés privado de éste, como el interés público se encontraba afectado al verse comprometida la continuidad del servicio público en el AIJS. Sin embargo, ni el CETAC, ni el Gestor impugnaron dicho acto, ni se solicitó la suspensión de los efectos del acto administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa. Si bien la empresa actora interpuso (...) un recurso de amparo ante la Sala Constitucional (...) persiguiendo la nulidad del informe DFOE-OP1/2003 por violaciones al debido proceso y la intangibilidad patrimonial, entre otros reparos, en la resolución No. 13863-2005 del 7 de octubre del 2005, la Sala lo declaró sin lugar.”*⁵⁶⁴(el énfasis no es del original).

Continuando, el tribunal arbitral afirmó que compartía lo razonado en otro laudo arbitral dictado en el Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad (CRCP)⁵⁶⁵; el cual resolvió otra disputa entre las mismas partes, generada a raíz del CGI. El tribunal resolvió, citando los argumentos del otro laudo arbitral:

“(...) que si bien el informe de la Contraloría afectó la forma en que se venía aplicando el régimen tarifario, ello no fue un hecho imprevisible para las partes, ni ajeno al contrato, pues la

⁵⁶³ Laudo Arbitral. Op. Cit. p.102.

⁵⁶⁴ Laudo Arbitral. Op. Cit. p.103.

⁵⁶⁵ El presente laudo arbitral, citó los argumentos de otro laudo arbitral del CRCP, de las 11:00 horas del 12 de noviembre del 2004.

*Contraloría General lo que hizo fue imponer la legalidad interna del pacto en uso de sus facultades constitucionales y, en el tanto no sea anulado por una instancia competente, ya que en ese proceso arbitral el Tribunal se estimó carente de facultades al efecto ni le fue pedida la nulidad, no podía darse paso a una indemnización de daños y perjuicios, como afirmó en su laudo.”*⁵⁶⁶ (lo destacado no es del original).

El tribunal arbitral concluyó que, sin haber ejercido las acciones legales contra el informe respectivo, ni lograr la suspensión de sus efectos en sede ordinaria o constitucional; el Gestor procedió a desacelerar el proyecto. Agregó, que fue con una considerable posterioridad que Alterra procedió a notificar al CETAC de la invocación del evento de fuerza mayor, para que surtiera efectos jurídicos la liberación de responsabilidades contractuales.

El laudo arbitral agregó que *“el evento de fuerza mayor alegado, de proceder su aceptación, tiene como consecuencia el dispensar a la parte afectada del cumplimiento de sus obligaciones (...)”* Sin embargo, el tribunal criticó que la actora pretendía extender el alcance de este precepto, imputándole al CETAC la responsabilidad de la causa principal que da motivo de la suspensión de los desembolsos del IFC. Pretendiendo, no solo exculparse de sus obligaciones, sino también obtener una indemnización a su favor. Lo cual no era procedente; según el tribunal. De esta forma, dispuso:

“(...) ha quedado demostrado que la causa de la suspensión de los desembolsos obedeció al informe emanado de la Contraloría, el cual, (...) deviene en un acto firme, lícito y válido, que no fue impugnado oportunamente, lo que no podría imputársele como de responsabilidad del CETAC.(...) Este Tribunal concluye, entonces, que resulta prematuro pronunciarse sobre la cuestión de la posible existencia de un evento de fuerza mayor dado que aún no han cesado los efectos que acarrea el cese de los desembolsos por la IFC. (...)Dado que ese evento no ha cesado sino que se encuentra en curso y la propia Administración no ha tenido la oportunidad para tenerlo configurado en forma definitiva, al estar pendiente la solicitud de prueba razonable

⁵⁶⁶ Laudo Arbitral. Op. Cit. p.103.

cursada a Alterra, es evidente que este Tribunal no puede acoger los extremos de la petitoria dichos en que la compensación económica de la desaceleración depende de dilucidar si el evento de fuerza mayor ha sido invocado en forma correcta de acuerdo con el CGI. (...)El Tribunal considera que referirse a la fuerza mayor, sus causas y sus efectos consistentes en la paralización de obras del AIJS por casi dos años, en el presente arbitraje, es prematuro.”⁵⁶⁷ (lo destacado no es del original).

B. Análisis Final del Laudo Arbitral:

Encontramos que en este caso, el Tribunal Arbitral, procedió a definir de forma muy similar la jurisprudencia judicial de la Sala Primera, el concepto de la *fuerza mayor*. De hecho, considera que un evento de fuerza mayor, es parte de los riesgos de los “*hechos imprevisibles, previsibles o inevitables (...)*”.⁵⁶⁸

En el caso, se declaró sin lugar la petición de la actora, de declarar que el informe de la Contraloría General de la República, que regulaba las tarifas aeroportuarias, provocó una situación de fuerza mayor; que la llevó a incumplir sus obligaciones. Aunque el Tribunal resolvió de esta forma, pudimos acceder a las interesantes consideraciones que realizó sobre el tema.

Podemos discutir si el dictado de un informe por parte de una entidad pública, podría considerarse como un acto, de los llamados “hechos del príncipe” o *factum principis*. Según habíamos comentado, este término se refiere a acontecimientos derivados de actuaciones de la autoridad pública, o el Estado. Como por ejemplo: el caso de las expropiaciones, prohibiciones

⁵⁶⁷ Laudo arbitral. Op. Cit. pp.105-108.

⁵⁶⁸ Laudo Arbitral. Op. Cit. p.101.

y denegación de autorizaciones; incluso provenientes de la autoridad extranjera o ilegítima; y si el deudor no puede eludirlos.⁵⁶⁹

Antiguamente, en la distinción clásica a partir del *Digesto*, la fuerza mayor hacía referencia a los hechos generados por el hombre, pero ajenos al sujeto a quien se quería imputar la responsabilidad. Precisamente, se citaban como ejemplos de eventos de esta clase: los “asaltos por bandas armadas”, el “hecho del príncipe”, o las guerras.⁵⁷⁰ La antigua doctrina seguía el criterio de que la fuerza mayor se generaba del hecho de un tercero; siempre considerando que dicho obstáculo era *inevitable* y *externo* al funcionamiento de la empresa del deudor.⁵⁷¹

En la actualidad, los criterios recientes apuntan, más bien, a ubicar a los eventos de fuerza mayor como *hechos de la naturaleza*. Mientras que el caso fortuito, sería el que derivaría de un *hecho humano*.⁵⁷² En principio, el informe dictado por la entidad pública puede catalogarse como un hecho del hombre; de los denominados “hechos del príncipe”.

El argumento principal del laudo arbitral fue que el informe de la CGR pudo haber sido impugnado a tiempo ante los tribunales costarricenses. Con lo cual, los efectos del mismo, pudieron haber sido suspendidos, o incluso se pudo haber logrado la nulidad del acto que lo dictó. Esta posibilidad, hizo que dicho evento no fuera de una gravedad insuperable para la empresa Alterra, e incluso para el mismo CETAC. Por esta razón, tampoco podría haber sido catalogado como un caso de fuerza mayor.

En este caso, encontramos que la posición del tribunal arbitral no dista de la que posiblemente hubieran tenido los tribunales judiciales, de haber resuelto esta controversia.⁵⁷³

⁵⁶⁹ Lacruz Berdejo, Jose Luis et.al. Op. Cit. p.183.

⁵⁷⁰ Lafalle y Busso. Citados por Gianfelici, Mario. Op. Cit. p.29; y Trigo Represas F. y Compagnucci de Caso R., en: Brebbia Roberto et al. Op. Cit. p. 109.

⁵⁷¹ Lacruz Berdejo, Jose Luis et. al. Op. Cit. p. 182.

⁵⁷² Bosari y Longo, citados por Soto Nieto. En: Pérez Vargas, Víctor. (1994) Op. Cit. p.403.

⁵⁷³ Posiblemente, este tema seguirá siendo discutido en futuros arbitrajes entre estas dos compañías. Ya que en el caso se dispuso que no quedaba precluido el tema de la fuerza mayor. Por lo tanto, las partes podían

CAPÍTULO IV. El reconocimiento de intereses retroactivos, calculados a partir de una fecha anterior a la firmeza del fallo (laudo), en el caso de las obligaciones de valor.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

La prestación de *intereses*, ha sido directamente relacionada con las obligaciones pecuniarias y con la característica de que el dinero, es un bien productivo. Por ello, se dice que el cumplimiento de una obligación que se dilata en el tiempo, o la mora en la prestación pecuniaria y el incumplimiento, producen un daño al acreedor que debe ser indemnizado.⁵⁷⁴

Esencialmente, el incumplimiento o la tardanza en el cumplimiento de una obligación, se reconoce mediante el pago de intereses. Estos se definen como: “la prestación pecuniaria accesoria que se ejecuta en proporción al tiempo de cumplimiento y la cantidad de la prestación pecuniaria principal.”⁵⁷⁵ Asimismo, la prestación de intereses puede concebirse como una “remuneración que el acreedor puede exigir al deudor, por privarse de la suma de dinero que se le adeuda, siempre que se ajuste a la cuantía de la suma adeudada y a la duración de la deuda.”⁵⁷⁶

La doctrina coincide en que la prestación de intereses es esencialmente *accesoria*; dependiente de la obligación principal, pues se justifica en la existencia de ésta última. Se

acudir nuevamente a someter este reclamo ante otro tribunal arbitral. Recordemos que en el presente caso, el tribunal arbitral determinó que el evento de fuerza mayor no había cesado aún; por lo que no podían dimensionarse sus verdaderos efectos y consecuencias, con el fin de establecer su existencia.

⁵⁷⁴ O'Callaghan, Xavier (2001). Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y Contratos. Vol (1). 3.ed. Madrid, España: Editorial Edersa. p. 104.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

⁵⁷⁶ Lacruz Berdejo, José Luis. et. al. (1994). Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato. Vol (1). 3.ed. Barcelona, España: Editorial José María Bosch Editor, S.A. pp. 114-115.

afirma que, en su nacimiento y devengo, la obligación de intereses es accesoria de la de capital; siguiéndola en sus vicisitudes y tratamiento jurídico.⁵⁷⁷

Se afirma que la “deuda de intereses” es una típica deuda dineraria derivada, a su vez, de una deuda de una suma de dinero. Jurídicamente, el interés es un fruto, concretamente, un *fruto civil*; que se configura como remuneración por la disposición de una cantidad o monto de dinero. El dinero se consideraría un bien productivo; y los intereses serían sus frutos. Por ello, expresa el autor Blasco, quien dispone de una cantidad dineraria que debe entregar o devolver a otro, está obteniendo una productividad o impidiendo que la obtenga el otro.⁵⁷⁸

.Aparte de las funciones remuneratorias, los intereses suelen desarrollar una *función sancionatoria o indemnizatoria*: como en el supuesto de los intereses moratorios. En segundo lugar, pueden desempeñar una *función revalorizadora* del poder adquisitivo de la cantidad dineraria. Y en tercer lugar, su función puede ser *compensatoria*: si la obligación es sinalagmática y la cosa produce frutos.⁵⁷⁹

De acuerdo con su origen, los intereses pueden ser convencionales o legales. La obligación de satisfacer *intereses convencionales*, deriva de un pacto concreto entre las partes; en el cual se dispone su cuantía y modo de pago.⁵⁸⁰ Son los establecidos por los sujetos de la obligación principal.⁵⁸¹ Si no hay estipulación expresa al respecto, la obligación devengará el pago de los *intereses legales*; dispuestos en la ley.

⁵⁷⁷ *Ibidem*. p.116. Acerca del carácter *accesorio* de la prestación de intereses, V. entre otros a: O'Callaghan, Xavier. Op. Cit. pp.104-105, y 346; y Blasco Gasco, F. (Comp) (1995). Derecho de Obligaciones y Contratos. 2.ed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch. p.123.

⁵⁷⁸ Blasco Gasco, F. (Comp) Op. Cit. p.123.

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ *Ibidem*. p. 124. Cfr. con *Artículo 1163* del Código Civil y *Artículo 497* del Código de Comercio, costarricenses. Los cuales indican la tasa de interés legal aplicable para las obligaciones civiles y mercantiles, respectivamente.

⁵⁸¹ O'Callaghan, Xavier. Op. Cit. p. 105.

Generalmente, se ha aceptado que las deudas de dinero dan lugar a la prestación de intereses; y en otros casos, es la valoración dineraria de los bienes de capital, la que los produce.⁵⁸² Es así como las distintas funciones que puede desarrollar el dinero, permiten distinguir entre las deudas de una suma de dinero y las deudas de valor⁵⁸³; denominadas como *obligaciones dinerarias* y *obligaciones de valor*, respectivamente.

El dinero es el medio general de cambio; y es medio legal de pago. En general, es el medio de cumplimiento de la obligación dineraria.⁵⁸⁴ Mientras que, en la deuda de valor, no se debe meramente una cantidad de dinero, sino, su valor; no vinculado a una suma numérica. Se refiere más bien, al poder adquisitivo del dinero. La deuda de valor, exige una liquidación, que será la forma de determinar en dinero, aquel valor.⁵⁸⁵

Con el fin de proceder a analizar el presente tema, es necesario hacer un breve repaso del objeto de las obligaciones dinerarias y las de valor; así como de sus principales características y diferencias. Citamos a continuación, dos resoluciones de la Sala Primera al respecto⁵⁸⁶:

1. *"III. (...) conviene efectuar algunas consideraciones atinentes a la consabida distinción entre obligaciones de valor y obligaciones dinerarias. En este sentido la doctrina ha señalado, reiteradamente, que en las obligaciones dinerarias se debe un "quántum" (cantidad fija o invariable de signo monetario), en tanto que en las de valor se debe un "quid" (un bien o una utilidad inmodificable). En las primeras el dinero actúa "in obligatione" e "in solutione" y en las segundas, únicamente, "in solutione". (...) Es así como en las deudas dinerarias, el objeto de la prestación es una suma de signo monetario determinada numéricamente en su origen, incorporándose el valor nominal al vínculo obligatorio, siendo la cuantificación del crédito intrínseca a aquél. Por el contrario, el objeto de la obligación de valor no es una suma de dinero, sino un valor abstracto correspondiente a una expectativa o pretensión patrimonial del acreedor, por lo que*

⁵⁸² Lacruz Berdejo, José Luis. et.al. Op. Cit. p. 115.

⁵⁸³ Blasco Gasco, F. (Comp). Op. Cit. p. 117.

⁵⁸⁴ O'Callaghan, Xavier. Op. Cit. p.98.

⁵⁸⁵ Ibidem. p. 103.

⁵⁸⁶ En adelante, en toda la jurisprudencia citada el destacado es nuestro.

*la cuantificación del crédito viene a ser extrínseca respecto a la relación obligatoria. Esto no obsta para que pueda ser cuantificable y liquidable en dinero efectivo. Por eso se afirma que lo que se excluye en este tipo de obligaciones no es el dinero en sí mismo, sino su valor nominal. IV.- Las obligaciones en dinero se rigen por el principio nominalista, conforme al cual el deudor satisface su obligación entregando al acreedor la cantidad de signos monetarios correlativos al valor numéricamente establecido, prescindiendo absolutamente de cualquier alteración monetaria. Por contraste, las obligaciones de valor no están sujetas al principio nominalista y escapan al rigor de su aplicación dogmática; este tipo de obligaciones resultan, por su propia naturaleza, sensibles a las oscilaciones del poder adquisitivo del dinero, por lo que el acreedor no sufre las nefastas consecuencias de la inflación o devaluación monetaria (...) En esencia, en las obligaciones de valor se cumple entregando la cantidad de signo monetario que a la fecha del cumplimiento efectivo sea necesaria para satisfacer el valor debido. (...)"*⁵⁸⁷

2. *"XI. (...) es importante repasar el tema de las prestaciones pecuniarias. Estas se distinguen en dos subespecies, las obligaciones de valor y las dinerarias, a partir de la función económica que cumple el dinero en cada una de ellas. El dinero, cabe recordar, tiene una doble naturaleza, por un lado funciona como instrumento de cambio, pero, también ostenta un carácter de medida de valor para las cosas. Será dineraria aquella deuda en la cual el metálico cumpla solamente una función de cambio, a fin de posibilitar el intercambio de bienes y servicios por dinero (llamadas impuras) o bien, cuando se trate de préstamos de dinero (puras). En ese sentido, a manera ejemplo, son obligaciones dinerarias el precio de una compraventa o los honorarios profesionales. En contraposición, se tratará de una deuda de valor, cuando la moneda no sea lo buscado per se, es decir, no se pretenda dar una cosa o realizar una labor a cambio de una suma concreta. En estos casos el dinero viene a cumplir una función sustitutiva de un bien o un servicio; en otras palabras, en lugar de darse la cosa o brindarse el servicio correspondiente, por imposibilidad o conveniencia, (cuando es factible), del deudor, éste dará en metálico el equivalente a la prestación original. Son muestras de esta clase de obligaciones las de restituir un bien, cuando éste se ha perdido o no existe, la de realizar una prestación personalísima si el deudor se niega, o la de indemnizar los daños y perjuicios provocados a otra persona. (...)"*⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

⁵⁸⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.

En síntesis, según la Sala Primera, el objeto de las *obligaciones dinerarias* es una suma de signo monetario, determinada e inalterable; correspondiente al valor exacto fijado en el contrato suscrito entre las partes. Son obligaciones genéricas; en las que el dinero actúa como un bien en sí mismo, es decir, como un medio de intercambio, de adquisición de bienes o de obtención de servicios.⁵⁸⁹ En esta clase de deudas, el deudor no puede alegar la imposibilidad sobrevenida, para librarse de su obligación y eximirse de su responsabilidad. Siempre podrá cumplir, entregando la cantidad a la que se comprometió.⁵⁹⁰

Por otro lado, el objeto de las *obligaciones de valor* es una suma abstracta; una expectativa patrimonial del acreedor. Estas deudas son cuantificadas en un ámbito externo a la relación comercial que cubre a las partes; en ellas el dinero actúa como un equivalente económico de las cosas, de los servicios, o del daño producido. Pueden ser, por ejemplo: la construcción de una obra, la entrega de una cosa específica, o la prestación de un servicio en general. Así como las deudas indemnizatorias o compensatorias⁵⁹¹; como las condenas al pago de daños y perjuicios causados al acreedor.

La diferencia entre una deuda de valor y una deuda dineraria, se presenta en el momento anterior a realizar su respectiva liquidación. Esto es así, porque una vez que se procede a hacer la liquidación de una deuda de valor, ya sea por acuerdo de partes o por decisión judicial, ésta “se convierte” en una deuda dineraria.⁵⁹² Por esta razón, se especifica que la deuda de valor tiene cierto carácter transitorio. Las deudas de valor, no son realmente deudas pecuniarias, sino desde que se cuantifican y liquidan.⁵⁹³

⁵⁸⁹ Blasco Gasco, F. (Comp.). Op. Cit. p.115.

⁵⁹⁰ *Ibidem.* p.117.

⁵⁹¹ *Ibidem.* p.118. Los supuestos más frecuentes de *obligaciones de valor*, según el autor O’Callaghan, son hoy en día: los procedentes de las obligaciones nacidas de acto ilícito (la llamada responsabilidad extracontractual; indemnizaciones por el daño causado en un momento determinado); y los procedentes de la responsabilidad contractual, que comprenden la indemnización por incumplimiento total o parcial del contrato (que tienden a restablecer el patrimonio del perjudicado por el incumplimiento). V. O’Callaghan, Xavier. Op. Cit. p. 103.

⁵⁹² Blasco Gasco, F. (Comp.). Op. Cit. p.118.

⁵⁹³ *Ibidem.*

Para justificar el reconocimiento de intereses sobre las obligaciones dinerarias, se dice que si un capital es ajeno, produce para el inversor y deja de producir para el titular.⁵⁹⁴ Razón por la cual, se condena al deudor al pago adicional de intereses sobre la suma adeudada. Con el fin de “compensar”, de cierto modo, el tiempo que estuvo el crédito en manos del deudor; mientras éste incumplió o se atrasó en el cumplimiento de su obligación. Tiempo en el cual, el acreedor pudo haber utilizado ese dinero en su beneficio.

Sabemos que el dinero, además de su valor intrínseco y extrínseco o facial, tiene un valor de tráfico o comercial; que determina su poder adquisitivo. El valor de tráfico del dinero puede variar y sufrir vicisitudes, fluctuaciones y cambios; en períodos de “inflación.” Las fluctuaciones monetarias, pueden producir un desequilibrio prestacional también en períodos de “deflación”; que son menos comunes pero igualmente posibles.⁵⁹⁵ Presentándose el siguiente problema con el poder adquisitivo, según el autor Blasco Gasco:

*“(...) si ha habido inflación, el desequilibrio lo padece el acreedor, el cual recibe menos poder adquisitivo aunque la cantidad dineraria sea la misma; si por el contrario ha habido un período de deflación (lo cual es harto extraño), el desequilibrio lo sufre el deudor, el cual entrega al acreedor un mayor poder adquisitivo, aunque entregue la misma cantidad dineraria.”*⁵⁹⁶

Resulta interesante el cuestionamiento que realiza el mencionado autor, a raíz de las fluctuaciones y alteraciones del valor de la moneda. Este se plantea: “¿Qué debe entregar el deudor de una obligación de dinero: la misma cantidad dineraria o el mismo poder adquisitivo que recibió?”⁵⁹⁷ Con relación a esta problemática, la Sala Primera ha planteado:

“XII. Las dificultades de una economía como la costarricense, con problemas graves de inflación y devaluación monetaria, acarrea un estado de injusticia hacia los acreedores que acuden a la vía

⁵⁹⁴ Lacruz Berdejo, Jose Luis. Op. Cit. p.115.

⁵⁹⁵ Blasco Gasco, F. (Comp.). Op. Cit. pp.118-119.

⁵⁹⁶ *Ibidem.* p.119.

⁵⁹⁷ *Ibidem.*

*judicial para el cobro de sus créditos pecuniarios, pues el paso del tiempo deteriora su poder adquisitivo. En principio, la dificultad se mitiga en las obligaciones de valor, porque al constituir el dinero un equivalente de un bien o un servicio, puede fijarse su monto en el precio actual de éstos al dictarse la sentencia firme.”*⁵⁹⁸

Ante esta dificultad, primeramente, la Sala Primera mantuvo el criterio de que en las obligaciones dinerarias, debía privar el *principio nominalista*. Bajo este principio, el deudor solo debe la suma facial de la deuda; sin importar su desmejoramiento a causa de la inflación u otras variables. El acreedor, sólo puede cobrar los intereses estrictamente pactados por las partes; sin poder reparar por completo, la pérdida causada por la depreciación monetaria. La función del cobro de estos intereses, sería la de compensar la no utilización del metálico por un determinado espacio de tiempo.⁵⁹⁹

Como paliativo a los problemas del nominalismo, se ha dispuesto, entre otras soluciones, la posibilidad de que las partes acuerden la *indexación* de las deudas. Según la Sala Primera, la indexación consiste “*en un mecanismo de reevaluación de la deuda dineraria, en función de los índices oficiales que miden las oscilaciones de la inflación y la devaluación.*” El objetivo de esta técnica, es recomponer el valor intrínseco original de la deuda dineraria, desmejorado por el proceso inflacionario y por el ritmo, bajo el cual, se devalúa el colón.⁶⁰⁰

Esta medida, correspondió al seguimiento de un *principio valorista*; el cual prima el hacer entrega del mismo valor adquisitivo al acreedor, según indica la doctrina.⁶⁰¹ También, la

⁵⁹⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.

⁵⁹⁹ Cfr. *Ibidem*. Al respecto de la aplicación del principio *nominalista* y los casos en que la actualización de lo debido no se había pactado entre las partes V. resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema: No. 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989, 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992; No. 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995; No. 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000 y No. 518 de las 11 horas del 28 de agosto del 2003.

⁶⁰⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No. 795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.

⁶⁰¹ Blasco Gasco, F. (Comp.). Op. Cit. p.119. Según el principio *nominalista*, la prestación pecuniaria viene determinada por un número de unidades de dinero, prescindiendo del valor adquisitivo de las mismas; sin contar si han cambiado desde que nació la obligación y hasta su cumplimiento. Siguiendo este principio, hay una total seguridad jurídica, aún a costa de cierta injusticia que se produce en la realidad. Mientras que, según

implementación de la indexación se fundamentó en el ejercicio de la libertad contractual; permitiendo que las partes pudieran insertar *cláusulas de indexación* en los contratos. La función de las cláusulas de indexación, es el mantenimiento de la ecuación financiera o el sinalagma originario del convenio. A este tipo de cláusulas, se les denomina también *cláusulas de estabilización económica*⁶⁰²

Las cláusulas de estabilización, son “remedios contractuales” establecidos por las partes en beneficio del acreedor. Tienden a corregir los defectos que origina la aplicación del principio nominalista y mantienen el valor adquisitivo, mediante la revalorización de la deuda pecuniaria. De esta forma, evitan los perjuicios derivados de las fluctuaciones dinerarias y cubren el riesgo de la inflación.⁶⁰³

Con respecto a la procedencia de la indexación, en el caso de las deudas dinerarias y las deudas de valor, la Sala Primera indicó inicialmente, en cuanto a este tema, lo siguiente:

*“IV. (...) Siguese de lo anteriormente expuesto que, únicamente las obligaciones dinerarias son susceptibles de ser indexadas, ya sea vía acuerdo expreso (valorismo contractual, v.gr. cláusulas de estabilización o reajuste), o vía ley (valorismo legislativo) o vía jurisprudencia (valorismo judicial); dado que, las de valor, son reajustables “per se”.*⁶⁰⁴

el *valorismo*, el deudor ejecuta la prestación entregando al acreedor el valor adquisitivo del dinero, igual al que tenía en el momento de constituirse la obligación. Afirma el autor O’Callaghan, que esta última es la solución más justa; aunque pueda crear cierta inseguridad jurídica al ser necesaria una continua revalorización de las obligaciones. V. O’Callaghan, Xavier. Op. Cit. p.99.

⁶⁰² Torrealba Navas, Federico. “El Objeto.” Lección #6. Artículo inédito.

⁶⁰³ Blasco Gasco, F. (Comp). Op. Cit. 119-120. Las cláusulas de estabilización son medios correctores del principio del nominalismo, comentado anteriormente; y tienen por objeto estabilizar a las partes en el equilibrio de sus prestaciones. P.e. las cláusulas de interés variable, aplicadas usualmente en los contratos bancarios. V. O’Callaghan, Xavier. Op. Cit. pp.101-103.

⁶⁰⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995. Al respecto la Sala Primera expresó en varias ocasiones, que *“la indexación es viable siempre que sea convencional, es decir, cuando medie acuerdo expreso, no así ante la ausencia de pacto entre las partes, porque no existe norma legal que lo autorice”*. V. Considerando VII. Sala Primera, No.1016 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004.

A falta de asidero expreso en el Derecho positivo, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte tradicionalmente rechazó los reclamos indexatorios no apoyados en una cláusula contractual. Lo anterior, debido a que en el Derecho Privado costarricense, no hay disposiciones expresas sobre la *indexación extraconvencional* de las obligaciones pecuniarias.⁶⁰⁵

Sin embargo, en el año 2004, la Sala modificó este criterio y proclamó la procedencia de la llamada *indexación extraconvencional*.⁶⁰⁶ A partir del reconocido fallo No.1016, de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004, la Sala varió la posición nominalista. Aceptó la posibilidad de realizar un ajuste indexatorio⁶⁰⁷, no solo en caso de que las partes lo hubieran pactado expresamente; sino, en cualquier otro caso en que fuera solicitado por una parte desde la interposición de su demanda.

Dicha sentencia procedió a instaurar y permitir, la *indexación extra-no convencional*; hasta entonces no reconocida en la jurisprudencia. A partir de la custodia del principio constitucional de *reparación integral de los daños* sufridos, se abandonó el nominalismo aplicado en las obligaciones pecuniarias y se acogió la *indexación*; como una medida resarcitoria.⁶⁰⁸ En lo que interesa, el siguiente es un extracto de la resolución No.1016-2004, de la Sala Primera de la Corte:

⁶⁰⁵ Torrealba Navas, Federico. "El Objeto". Op. Cit. En relación con la antigua posición de la Sala Primera, Cfr: Sentencias N° 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989, 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992, 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995, 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000, y 518 de las 11 horas del veintiocho de agosto del 2003; citadas por Torrealba.

⁶⁰⁶ *Ibidem*.

⁶⁰⁷ Comentando este relevante fallo, nos dice Torrealba: "En efecto, en el caso *Zelaya Irias vs. Edificio Central*, la Sala Primera de la Corte reconoció, por primera vez, la posibilidad de decretar judicialmente la *indexación extraconvencional* de obligaciones dinerarias." Torrealba Navas, Federico. "El Objeto". Op. Cit.

⁶⁰⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No.795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005. Según Torrealba, "La laguna normativa fue colmada mediante la aplicación directa del artículo 41 de la *Constitución Política* (el principio constitucional de justicia)." Torrealba Navas, Federico. "El Objeto". Op. Cit.

“VIII. (...) se hace necesario, antes que cualquier otra cosa, el análisis pertinente sobre la procedencia o no de la indexación en el Ordenamiento Jurídico. Ante ello es preciso recordar que en varios antecedentes jurisprudenciales de esta Sala (...) se ha declarado la improcedente indexación extra-convencional en virtud de la inexistencia de una norma legal que así lo disponga. Se ha dicho que “la indexación es viable siempre que sea convencional, es decir, cuando medie acuerdo expreso, no así ante la ausencia de pacto entre las partes, porque no existe norma legal que lo autorice” (...) Empero, luego de una profunda y concienzuda reflexión, se llega al convencimiento de que el referido instituto (indexación no convencional), sí cabe en determinados supuestos obligacionales en que la parte con derecho así lo requiera, todo ello por aplicación directa de la Constitución Política. En efecto, no se requiere de norma legal alguna para el reconocimiento de una pretensión indexatoria, cuando por principio general de Derecho y por Constitución, se establece la obligada y plena reparación de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado. Si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es claro que existe asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago. (...) Habrá de observarse que se dispone la reparación debida de los daños, mandato que va más allá de la simple indemnización de aquéllos. Reparar implica restituir, reponer en lo posible el estado de cosas lesionado a su situación anterior dentro del contexto y valor presente. De esta manera, no se repara sino se repone la suma o el bien debido que corresponde conforme a su valor actual y real establecido a su fecha de pago. La negativa a ello implica cohonestar el pago en cantidad insuficiente, con enriquecimiento injusto y abuso del derecho de quien figura como deudor. Su reconocimiento deriva de la simple y adecuada proyección del derecho constitucional a una justicia cumplida y sin denegación, que el mismo precepto declara con absoluta energía y claridad. No hay justicia cumplida y efectiva sin restitución plena de lo debido.”⁶⁰⁹

La citada resolución estableció, entre otras cosas, que la indexación debe ser solicitada por la parte interesada desde el inicio del proceso; es decir, dentro de las pretensiones materiales

⁶⁰⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1016 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004.

de su demanda. Asimismo, dispuso que sólo procederá la indexación cuando se trate de obligaciones dinerarias, sean puras; o por la liquidación definitiva de una deuda de valor.⁶¹⁰

Específicamente, en cuanto a las obligaciones de valor, la Sala Primera ha explicado que es difícil hablar de indexación frente a las mismas; en razón de que la condena indemnizatoria establecida en ellas es --en principio-- hecha a valor actual o presente. Indica la Sala:

*“IV. (...) Sobre este particular, la doctrina afirma que la obligación de valor posee elasticidad y plasticidad suficientes en su monto, permitiendo una conversión permanente a valores reales, mediante un mecanismo propio, determinado por la mutabilidad o variabilidad de su objeto en cuanto a su traducción monetaria.”*⁶¹¹

Una vez establecida una obligación de valor en el fallo (como el caso de una condena a indemnizar los daños y perjuicios causados), esta deuda se convierte en una suma líquida y exigible; o sea, en una deuda dineraria. Hasta este momento, según la Sala Primera, se puede proceder a indexar la obligación de valor. En la etapa de ejecución de sentencia, el acreedor puede recuperar lo dejado de percibir entre el tiempo de la liquidación de la obligación --hecha por el fallo principal que se pretende ejecutar-- y la firmeza de la sentencia de ejecución. En este sentido, explica la Sala:

“IX. (...) Esto permite sostener que la indexación como tal, cobra sentido esencialmente respecto de las obligaciones dinerarias, sobre las que no existe duda en su procedencia (...) No obstante lo dicho, hay que reconocer que la fijación del monto indemnizatorio y la firmeza de la sentencia condenatoria, aún en las obligaciones de valor, suelen tener entre sí considerables espacios temporales, que automáticamente desactualizan el monto concedido oportunamente. Bajo estas

⁶¹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1016 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004. Este fallo, también dispuso que el índice correspondiente para realizar la revaloración o indexación dineraria, debe ser el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Índice establecido en el artículo 15 de la Ley No. 7839, del Sistema de Estadística Nacional; proporcionado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos. Cfr. con Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.

⁶¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

*circunstancias, debe puntualizarse que en ejecución del fallo (siempre y cuando la sentencia principal lo haya establecido, por expresa solicitud de parte), podría efectuarse la operación indexatoria, que cubriría el período comprendido entre el establecimiento del monto otorgado a título de condena y la firmeza de la sentencia. Ello sería posible en virtud de que aquella que originariamente fue de valor, es, después de fijado el monto indemnizatorio concreto, una obligación dineraria más. (...)*⁶¹²

Cabe indicarse que, la solicitud de indexación de una deuda, no impide que el acreedor realice el cobro de intereses corrientes o moratorios, simultáneamente.⁶¹³ Lo anterior se justifica, según la Sala Primera, en las siguientes consideraciones:

*“XII. (...) la solicitud de indexación no impedirá, de manera simultánea, el cobro de intereses corrientes o moratorios, por dos razones distintas. La primera, ya que el IPC no es un índice que contemple el pago de tales frutos civiles, por lo tanto no habría un doble pago del mismo extremo. El segundo motivo concierne a las características propias de la indexación y de los intereses. Como se indicó líneas atrás, aquella corresponde a una revaluación de la deuda en vista del deterioro causado por la inflación y la devaluación, mientras que los últimos proporcionan a una compensación económica ante la imposibilidad, para el acreedor, de aprovechar el dinero o sacar un beneficio de éste, si lo prestase con ánimo de lucro. En otras palabras, el objetivo de la prestación de intereses no es cubrir el deterioro de la deuda principal por el proceso inflacionario y la devaluación crónica de la moneda, sino el rendimiento económico dejado de percibir. Por ende, cuando se indexa el capital debido, no habrá doble cobro si, paralelamente, se dispone el pago de intereses sobre la suma debida, aún y cuando estas últimas se calculen sobre bases o parámetros inflacionarios, o bien, financieros. Cabe agregar que el monto sobre el cual se calcularán tales frutos civiles dependerá de la firmeza del fallo en que se disponga indexar la obligación. Por eso, antes de tal carácter firme, los intereses serán valuados sobre el monto original de la deuda y, sólo después de dicho cálculo, podrán computarse sobre la base de la cantidad ya actualizada. (...)*⁶¹⁴

⁶¹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1016 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004.

⁶¹³ Ibidem.

⁶¹⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.

Además de las cláusulas de estabilización económica, las partes pueden utilizar otros remedios que tiendan a evitar la desvalorización de la moneda, en concreto, del valor de la cantidad entregada. Una de las funciones que puede realizar el *pago de intereses* es, precisamente, el mantenimiento del poder adquisitivo del dinero; de manera que los intereses se calculen de acuerdo con las previsiones de la inflación.⁶¹⁵

Según alguna doctrina y la Sala Primera, el reconocimiento de interés sobre el monto de una deuda, es un mecanismo que repara la pérdida que sufre el acreedor al no tener el dinero en su haber. Asimismo, se busca desincentivar la mora en el deudor; quien sabe que deberá reconocer una suma por concepto de intereses, por cada día que deje de cumplir con su obligación.⁶¹⁶ En cuanto al fundamento jurídico del cobro de intereses, expone dicha Sala:

“VII. En toda economía de mercado se da por supuesto que el deudor debe reconocerle a su acreedor los frutos civiles (intereses) que deja de percibir por la falta de disponibilidad del capital (pago por el uso del dinero y posposición de su consumo). Ahora bien, para que el dinero cumpla su conocida función de medida de valor (cuantificación de los bienes y servicios), y en el supuesto concreto de la reparación pecuniaria del daño, es menester tomar en consideración un factor de gran trascendencia, cual es la depreciación monetaria, que se traduce, concretamente, en la pérdida de valor real de cambio o poder adquisitivo del dinero, como consecuencia del incremento de la inflación o del nivel general de precios, aspecto que en periodos inflacionarios le puede irrogar al damnificado un serio y evidente daño o menoscabo adicional. En esta tesitura, si no se reajusta el cuántum de la obligación, el acreedor-damnificado, se expone a que se le pague con una suma nominal que no responde al valor real de la obligación. (...) En ese sentido, la tasa de interés, integrada, mínimamente, por el costo del dinero y la inflación, se orienta a resarcirle al acreedor el daño, representado por la depreciación de

⁶¹⁵ Blasco Grasco, F. (Comp). Op. Cit. p.120.

⁶¹⁶ Según opina el Lic. Torrealba, “no queda clara la relación entre la *tasa de indexación* y la *tasa de interés*. Como vimos, una de las funciones de la tasa de interés —tanto convencional como legal— es la indexación de crédito a fin de que el capital conserve su valor original.” Así las cosas, considera el autor que: “Presuponiendo que se acoja el reclamo indexatorio y, además, la liquidación de intereses sobre el capital indexado, se estaría ante una doble indemnización del mismo daño, a saber: el daño emergente por la disminución del capital por efecto de la inflación.” Torrealba Navas, Federico. “El Objeto”. Op. Cit.

la moneda (pérdida del valor real) y el perjuicio consistente en la ganancia que deja de percibir al no poder disponer lucrativamente del capital.” ⁶¹⁷

Nuestro Código Civil, contiene varias disposiciones que justifican el reconocimiento de intereses sobre las deudas. De forma general, podemos fundamentar lo anterior en la disposición 632 de dicho Código, la cual estipula que: *“Las causas productoras de obligación son: los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos, y la ley.”*

El Código Civil prevé la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, ya sea por el incumplimiento del deudor, o por cualquiera que cause un daño a otro. La responsabilidad civil puede surgir, en general, del incumplimiento del deber generico de no causar daños a otros --Artículo 1045, del Código--; o del incumplimiento de un contrato –el Artículo 702 del Código. ⁶¹⁸

Como complemento de los artículos mencionados anteriormente, el numeral 706 del Código Civil, dispone: *“Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo.”*

En relación con los contratos que tienen por objeto una suma de dinero, o cualquier otra mercadería o cosa mueble, el Código señala que las partes pueden fijar el “interés que estimen conveniente”, debiendo estipularlos de forma escrita (Artículo 1162). Por su parte, el Artículo 1163 agrega:

⁶¹⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49 de las 15:00 horas del 19 de mayo de 1995.

⁶¹⁸ Baudrit Carrillo, Diego. (2006) “El interés indemnizable por incumplimiento, en general, y en especial, en los contratos bilaterales con ocasión de la declaratoria de la resolución”. *Revista Ivstitia*. No. 240, Año (20). p. 22.

“Artículo 1163: Cuando la tasa de interés no hubiere sido fijada por los contratantes, la obligación devengará el interés legal, que es igual al que pague el Banco Nacional de Costa Rica por los certificados de depósito a seis meses plazo, para la moneda de que se trate.”

El Código de Comercio costarricense, define en su Artículo 497, el concepto de *interés convencional* y el de *interés legal*, indicando en lo que interesa:

“Artículo 497: Se denomina interés convencional el que convengan las partes, el cual podrá ser fijo o variable. (...) Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual a la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para operaciones en moneda nacional, y a la tasa “prime rate” para operaciones en dólares americanos. Las tasas de interés previstas en este artículo podrán utilizarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluyendo las documentadas en títulos valores.”

Específicamente, cuanto al pago de intereses en el caso de las obligaciones dinerarias, la Sala Primera ha dispuesto que puede contemplarse a partir del momento en que la obligación resulte exigible. Es decir, que permite el pago de *intereses retroactivos* a la fecha en que fue dictado el fallo o sentencia principal. De este modo, explica que:

“X. (...) cuando la obligación es de las llamadas de dinero o pecuniarias, los daños y perjuicios reclamables consisten en el pago de los intereses moratorios calculados al tipo estipulado, o, en ausencia de estipulación al respecto, al tipo de cambio legal, que es el que paga el Banco Nacional de Costa Rica para los certificados de depósito a seis meses plazo, para la moneda de que se trate (artículo 1163 del Código Civil). Dicho plazo deberá contarse a partir del vencimiento del plazo estipulado y, en defecto de convención, a partir del momento en que la obligación resulta legalmente exigible. Del interés moratorio, (cuya finalidad es la de resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el deudor le ha irrogado con el retardo en la restitución del capital adeudado en el tiempo acordado), debe distinguirse el interés lucrativo o compensatorio, cuya finalidad es retribuir el

*uso del capital ajeno” (N°68, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las 15:20 horas del 28 de junio de 1996). ”*⁶¹⁹

Por otra parte, según la jurisprudencia de esta Sala, las *obligaciones de valor* tienen un contenido intrínsecamente ajustable al precio o valor actual. Razón por la cual, la Sala ha concedido intereses moratorios sobre deudas de valor, tan sólo a partir de que la sentencia adquiere firmeza.⁶²⁰ La Sala ha dictado que *“lo procedente es que la obligación de valor una vez fijada o determinada (reducida a numerario) y habiendo adquirido firmeza la sentencia que le pone término al proceso plenario o declarativo, esto es, transformada en una obligación dineraria, devengue intereses.”*⁶²¹

Tradicionalmente, la Sala Primera ha elaborado una sólida jurisprudencia en el sentido de que el pago de intereses retroactivos a la declaratoria de una deuda, hecha en sentencia, solo procede tratándose de las obligaciones dinerarias. No así, en el caso de las obligaciones de valor:

*“X.- También se ha aclarado que las deudas de valor (dentro de las que se cuenta la de indemnizar daños y perjuicios), en el caso de que su cuantía pecuniaria se determine en sentencia firme, se transforman en una obligación dineraria que devenga intereses. En lo que respecta a las deudas de valor, el pago de intereses sobre el principal debe correr a partir de la firmeza del fallo condenatorio, ya que no es sino hasta este momento que se determina la deuda. En este caso el Tribunal no puede aplicar intereses desde la producción del hecho generador o desde una fecha anterior al dictado de la sentencia condenatoria, ya que, antes de la firmeza de ésta, se está ante una obligación de valor cuyo monto pecuniario es determinable pero no determinado.”*⁶²²

En relación con el tema de la procedencia del pago de intereses, en ambas clases de obligaciones, comentaremos algunos casos resueltos por la Sala Primera. En primer lugar,

⁶¹⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.731, de las 10:55 horas del 25 de diciembre del 2002.

⁶²⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1016, de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004.

⁶²¹ V. Considerando VII, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49, de las 15:00 horas del 19 de mayo de 1995.

⁶²² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 731, de las 10:55 horas del 25 de diciembre del 2002.

examinaremos un caso en el que un tribunal civil de segunda instancia, resolvió condenar al demandado al pago de intereses legales; calculados a partir de la firmeza de la resolución de fondo.

Los intereses concedidos por el tribunal civil, fueron calculados sobre los extremos concernientes a reparar los daños: corporal, psíquico, estético, moral; y de menoscabo al entorno, o vida en relación, del actor. Adicionalmente, la sentencia reconoció el valor de un automóvil destruido y de varios gastos médicos; generados con ocasión de un percance automovilístico. Sobre los extremos concedidos por el tribunal, dispuso la Sala Primera:

*“XIII. (...) se trata de obligaciones de valor, ya que lo otorgado es un monto equivalente a tales menoscabos patrimoniales, los cuales no tienen un quantum monetario intrínseco y no serán deudas líquidas antes de que el juez disponga la suma a ser pagada.”*⁶²³

Específicamente en cuanto al reconocimiento de los gastos médicos, la Sala expuso que a diferencia de los otros daños, se tenía certidumbre sobre su monto. Afirmó, que solo se requería constatarlos a través de las facturas y recibos; en los cuales se estableciera con claridad el valor de los bienes y servicios, con ocasión del tratamiento para mejorar la salud del actor. Indicó que estos se trataban, en realidad, de una obligación dineraria; por corresponder a un monto líquido y no a uno cuantificable con posterioridad –como en las de valor.⁶²⁴

⁶²³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.

⁶²⁴ *Ibidem*. Cfr. Considerando VIII. En general, una indemnización por un daño causado podría comprender, por ejemplo, una suma por concepto de gastos médicos generados a raíz de un accidente. En el caso, la Sala estimó que estos gastos constituían una obligación dineraria, por ser cuantificables en dinero. Sin embargo, en nuestro criterio, siguen siendo una obligación de valor; al ser parte de una indemnización, o compensación por el daño causado. No habiendo sido establecida como una deuda dineraria específica, sino liquidada posteriormente en el proceso judicial. La Sala ha estimado que *“tanto el daño emergente (patrimonial y moral), como el lucro cesante, son perfectamente cuantificables en dinero efectivo, por lo que al ser imposible la reparación en especie, la condena se realiza en dinero.”* Lo cual justifica el porqué las obligaciones de valor se cuantifican igualmente en dinero, sin que pierdan su naturaleza. V. Considerando V, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; No.49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

Consecuentemente, la Sala estimó que debía modificarse la sentencia del tribunal civil, para otorgar los intereses legales sobre el monto de los gastos médicos, desde la fecha en la cual se hicieron dichas erogaciones. Además, la Sala dispuso que a los intereses se le aplican las mismas reglas, en cuanto a la diferencia entre las obligaciones de valor y las dinerarias, de la indexación. Más adelante, también indicó:

*“XIII. (...) Cuando se trate de las primeras, (se refiere a las obligaciones de valor) ha resuelto de manera reiterada esta Sala, no puede haber pago de intereses sino a partir de la firmeza del fallo de fondo, pues hasta ese momento, (...) es que se establece un monto líquido debido y la prestación adquiere el carácter de dineraria. (...) Por consiguiente, no será posible sino hasta que el fallo alcance el carácter de definitivo, la posibilidad de cobrar intereses sobre el mismo. (...)”*⁶²⁵

En otro caso en concreto, la actora presentó un proceso ordinario contra el Estado y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz; a raíz de un choque que sufrió contra un poste de transmisión eléctrica, colocado en la vía pública. La actora, en su calidad personal y como representante de una sucesión, solicitó a las demandadas el resarcimiento de los daños y perjuicios, derivados de dicho percance.⁶²⁶

Adicionalmente, reclamó el pago de intereses legales sobre los montos otorgados en sentencia; solicitando que fuesen calculados desde la fecha de la presentación de su demanda y hasta su efectivo pago. Solicitó, además, una suma adicional equivalente a la depreciación de cada colón reconocido por daños y perjuicios, desde dicha fecha y hasta su efectivo pago.

El Juez declaró con lugar la demanda con respecto al Estado, a quien condenó a pagarle a la actora el costo de varios servicios odontológicos (realizados en la actora, a raíz del choque); un monto por servicio de remolque y una suma por daño moral. A favor de la sucesión representada por la actora, se ordenó el pago de un monto por reposición del vehículo dañado. Además, se

⁶²⁵ *Ibidem.*

⁶²⁶ *Cfr.* Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

condenó al Estado al pago de intereses sobre dichos rubros, a partir del 13 de enero de 1984; al 6% anual, hasta el 28 de octubre de 1990. Y a partir del 29 de octubre de 1990 y hasta su efectivo pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 1163 del Código Civil.

Al resolver el recurso de casación interpuesto, la Sala analizó las solicitudes del pago de intereses legales y de una suma por concepto de depreciación monetaria, a título de daños y perjuicios, de la siguiente forma:

“IX. En el sub-exámene, la parte actora pretende el pago de intereses legales sobre el principal (extremo c de la petitoria), y adicionalmente el reajuste del capital (extremo ch) de la petitoria), se trata de dos fórmulas de corrección monetaria paralelas que se excluyen, dado que, sendas figuras tienden a compensar la pérdida del valor real de la moneda. (...) Los jueces de grado además de acoger el extremo relativo al pago de los intereses legales desde el 5 de agosto de 1983, procedieron a conceder el pago de una suma adicional por concepto de "depreciación de cada colón reconocido por daños y perjuicios de hoy hasta su efectivo pago...", la que fue fijada "...en la diferencia entre el valor de los intereses de los certificados a seis meses plazo en el sistema que ahora se utiliza, menos el seis por ciento de interés legal de entonces..." durante el período comprendido del 5 de agosto de 1983 al 28 de octubre de 1990. Ahora bien, lo primero que cabe señalar es que según la jurisprudencia citada, el pago de intereses sobre el principal debe correr a partir de la firmeza del fallo condenatorio, pues no es sino hasta ese momento que se determina el monto de los daños y perjuicios. Antes de él, es decir durante el período que va de la interposición de la demanda al dictado de la sentencia, estamos ante una obligación con un objeto indeterminado o abstracto, que se concretará en el fallo. Como es de suponer, por otra parte, que el monto de daños y perjuicios que finalmente fije y liquide el Tribunal corresponderá al valor real del daño, cualquier desequilibrio surgido con posterioridad debe compensarse con el pago de intereses sobre la obligación pecuniaria que tiene por título la sentencia. Síguese de lo anteriormente expuesto, que el único mecanismo de corrección monetaria aplicable al caso es la tasa de interés legal fijada por el art. 1163 del Código Civil, que según ya se dijo debe computarse a partir de la firmeza de la sentencia condenatoria. (...)

XI. Bajo esta inteligencia procede declarar con lugar el recurso de casación, pero únicamente en el extremo relativo a la aplicación de la tasa de interés legal a partir del 5 de agosto de 1983, y en lo referente a la depreciación concedida, vía ajuste de la tasa de interés legal, para el lapso anterior a la

reforma introducida por la Ley 7201 del 10 de octubre de 1990; pronunciamientos que se deben amular y en su lugar (...) se debe revocar la sentencia del Juzgado para declarar que el Estado pagará intereses sobre el principal al tipo que paga el Banco Nacional de Costa por los certificados de depósito a seis meses plazo, y que esos réditos serán exigibles a partir de la firmeza del fallo.”⁶²⁷

Con respecto a la naturaleza jurídica de la obligación de valor y la posibilidad de cobrar intereses sobre esta clase de deudas, con posterioridad a su liquidación mediante una sentencia, la Sala Primera señala:

“V. En lo relativo a la naturaleza jurídica de la obligación de valor la doctrina ha señalado que se asemeja, durante su nacimiento y desarrollo, a las obligaciones "in natura" en cuanto no se afectan con las variaciones monetarias (...) Sin duda, la obligación de resarcir los daños y perjuicios, consecuencia de un hecho ilícito, es una obligación de valor (...) VI. Tocante a la índole de obligación de valor, consistente en el deber a cargo de la Administración de resarcir los daños y perjuicios irrogados a las actoras, y la supuesta imposibilidad de aplicar a la especie el ordinal 706 del Código Civil, es menester indicar que tanto el a quo como los jueces de grado procedieron a fijar la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados en virtud de haberse acreditado suficientemente en autos su existencia y extensión (art. 62, inciso c, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Al haber sido traducida la obligación de valor en una obligación de pagar una cantidad líquida, exigible y determinada, resulta perfectamente posible la aplicación del artículo 706 del Código Civil. De consiguiente, se está frente a la hipótesis de una obligación que se resuelve, finalmente, en un pago en dinero, que resulta al traducir aquel valor, en un momento dado, a dicha expresión monetaria. No debe perderse de vista que tanto el daño emergente (patrimonial y moral), como el lucro cesante, son perfectamente cuantificables en dinero efectivo, por lo que al ser imposible la reparación en especie, la condena se realiza en dinero. Resulta de suma importancia añadir que el pago de intereses moratorios de carácter legal en una obligación extracontractual (deber de resarcir), debe determinarse a partir de la firmeza del fallo y no antes, pues la obligación de indemnizar los daños y perjuicios tiene por objeto o prestación un valor abstracto no determinado ni sujeto a unidad de medida alguna (ver sobre este particular Sentencia de esta Sala No. 108 de las 15 horas del 10 de julio de 1992). Por consiguiente, el artículo 706 del Código Civil resulta aplicable

⁶²⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

*para calcular los intereses moratorios a partir de la firmeza del fallo condenatorio en el cual se ha liquidado o determinado con exactitud el "quantum" de los daños y perjuicios, no antes. Bajo este predicado, el Tribunal sentenciador no puede aplicar intereses desde la producción del hecho generador o desde una fecha anterior al dictado de la sentencia condenatoria, ya que, antes de la firmeza de ésta, se estaría ante una obligación de valor cuyo monto pecuniario es determinable pero no determinado."*⁶²⁸

De seguido, comentamos otro caso en particular. En él, la actora pretendía el pago por parte de la empresa demandada, de una suma correspondiente a la elaboración de un anteproyecto y unos planos constructivos. Solicitó el reconocimiento de los intereses legales desde el día en que, supuestamente, la demandada se comprometió a cancelarle sus honorarios profesionales y hasta su efectivo pago.

La sentencia del juzgado de primera instancia, declaró con lugar la demanda. Se ordenó al demandado, cancelar la confección de dicho anteproyecto y planos constructivos; así como al pago de los intereses a partir de la firmeza del fallo. El tribunal superior civil, confirmó dicha sentencia. La Sala Primera, resolvió el recurso de casación respectivo y señaló:

"III. El apoderado especial judicial de la sociedad actora y el representante de la sociedad demanda, formularon recurso de casación. La parte actora achaca al fallo, violación directa de la ley. Alega conculcados el inciso c) del artículo 296 del Código Procesal Civil, el artículo 418 del Código de Comercio y los artículos 706, 774 y 1163 del Código Civil, porque en su criterio, debió condenarse a la sociedad demandada al pago de los intereses a partir del momento en que no realizó el pago de los servicios prestados por su representada. Fundamenta el recurso estableciendo la diferencia entre las sentencias declarativas y las constitutivas, y con ello pretende se quiebre el fallo para que en su lugar, se ordene el pago de intereses a partir del momento en que era exigible la obligación reclamada. Aduce que el proceso de devaluación e inflación evita que su representada reciba el principal porque esos fenómenos habrían absorbido el valor del mercado del dinero. (...) IV. En lo que respecta a las deudas de valor, el pago de intereses sobre el principal debe correr a partir de la firmeza del fallo

⁶²⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

*condenatorio, ya que no es sino hasta ese momento que se determina la deuda. En el presente caso, Silva & Rojas S.A. no demostró que el monto acordado como honorarios con Arrendamientos Ana S. A. hubiera sido de €5.879.863, por lo que tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal Superior, consideraron dicho extremo como no probado, consecuentemente, al no tratarse de una obligación de dinero no puede condenarse a pagar intereses desde la producción del hecho generador o desde una fecha anterior al dictado de la sentencia condenatoria, sino a partir de la firmeza de ésta. No se producen entonces los quebrantos legales señalados por el recurrente, por lo que se impone desestimar el recurso. (...)"*⁶²⁹

Para complementar el análisis de la doctrina sobre el tema del reconocimiento de intereses, podemos mencionar un ejemplo de las más recientes disposiciones aplicadas para resolver arbitrajes de derecho comercial internacional. Específicamente, nos referimos a lo dispuesto al respecto, en los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional.

En concordancia con la jurisprudencia nacional judicial, el inciso 1) del Artículo 7.4.9 de UNIDROIT, indica que los intereses por falta de pago de una obligación dineraria deben computarse a partir del momento en que se venció la obligación; y hasta el momento de su efectivo pago. El texto completo de dicho artículo, indica:

*"Artículo 7.4.9. (Intereses por falta de pago de dinero):(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago. (2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago. (3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños."*⁶³⁰

⁶²⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.36, de las 15:40 horas del 10 de enero del 2001.

⁶³⁰ V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, en: <http://www.unidroit.org>.

En cuanto al cobro y forma de pago de los intereses derivados de las obligaciones de valor, encontramos que el *Artículo 7.4.10* de UNIDROIT dispone, de una forma contraria a la jurisprudencia nacional judicial, que los intereses derivados de la indemnización por incumplimiento contractual deben calcularse a partir del momento en que se incumple la obligación –y no a partir del fallo principal, que dispone y liquida su cuantía; como se indica en la jurisprudencia de la Sala Primera--. El artículo mencionado, establece:

*“Artículo 7.4.10. (Intereses sobre el resarcimiento): A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.”*⁶³¹

Como conclusión podemos establecer que, la jurisprudencia judicial dominante de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, solo permite conceder el cobro de intereses *retroactivamente* – o sea, desde fechas anteriores al dictado de la sentencia principal—en el caso de las obligaciones dinerarias. El cobro de intereses retroactivos, intenta reparar la pérdida del valor adquisitivo del capital; tratando de que los acreedores no reciban como pago la misma suma adeudada, sino, una suma equivalente en la actualidad al capital adeudado.

Para el caso de las sumas adeudadas por incumplimiento de obligaciones de valor, la jurisprudencia judicial ha establecido que estas deudas son actualizadas por sí mismas; al ser liquidadas por las partes y fijadas por el juez, en sentencia. Es decir que, durante o al final del proceso judicial, estas sumas que antes eran indeterminadas son liquidadas al valor presente; para llegar a indemnizar los daños y perjuicios causados. Por lo tanto, no ha sido permitido el cálculo de intereses retroactivos, en el caso de las obligaciones de valor.

De esta forma, la jurisprudencia judicial dominante reconoce que, en las obligaciones de valor, pueden computarse intereses únicamente a partir de la firmeza del fallo; y hasta su

⁶³¹ *Ibidem.*

respectiva ejecución. Pues hasta el momento del dictado de la sentencia, se convierten en deudas dinerarias, exigibles y líquidas. Así lo ha establecido la Sala Primera, indicando:

*“(...) La fecha de la sentencia definitiva es la más próxima al del pago de la indemnización, por lo cual, en principio, debe ser el parámetro temporal para fijar la indemnización justa y plena. La deuda concerniente a la indemnización es de valor y no de dinero.”*⁶³²

A continuación, analizaremos algunos laudos arbitrales, en los que encontramos disposiciones interesantes en torno a este tema.

⁶³² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 106, de las 14:30 horas del 16 de noviembre de 1994.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: Caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.*, contra *Saret de Costa Rica, S.A.*⁶³³

A. Resolución del caso.

Anteriormente comentamos lo resuelto en el laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral *ad hoc*, en el caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.*, contra *Saret de Costa Rica, S.A.*; denominadas en adelante como CHDJ y Saret, respectivamente. El tema analizado fue la figura jurídica del caso de fuerza mayor. En esta ocasión, examinaremos dicho laudo en cuanto al punto del reconocimiento de intereses retroactivos, sobre obligaciones de valor.⁶³⁴

En el presente proceso arbitral, la empresa Saret solicitó que se declarara que CHDJ debía reconocerle los intereses “sobre los extremos concedidos en el presente laudo, desde que cada rubro fue exigible, hasta el momento de su efectivo pago.” Asimismo, Saret requirió que se determinaran y cuantificaran:

“1. El tipo de interés aplicable. 2. El momento de inicio del cargo de intereses correspondiente a cada partida concedida. 3. Los montos liquidados a cargo de la Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., por concepto de intereses.”

Por otra parte, la pretensión de la compañía CHDJ en cuanto al tema de los intereses, fue planteada de la siguiente forma:

⁶³³ Laudo arbitral del 12 de julio del 2002. Tribunal Ad Hoc. Este laudo arbitral fue comentado anteriormente, por lo que prescindiremos del resumen del objeto general de la controversia entre las partes. Al efecto, V. Capítulo I, del Título II de la presente tesis.

⁶³⁴ V. Laudo arbitral, Op. Cit; Capítulo 33, titulado: “Reconocimiento de Intereses”. El cual resuelve los reclamos r), de la empresa CHDJ y 15), de la empresa Saret. p.33-1 a 33-9.

“Que como consecuencia de dicho incumplimiento, Saret de Costa Rica, S.A., debe pagar a Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., intereses sobre las sumas reclamadas (...). Por modificarse el monto de los intereses correspondientes a esas sumas de manera diaria, la condenatoria de los mismos debe establecer que correrán hasta el día de su efectivo pago por parte de los deudores.”

En este caso, el tribunal arbitral fijó varias fechas a partir de las cuales se iniciaría el cómputo de los intereses, sobre las sumas concedidas en el laudo. Se definieron fechas anteriores al dictado del laudo, como puntos de inicio para el cálculo de los respectivos intereses. Para establecerlas, el tribunal arbitral valoró las circunstancias de cada pretensión declarada con lugar.

El tribunal arbitral dispuso que el tipo de interés aplicable fuera el correspondiente a los promedios de las tasas activas utilizadas por los bancos estatales, reportados semanalmente por el Banco Central de Costa Rica, para el sector de la construcción.⁶³⁵ Posteriormente, los árbitros elaboraron unas tablas que contenían cada una de las pretensiones declaradas con lugar en el laudo; el monto de la condena concedida y la fecha de inicio para el cómputo de los intereses sobre cada suma.

A continuación, transcribiremos dos de las tablas elaboradas por el tribunal arbitral en el laudo; en las cuales se detallaron las fechas determinadas para proceder a contabilizar el pago de los intereses. En la siguiente tabla, detallan el total de reclamos hechos por CHDJ, que fueron declarados con lugar:

⁶³⁵ El Tribunal indicó que a menos que las partes ya hubieran fijado, previamente, un interés específico para algunas de las obligaciones del contrato, la mencionada, sería la tasa de interés aplicable. V. Punto #1, del Considerando 33.2.1., del laudo arbitral.

Reclamos de Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L.	Monto otorgado por el Tribunal de Arbitraje	Fecha de inicio del cálculo de intereses	Posición de los árbitros
c) Liquidated Damages	\$1,192,287		Unánime
1er pago mensual	(\$203,902)	15JUN99	
2do pago mensual	(\$116,698)	15JUL99	
3er pago mensual	\$277,660	14AGO99	
4to pago mensual	\$499,159	13SET99	
5to pago mensual	\$581,394	13OCT99	
6to pago mensual	\$154,674	24OCT99	
e) Multa del ICE	\$288,176	01FEB00	Unánime
f) ACRES	\$13,849		Mayoría árbitros Corrales Quesada y Llach Cordero
Factura DJP8/0199	\$2,280	15MAR99	
Factura DJP9/0299	\$5,183	06ABR99	
Factura DJP10/0599	\$628	07JUL99	
Factura DJP13/1299	\$5,758	11ENE00	
g) Reparaciones en Línea de Transmisión	\$14,708	05NOV00	Unánime
h) Reparaciones en Quebrada Quebradón	\$45,865	01DIC00	Unánime
j) Prima seguro "Delay start up"	\$50,000	20JUL98	Unánime
m) Cierre emergencia compuerta antecámara	\$10,000	10ENE01	Unánime
n) Trabajos pendientes ("Punch list")	\$21,267		Unánime
Instalación del límite de carrera	\$1,299	30JUL01	
Reparación de erosión en ambas orillas del río	\$2,360	LAUDO	
Pintura piso de casa de máquinas	\$108	30MAR01	
Sustituir codos defectuosos	\$16,500	02ENE02	
Desmovilización	\$1,000	LAUDO	

Asimismo, el laudo incluyó la siguiente tabla, que contiene los reclamos de la empresa Saret, aceptados por los árbitros:

Reclamos de Saret de Costa Rica, S.A.	Monto otorgado por el Tribunal de Arbitraje	Fecha de inicio del cálculo de intereses	Posición de los árbitros
1. Disponibilidad del Sitio Línea de Transmisión	\$153,610	24ENE99	Mayoría árbitros Corrales Quesada y Llach Cordero
2. Disponibilidad del Sitio Quebrada Quebradón	\$210,964	16MAY99	Mayoría árbitros Corrales Quesada y Llach Cordero
3. Condiciones adversas del clima	Nota a)		
4. Botaderos	\$59,402	25DIC98	Unánime
5. Paso Río Chirripó	\$12,681	20NOV99	Unánime
6. Leesville	\$57,124	20ENE99	Unánime
8. Cargos indebidamente descontados	\$79,530		Unánime
Descuento por deuda NWP	\$50,880	04JUL97	
Custodia bono ecológico	\$65	27ENE98	
Comisiones por garantía ecológica	\$1,400	04AGO98	
Pago de impuestos por importación	\$7,055	21OCT98	
Pago de impuestos por importación	\$1,730	10NOV98	
Pago de impuestos por importación	\$2,600	24DIC98	
Depósito de garantía de máquina	\$799	24DIC98	
Comisiones por garantía ecológica	\$521	03FEB99	
Custodia bono ecológico	\$73	03FEB99	
Comisiones por garantía al ICE	\$6,386	25FEB99	
Comisiones por bono ecológico	\$311	11MAY99	
Comisiones por bono ecológico	\$71	03JUN99	
Últimos cargos descontados (17 ítemes)	\$7,638	31OCT99	
9. Saldo adeudado del contrato:	\$1,239,000		Unánime
Factura N°28	\$59,378	01FEB00	
Retenciones	\$1,179,622	Nota b)	
11. Canal de descarga y obras adicionales	\$11,777	29DIC99	Unánime

El laudo arbitral analizado, fue remitido a las partes el 12 de julio del 2002. Si observamos las fechas dispuestas por los señores árbitros, como fechas de inicio para el cálculo de los intereses, nos daremos cuenta que todas son anteriores al dictado del laudo. Es decir, se está aplicando un cálculo de intereses retroactivos al fallo o sentencia principal.

Para comprobar la procedencia de efectuar el cálculo de intereses de esta forma, es necesario analizar si en el presente laudo, las sumas concedidas fueron generadas por obligaciones *dinerarias*, o por obligaciones *de valor*. Analizaremos este punto, a continuación.

B. Análisis final del laudo arbitral.

Según nos indica la jurisprudencia judicial dominante y la doctrina sobre el tema del reconocimiento de intereses retroactivos, el cómputo de intereses de forma retroactiva se permite solo en el caso de las obligaciones dinerarias. Estas necesitan ser reajustadas, con el fin de evitar los efectos perjudiciales de las alteraciones del valor de la moneda; que sufren las deudas de una suma de dinero.

No ocurre lo anterior, en el en el caso de las obligaciones de valor. Las cuales llegan a ser determinadas hasta que son liquidadas –a un valor presente-- por las partes o por el juez, en sentencia. Estas surgen con posterioridad al contrato.

Observando lo resuelto en cuanto al tema del reconocimiento de intereses legales, en el presente caso, constatamos que algunas de las fechas dispuestas para el inicio del cálculo de los mismos, no recibieron una aprobación unánime por parte del tribunal arbitral. Nos referimos, específicamente, al reclamo f) de CHDJ, titulado: *ACRES*; y los reclamos 1) y 2) de

Saret, titulados respectivamente: *Disponibilidad del sitio línea de transmisión y Disponibilidad del sitio Quebrada Quebradón*.⁶³⁶

En los reclamos mencionados, uno de los árbitros --el Ing. Lara Eduarte-- se apartó de la posición de la mayoría de sus homólogos. El árbitro Lara, consideró que la obligación de pago de esos extremos específicos se había originado solamente en el laudo arbitral; y no previamente al dictado de éste. Al respecto, dicho árbitro indicó:

“No fue sino hasta después de la terminación de las obras, con la presentación de la Demanda, y la Contrademanda, que las partes conocieron la posibilidad de una responsabilidad derivada de esos reclamos, posibilidad que se materializó en el laudo. Por lo tanto, se inician en la fecha del laudo y no antes.”

Si analizamos, por ejemplo el reclamo f) de CHDJ, nos damos cuenta que este versaba sobre una petición de reintegro del pago de unos honorarios profesionales; que serían cancelados a unos ingenieros independientes denominados como: ACRES. Su trabajo había consistido en realizar revisiones de las correcciones en ciertas obras del proyecto hidroeléctrico, objeto del contrato entre las partes; llevadas a cabo a partir de los atrasos en la entrega de las mismas.

La empresa CHDJ, demandaba el reintegro de estos honorarios por parte de Saret; ya que la primera debería cubrirlos al momento del cobro por parte de ACRES. El total de honorarios por pagar a los ingenieros, fue determinado en el laudo arbitral; este monto se desprendió de varias facturas entregadas, por dichos profesionales a CHDJ. Se condenó a la empresa Saret, al pago de ciertas de estas facturas. La obligación de cancelar esos honorarios, es una obligación de valor; no originada en el cumplimiento del contrato principal.

⁶³⁶ Ver las tablas transcritas anteriormente.

Por otra parte, el árbitro Lara también rechazó el reconocimiento de intereses retroactivos en el caso de los reclamos #1 y #2 de la demanda arbitral de Saret. En la pretensión #1, Saret pretendió el reconocimiento de una compensación económica, así como los daños y perjuicios causados con por el atraso de CHDJ en la puesta a disposición del sitio para realizar una obra específica.

Los árbitros ordenaron a CHDJ a cancelarle a Saret, una suma como afectación por los costos adicionales incurridos; a causa de los atrasos en la puesta a disposición del sitio de las obras de la línea de transmisión del proyecto. Suma que constituyó otra deuda de valor; sobre la cual, los árbitros decidieron calcular intereses desde una fecha anterior al dictado del laudo.

El reclamo #2 de Saret, también versaba sobre la puesta a disposición de otro sitio del proyecto. El tribunal arbitral, igualmente determinó que CHDJ debía cancelarle una suma a Saret, por concepto de indemnización; referente a los costos adicionales incurridos a raíz de la no puesta a disposición del sitio respectivo. Esta deuda también se originó en una obligación de valor.

Tiene razón el árbitro Lara, al rechazar la fijación de fechas anteriores al dictado del laudo arbitral, como fechas de inicio para el cómputo de intereses sobre las sumas concedidas; en los reclamos comentados. Lo anterior, en razón de que se trata de obligaciones de valor. Aunque el árbitro no lo estableció así en su voto de minoría; sino que expuso su disconformidad basado en que dichas obligaciones surgieron con el dictado del laudo y no antes.

En su lugar, el cálculo de intereses sobre estos montos, debió fijarse a partir de la firmeza, o el dictado, del laudo arbitral; y hasta su efectivo pago. Nos llama la atención, que la mayoría de los extremos concedidos en el laudo arbitral –y no solo los mencionados anteriormente-- corresponden a casos de *obligaciones de valor*. Como ejemplo, el laudo estudiado establece condenas en las que se indemnizan las “afectaciones” sufridas por una de las partes; derivadas

del incumplimiento o cumplimiento tardío, de varias de las obligaciones dispuestas en el contrato principal.

En general, entre las diversas pretensiones declaradas con lugar en el laudo, se encuentran -según se desprende de las tablas transcritas--: el pago de indemnizaciones por atrasos en la entrega de ciertas obras; el pago de mobiliario y suministros adicionales; el pago de obras adicionales construidas; el pago de gastos adicionales incurridos; así como del reintegro de sumas cobradas, indebidamente, a alguna de las partes.

Según la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia judicial tradicional de la Sala Primera de la Corte, en las obligaciones de valor es válido el cálculo de intereses: únicamente a partir de la firmeza de la sentencia. Este es el momento, a partir del cual dichas obligaciones dejan de ser *de valor* y se convierten en dinerarias; pues son determinadas en un monto líquido y exigible.

Así las cosas, la imposición de una fecha anterior al dictado del laudo, para comenzar el cómputo del pago de intereses, en el caso de las deudas de valor, no procedería; según lo ha dispuesto la jurisprudencia judicial. Por lo tanto, podemos concluir que el laudo arbitral, se apartó considerablemente de la tendencia tradicional que, en cuanto al tema del reconocimiento de intereses retroactivos, ha tenido la Sala Primera.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)* y el Estado.⁶³⁷

- **Datos del laudo arbitral:** # 29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005. **Partes:** *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)* y el Estado. **Centro de Resolución Alternativa de Conflictos:** Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). **Composición del Tribunal Arbitral:** de Derecho. **Árbitros:** Dr. Juan Luis Arias Arias, Msc. Alejandro Rodríguez Castro y Dr. Olman Arguedas Salazar. **Laudo Firme.**⁶³⁸

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

En la presente Sección, comentaremos otro laudo arbitral que resolvió una controversia entre la empresa Alterra y el CETAC. Como mencionamos anteriormente en la presente tesis, el Estado a través del CETAC, firmó un *Contrato de Gestión Interesada (CGI)* para la administración y mantenimiento del Aeropuerto Juan Santamaría, con el Consorcio Airport Group Internacional (AGI) --hoy conocido como Alterra--.⁶³⁹

Concretamente, el objeto de este proceso arbitral tiene que ver con la tarea específica de remodelación del antiguo edificio "Terminal" del aeropuerto. Esta labor estaba prevista dentro del CGI. Sin embargo, al efectuar varios estudios previos al inicio de las obras, se identificaron

⁶³⁷ Anteriormente, analizamos otro laudo arbitral dictado para resolver una controversia entre estas mismas partes. Por haber sido descritos ya los antecedentes acerca del contrato principal que las vincula; haremos un breve resumen del conflicto suscitado en este proceso específico. V. análisis de otro caso de Alterra vs CETAC, en el Capítulo III, Sección III, de la presente tesis.

⁶³⁸ V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006; que resolvió el recurso de nulidad contra este laudo arbitral. Se declaró parcialmente con lugar, el recurso de nulidad presentado por el CETAC (solo en cuanto a dos extremos de la condena establecida por el tribunal arbitral). El laudo se mantuvo incólume en cuanto al tema que trataremos a continuación.

⁶³⁹ Sobre los antecedentes de este contrato entre las partes, V. Hechos Probados, Punto #1; del Laudo Arbitral #29-05 del CICA-AMCHAM, dictado a las 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005. Y Considerando I, de la Resolución No.718-2006 de la Sala Primera de la CSJ. V. también Título II, Capítulo I, Sección III; de la presente tesis.

varios problemas graves con las estructuras, materiales y la calidad, de esta construcción. Esto generó que se planteara la posibilidad de demoler por completo el edificio, en lugar de remodelarlo.⁶⁴⁰

La empresa Alterra, propuso demoler la estructura y construir otro edificio en su lugar. No obstante, esto planteaba un nuevo obstáculo; pues la torre de control del aeropuerto, se encontraba sobre el techo del Edificio Terminal. Como la torre estaba situada sobre el techo de la edificación por demoler, esta labor se tornó complicada. Por otra parte, resultó que la torre de control se encontraba excluida de los alcances de la remodelación a cargo del Gestor; según el CGI.

Con el fin de solucionar el problema presentado, se evaluaron varias opciones. Al final, se optó por encargar a la Dirección General de Aviación Civil, la financiación de la construcción de una nueva torre de control, de bajo costo. De igual forma, se presentaron problemas a la hora de escoger la propuesta más económica, en cuanto a la calidad y cantidad, de los acabados y equipos de dicha torre.

Las opciones de elaboración de la nueva torre de control, resultaban muy costosas para la Dirección. Entonces, se le pidió a Alterra que presentara una opción menos onerosa; junto con un detalle específico de los alcances que tendría la obra. Alterra presentó dos propuestas de construcción; explicó las ventajas de contar con una nueva torre; e impuso varias condiciones para hacerse cargo de realizar dicha obra –ya que esta se encontraba fuera del alcance del CGI.

Alterra le advirtió al CETAC, que mientras no se decidiera la situación de la procedencia de realizar la nueva torre de control, el resto de las obras de remodelación sufrirían un atraso; según el cronograma de trabajo dispuesto en el CGI. Sin embargo, llegó el momento en el cual

⁶⁴⁰ V. Laudo arbitral. Op. Cit. Considerando I. Hechos Probados, Punto # 8 y siguientes.

el CETAC comenzó a imponer multas a Alterra, por el atraso en la remodelación del nuevo Edificio Terminal.

Como consecuencia de este proceso de construcción del nuevo edificio y torre de control; y debido a la dilatación en la toma de varias decisiones posteriores; y al surgimiento de obras y gastos imprevistos; se originó un nuevo conflicto entre las partes. La empresa Alterra presentó, finalmente, una demanda arbitral para que el laudo declarara la obligación del Estado de cancelarle una indemnización por costos adicionales incurridos. Además, solicitó el reconocimiento de sumas por concepto de días de atraso que impactaron en los costos del proyecto.

Alterra solicitó el reconocimiento de los *intereses legales* sobre las sumas correspondientes a los extremos indicados en el párrafo anterior. Requirió que éstos fueran cancelados, según lo preceptuado por el numeral 497 del Código de Comercio; y que fueran calculados *a partir del momento en que se presentó la respectiva reclamación* y hasta su efectivo pago.

Asimismo, solicitó que se le reconociera el saldo al descubierto, e intereses por atraso en el pago de \$200.000.00, por parte del CETAC. Suma correspondiente a \$11.678,31; equivalente a los frutos civiles del período comprendido del 31 de diciembre del 2002 (fecha en que el CETAC se obligó a cancelar esa suma) y hasta el 12 de junio del 2003 (momento en que se hizo efectivo dicho pago).⁶⁴¹

El CETAC, por su parte, argumentó que Alterra ofreció reubicar por su cuenta la torre de control, si la Administración le aceptaba demoler y reconstruir el edificio. Lo cual, fue en efecto aceptado, según indica el CETAC. Consecuentemente, los atrasos e interferencias en la realización de las obras, así como las adiciones a lo ofrecido y pactado originalmente; debían

⁶⁴¹ Sobre las pretensiones de ambas partes, V. Laudo Arbitral, Op. Cit. Considerando III. No se mencionan, como parte de las pretensiones de la actora Alterra, las dos únicas pretensiones que fueron aceptadas por el tribunal arbitral, pero que fueron posteriormente anuladas por la Sala Primera de la CSJ.

ser asumidas por la empresa Alterra, o sus subcontratistas. Niega que las multas impuestas, por ejemplo, hayan sido indebidas; pues efectivamente la obra no fue iniciada en la fecha prevista.

En la presente Sección, nos interesa analizar lo resuelto por los árbitros en cuanto al reconocimiento de intereses sobre las sumas concedidas en el laudo. No entraremos a discutir los argumentos del tribunal, que llevaron a declarar con lugar los reclamos de la empresa Alterra; sino que comentaremos lo dispuesto en el laudo arbitral, en cuanto al cómputo de los intereses. El laudo dispuso en su parte dispositiva, lo siguiente:

“(...) se declara parcialmente con lugar la presente demanda arbitral, entendiéndose denegada en lo que de modo expreso no se consigne, así: 1º) Debe la parte demandada pagar a la actora las siguientes sumas y por los conceptos que se indicarán: a) \$304.413.31 (trescientos cuatro mil cuatrocientos trece dólares 31/100) como indemnización por concepto de costos adicionales en la construcción de la torre de control; b) \$97.018.32 (noventa y siete mil dieciocho dólares 32-/100) como indemnización por setenta y nueve días de atraso que impactaron en los costos del proyecto; (...) 2º) sobre las sumas antes concedidas en los puntos 1º) a) y 1º) b) debe la demandada pagar a la actora los correspondientes intereses desde la fecha en que presentó la reclamación correspondiente, el once de mayo de dos mil cuatro y hasta la fecha de la formalización de la presente demanda arbitral con la tasa “prime rate”; 3º) El saldo en descubierto por la suma de \$1.325.05 (mil trescientos veinticinco dólares 05/100) y los intereses legales sobre doscientos mil dólares desde el treinta y uno de diciembre del dos mil dos hasta el doce de junio de dos mil tres, conforme a la tasa “prime rate” por concepto de atraso en el pago de \$ 200.000 (doscientos mil dólares); 4º) Debe pagar la demandada a la actora la suma de cuatro millones quinientos mil colones (¢4.500.000.ºº) por concepto de costas personales y por concepto de costas procesales la suma total que se dirá (...) Todas las sumas concedidas en abstracto se liquidarán en la vía de ejecución de este laudo ante el juez correspondiente.”⁶⁴² (la negrita no es del original)

De la condenatoria establecida en el laudo, podemos extraer: 1) Que los reclamos 1a) y 1b),

⁶⁴² V. Laudo Arbitral, Op. Cit. Por Tanto.

procuraban una *indemnización por costos adicionales*, en la construcción del proyecto; y una *indemnización por días de atraso*, que impactaron en los costos del contrato. 2) Que las condenas al pago de dichas indemnizaciones, constituyen obligaciones *de valor*. 3) Que el tribunal arbitral, ordenó a la demandada, cancelar intereses sobre estas sumas desde la fecha en que se presentó la reclamación; y hasta la fecha de formalización de la demanda arbitral.

Es sumamente interesante, el análisis que hace el tribunal arbitral para fundamentar la condenatoria al pago de intereses retroactivos, sobre las deudas de valor; en el caso. En el Considerando XIV del laudo, el tribunal arbitral expone, de forma amplia, los siguientes argumentos y reflexiones sobre el tema:

“XIV. El reclamo de intereses legales sobre las sumas anteriores. Dice la accionante que “sobre las sumas ... expresadas, el Estado vendrá obligado al pago de los intereses legales... a partir del momento en que se presentó la respectiva reclamación...” los cuales liquida a la fecha de la demanda en el tanto de (...) Agrega que en este caso el reconocimiento no tiene efectos constitutivos sino más declarativos de un derecho preexistente, por lo que los intereses tienen que ser retroactivos a la fecha en que se presentó la correspondiente reclamación (...) La parte demandada aduce que tal cobro no procede, porque el pago de intereses sólo cabe cuando se trata de obligaciones dinerarias, es decir, de sumas de dinero determinadas, líquidas y exigibles, y no sobre obligaciones de valor, que deban ser fijadas por el Juez. (...) En sus conclusiones, dicha parte cita en su respaldo la Sentencia No.45 de la Sala Primera de Casación, de 15:00 hs. del 19 de mayo de 1995, entre otras. Con todo, debe observarse que ya ha dicho esa misma Sala que “El ordenamiento jurídico no puede desde ningún punto de vista premiar al moroso y propiciar por conveniencia una actitud de mora.”, según puede verse de la Sentencia No. 731-F-2002, de 10:55 hs. del 25 de setiembre del 2002. Estima este Tribunal que, en realidad, la cuestión es ajena a la distinción entre “obligaciones dinerarias” y “obligaciones de valor”, sino que más bien es propia del principio de que la reparación de la responsabilidad civil tiene que ser integral. En efecto, ya se sabe que, dentro o fuera de contrato, todo el que cause un daño debe repararlo de manera completa, o al menos de la manera más completa posible, y que para que ello sea así resulta indiferente que la fuente de la responsabilidad sea el incumplimiento de un convenio (Artículo 702

del Código Civil) o la comisión de un ilícito por culpa o dolo (artículo 1045 y siguientes del mismo Código), porque lo que se busca es volver al estado anterior que tenían las partes antes de la comisión del hecho dañoso (...) Ciertamente, el tiempo no puede devolverse y lo que ya ocurrió no puede tampoco borrarse retroactivamente, por lo que la función ordenadora de la convivencia a que aspira el Derecho tiene que orientarse a proveer los mecanismos de reparación que se acerquen lo más posible al estado anterior a la comisión del hecho, a fin de preservar el necesario orden de las relaciones sociales. Por vía de consecuencia, entonces, el requerimiento de que la reparación tenga que ser "integral" no es más que una derivación obligada del "saber a qué atenerse" en las relaciones de convivencia (...) Así, debe reconocerse que las sentencias de los Tribunales, en punto a reparación civil, no hacen sino constatar la existencia de un hecho perjudicial que ya se produjo y que por haberse producido debe enmendarse, por lo que resulta obligado arbitrar los medios para que la reparación cumpla su finalidad de volver a la víctima el estado anterior que tenía antes de la comisión del hecho dañoso. La cuestión es, entonces: ¿Cuándo jurídicamente se produjo el daño y nació el consecuente deber de indemnizarlo? 1) ¿Cuándo se produjo el daño? o 2) ¿Cuándo los tribunales constataron la existencia de ese daño previo examen de los mecanismos de atribución de responsabilidad? En opinión del Tribunal, el deber de reparar surge inmediatamente después de haberse cometido el hecho dañoso y no más tarde, cuando viene la sentencia firme que así lo declare. O sea, la constatación judicial del daño ya producido en realidad no es requisito de validez de la obligación de reparar, sino de eficacia sobre el patrimonio del obligado a indemnizar, por no haberse encontrado eximentes a su favor. Es del caso, por las razones expuestas, declarar que el pedimento de la actora sobre este particular es de recibo, y que lo que cabe es acogerlo.(...) será del caso declarar en abstracto que el Estado deberá pagar intereses a la tasa que se dirá sobre las sumas que aquí se conceden, y calculados desde la fecha en que se presentó la reclamación correspondiente, el once de mayo del dos mil cuatro (...) y hasta la fecha de formalización de la presente demanda arbitral, tal y como fue pedido." ⁶⁴³ (el destacado no es del original)

⁶⁴³ V. Laudo Arbitral, Op. Cit. Considerando XVI. Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006; Considerando XI.

B. Análisis final del laudo arbitral.

Al analizar la naturaleza de las pretensiones 1 a) y 1 b), declaradas con lugar en el laudo arbitral,⁶⁴⁴ nos percatamos de que estas deudas se originan en obligaciones de valor. El tribunal arbitral condenó a la demandada –el CETAC-- al pago de estas deudas de valor; estableciendo un período anterior a la firmeza del laudo, como punto de inicio para el cálculo de los intereses sobre las sumas concedidas.

El tribunal arbitral reconoce que, aunque está concediendo el pago de intereses retroactivos sobre obligaciones de valor, la razón de su decisión no tiene que ver precisamente con la naturaleza jurídica de dichas obligaciones; sino más bien, con el principio de reparación integral del daño, que impregna nuestro ordenamiento. *Los árbitros opinaron, que el deber de reparar un daño debe surgir inmediatamente después de haberse cometido el hecho dañoso; y no más tarde, con la sentencia firme que así lo declare.*

Este razonamiento, aplicado indistintamente, tanto en las obligaciones dinerarias como en las de valor, produce un laudo arbitral como el que tenemos a mano. En el cual, se ordenó el pago de intereses legales retroactivos, en el caso de varias obligaciones de valor. Nuevamente, comprobamos que un tribunal arbitral se apartó de la jurisprudencia judicial dominante, en cuanto al tema del cálculo de intereses retroactivos.

Resulta necesario mencionar, que el representante del CETAC interpuso un recurso de nulidad contra este laudo arbitral. Como cuarto motivo de nulidad, el recurrente alegó que el tribunal arbitral “quebrantó normas imperativas o de orden público, al darle efectos retroactivos a la declaratoria de un derecho para reconocer el pago de intereses”; concediendo de manera *retroactiva*, el pago de frutos civiles sobre una obligación de valor.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ V. Por tanto, del laudo arbitral. Op. Cit. Citado anteriormente.

⁶⁴⁵ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006. V. Considerandos X y XI.

Por consiguiente, el CETAC concluyó que no existía fundamento jurídico alguno para el otorgamiento de intereses sobre obligaciones de valor; no reconocidas ni estimadas en firme por una autoridad judicial o arbitral. Sustentó sus afirmaciones en la “sólida jurisprudencia” que ha elaborado la Sala Primera, en cuanto a que el pago de intereses retroactivos a la firmeza del fallo sólo procede tratándose de obligaciones dinerarias; “y no sobre las de valor; que deben ser determinadas o fijadas por el juez o, como en este caso, por el Tribunal Arbitral.”⁶⁴⁶

A pesar de lo alegado por el CETAC, la Sala Primera rechazó el reclamo contra el laudo arbitral, en este sentido. La Sala determinó, que lo que pretendía la resolución del tribunal arbitral, era salvaguardar los *principios de justicia y reparación integral del daño*. Incluso mencionó, que los árbitros posiblemente reconocieron una “especie de indexación no convencional” sobre las deudas en cuestión. En lo que interesa, la Sala resolvió:

*“XI. (...) el Tribunal Arbitral no aplicó indebidamente el principio de irretroactividad; sino que los actuados por los señores árbitros fueron los postulados de justicia pronta y sin denegación, tutela judicial efectiva e íntegra reparación del daño, al reconocer una especie de indexación no convencional sobre los montos reconocidos. Por consiguiente, son esos los principios que debió alegar conculcados el representante del CETAC e invocar el quebranto de los ordinales 9, 11, 33 y 41 de la Constitución Política, lo cual no hizo. Sobre el instituto de la indexación no convencional, pueden consultarse las sentencias de este órgano jurisdiccional números 1016 de las 9 horas 30 minutos del 26 de noviembre del 2004 y 795 de las 16 horas del 31 de octubre del 2005. En razón de lo expuesto debe rechazarse el cargo planteado.”*⁶⁴⁷(el destacado no es del original)

Así las cosas, la Sala Primera confirmó el laudo arbitral en cuanto al tema de los intereses; pero lo hizo con base en un razonamiento que nos deja ciertas dudas. Al parecer, la Sala

⁶⁴⁶ V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006; Considerando X.

⁶⁴⁷ *Ibíd.* Considerando XI.

asimiló el procedimiento de la *indexación no convencional*⁶⁴⁸ de las deudas, con el *reconocimiento de intereses retroactivos* al dictado del laudo. En primer lugar, se trata de dos alternativas diferentes; aplicadas para disminuir los efectos negativos de la pérdida del valor adquisitivo del dinero.

En segundo lugar, mientras que uno de los procedimientos reajusta el monto de la deuda o capital; el otro se encarga de reajustar los intereses -- legales o convencionales -- sobre esta deuda. Y en tercer lugar, si fuese el caso que los árbitros quisieron aplicar una “especie *indexación no convencional*”; ésta no se efectúa en esta etapa del proceso. Sino que, en el caso de las obligaciones *de valor*, la *indexación* de la deuda se permite para cubrir el período entre la firmeza de la sentencia principal y la efectiva ejecución de la misma.⁶⁴⁹

Claramente, lo que los árbitros hicieron fue conceder intereses retroactivos; a partir de una fecha anterior al dictado del laudo, sobre deudas de valor. Aunque el laudo fue impugnado en este sentido, la Sala Primera avaló la decisión de los árbitros.

⁶⁴⁸ Al respecto V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1016 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004. La *indexación no convencional* sería la que no está establecida o predeterminada, por las partes, en su contrato. A partir de esta resolución, la parte interesada puede solicitar la realización de una *indexación no convencional* de una deuda, en sus pretensiones; p.e. al presentar su demanda. V. también Sección I, del Capítulo II, Título II de la presente tesis.

⁶⁴⁹ La Sala Primera reconoció, por primera vez, la posibilidad de efectuar la llamada *indexación no convencional* de las deudas a partir de la reconocida Resolución No.1016-F-2004. Sin embargo, la misma especifica que este procedimiento se aplicará en el caso de las deudas dinerarias; o en el caso de obligaciones de valor efectivamente liquidadas. Solo después del dictado del fallo principal --cuando la deuda de valor adquiere el carácter de deuda dineraria, líquida y exigible-- se puede proceder efectuar la *indexación* de la misma, en la etapa de ejecución del fallo.

Sección IV. Análisis del laudo arbitral: caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social.*

- **Datos del laudo arbitral:** # CCA05-AR.02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre del 2000. **Partes:** *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A.* contra la *Caja Costarricense del Seguro Social*. **Centro de Resolución Alterna de Conflictos:** Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. **Composición del Tribunal Arbitral:** de Derecho. **Árbitros:** Lic. Tobías D'Ambrosio Umaña, Lic. Marcelo Martén Sancho y el Dr. Francisco Luis Vargas Soto. **Laudo Firme.**⁶⁵⁰

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

El presente conflicto versa sobre un convenio suscrito entre el Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. y la Caja Costarricense de Seguro Social; las cuales denominaremos en adelante como: ICIC y CCSS. Las partes suscribieron un contrato el 26 de marzo de 1992, con el fin de lograr el desarrollo de proyectos de investigación en el área de salud.

En junio de 1995, la Junta Directiva de la CCSS mediante un acuerdo de sesión, decidió iniciar un procedimiento para la resolución del citado contrato. La CCSS pretendía la suspensión de las investigaciones con sustancias químicas experimentales, en seres humanos.⁶⁵¹ Su Gerencia de División Médica le comunicó a los Directores Regionales de Servicios Médicos, acerca de la posible realización de estos experimentos sin autorización; pues consideraba que podían ser violatorios de la dignidad, salud y vida humana.

⁶⁵⁰ V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.791 de las 15:35 horas del 5 de octubre del 2001. En dicha resolución, se declaró sin lugar –en su totalidad– el recurso de nulidad del laudo planteado por la CCSS.

⁶⁵¹ Para ampliar sobre los antecedentes de esta controversia, V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; No.791 de las 15:35 horas del 5 de octubre del 2001. Considerando I. V. Laudo arbitral del presente caso, Considerando. p.9 y siguientes.

La CCSS determinó que debían suspenderse aquellas pruebas que se estuvieran efectuando en contra de las normas legales, principios éticos, o disposiciones del convenio suscrito con el ICIC. Sin haber sido notificado al ICIC de la decisión de resolución unilateral del convenio, se publicó en un diario que la CCSS suspendió los estudios experimentales realizados en clínicas y hospitales, por considerar que atentaban en contra de derechos fundamentales.⁶⁵²

En razón de lo anterior, el ICIC procedió a instaurar un proceso contencioso-administrativo contra la CCSS. La Junta Directiva de la CCSS acogió el reclamo administrativo del ICIC y dispuso dejar sin efecto todo acto contrario a la ejecución del convenio. Posteriormente, el ICIC solicitó la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión. Sin embargo, reclamó administrativamente el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la suspensión del convenio.

La CCSS rechazó este último reclamo del ICIC y dió por agotada la vía administrativa. El ICIC, presentó una demanda ordinaria para reclamar dichas indemnizaciones. El 11 de agosto de 1999, ambas partes suscribieron un acuerdo arbitral y solicitaron que se diera por concluida la instancia judicial. Estuvieron de acuerdo en llevar el conflicto ante un tribunal arbitral, para establecer el monto de los daños y perjuicios del proceso contencioso administrativo.⁶⁵³

En el proceso de arbitraje el ICIC alegó que la CCSS “por medio de su Junta Directiva y a petición de su Presidente Ejecutivo, dictó actos materiales no fundados en un acto administrativo eficaz, y por ende, tratase de una nulidad de carácter absoluto (...)” Asimismo, afirmó que la CCSS suspendió ilegalmente el contrato suscrito entre las partes. En síntesis, reclamó el reconocimiento de los siguientes daños y perjuicios, causados por parte de la CCSS:

⁶⁵² V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 791-2001. Considerando I.

⁶⁵³ *Ibidem*.

- 1) *Daño directo por incumplimiento del contrato.* (La cancelación del contrato con la CCSS, impidió que el ICIC cumpliera con otros contratos que tenía con patrocinadores internacionales.)
- 2) *Lucro cesante o costo de oportunidad:* estimado en \$200.000 dólares.
- 3) *Daño de Imagen* (del ICIC): estimado en \$300.000 dólares.
- 4) *Daño afectivo o moral* (de sus representantes): estimado en \$600.000 dólares.
- 5) *Pago de gastos legales* por \$47.650 y \$31.417.12 dólares (correspondientes a los honorarios profesionales y gastos de los abogados, que tramitaron el proceso contencioso administrativo contra la CCSS).
- 6) Se solicitó que la demandada pagara *ambas costas* del proceso arbitral.⁶⁵⁴

Por su parte, la CCSS contestó negativamente la demanda arbitral, e interpuso las excepciones del caso. Solicitó que se declara sin lugar la demanda en todos sus extremos y que se impusiera a la actora el pago de ambas costas. La CCSS criticó entre otras cosas, que el ICIC nunca demostró la relación entre la decisión y actos, que en su momento emitió la CCSS, y los supuestos daños y perjuicios causados.

Nos interesa analizar lo resuelto en la parte dispositiva del laudo arbitral, con respecto al tema del reconocimiento de intereses retroactivos sobre obligaciones o deudas de valor. Al resolver definitivamente la controversia descrita, el tribunal arbitral dispuso:

“(...) se acoge parcialmente la presente demanda arbitral. En consecuencia se condena a la Caja Costarricense del Seguro Social a pagar al Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas S.A. los daños y perjuicios causados y reclamados, los cuales se fijan de la siguiente forma: QUINIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS DÓLARES como daño directo por incumplimiento de contrato; DOSCIENTOS TREINTA MIL CIENTO OCHENTA Y DOS

⁶⁵⁴ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.791-2001. Op. Cit; y Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, # CCA05-AR.02-03-00; de las 9:30 horas del 1 de noviembre del 2000. Caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Científicas, ICIC, S.A.* contra la *Caja Costarricense del Seguro Social*. Resultando I. pp.1-2.

DÓLARES CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS como intereses reclamados sobre esa suma desde junio de mil novecientos noventa y cinco hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve; QUINIENTOS MIL DÓLARES como suma global reclamada por daño de imagen y lucro cesante o costo de oportunidad; TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE DÓLARES CON DOCE CENTAVOS, por gastos legales reclamados. Se condena igualmente a la demandada a pagar los intereses reclamados y que se hubieren generado con la posterioridad al treinta y uno de diciembre del mil novecientos noventa y nueve y hasta el efectivo pago de la suma reclamada por daño directo, único respecto del cual se reclamas éstos. Igualmente se condena a la demanda, a pagar las costas personales de este proceso arbitral, las cuales se fijan en el 5% por ciento de la condenatoria. (...).⁶⁵⁵ (lo destacado no es del original)

La actora solo solicitó el reconocimiento de intereses legales, en cuanto al extremo reclamado como “daño directo por incumplimiento contractual”. Por lo que, el tribunal arbitral se limitó a concederlos de acuerdo con lo pedido; condenando a la demandada al pago de intereses sobre esta suma, al tipo legal, a partir de junio de 1995 y hasta diciembre de 1999. Y al pago de los demás intereses legales generados a partir de diciembre de 1999, y hasta su efectivo pago.

B. Análisis final del laudo arbitral.

El presente proceso arbitral, se estableció específicamente para obtener una indemnización por los por daños y perjuicios derivados de las decisiones administrativas, tomadas por la CCSS, y que llevaron a la suspensión de un contrato con la actora -- el ICIC. La totalidad de las pretensiones de la actora, versaron sobre el reconocimiento de estos daños. Al respecto, expresó el tribunal arbitral:

⁶⁵⁵ V. Laudo Arbitral, Op. Cit. Por Tanto. p.29. Posteriormente, en la presente tesis, se analizará el tema de la concesión del daño moral *objetivo* (en la persona jurídica); concedido en este caso como: *daño a la imagen*. Así como examinaremos el tema del daño por pérdida de oportunidad o pérdida *del chance*. Para ambos apartados, comentaremos lo resuelto por este laudo arbitral sobre estos temas.

“A. (...) La demandada ha discutido el objeto del este proceso arbitral. Para este Tribunal, no puede haber duda de que la pretensión del ICIC es la de que se condene a la CCSS al pago de “...los daños y perjuicios originados por los actos administrativos formales y materiales ilegítimos, que se han indicado en el presente libelo y que dieron origen a la revocación y satisfacción extraprocesal por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social...” derivados de la decisión de esta última de suspender unilateralmente la ejecución del contrato existente entre ambas partes (...)”⁶⁵⁶

Las indemnizaciones o compensaciones, como es el caso de las sumas concedidas a título de “daños y perjuicios”, constituyen *deudas de valor*. No se trata de una suma debida a raíz del contrato principal, sino a partir de un hecho posterior o exterior; como fue el daño causado por el incumplimiento. No son sumas de dinero –de un *quantum* exacto-- debidas por la demandada; sino que éstas se proceden a cuantificar y liquidar, por las partes durante el proceso, y finalmente por el juzgador en la sentencia.⁶⁵⁷

En el caso, la actora solicitó la condena al pago de intereses, sobre la suma pedida por concepto de daño directo por incumplimiento contractual. Siendo que el laudo arbitral fue dictado el 1 de noviembre del año 2000, las fechas a partir de las cuales el tribunal ordenó computar el cálculo de los intereses, son fechas anteriores al laudo.

He aquí, otro caso de un laudo arbitral en el que el tribunal ha concedido intereses retroactivos sobre deudas de valor; en contraposición a las reglas determinadas en la jurisprudencia judicial dominante sobre el tema.

⁶⁵⁶ V. Laudo Arbitral, Op. Cit. Considerando IV, Sobre el Fondo. Punto A). p.19.

⁶⁵⁷ Recordemos que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que “La obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados a las personas y a las cosas, es el caso más característico de una obligación de valor.” V. al efecto Sala Primera, No. 108, de las 15:00 del 10 de julio de 1992.

Sección V. Análisis del laudo arbitral: caso de *Quebradores H y E de Orosi, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** #A-001-01; de las 16:30 horas del 21 de junio del 2002. **Partes:** *Quebradores H y E de Orosi, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.* **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. **Árbitros:** Lic. Roberto Yglesias Mora; Lic. Fernando Bolaños Céspedes y Lic. Álvaro Lara Vargas. **Laudo Firme.**⁶⁵⁸

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

Comentaremos finalmente, este otro laudo arbitral. El mismo, es uno de los tantos ejemplos de laudos arbitrales recientes, que han concedido el pago de intereses legales de forma retroactiva, sobre obligaciones de valor.

En este caso, el conflicto entre las partes radica en los reclamos recíprocos establecidos por las sociedades que en adelante denominaremos como: “Quebradores” (la actora) e “Inversiones” (la demandada y reconventora); en relación con el incumplimiento del “*Contrato de Prestación de Servicios de Construcción de corte, relleno y compactación de suelos y de instalación de gaviones*”, suscrito por las partes el día 2 de mayo del 2000.

La primera en establecer un reclamo fue la empresa Quebradores; quien alegó que Inversiones retuvo indebidamente el pago de varias sumas, e incumplió al entregar tardíamente unos planos; lo cual le generó daños y perjuicios. También demandó el pago de utilidades no percibidas y la cancelación de obras construídas, no previstas originalmente en el contrato.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ No se presentó ningún recurso de nulidad contra este laudo arbitral.

⁶⁵⁹ Cfr. Laudo arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica; #A-001-01, de las 16:30 horas del 21 de junio del 2002. Caso de *Quebradores H y E de Orosi, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.* A mayor abundancia sobre los antecedentes de este proceso arbitral, V. pp.1-5 y el Considerando III. Hechos Probados, p.13 y sig.

La sociedad Quebradores, planteó en su demanda arbitral que se declarara que la demandada incumplió gravemente el contrato, pues no honró su obligación de suministrar oportunamente los planos pactados, y que se declarara que ésta no devolvió las retenciones ilegítimamente apropiadas. Solicitó la resolución del contrato y que se condenara a Inversiones al pago de los *daños y perjuicios* irrogados a la misma; los cuales detalló de la siguiente forma:

*“7. (...) a) Por concepto de retenciones (...) sumas estas indebidamente retenidas por la contratante. (...) b. Por concepto de retenciones por el muro de gaviones (...) f. Daños por retardo en cumplimiento de entrega de los planos, consistentes en los costos adicionales en que incurrió la demandante por la contratación de un topógrafo residente, el cual fue indispensable para no detener los trabajos y que devengó honorarios por la suma de un millón de colones. g. Por intereses sobre esas sumas calculados al tipo legal, es decir conforme a la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para moneda nacional, (15.5%) los cuales deberán ser ajustados a la fecha de su efectivo pago.”*⁶⁶⁰ (el énfasis no es del original)

La sociedad Inversiones, contestó negativamente la demanda arbitral e interpuso las excepciones del caso, y formuló una reconvencción contra la actora. En ésta, le reclamó el incumplimiento del contrato en cuanto a los plazos establecidos y diversas faltas en la construcción de las obras pactadas.

En general, el laudo arbitral estableció que la contratista Quebradores, cumplió en lo fundamental con las obligaciones derivadas del contrato de obra suscrito. Asimismo, reconoció que las retenciones efectuadas por la sociedad Inversiones, en condición de garantía de cumplimiento, no le fueron devueltas al contratista. El tribunal manifestó, que consideraba justo que se reconociera un pago parcial a la accionante, por los gastos adicionales en que incurrió por la contratación de un topógrafo.

⁶⁶⁰ Laudo arbitral. Op. Cit. p. 3.

Con relación al tema de las sumas retenidas por parte de la demandada, el tribunal arbitral estimó:

“(...) no logró demostrarse en el proceso, la existencia de un incumplimiento grave, por parte e imputable a una conducta impropia de la accionante, que hubiera podido justificar la negativa o reticencia de la demandada de aceptar las obras terminadas y mantener las retenciones en su poder. En consecuencia, procede acoger la parte petitoria de la parte accionante en cuanto a la exigencia de devolución de las retenciones, las que injustificadamente le fueron dejadas de pagar, junto con los intereses legales dejados de percibir.”⁶⁶¹

En lo que interesa, el tribunal arbitral resolvió en la parte dispositiva del laudo arbitral:

“POR TANTO: (...) Se condena a la sociedad Inversiones Juan León García, S.A. al pago de las siguientes sumas: a) Por retenciones no pagadas cuatro millones cuatrocientos ochenta y seis mil cuatrocientos cincuenta colones. b) Por daños por retardo en cumplimiento de la entrega de los planos, consistentes en los costos adicionales en que incurrió la demandante por la contratación de un topógrafo residente, quinientos mil colones. c) Intereses sobre los anteriores montos al tipo de ley, conforme a la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica, a partir del 20 de febrero de 2001 y hasta su efectivo pago, los cuales se liquidarán en ejecución de sentencia. (...)”⁶⁶² (el énfasis no es del original).

B. Análisis final del laudo arbitral.

De la lectura final de la condenatoria hecha en el presente proceso arbitral, queda claro el siguiente aspecto: la obligación de la demandada de reconocer –a título de daños– los costos adicionales por la contratación de un topógrafo, hechos por la parte actora, constituye una *deuda de valor*.

⁶⁶¹ V. Laudo arbitral. Op. Cit. p.28.

⁶⁶² V. Laudo arbitral, Op. Cit. p.29. Como mencionamos anteriormente, el laudo declaró sin lugar algunas de las pretensiones de la demanda; y la contrademanda fue denegada en su totalidad.

Al inicio del proceso, el monto pretendido correspondía a una suma mayor. El mismo fue finalmente liquidado y determinado, por el árbitro en el laudo; luego de realizar varias consideraciones sobre el caso específico. Por lo tanto, fue ajustado “al valor presente” al momento de laudar. Este gasto adicional, no estaba contemplado dentro de las prestaciones del contrato y, por ende surge después, durante la ejecución del mismo.

Así las cosas, los intereses que posteriormente concede el laudo arbitral sobre esta suma, debieron calcularse a partir de la firmeza del fallo, y no desde una fecha anterior; según lo postula la jurisprudencia judicial de la Sala Primera. El laudo arbitral fue dictado el 21 de junio del año 2002, y la cancelación de los respectivos intereses legales sobre los montos de la condenatoria, fue establecida para que partiera desde el día 20 de febrero del año 2001.

Este es otro ejemplo de un arbitraje en el que se concedieron intereses retroactivos sobre deudas de valor. Esta tendencia de algunos tribunales arbitrales costarricenses, quizás radique en la aplicación de principios como el de *equidad, justicia, y reparación integral de los daños* causados. Criterios que resultan razonables, dada la función del proceso arbitral y la flexibilidad en la elección de la normativa aplicable al caso; que impera en esta vía. (p.e. el acuerdo para la utilización de principios de arbitraje internacionales, para resolver el caso).

Por ejemplo, los argumentos expresados por el tribunal arbitral que resolvió uno de los casos entre la empresa *Alterra Partners* y el *Consejo Técnico de Aviación Civil*, fueron muy interesantes.⁶⁶³ Los árbitros justificaron el cálculo de intereses retroactivos sobre obligaciones de valor, expresando que la cuestión no se basaba en la distinción entre la naturaleza de las obligaciones, sino que más bien, era propia del principio de que la responsabilidad civil tiene que ser *integral*.⁶⁶⁴

⁶⁶³ Cfr. Laudo Arbitral, del CICA-AMCHAM; #29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005; y con la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718-2006. V. también análisis de dicho laudo arbitral en la Sección III, del Capítulo II, del Título II; de la presente tesis.

⁶⁶⁴ El Tribunal Arbitral indicó en dicho caso, que: “(...) *todo el que cause un daño debe repararlo de manera completa, o al menos de la manera más completa posible, y que para que ello sea así resulta indiferente que*

CAPÍTULO V. El valor de las “arras” o el “adelanto”, en la promesa recíproca de compraventa, y en la opción de compra.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina dominante sobre el tema.

En esta Sección, trataremos el tema de los efectos legales del pago hecho en calidad de “adelanto”; en los casos en que un contratante desea asegurar una promesa, o un contrato de venta. Pago que comúnmente, se ha denominado como: *las arras*. Al estar directamente relacionado el tema de las arras, con la figura de la opción y la promesa de venta; será necesario mencionar algunos puntos importantes, definidos por la jurisprudencia judicial, con respecto a la responsabilidad precontractual y la perfección de los contratos.

Es interesante el tema de la entrega de “arras” en los contratos modernos, por ejemplo, en el caso de las preventas de condominios en construcción, o en los casos de firmas de opciones de compraventa de inmuebles; muy comunes actualmente. En esta clase de contratos, las partes acuerdan la entrega de ciertas sumas de dinero, en “señal de trato”; como un medio para confirmar la intención y buena fe de los contratantes, de consolidar el negocio principal en un futuro.

El autor Díez Picazo, indica que la doctrina ha determinado que la palabra “arra o arras”, procede etimológicamente de la palabra fenicia, *arrha*, que lleva implícito un cierto grado de garantía o de fianza. Nos explica el autor, que las arras pueden extenderse a todos los contratos en general, de acuerdo con la clase y función que dentro de la relación contractual desempeña; y las define como:

la fuente de la responsabilidad sea el incumplimiento de un convenio (Artículo 702 del Código Civil) o la comisión de un ilícito por culpa o dolo (artículo 1045 y siguientes del mismo Código), porque lo que se busca es volver al estado anterior que tenían las partes antes de la comisión del hecho dañoso (...). Criterio que fue avalado por la Sala Primera de la Corte Suprema, al resolver el recurso de nulidad de este laudo. Por lo que sienta un precedente para futuros laudos; y porqué no, para futuros procesos judiciales.

“(...) la entrega de una suma de dinero o de cualquiera otra cosa que un contratante hace a otro con el fin de asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder rescindirlo libremente consintiendo en perder la cantidad entregada.”⁶⁶⁵

A grandes rasgos, las arras consisten en uno o varios objetos intangibles y generalmente fungibles –casi siempre una suma de dinero—que el obligado entrega al acreedor.⁶⁶⁶ Se dice que este concepto necesariamente debe ampliarse y concretarse, clasificando a las arras. Así, ha nacido la distinción entre las *arras confirmatorias* (creativas y perfectivas del contrato principal) y las *arras penales*⁶⁶⁷ (o punitivas).

Las “arras” tienen una función económica; según Diez-Picazo. Las arras confirmatorias cumplen una función probatoria. Demuestran que el contrato se ha celebrado y ha comenzado a ser cumplido.⁶⁶⁸ Se habla de arras confirmatorias, “no en el sentido de que sean una clase distinta de arras, sino en el de que todas las arras son confirmatorias: acreditan la perfección del contrato de compraventa y constituyen parte del precio.”⁶⁶⁹

Al principio las arras se concibieron como confirmatorias, porque la entrega de una cosa o suma de dinero, a la persona frente a la cual se pretendía obligar, era un mecanismo mediante el cual nacía la obligación. Eran una prueba de la existencia del convenio. Posteriormente, no fueron necesarias para que naciera el contrato; sino que probaban la realidad de las intenciones

⁶⁶⁵ V. Diez Picazo, Luis. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias. Tomo II. pp.403-407. Según lo citado en el Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina S.R.L.* p.33-34.

⁶⁶⁶ Lacruz Berdejo, José Luis. et.al. (1994). Op. Cit. p. 258-259. En la práctica, las arras tienden a ser una garantía del cumplimiento de las obligaciones del comprador, normalmente. Según el autor O’Callaghan, Xavier (2001). Op. Cit. p.347.

⁶⁶⁷ Lacruz Berdejo, José Luis. et.al. Op. Cit. p.259.

⁶⁶⁸ Diez Picazo, Luis. Op. Cit. Citado por el Laudo arbitral, Op. Cit. p.34.

⁶⁶⁹ O’Callaghan, Xavier. Op. Cit. p.348. Como ejemplo, señala dicho autor: si el precio era de 1.000 y se ha dado como arras la cantidad de 100, en todo caso, al cumplir el contrato el comprador pagará 900.

de los contratantes. No facultaban para resolver la obligación contraída; y se daban como “anticipo a cuenta del precio.”⁶⁷⁰

Por su parte, las arras penales o punitivas, pueden asegurar el pago mediante la amenaza que representa para el deudor el ser castigado con su pérdida; si se niega a cumplir o cumple mal sus obligaciones contractuales. Las arras penales se entregan por uno de los obligados al otro; debiendo el *tradens* perderlas si incumple y el *accipiens* devolverlas⁶⁷¹, si es a él a quien se le imputa la falta. Sin perjuicio, de las acciones de cumplimiento forzoso que pueda ejercitar el acreedor.

Se afirma que las arras penales no se imputan al precio; sino que funcionan de modo similar al establecimiento de la cláusula penal.⁶⁷² Suponen una indemnización o resarcimiento, por el incumplimiento; y no impiden que se reclame la ejecución forzosa de la obligación. Si el acreedor considera que el daño no se cubre de forma suficiente con el valor de las arras, puede incluso solicitar que se cubra la diferencia. Estas no confieren derecho al “arrepentimiento” de los contratantes.⁶⁷³

Algunos autores, han realizado una distinción entre el concepto de “arras penales” y “arras penitenciales.” La diferencia radicaría en que, ésta última clase de arras, sí autorizarían a las partes a arrepentirse del contrato perfeccionado y no cumplido; dejándolo sin efecto.⁶⁷⁴ Las partes tendrían, entonces, que perder las arras o restituirlas; de acuerdo con cada caso. El ejercicio del arrepentimiento, sería una consecuencia normal derivada del contrato; y “la pérdida de las arras o la devolución de lo recibido, no representa una penal convencional; sino el precio de un lícito arrepentimiento”.⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ Lacruz Berdejo, José Luis. et.al.Op.Cit. p.259.

⁶⁷¹ Ibidem. Cfr. pp.259- 261.

⁶⁷² Ibidem. En este mismo sentido V. O'Callaghan, Xavier. Op. Cit. p.348.

⁶⁷³ Lacruz Berdejo, José Luis. et.al.Op.Cit. pp.260-261.

⁶⁷⁴ Ibidem. p.260. V. también p. 262. Por esta característica, las arras penitenciales son también llamadas “arras de desistimiento”. V. O'Callaghan, Xavier. Op. Cit. p.348.

⁶⁷⁵ Lacruz Berdejo, José Luis. et.al. Op.Cit. p.263.

Las arras penitenciales, tienen la naturaleza de obligación facultativa: deben las partes cumplir el contrato, pero si no lo desean, entonces pierden las arras. No se trata tanto de rescindir sino de resolver; explica el autor O'Callaghan.⁶⁷⁶ El concepto de arras penitenciales, es contemplado en la mayoría de los códigos sobre la materia civil o mercantil; además del de las arras confirmatorias.

Lacruz Berdejo y otros, afirman que el Código Civil francés confirió carácter punitivo a las arras en la promesa de venta; extendiéndose posteriormente, a la compraventa. Hoy en día, las arras penitenciales pueden presentarse no solo en el contrato de compraventa, sino, con las debidas adaptaciones --aclaran los autores-- en cualquier otro convenio. Operan a partir de su entrega: tienen así carácter real, e incluso pueden configurarse como un contrato accesorio a otro ya celebrado --aunque esto no sea muy común.⁶⁷⁷

Un dilema presentado en torno al valor de las arras, es el que se deriva de la concepción de que éstas son otorgadas "en calidad de señal y parte del precio". Resulta que es necesario determinar "si el acento ha de ponerse en la *señal*, acepción que tiene una añeja significación de arras penitenciales, o en la *parte del precio* que apunta al pago del plazo inicial de una operación en firme y no rescindible."⁶⁷⁸ Y ésta ha sido el principal obstáculo a la hora de analizar un caso en concreto.

A continuación, mencionaremos las disposiciones que se encuentran contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, referentes al tema del valor de las arras en los contratos. Nuestro Código de Comercio, indica lo siguiente:

"Artículo 447. Las arras, anticipos, y cantidades entregadas en señal del contrato, se entenderán recibidas a cuenta del precio, salvo pacto expreso en contrario."

⁶⁷⁶ O'Callghan, Xavier. Op. Cit. p.348-349.

⁶⁷⁷ Lacruz Berdejo, José Luis. et.al. Op.Cit. p.262. Según O'Callaghan, las arras con un medio de protección del crédito, aplicable a todo tipo de obligaciones. V. O'Callaghan, Xavier. Op. Cit. p. 347.

⁶⁷⁸ Lacurz Berdejo, José Luis. et. al. Op. Cit. p.264.

Por otra parte, nuestro Código Civil, en su Artículo 1058 dispone:

“Artículo 1058: Las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entiende siempre que lo han sido por cuenta del precio y como ratificación del contrato, sin que pueda ninguna de las partes retractarse perdiendo las arras, salvo que así este expresamente pactado.”

El Código Civil costarricense, sigue la solución de las arras confirmatorias, según ha indicado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Esta Sala afirma que el Artículo 1058, es una norma de naturaleza dispositiva, pues admite pacto en otro sentido; por lo que las partes, de consiguiente, pueden convenir en la entrega de arras penitenciales. Pero, si no se estipula expresamente, las arras tendrán el carácter de confirmatorias.⁶⁷⁹

Como indicamos anteriormente, es usual encontrar que las partes pacten la entrega de una suma de dinero, por concepto de arras, en una fase prenegocial. En esta etapa las partes suelen suscribir, de forma preliminar, opciones o promesas unilaterales de venta; así como las llamadas promesas recíprocas de compraventa.

La doctrina moderna, se refiere a los tipos contractuales preliminares o preparatorios de otros contratos, usando la expresión de *precontrato*. Definiéndolo como “aquella convención mediante la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en el futuro la conclusión de un contrato, el cual, en ese momento, no quieren o no pueden celebrar. El precontrato, es un contrato por medio del cual surge una obligación de hacer: la celebración del futuro contrato, el cual es su objeto o finalidad.”⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 608, de las 16:20 horas del 7 de agosto del 2002.

⁶⁸⁰ Cfr. Considerando V, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 80 de las 15.30 horas del 30 de noviembre de 1993. Sentencia citada por la No.96 de las 15 horas 30 minutos del 4 de setiembre de 1996.

El precontrato, indica Diego Baudrit, “es una convención (y por tanto un verdadero contrato) que tiene como propósito preparar la realización de un contrato definitivo, que no se puede o no se quiere realizar aún.” En lo que concierne a la compraventa, menciona el autor, encontramos una buena muestra de convenciones que tienden a prepararla: promesas recíprocas, opciones o promesas unilaterales aceptadas, y promesas de compra con cláusula penal.⁶⁸¹

De la primera formulación de la figura del precontrato, se percibía la idea del contrato que precede a otro. Sin embargo, luego se agregó a esta tesis clásica, que el precontrato debía contener las “líneas maestras” de lo que sería el futuro contrato; sobre el cual las partes ya han expresado su consentimiento. Del mismo no nacería una obligación de contratar, sino la de colaborar para establecer el contrato definitivo.⁶⁸²

En reiterada jurisprudencia, la Sala Primera ha dispuesto que deben considerarse como precontratos, por tener la finalidad de la realización de otro contrato: la *promesa unilateral de venta* y la *promesa recíproca de venta*.⁶⁸³ Agrega que la primera, la promesa unilateral de venta -o simplemente promesa de venta- comúnmente se denomina *opción de venta*; y es la figura prenegocial establecida en el artículo 1054 del Código Civil.”⁶⁸⁴

La legislación civil permite la figura de la promesa unilateral de venta o la recíproca de compra venta en los numerales 1053 y 1054 del Código Civil. Mecanismos precontractuales,

⁶⁸¹ Baudrit Carrillo, Diego (2000 b). Los contratos traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales. 2 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p. 14.

⁶⁸² Valpuesta Fernández; citando a Roca Sastre. En: Blasco Gasco, F. (Comp.) Op. Cit. p.389.

⁶⁸³ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1015-2006; No.55-2004; No. 202-1999; No.125-2001; No. 96-1996; No.51-1993, y No.80-1993. El precontrato, o promesa de contrato, es bilateral. Pero se admite que revista la forma de promesa unilateral; que se refiere a la promesa de comprar o de vender. Cfr. Valpuesta Fernández. En: Blasco Gasco, F. (Comp) Op. Cit. p. 390.

⁶⁸⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 80 de las 15.30 horas del 30 de noviembre de 1993; citada por la No.96 de las 15:30 horas del 4 de setiembre de 1996.

como los ha denominado la misma Sala; cuyo objeto es garantizar un vínculo que obligue a las partes, o a una de ellas, a celebrar un contrato en un futuro.⁶⁸⁵

Sobre la distinción entre un precontrato y el negocio definitivo de compraventa, la Sala ha manifestado que no debe confundirse la naturaleza de las negociaciones previas con el contenido mismo del contrato de venta. Las condiciones o situación subjetiva de una de las partes, la naturaleza del objeto, o bien el contenido mismo que los contratantes quieran dar a su concierto, puede llevar a que aún cuando exista una intencionalidad y voluntad de suscribir el negocio, éste no pueda realizarse en el acto en esos términos.⁶⁸⁶

De importancia para analizar la obligatoriedad que surge de un precontrato, es el examinar puntos como: la caducidad y la aceptación de la promesa. En muchas ocasiones, se ha establecido jurisprudencialmente, que desde el momento de la aceptación de la promesa, hay contrato. En efecto, la opción de venta es un precontrato que tiene como efecto fijar la oferta de la venta definitiva, que deviene contrato en el momento en que es aceptada. Una vez aceptada la oferta, el precontrato desaparece; y surge el convenio definitivo de venta.⁶⁸⁷

Específicamente acerca del contrato de opción de venta; y sobre el valor que deben tener las sumas de dinero dadas en calidad de adelantos, o anticipos, por parte del optante; la Sala Primera ha estimado:

"VII. Esta Sala, en Sentencia Número 51 de las 15 horas del 11 de agosto de 1993, analizó el contrato de opción de venta, como una figura muy debatida en doctrina y jurisprudencia. Concebido en la actualidad como un contrato autónomo, preliminar o preparatorio. Por medio de él, un sujeto se compromete a vender a otro un bien, por un determinado precio, si éste decide

⁶⁸⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.1015, de las 16:30 horas del 21 de diciembre del 2006. Cfr. con los artículos 1053,1054 y 1055 del Código Civil costarricense.

⁶⁸⁶ *Ibidem*. La Sala Primera aclara, que los actos precontratos son actos de los cuales no puede desprenderse la perfectibilidad del negocio; aún y cuando sientan las bases para ello y se tienen como contratos.

⁶⁸⁷ Baudrit Carrillo, Diego (2000b). Op. Cit. p. 17. V. análisis de las sentencias de la Sala de Casación Civil, de las 15:15 horas del 2 de julio de 1943 y la de las 16:00 horas del 28 de julio de 1965; citadas por Baudrit.

*aceptar la opción dentro del plazo fijado al efecto. Es así como el promitente se compromete a mantener su oferta durante un cierto plazo, y a vender un bien a un precio determinado; el optante, por su parte, acepta el compromiso adquirido por el otro contratante, pero no se compromete a aceptar la oferta. Goza, por ende, de un plazo para estudiar la propuesta, la cual debe considerarse firme durante el tiempo de la opción, sin posibilidad de ser revocada. Si es aceptada, habría acuerdo entre las partes y se configuraría entonces el contrato definitivo, según las reglas previstas por los artículos 1009, 1049 y 1054 del Código Civil. La opción de venta puede ser gratuita u onerosa. En la primera, el promitente se obliga a mantener su oferta en firme y su compromiso de celebrar el contrato futuro durante el plazo previsto, sin recibir nada a cambio. En la opción onerosa, el optante ha pagado una suma de dinero al oferente para obtener la promesa de venta, estableciéndose así prestaciones recíprocas de ambas partes. (...) la suma dada como anticipo o adelanto debe quedar en manos del oferente en caso de no ser aceptada la opción en el plazo convenido, pero si es aceptada, se estima como parte del precio. Empero, si las partes nada han acordado al respecto, el oferente debe devolver el dinero recibido como señal de trato en caso de no realizarse el contrato definitivo, según lo establecido por el artículo 1058 del Código Civil.”*⁶⁸⁸ (el destacado no es del original).

En relación con el perfeccionamiento del contrato de venta definitivo, en los casos de la promesa de venta -- unilateral y recíproca--; la Sala ha dispuesto las siguientes condiciones:

“VII. (...) Como lo sostuvo Casación en su sentencia número 83 de las 16 horas del 28 de julio de 1965, la promesa unilateral de venta una vez aceptada, perfecciona la obligación de hacer de cada una de las partes y transforma el contrato en una compraventa, con todos los efectos jurídicos correspondientes. Es decir, si el beneficiario -optante- acepta pura y simplemente mientras esté vigente el plazo de la opción de venta, nace a la vida jurídica el contrato definitivo, es decir, la compraventa. Lo anterior significa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1054, 1049 y 480 del Código Civil, que opera el traspaso dominical del bien vendido de un sujeto al otro. La promesa recíproca de compraventa entraña una relación contractual un poco más compleja. Similar a la opción de venta, se trata de un precontrato cuya finalidad es la realización de la

⁶⁸⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 202, de las 14:20 horas del 30 de abril de 1999. En este mismo sentido, sentencia No.125, de las 16:15 horas del 31 de enero del 2001.

*compraventa definitiva, pero en este caso ambos sujetos ofrecen en forma recíproca llevarla a cabo, en donde uno promete vender en un precio determinado y el otro promete comprar en ese precio, durante un plazo determinado. En este caso, la aceptación de cualquiera de las dos partes precontratantes perfecciona el contrato definitivo, sea la compraventa con todas sus consecuencias jurídicas.*⁶⁸⁹ (el destacado no es del original).

En concordancia con estos criterios, la Sala Primera ha dispuesto que debe establecerse con claridad: cuando nos encontramos ante un precontrato cuyo objeto es un contrato de compraventa; y cuando se está frente a una compraventa propiamente dicha. Un factor determinante, para realizar esta diferenciación, es la ocurrencia de la aceptación por parte de los optantes. Aceptadas las ofertas respectivas, no sería necesaria una nueva declaración de voluntad, según indica la Sala:

*“VII. (...) En la opción -o promesa de venta- y en la promesa recíproca de compraventa, basta que, dentro del plazo, opere la aceptación del optante en el primer caso, o de cualquiera de las dos partes en el segundo para que, como se ha señalado, se perfeccione la compraventa. Resulta claro, entonces, que la diferencia entre la figura prenegocial y el negocio definitivo de compraventa es el acuerdo definitivo de cosa y precio manifestado, precisamente, en la aceptación de los optantes.”*⁶⁹⁰ (el destacado no es del original).

En un caso conocido por la Sala Primera, el casacionista alegó que la negociación sobre la que versaba el proceso, se trató de una opción; y no de una venta pura y simple. Las partes contratantes habían denominado al convenio, efectivamente, como una “opción”; definiendo un plazo para su aceptación. Estipularon la posibilidad de “retirarse” o “renunciar”, de la

⁶⁸⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 202, de las 14:20 horas del 30 de abril de 1999. En este mismo sentido, V. Sentencia de la Sala de Casación, No. 83 de las 16 horas del 28 de julio de 1965. Al respecto de la asimilación de las figuras precontractuales con el contrato principal al que se dirigen; se puede examinar lo expuesto por el autor Pablo Casafont, en: Casafont Romero, Pablo (1968). Ensayos de Derecho Contractual. “El valor jurídico de los actos prenegociales”. San José, Costa Rica. p. 228 y sig.

⁶⁹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 202, de las 14:20 horas del 30 de abril de 1999.

adquisición de un inmueble, con la respectiva pérdida para el comprador, de lo dado en concepto de prima; y con un cargo por daños y perjuicios.

La Sala Primera resolvió el caso, examinando de forma amplia, la naturaleza jurídica de la opción y la venta; y del valor del precio dado por *concepto de prima*, en ambas clases de contratos. Siendo esta resolución, de alta importancia para resolver sobre estos temas. Por lo que la citamos en lo que interesa, a continuación. Comenzando por analizar los términos del contrato, en el caso, la Sala indicó:

“VII. (...) la Sala no admite que esos términos tengan la trascendencia necesaria para concluir que el negocio fue una opción y no una venta. En punto a la denominación, la jurisprudencia ha sido constante en aclarar que es el contenido del negocio y no el nombre que las partes quieran darle, lo que determina su naturaleza (sentencia número 92 de las 15:15 horas del 10 de junio de 1992, 69 de las 15 horas del 17 de agosto de 1994 y 432 de las 15:30 del 29 de mayo de 2002). En el caso bajo examen, si bien dos de los documentos hacen referencia a un contrato de opción de compra-venta, y con ellos el nombre y el contenido son congruentes, la situación es otra cuando se incorpora al análisis el “adendum” que forma parte de la negociación. Es lícito entender que los dos primeros sólo contienen una oferta de un futuro contrato, para lo que el promitente le otorga al optante un plazo de 3 meses a efecto de que acepte. Mas el “adendum” no deja duda del perfeccionamiento de éste en tanto se hace pago de parte del precio. El que el comprador pudiera perder la “prima” y se determinara una especie de cláusula penal, no implica que la negociación fuera de naturaleza precontractual. Es común que se mal interprete el sentido y alcance de la entrega de la suma de dinero que se hace en esos negocios, es decir tanto en la compra-venta como en la promesa de venta. La confusión deriva de la creencia de que sólo en estas últimas las sumas entregadas tienen carácter penitencial o penal. Cabe, pues, una explicación: La doctrina generalmente clasifica las arras en confirmatorias y penales o penitenciales. Son penitenciales cuando las partes pactan la pérdida de la suma otorgada por el comprador, o su devolución por el vendedor. En ambos supuestos se observa la presencia de una especie de garantía para que se cumpla el contrato ya perfecto y además una forma de resolución convencional, con liquidación anticipada de daños. Ahora bien, cuando se paga un precio por la concesión de una opción, se da

*una situación similar, pero de naturaleza distinta. En este caso el optante paga para que se le conceda la opción, observándose más que una garantía y una forma de resolución convencional, un precio. En presencia de una figura precontractual, el contrato definitivo no se ha perfeccionado, por lo que no se puede hablar de resolución convencional por incumplimiento. (...) el numeral 1058 refiere a las arras sólo en función del contrato de venta, no de la promesa y además, interpretándolo en sentido contrario, admite la resolución convencional del contrato de compra-venta con pérdida de las arras (penitenciales o penales), única forma en que podría entenderse la salvedad por él dispuesta. En consecuencia, en el subjúdice, por el hecho de haberse estipulado la pérdida, no cabe inferir que la negociación haya sido preparatoria de un contrato de compra-venta, pues se admite, según queda dicho, el pacto arral penitencial en contratos definitivos. (...) En conclusión, no existe una promesa de venta que deba ser aceptada, sino una compraventa perfecta. Hubo acuerdo en cosa y precio y se ejecutó parcialmente el contrato, en tanto se pagó parte del precio y se entregó la casa, aunque no en las condiciones convenidas.”*⁶⁹¹

En conclusión, queremos transmitir los dos principales dilemas que surgen del tema del valor de las arras en los contratos: En primer lugar, algunos piensan en la confusión que origina el determinar si las partes contratantes tuvieron la intención de celebrar el negocio principal; o si simplemente han llegado a establecer una relación preliminar, precontractual.

El autor Jesús Alfaro Águila-Real, nos plantea esa interrogante; y la resuelve resaltando el aporte de las tendencias legislativas que pugnan por establecer el valor confirmatorio de la entrega de las arras. Así, se protege a los mismos contratantes; quienes deben acordar expresamente que las arras tendrán un valor de arras penitenciales; para poder apartarse del cumplimiento del contrato. Entendiéndose que las arras serán confirmatorias, de no haber pacto en contrario, se obliga a las partes a cumplir.⁶⁹²

⁶⁹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 989, de las 16:20 horas del 7 de agosto del 2002.

⁶⁹² Cfr. Alfaro Águila-Real, Jesús. (2007). “Los juristas españoles y el análisis económico del derecho”. Op. Cit. p.9.

“arras” y “señal”) constituye una forma poco costosa para las partes de una negociación, de publicar que han abandonado la fase de tratos previos y que han celebrado un contrato vinculante. ¿Qué conclusión se deduce de este razonamiento económico? Que las arras han de entenderse, en principio y salvo voluntad expresa o presunta de las partes, como confirmatorias (...) Se da así cumplimiento al objetivo perseguido por las partes al publicar mediante la entrega de una señal su consentimiento: un intercambio mutuamente beneficioso ha quedado acordado y ha de obligarse, en principio, a las partes a cumplirse ya que, de no hacerse, se elevarán los costes futuros para cualesquiera otros contratantes de asegurarse que los contratos celebrados serán objeto de enforcement⁶⁹⁵ por los órganos judiciales.”⁶⁹⁶

Analizaremos a continuación, dos laudos arbitrales costarricenses; que han resuelto sobre el tema del valor de las arras, o adelantos entregados, en precontratos de compraventa. Nuestra finalidad, vuelve a ser la de examinar de qué forma han abordado los árbitros este tópico; para comparar lo resuelto en el laudo, con lo que ha establecido la jurisprudencia judicial dominante.

⁶⁹⁵ Ejecución.

⁶⁹⁶ Alfaro Aguila-Real, Jesús. (2007). Op. Cit. p.9.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.*

A. Resolución del caso:

El presente laudo arbitral, fue analizado anteriormente con respecto al tema de la aplicación del principio de competencia profesional, y el respeto al contrato como fuerza de ley entre las partes, *pacta sunt servanda*. En esta ocasión, comentaremos lo resuelto por el Tribunal Arbitral en cuanto al tema del valor de las “arras” o el adelanto, entregado como anticipo al precio en el contrato en cuestión.⁶⁹⁷

Recordemos que en el caso las partes suscribieron un contrato denominado: “*Promesa Obligatoria, Recíproca e Irrevocable de Compraventa Condominio Tipo Confort B. Ocho.*”, el 1 de marzo del año 2004. El objeto de dicho contrato, fue la promesa hecha por la demandada al actor, de venderle y traspasarle, un apartamento por construir. Las partes convinieron que el condominio estaría ubicado en Bello Horizonte de Escazú; que tendría una medida exacta de 90 metros cuadrados, y que su precio sería de \$73,340.00 dólares exactos.

La entrega del condominio al actor, se convino para el día 28 de febrero del año 2005. Con posibilidad para la desarrolladora Condominios, de extender dicho plazo en 90 días naturales, hasta el 28 de mayo del 2005. De no entregarse el condominio al actor en esas fechas, las partes acordaron el pago del monto estipulado a título de cláusula penal.

⁶⁹⁷ V. Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina S.R.L.* Sobre el Fondo. Tema XII. “Las Arras, La Prima o Anticipo.” pp.33 y sig.

Después de la suscripción del contrato, Condominios le comunicó al señor JCG, que existía una imposibilidad para entregarle un apartamento, que tuviera la misma área pactada originalmente. La desarrolladora le manifestó que dicha área, debía ser incrementada; y en razón de este aumento en la medida, el precio del apartamento tendría que aumentar de \$73.340.00, a \$107.500.00 dólares.

La demandada atribuyó el cambio en los términos del contrato, a la publicación de unas modificaciones al Reglamento de Construcciones, en el diario oficial La Gaceta. La nueva normativa disponía que todas las piezas habitables, que fueran a construirse, debían tener iluminación y ventilación, por medio de ventanas. Al momento de presentar los planos del proyecto para obtener su aprobación en diversas entidades, las nuevas regulaciones hicieron que los mismos fueran rechazados; según afirmó la demandada.

Para este momento, ya el actor JCG había cancelado las siguientes sumas de dinero a la demandada: a) \$500 dólares, por concepto de *reservación* del apartamento B-8 Torre Dos. b) \$2000 dólares, por *adelanto de la prima*; y c) \$12.000 dólares, por pago de la *prima completa* del apartamento. Montos que habían sido cancelados entre el mes de febrero y marzo, del año 2004.

Mientras tanto, la demandada Condominios había afrontado varios problemas con el otorgamiento del permiso de construcción por la municipalidad; así como con la obtención de la viabilidad ambiental por parte del SETENA. Por lo que, hasta el mes de abril del año 2005, obtuvo este último requisito; y hasta octubre del mismo año, el permiso de construcción. Casi cinco meses después, del plazo de prórroga pactado para la entrega del condominio.

Ante los reclamos de JCG, la demandada decidió depositar a su favor, la suma de \$16.675 dólares. Lo anterior, por concepto de devolución del dinero dado en *adelantos* por parte del actor (\$14.500,00); más los intereses generados por estas sumas (\$2175, a la fecha de la

devolución). Adicionalmente, le comunicó a JCG que a partir de ese momento “daban por resuelto”, el contrato suscrito entre ambas partes.

Luego de las anteriores acciones de la demandada, el actor le manifestó inmediatamente su disconformidad. No estuvo de acuerdo con la devolución de su dinero, indicando que se había visto muy perjudicado con el incumplimiento del contrato por parte de Condominios. JCG afirmó, que la desarrolladora incumplió “injustificada, ilegal y gravemente, con sus obligaciones contractuales y legales”.

Consecuentemente, JCG procedió a plantear un proceso arbitral en contra de la empresa Condominios. Sus reclamos hicieron referencia al incumplimiento del plazo máximo de entrega del condominio, previsto en el contrato; a que la desarrolladora no tuvo lista conforme a lo pactado, y a la publicidad del desarrollo inmobiliario, la unidad denominada: “Condominio Tipo Confort, número B-8”; y al incumplimiento de los principios de obligatoriedad e irrevocabilidad unilateral de los contratos, por parte de la demandada.⁶⁹⁸

La desarrolladora del proyecto, contestó de forma negativa la demanda y alegó que el contrato suscrito entre las partes, era de “preventa”; dándose una “opción de venta” de un bien futuro. Por lo tanto, el comprador asumía el riesgo del negocio, pues el producto era inexistente al momento de contratar y, por lo tanto, podía cambiar. Con ello, el contrato quedaba sujeto a una condición suspensiva.

Acerca del proyecto, la demandada afirmó que no se pudo realizar tal y como había sido planeado, en virtud del acontecimiento de un “caso fortuito” --refiriéndose a la reforma de la normativa sobre construcciones--; lo que generó una causa eximente de responsabilidad para la misma. Sostuvo que, según el contrato, podían dar por terminada la relación contractual

⁶⁹⁸ Sobre los antecedentes completos del caso, V. Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); # 05-0054-AR/CICA; del 12 de julio del 2006. Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.* Considerando, II. Sobre Hechos Probados. pp.9-13.

depositando a favor del actor, la totalidad de sumas de dinero recibidas de su parte; lo cual procedieron a realizar.

De acuerdo con el tema sobre el cual versa el presente análisis, nos interesa comentar el enfoque que le dieron los árbitros al tema de la entrega de “arras”; en el caso específico de la *promesa recíproca de compraventa*. Antes, es necesario examinar lo dispuesto en el laudo arbitral acerca de los efectos jurídicos de este precontrato. Lo anterior, con el fin de comprender mejor la situación jurídica en la que se hizo entrega de dichas arras, o anticipo.

El laudo arbitral dedicó un apartado completo al examen de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión. La intención del tribunal arbitral, fue determinar si el contrato suscrito por las partes era uno preliminar, o bien, uno definitivo. Los árbitros citaron jurisprudencia de la Sala Primera⁶⁹⁹, relacionada con el tema de las clases de precontratos, como la opción de venta y la promesa recíproca de compraventa.⁷⁰⁰ El tribunal estableció las características y efectos, que posee esta última figura.

En primer lugar, el laudo estableció que la sociedad demandada había sido constituida para llevar a cabo el proyecto de condominios. De forma tal, que calificaba como un “comerciante”; de acuerdo con la Ley de Protección Efectiva al Consumidor, No.7472; entendiéndola como “un proveedor de bienes o servicios, sea como productor o como parte de la cadena de distribución”. Asimismo, estableció que la accionada podía considerarse como “agente económico”, toda vez que publicitó el proyecto respectivo. El actor, sin dudas, sería un consumidor; dispuso el tribunal.

⁶⁹⁹ El tribunal arbitral cita la sentencia No.55, de las 11:00 horas del 28 de enero del 2004; de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁰⁰ V. Laudo arbitral; Op. Cit. V. puntos X) y XI); sobre la naturaleza jurídica del contrato objeto del arbitraje. pp.26-33.

Posteriormente, el tribunal arbitral determinó que el objeto del contrato del caso, era determinable. Por lo que el tribunal consideró, que el contrato se trató de una compraventa de cosa futura y no preliminar. Al respecto, concluyó:

“El ordenamiento jurídico costarricense, para el caso de la compraventa, sigue el concepto del “nudo consenso”, con lo cual, basta el acuerdo en cosa y precio para que el contrato se perfeccione. No obstante, como excepción al principio consensualista contractual de perfeccionamiento, se trata de una compraventa de cosa futura sujeta a la condición de existir. Así lo reconoce el numeral 441 del Código de Comercio, que relaciona: “Artículo 441: En la compraventa de cosa futura determinada, el contrato quedará subordinado a la existencia del objeto. Si la cosa no llegare a existir, el contrato quedará resuelto sin responsabilidad para ninguno de los contratantes. Si ya se hubiere pagado el precio o parte de él, estará obligado el vendedor a devolver la suma recibida; a menos que de su parte hubiere culpa, dolo o negligencia, en cuyo caso respondería también por los daños y perjuicios causados.” De acuerdo con lo pactado, la accionada se comprometió a que, para la fecha del cierre y/o su prórroga, la filial resultante deberá estar debidamente individualizada e inscrita como finca filial en el Registro Público de la Propiedad, con las especificaciones señaladas en el acuerdo y además, habitable.” (el énfasis es nuestro)

Luego de establecer que la promesa recíproca de venta, podía entenderse como un contrato de compraventa de cosa futura; se analizó el tema de la entrega de *arras* en el caso. En el laudo arbitral, los árbitros se refirieron a las sumas de dinero entregadas por el actor JCG, a la desarrolladora Condominios, utilizando los términos: “arras”, “anticipo” o “prima”.⁷⁰¹

El tribunal arbitral citó algunas definiciones dadas por la doctrina, acerca del concepto y función de las “arras”; así como explicó su clasificación general en *arras confirmatorias* y *penitenciales*. Asimismo, citó las resoluciones de la Sala Primera No.989, de las 16:20 horas

⁷⁰¹ V. Laudo arbitral, Op. Cit. Punto XII. “Las arras, la prima o el anticipo”. pp. 33-39.

del 18 de diciembre del 2002; y No. 608, de las 16:20 horas del 7 de agosto del 2002; las cuales abordan el tema del valor de las arras y su interpretación.⁷⁰²

En la jurisprudencia judicial citada por los árbitros, se aclaró que cuando se paga un precio por la concesión de una opción, *“el optante para que se le conceda la opción, observándose más que una garantía y una forma de resolución convencional, un precio.”* En presencia de una figura precontractual, explica la sentencia, *“el contrato definitivo no se ha perfeccionado, por lo que no se puede hablar de resolución convencional por incumplimiento”*. La confusión se presenta, como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo 1590 del Código Civil Francés; aclara la Sala Primera.⁷⁰³

Según esta sentencia de la Sala, el numeral 1058 de nuestro Código Civil se refiere a las arras solo en función del contrato de venta, no de la promesa; además, interpretándolo en sentido contrario, admite la resolución convencional del contrato de compraventa con pérdida de las arras (penitenciales o penales), como única forma en que podría entenderse la salvedad dispuesta por el artículo.⁷⁰⁴

Los árbitros indicaron, que el Artículo 1590 del Código Civil Francés indica que si *“la promesa de vender se hiciera con entrega de arras, cada una de las partes contratantes será libre de desistir de ellas, perdiéndolas el que las haya dado, y restituyendo el duplo el que las haya recibido.”* Y por el contrario, explican, los artículos 447 del Código de Comercio y 1058 del Código Civil, costarricenses, contemplan aspectos distintos a los tutelados por el Código Civil francés.⁷⁰⁵

⁷⁰² V. dichas resoluciones comentadas en el apartado sobre la jurisprudencia y doctrina sobre el presente tema.

⁷⁰³ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.989, de las 16:20 horas del 18 de diciembre del 2002; citada por el Laudo arbitral; Op. Cit. p.35.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

⁷⁰⁵ V. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema de las “arras” comentada al inicio del presente Capítulo. Cfr. Artículos 447 del Código de Comercio y 1058 del Código Civil, costarricenses.

Los árbitros indicaron que la Sala Primera ha aclarado aún más este tema, al expresar que nuestro Código Civil, en su Artículo 1058, sigue la solución de las *arras confirmatorias*, al disponer: *“las cantidades que con el nombre de señal o arras se suelen entregar en las ventas, se entienden siempre que lo han sido por cuenta del precio y como ratificación del contrato”*.

La Sala Primera, según cita el laudo, aclara que las partes pueden convenir arras penitenciales, pero si no existe pacto expreso al respecto, tendrán el carácter de confirmatorias.⁷⁰⁶ El laudo dispuso que: *“el anticipo, en el subarbitrio, forma parte del precio del contrato, art. 447 del Código de Comercio.”*; y continuó exponiendo:

“Está claro que el contrato en discusión, al momento de su firma, era de compraventa de cosa futura, artículos 2,31,34,35,42, todos del la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; 411, 438, 441, 447, todos del Código de Comercio; 627, 1008, 1022, y 1025, todos del Código Civil, pero con la salvedad de que estaba sujeto a la existencia del objeto, sea en la fecha de cierre o su prórroga de 90 días naturales a partir del 28 de febrero del 2005 y que venció el 29 de mayo del 2005.(...) XIII.(...) Si se está en presencia, como en efecto ocurre, de una compraventa mercantil de cosa futura, la prima o el anticipo en el caso concreto es parte del precio (art. 447 del Código de Comercio). De la relación de las cláusulas (...) se estableció, de una parte, la obligación de la demandada de reunir fincas, afectar el inmueble a condominio, individualizar la filial, construirla y traspasarla, con la cual la existencia del objeto adquiere especial relevancia, (art. 441 del Código de Comercio) tal y como se ha advertido supra, y de otra, del actor, de pagar el precio en la forma y condiciones pactadas. (...) De conformidad con el marco anterior, se determina para la demandada una obligación de hacer (...) y para el actor, dos obligaciones: la prima y el pago del saldo.” (lo destacado no es del original).⁷⁰⁷

Sobre el tema del valor de la “prima” entregada por el actor, continúan los árbitros explicando:

⁷⁰⁶ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 608, de las 16:20 horas del 7 de agosto del 2002; citada por el Laudo arbitral; Op. Cit. p. 36.

⁷⁰⁷ V. Laudo arbitral; Op. Cit. pp.37-38.

“La prima, formada por pagos sucesivos hasta completar \$14.660.00 dólares no es otra cosa que el adelanto del precio y el saldo, debía ser pagado el día de la fecha de cierre o su prórroga, mediante financiamiento bancario (...) en caso de que el actor no pudiese pagar el precio por no obtener financiamiento bancario, la demandada devolvería la prima recibida menos la deducción del 5% por gastos administrativos.”⁷⁰⁸ (lo destacado no es del original).

En relación con la promesa recíproca de compraventa, suscrita entre las partes, reiteran los árbitros su posición acerca de su naturaleza jurídica y disponen:

“La compraventa pactada, fue sin lugar a dudas, como se ha dicho a lo largo de este laudo, de cosa futura bajo condición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Comercio y que también contempla de modo similar el artículo 1059 del Código Civil, con indemnización de daños y perjuicios en caso de comprobarse dolo, culpa o negligencia. La cosa es futura, cuando no existe al momento de la constitución de la relación jurídica., pero se espera que racionalmente exista en el futuro. En esas condiciones, la legislación mercantil como civil, tienen contemplado que el contrato surge plenamente a la vida jurídica con la existencia de la cosa. En el evento de que la cosa no llegue a existir, el contrato queda resuelto sin responsabilidad adicional de las partes con la salvedad de que el frustrado vendedor deberá restituir el precio recibido y al pago de daños y perjuicios si incurrió en dolo, culpa o negligencia. Tal ha sido tradicionalmente la fórmula de solución jurídico-legal utilizada en estos casos.(...)”⁷⁰⁹

Sin embargo, el tribunal arbitral estableció que esta solución tradicional no aplica en el caso, por los siguientes motivos: Primero, la demandada señaló que el proyecto se demoró por consecuencia de una modificación reglamentaria que no le era imputable. Lo que hizo que tuviera que cambiarse el proyecto original de construcción de los condominios. El tribunal analizó dichas reglamentaciones, y concluyó que desde antes de la reforma, las piezas

⁷⁰⁸ Ibidem.

⁷⁰⁹ Ibidem.

habitables debían contar con las disposiciones ahí ordenadas. Sin que esto representara, como lo alegó la demandada, una modificación que la eximiera de responsabilidad.

Posteriormente, el tribunal explicó que la demandada introdujo bienes al mercado que deben correr con los riesgos que ocasione, por defectos o informaciones inadecuadas. Por lo que estaba obligada a actuar con diligencia, propia de la actividad empresarial constructiva; de acuerdo con el *principio de competencia profesional*. Los árbitros explicaron que la presunción de competencia profesional, es un principio universalmente admitido; plasmado en normativas uniformes tales como los principios de la UNCITRAL y UNIDROIT.⁷¹⁰

El análisis que realizan los árbitros, para establecer la responsabilidad de la demandada por el incumplimiento en la entrega del condominio al actor, de acuerdo con las condiciones pactadas en el convenio; es muy extenso. Entre otras cosas, llegan a determinar que la responsabilidad de la misma debe establecerse de conformidad con la Ley 7472 del Protección al Consumidor; al tratarse de un contrato de consumo. Operando en estos casos, el régimen de responsabilidad objetiva, que en materia de consumidor opera independientemente de la culpa.

Aunque en el artículo 441 del Código de Comercio, referente a la compraventa de cosa futura, se establece la posibilidad de atribuir daños y perjuicios en caso de mediar culpa, dolo o negligencia –se refiere a una responsabilidad subjetiva, explica el tribunal–; en el caso se está frente a una responsabilidad objetiva, es decir, sin culpa. La conducta de la accionada, representa el nexo causal de imputación y, por ende, se le atribuye no construir en tiempo la unidad de condominio, ni haber evitado el resultado dañoso.⁷¹¹

⁷¹⁰ V. Laudo arbitral; Op. Cit. pp.41-42. El laudo arbitral cita la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:10 horas del 15 de enero del 2003, que avala la aplicación del *principio de competencia profesional*; y confirma otro laudo arbitral que lo utilizó. V. aplicación de este principio por este laudo arbitral, analizada en el Capítulo I, Sección IV; y en el Capítulo II, Sección II; del Título II de la presente tesis.

⁷¹¹ V. Laudo arbitral; Op. Cit. pp.46-47.

El tribunal arbitral consideró declarar la *resolución contractual, por incumplimiento grave* de la demandada Condominios; por no entregar la finca filial y por impedir al actor cumplir con el resto del precio. Accedió al reclamo de daños y perjuicios, hecho por el actor, aclarando que estos se encontrarían incluidos dentro de la cláusula penal pactada; condenando a la demandada al pago del monto dispuesto en dicha cláusula, desde la fecha del atraso hasta el dictado del laudo.⁷¹²

B. Análisis Final del laudo arbitral.

La promesa bilateral o recíproca de compraventa, puede definirse como “el acuerdo mediante el cual dos sujetos se presentan recíprocamente oferta (precisa y completa) de un contrato futuro.” Este tipo de acuerdo, ha sido clasificado dentro de los precontratos. En él, los precontratantes “fijan su voluntad contractual por el tiempo de vigencia del precontrato; para que la aceptación pura y simple de uno solo de ellos lleve a la conclusión del contrato definitivo.”⁷¹³

El autor Baudrit nos explica que, modernamente, se ha reconocido la especialidad que tiene la promesa bilateral; puesto que se trata de un acuerdo preparatorio de un contrato futuro, que no se quiere concluir aún. El régimen de las promesas bilaterales se diferencia del de las unilaterales, solamente en que, en las primeras, existen obligaciones para todos los contratantes de mantener sus “promesas”.⁷¹⁴

En el caso en discusión, el tribunal arbitral ordenó que la empresa Condominios respetara la obligatoriedad de la promesa recíproca de compraventa del apartamento pactado; dotándola de

⁷¹² El laudo arbitral estableció que la cláusula penal solo incluiría los daños patrimoniales, no así los extrapatrimoniales -- por estar “fuera del mercado” y ser “extraños a valores económicos”. Al contrario de lo que establece la jurisprudencia judicial tradicional, que estipula que la cláusula penal comprende una indemnización anticipada por concepto total de daños y perjuicios; determinados por las partes.

⁷¹³ Baudrit Carrillo, Diego (2000c). *Derecho Civil IV (...)*. Op. Cit. p. 56.

⁷¹⁴ *Ibidem*.

fuerza vinculante. El tribunal resolvió de esta forma, una de las grandes polémicas en cuanto al problema de la asimilación o identificación, de las figuras precontractuales, con los contratos principales a los cuales se dirigen.

El autor Casafont, ya nos expresaba esta problemática; y exponía las tendencias mayoritarias que mantenía la doctrina con respecto al tema. La doctrina francesa –explicaba dicho autor-- las equiparaba, por darse en ellas los mismos elementos del contrato principal; como se advertía en el caso de la promesa recíproca de compraventa. En ella se contienen los mismos requisitos de sustancia propios de la compraventa verdadera: consentimiento, cosa y precio.⁷¹⁵

En este sentido, el tribunal arbitral consideró que la “promesa recíproca de compraventa” del condominio en cuestión, debía entenderse como un “contrato definitivo de compraventa de cosa futura”; tal y como lo preceptúa el Código de Comercio costarricense. Otorgándole así, los efectos jurídicos de un contrato perfeccionado, permitiéndole a la parte actora interponer las acciones respectivas por el incumplimiento grave de la accionada; y obtener la *resolución contractual* de la misma.

Como el Código Civil establece que las arras se reputan como parte del precio del contrato solo en el caso de los anticipos entregados en las ventas (V. Art.1058 del Código Civil); el tribunal estableció que en el caso las arras tenían ese mismo valor en el caso de la promesa recíproca de compraventa del condominio, por tratarse de un contrato definitivo de compraventa de cosa futura. (Según el Art. 441 del Código de Comercio, que así lo estipula).

⁷¹⁵ Casafont Romero Pablo. Op. Cit. pp.233-234. La fórmula francesa, propugnaba que la frase: “prometo vender y prometo comprar” equivalía a “compro y vendo”; cita Casafont. La otra doctrina, la italiana –con la que estaba de acuerdo Casafont--; establecía que el elemento volitivo era esencial para separar las dos figuras: la promesa recíproca de compraventa, de la compraventa verdadera. Pues, si las partes lo que deseaban era celebrar un convenio preparatorio, no era correcto reputarlo como un contrato definitivo; por más que se dieran los mismos elementos esenciales. En aras del respeto a la voluntad de los contratantes. (p.234).

El tribunal arbitral resolvió de forma muy interesante el tema; otorgándole una interpretación novedosa a la figura de la promesa recíproca de compraventa en el caso; aplicando disposiciones normativas y un régimen de responsabilidad concebido para los contratos definitivos. Utilizando para ello, no solo la normativa dispuesta en el Código de Comercio, sino que también le otorgó un sentido a la relación contractual, dentro del marco de la Ley de Protección Efectiva del Consumidor; con vista en la actividad que desplegaba la demandada.

El laudo arbitral analizado, crea un interesante precedente en un tema tan actual como es el caso de las preventas de condominios en construcción; ayudando a interpretar de una manera más integral el sentido de las negociaciones preliminares que pueden presentarse en casos similares. Este tipo de contrataciones tienen un gran auge hoy en día, debido al creciente desarrollo inmobiliario que se da en nuestro país.

Por lo tanto, resulta útil y novedosa, la protección que pueda darse a los compradores de estos bienes –en ocasiones no existentes aún–, y la imposición de obligaciones a las compañías desarrolladoras, que las compelan a cumplir con lo pactado; permitiendo que no se subestimen los efectos de la suscripción de una “promesa” de compraventa.⁷¹⁶

⁷¹⁶ Un análisis similar e igualmente valioso, se presentó acerca del tema del valor del contrato de opción de compraventa, de la promesa recíproca de compraventa; sus efectos y perfeccionamiento, en el siguiente laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica: #CCA01 AR-01-01-01, de las 15:00 horas del 22 de setiembre del 2001. Caso de *Scott Paper Company, S.A.* contra *Diario Express R Castro e hijos, S.A.* Árbitros: Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Sergio Artavia Barrantes, y Lic. Rafael Valle Guzmán. V. pp.20-24. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002; que confirma el laudo arbitral.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: caso de *Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.* contra *Joan Demyen*.

- **Datos del laudo arbitral:** CCA#01-AR-01-01-05; de las 12:00 horas del 20 de octubre del 2005. **Partes:** *Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.* contra *Joan Demyen*. **Centro de Resolución Alternativa de Conflictos:** Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. **Composición del Tribunal Arbitral:** de Derecho. **Árbitros:** Licda. Damaris Ulate Ramírez (Presidente), Lic. Luis Echeverri Trujillo y Dr. Luis Baudrit Carrillo. **Laudo Firme.**⁷¹⁷

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

En este caso, la corporación Residencias Valle, era propietaria de dos fincas en Guanacaste, las cuales se comprometió a vender a la señora Joan Demyen. Para formalizar lo anterior, ambas partes suscribieron un convenio denominado "*Opción de Compra*"; en el mes de junio del año 2004.

El 6 de julio del 2004, la señora Demyen entregó a la actora una suma de \$25.000 dólares; suma que pasaría a manos de ésta última como resarcimiento por los daños y perjuicios, en caso de que no se llegara a realizar la compraventa definitiva de dichas fincas, por razones imputables a la demandada. El 6 de agosto del 2004, la demandada decidió depositar un cheque a favor de la corporación Residencias Valle, por la suma de \$45.000; para completar el 10% del precio definitivo de la compraventa de ambas fincas.⁷¹⁸

⁷¹⁷ Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; No.891, de las 10:05 horas del 10 de noviembre del 2005. Se declaró sin lugar el recurso de nulidad planteado por la demandada. El laudo arbitral quedó firme en todos sus extremos.

⁷¹⁸ V. Laudo arbitral, relación de Hechos Probados. Considerando II. pp.10-12.

El mismo 6 de agosto, por encargo de la señora Demyen, se giró una orden al banco respectivo para que no hiciera efectivo el cheque de los \$45mil dólares, mencionado anteriormente. Posteriormente, dicha señora realizó otro depósito en la cuenta de la actora de \$15.000 dólares, como pago de otro 10% del valor de una de las fincas; el día 12 de octubre del 2004. Sin embargo, el día 15 de octubre, le fue devuelta a la señora Demyen, en su cuenta, esta misma suma.

La empresa Residencias Valle vendió, el 22 de setiembre del 2004, una de las dos fincas que eran parte del convenio de opción de compra, suscrito con la señora Demyen. Meses después, reunió la finca restante con otras dos fincas, formando una sola. Esta finca fue luego segregada. Dos lotes fueron vendidos a una sociedad, y el resto reservado por Residencias del Valle fue segregado también, para dar origen a dos fincas más, que fueron igualmente vendidas.⁷¹⁹

La actora Residencias Valle, hizo los siguientes reclamos contra la señora Demyen: solicitó que se declarara que la opción de compra suscrita por dicha sociedad y la demandada resultó ineficaz, en razón de que esta última incumplió con el pago del 10% del valor total pactado sobre las propiedades; alegó que el contrato se resolvió de pleno derecho; y que con respecto a la “opción” operó el plazo de caducidad, porque la señora Demyen no requirió de la actora, la formalización de la compra de los terrenos.⁷²⁰

Por su parte, la demandada solicitó “la ejecución forzosa del contrato”, obligando a la actora a realizar los movimientos registrales necesarios que permitieran entregarle una propiedad con las mismas características de la del convenio respectivo. Y solicitó el reconocimiento de varios extremos por concepto de de daños y perjuicios, causados con la “injustificada acción de la vendedora”, Residencias Valle.⁷²¹

⁷¹⁹ *Ibidem.*

⁷²⁰ Laudo arbitral del caso, pp.4-5.

⁷²¹ *Ibidem.*

Sobre la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, el tribunal arbitral indicó lo siguiente en el Considerando IV del laudo:

“En el precontrato de opción de venta, el propietario promete vender un bien por un determinado precio y se obliga a mantener esa promesa durante un tiempo definido. Aunque no sea frecuente, también se puede convenir en un precontrato de opción de compra, en el que el futuro comprador se obliga a comprar y podrían ser compelido a ello. (...) Cualquiera de las partes, según sea el caso, podría obligar a la otra ya fuere a vender o a comprar, dentro del plazo establecido. La parte beneficiaria de la opción de compra podría obligar al propietario a vender, lo mismo que el propietario podrían obligar a la otra parte a comprar (...) La opción por tanto, es un convenio preparatorio de otro, posterior y definitivo –de compraventa–, que en caso de que se celebre, si dará origen a la transmisión de la propiedad (...) La compraventa implica consentimiento, como resulta evidente, de comprar y vender, recíprocamente. En la opción se contiene como antes se ha expresado, una promesa, compromiso o deber jurídico de celebrar posteriormente un contrato de compraventa. No existe voluntad, aún, de transmitir la propiedad, ni consecuentemente, de pagar un precio por ella. (...) En el documento denominado “Opción de compra”, (...) Joan Demyen prometió comprar y la sociedad Corporación Residencias Valle (...) prometió vender. (...) En ese texto se califica a las partes como futura compradora (...) y como futura vendedora (...) no cabe duda de que se trata de un convenio recíproco de opción de compraventa, y no de una compraventa definitiva. Los términos “compradora” y “vendedora” se utilizaron no para manifestar una compraventa, sino que –así lo entiende este Tribunal– únicamente para designar, en forma abreviada, a las partes de este convenio de promesa recíproca de compraventa.”⁷²² (lo destacado no es del original)

En cuanto a las sumas entregadas por la demandada, a la actora, por concepto de “adelantos” o arras del precio de venta, el tribunal arbitral hizo el siguiente análisis:

“(...) En ese documento (se refiere a la promesa recíproca de compraventa) también se expresó que se entregaba la suma de veinticinco mil dólares “como depósito de garantía y como parte del

⁷²² Laudo arbitral, Considerando IV. pp.13-14.

precio” y que dentro del mes siguiente la señora Demyen pagaría la suma de cuarenta y cinco mil dólares, “completándose así un diez por ciento del valor de la venta del presente contrato” (...) Esto podría dar origen a pensar que las partes hubieran convenido en un contrato de compraventa, directamente, en vez de haber formalizado uno de opción recíproca de compraventa, ya que se aludió a precio y a venta. Esta hipótesis debe desecharse porque en esa misma cláusula se estipuló que “Si por razones imputables a la compradora ésta no completase la transacción de compraventa en la fecha pactada dicho dinero permanecerá en manos de la futura vendedora a manera de resarcir los daños y perjuicios”. Esto último aclara la naturaleza de los adelantos de dinero convenidos. Aunque no se dijo así expresamente, en caso de que se llegase a celebrar el contrato de compraventa, esas sumas se entenderían pagadas como abono al precio de la compraventa. Si, por el contrario, no se llegare a celebrar dicho contrato, las cantidades de dinero recibidas quedarían en poder de Corporación Residencias Valle (...) a título de indemnización por daños y perjuicios. No lleva razón la parte demandada al calificar esas sumas de dinero como “arras confirmatorias”. El artículo 1058 del Código Civil, en el que pretende apoyarse establece (...) En sentido similar puede verse lo dispuesto por el artículo 447 del Código de Comercio. No se trató, por tanto, de arras confirmatorias, sino de arras penitenciales que le permitirían a la parte interesada incumplir con su compromiso sin otra consecuencia jurídica que la pérdida de las cantidades de dinero entregadas, que quedarían en beneficio de la otra parte, a título de indemnización (...) Puede indicarse que esta cláusula podría ser aplicada lo mismo a un contrato de compraventa, que a un contrato de opción. (...) Si se hubiera tratado de una compraventa perfecta, la propiedad de ambos inmuebles (...) se habría transmitido desde el momento mismo de la celebración del convenio. Considerando V. Del pago efectuado inicialmente por la futura compradora. (...) ¿A título de qué fue hecho este pago de veinticinco mil dólares? a) Podría haber sido el precio pagado por la futura compradora por adquirir el derecho a comprar (dentro de los tres meses siguientes) (...) No fue esto lo pactado. A esa suma de dinero se le calificó como depósito de garantía. Pero si realmente hubiera sido “depósito”, luego de haberse cumplido aquello que fue objeto de garantía, tendría que haber sido entregada o devuelta al depositante. No tuvo carácter de precio por el derecho a opción, ni tuvo tampoco, naturaleza de depósito. b) Podrían haberse tratado de un abono al precio pactado de la compraventa, caso en el cual ese pago –por cuenta del precio (...) estaría significando que el convenio celebrado no hubiera sido de simple opción, sino más bien de compraventa definitiva. (...) Los veinticinco mil dólares

*entregados en un inicio por la señora Demyen constituyeron un abono al precio de la compraventa, en el evento de que llegara a formalizarse debidamente, y, a la vez, constituyeron una señal de trato o arras penitenciales que, en caso de que la señora Demyen no ejercitase oportunamente su derecho a adquirir, tal suma de dinero quedaría en poder de Corporación Residencias Valle (...)*⁷²³ (lo destacado no es del original)

En concordancia con lo anterior, los árbitros establecieron que el derecho de la señora Demyen para hacer efectiva la opción de compra pactada, había caducado. Explicaron que en materia de opciones, se aplica la caducidad, y citaron lo dispuesto por el Artículo 1055 de nuestro Código Civil, el cual dispone: “La promesa de venta y la recíproca de compra-venta cuyo cumplimiento no se hubiere demandado dentro de un mes contado desde que es exigible, caduca por el mismo hecho.”⁷²⁴

El tribunal arbitral estableció que, en el caso, la señora Demyen debería haber ejercitado su derecho de opción de compra dentro del plazo estipulado; es decir, dentro de los tres meses siguientes a partir del 2 de julio el 2004. La caducidad, tiene consecuencias “*fatales, inevitables y determina, por el solo hecho del transcurso del plazo establecido, el fenecimiento del derecho correspondiente*”; estimaron los árbitros.⁷²⁵

La caducidad del derecho de la señora Demyen se produjo, no como consecuencia de la falta de pago de los \$45.000 dólares, sino por no haber formalizado debidamente la compraventa definitiva dentro del plazo estipulado; estimaron los árbitros. Así, se declaró finalmente la caducidad del derecho de la señora Demyen a la opción de compra; y se liberó de responsabilidad relacionada con ésta, a la sociedad Residencias Valle.⁷²⁶

⁷²³ V. Laudo arbitral del presente caso, pp.13-20.

⁷²⁴ V. Laudo arbitral, Considerando X: El Plazo de Caducidad de la Opción. pp.33-34.

⁷²⁵ Ibidem.

⁷²⁶ Ibidem. V. también p.45-46, Por Tanto del laudo arbitral.

B. Análisis final del laudo arbitral.

En este proceso arbitral, a diferencia del primer caso analizado en cuanto al tema del valor de las arras, no se hubieran podido aplicar los conceptos que puso en práctica el otro tribunal arbitral. Lo anterior, debido a que no estamos en presencia de un contrato de compraventa de cosa futura, porque las fincas existen, y eran el objeto del contrato.

Tampoco podemos aplicarle a la empresa Corporación Residencias Valle la normativa de la Ley 7472; porque no constituye la figura del “agente económico”, ni la señora Demyen es propiamente una consumidora. Ambas partes, fueron dos sujetos privados, que decidieron pactar la opción de compra en cuestión.

El caso contiene un ejemplo que la excepción contenida en el Artículo 1058 del Código Civil. Mientras la tesis del Código es que las sumas por concepto de “arras” entregadas en las ventas, se deben de entender como arras confirmatorias del negocio; la excepción permite que las partes pacten arras *penitenciales*, que se pierden por la parte que las pagó si el negocio no se formaliza. Así, no existirían otras consecuencias si el negocio no se realiza, más que la pérdida de las arras para quien las entregó.

En un caso similar, en el que operó la caducidad de tres meses estipulada en una opción de compra, la Sala Primera de la Corte Suprema resolvió:

“XIII. Como primer motivo de disconformidad, alega el casacionista falta de aplicación de los artículos por él referidos del Código Civil. Ello por cuanto, afirma, el Tribunal Superior declaró la caducidad del contrato al aceptar la estipulación de que el plazo podía ampliarse por un mes más, si vencidos los primeros tres meses no se hubiere concretado el préstamo, siempre y cuando existiera aceptación expresa y por escrito del demandado. Dicha cláusula, afirma, es contraria a la ley, pues el vendedor se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato, por lo cual, se hace depender su eficacia únicamente de la voluntad del promitente. Por ende, resulta nula. (...)

XIV. Contrario a lo afirmado por el casacionista, dicha cláusula no constituye una modificación unilateral del contrato. Su origen es de carácter consensual. Se refiere, únicamente, a la posibilidad de ampliación del plazo convenido, para que el optante pudiera acceder a la posición de pagar el precio. Al efecto, el promitente tiene el derecho, fijado ya el plazo, de decidir si lo amplía o no, según su conveniencia. (...) XV. Por último, alega el recurrente, en caso de aceptarse la tesis de que el contrato suscrito entre las partes es una opción de compraventa, su caducidad, de conformidad con el artículo 1055 del Código Civil, sería procedente, si su cumplimiento no se demanda dentro del plazo de un mes desde su exigibilidad. En el sub-júdice, afirma, el demandado no podía exigir el cumplimiento del actor hasta después de los tres meses, pues antes de eso tenía plazo y, por ende, no debía nada. De consiguiente, la opción no era exigible para ser cumplida por el actor.(...). XVI. Al respecto, en el considerando XI se señala, respecto al plazo de un mes fijado por el artículo 1055 del Código Civil, que su aplicación se da cuando en la opción no se ha establecido plazo. Como en la especie tal estipulación se dio, la caducidad queda determinada por el período de tres meses acordado, exclusivamente. Sea, de no haberse convenido por las partes ese período, la caducidad habría operado irremisiblemente al mes, de acuerdo con lo establecido por el aludido precepto. Empero, como el promitente, de conformidad con el optante, concedió, a cambio del precio pagado por la opción, un plazo de tres meses, la caducidad se extiende a este último. No es de recibo, por ende, el presente agravio.”⁷²⁷(lo destacado no es del original).

⁷²⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.125, de las 16:15 horas del 31 de enero del 2001.

CAPÍTULO VI. El daño moral derivado del incumplimiento contractual y el reconocimiento del daño moral *objetivo* en la persona jurídica.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

El incumplimiento contractual puede producir dos categorías de daños indemnizables o resarcibles: el daño material y el daño moral. El primero se refiere a la disminución patrimonial sufrida por el acreedor por causa de la inejecución de las obligaciones del deudor. El daño moral, por su parte, consiste en la lesión de los derechos de la personalidad que sufre el acreedor por el incumplimiento.⁷²⁸

La doctrina ha propuesto algunas clasificaciones en relación con el daño moral. Por una parte, se diferencia entre el daño moral que origina directa o indirectamente daños patrimoniales, como por ejemplo: una cicatriz deformante; y el daño moral “puro”, como el dolor y la tristeza. Asimismo, se ha distinguido entre el *daño moral subjetivo*, que ataca la parte afectiva del patrimonio moral (p.e. dolor, soledad, tristeza.); y el *daño moral objetivo*, que afecta la parte social del patrimonio moral (p.e. el honor, la reputación.).⁷²⁹

El daño moral objetivo debe ser demostrado; no así el subjetivo, que va ligado a los sentimientos de la persona. La procedencia del daño moral objetivo, según lo ha definido la doctrina, ha sido ratificada por algunas sentencias judiciales nacionales; pero siempre condicionado a que la víctima – se habla de una persona física, usualmente-- lo pruebe y lo determine.⁷³⁰

⁷²⁸ Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)*. Op. Cit. pp.96-97.

⁷²⁹ Mosset Iturraspe, Jorge. (1982). *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora. p.150. Citado por el laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; # CCA 27-AR-09-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinaelf Costar Rica, S.A.* p. 24.

⁷³⁰ V. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; # CCA 27-AR-09-04 (...) Op. Cit. pp.26-30.

Recientemente un tribunal arbitral costarricense expuso, en un caso concreto, que la doctrina ha afirmado que el daño moral *contractual* es “una especie no habitual”.⁷³¹ Se ha establecido que un incumplimiento negocial, no es un efecto común en la psiquis, que cause frustración (p.e. el no pago de una deuda). Para que esta clase de daño moral sea reconocido, debe generar una gravedad, tiene que tener una envergadura particular; siendo esta la razón por la que debe ser probado.⁷³²

El tema que nos ocupa en este apartado, ha tenido un tratamiento un tanto restrictivo por parte de las salas de casación costarricenses. Pretendemos estudiar el criterio tradicional de la jurisprudencia judicial, en cuanto al tema del daño moral reclamado por una persona jurídica; y en general, sobre el tema del daño moral objetivo derivado del incumplimiento contractual.

Diego Baudrit afirma que se ha reconocido que las personas jurídicas, al igual que las físicas, tienen derecho a exigir una indemnización por daño moral debido al incumplimiento contractual --como sería por ejemplo, el caso de la pérdida de prestigio comercial. Sin embargo, las pérdidas patrimoniales ocasionadas deben analizarse como *lucro cesante*, afirma Baudrit, y no como *daño moral*.⁷³³

El régimen de responsabilidad civil contractual, tutelado en el Artículo 702 del Código Civil costarricense, dispone que el deudor que falte al cumplimiento de su obligación será responsable de los *daños y perjuicios*, ocasionados al acreedor. Este precepto es el aplicado al establecer la responsabilidad, en general, en el proceso de arbitraje; por tratarse necesariamente de conflictos derivados en la ejecución de un contrato.

⁷³¹ Brebbia, Roberto; citado por el laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; # CCA 27-AR-09-04 (...) Op. Cit. p. 27.

⁷³² V. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica, # CCA 27-AR-09-04 (...) Op. Cit. p. 27.

⁷³³ Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)*. Op. Cit. p. 97.

Con respecto al daño en general, es muy clara la sentencia de la Sala Primera que expone los siguientes criterios en cuanto a la naturaleza del daño y su resarcimiento:

“IV. (...) El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. V. En muchas ocasiones se utilizan indiscriminadamente las expresiones "daños" y "perjuicios". Es menester precisar y distinguir ambos conceptos. El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesans), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito.”⁷³⁴ (lo destacado no es del original)

Según explica la Sala Primera: “no cualquier daño da pie a la obligación de resarcir”. Para tal efecto, han de confluir las siguientes características, para que un daño sea un “daño resarcible”:

“VI. (...) A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. En lo relativo a la magnitud o monto (seriedad) del daño, ello constituye un extremo de incumbencia

⁷³⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.112, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992.

subjetiva única del damnificado, empero el derecho no puede ocuparse de pretensiones fundadas en daños insignificantes, derivadas de una excesiva susceptibilidad. B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. Así puede haber un damnificado directo y otro indirecto: el primero es la víctima del hecho dañoso, y el segundo serán los sucesores de la víctima. C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, si ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.”⁷³⁵ (lo destacado no es del original)

Nuestros tribunales judiciales han destacado que “el daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre *daño moral subjetivo* "puro", o de afección, y *daño moral objetivo* u “objetivado”.” Lo cual nos lleva necesariamente a transcribir la explicación al respecto, hecha por la Sala Primera:

“VIII.(...) El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un familiar o ser querido, etc.). El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. Para la indemnización debe distinguirse entre los distintos tipos de daño moral. En el caso del objetivo, se debe hacer la demostración

⁷³⁵ *Ibídem.*

*correspondiente como acontece con el daño patrimonial; pero en el supuesto del daño moral subjetivo al no poder estructurarse y demostrarse su cuantía de modo preciso, su fijación queda al prudente arbitrio del juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso, los principios generales del derecho y la equidad, no constituyendo la falta de prueba acerca de la magnitud del daño óbice para fijar su importe.”*⁷³⁶ (lo destacado no es del original)

En este mismo sentido, explica esta otra sentencia de la Sala Primera:

*“III. En lo que respecta al daño moral, se ha indicado que en doctrina se ha clasificado el mismo en dos categorías; la primera (...) afecta lo que se podría denominar la parte social del patrimonio, por lo que alcanza a una persona en su honor, reputación, generando incluso menoscabo económico; y el otro, que no tendría implicación de orden material, referente a lo que se ha dado en llamar patrimonio de afección, como (...) el dolor que se genera por la muerte de un ser querido, la modificación, la angustia (...) El primero se ha denominado daño moral objetivado, y el segundo, daño moral subjetivo.”*⁷³⁷ (el destacado no es del original)

Específicamente en cuanto al daño moral *objetivo*, la jurisprudencia judicial ha expresado:

“IX.(...) en lo atinente al daño moral objetivo, la Sala de Casación, en voto de mayoría, ha señalado: “V.(...) Tampoco tienen precio el honor, la dignidad o la honestidad; y en tales casos, como se trata de bienes morales, la obligación indemnizatoria se dirige a reparar el daño moral sufrido, mas aquí también puede producirse un daño material indirecto, pues la ofensa al honor puede menoscabar el buen nombre de la víctima y afectarla en su patrimonio, lo que da lugar a la indemnización del daño moral objetivado ...Cabe aquí advertir, para que no se interpreten con

⁷³⁶ *Ibidem.* V. también sobre el daño moral: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 102, de las 10:30 horas del 30 de setiembre de 1996; No. 106, del 21 de noviembre de 1997; No.49, de las 15:30 horas del 22 de mayo de 1987; No.360, del 3 de mayo del 2002, No.801, de las 11:10 horas del 18 de octubre del 2002, No.665, de las 10:40 horas del 24 de agosto del 2001, No. 879 de las 15:40 horas del 22 de noviembre del 2000, No.186-2005; No.114, de las 16:00 horas del 2 de noviembre de 1979; entre otras; y Tribunal Primero Civil, No. 206, de las 07:45 horas del 12 de febrero de 1999.

⁷³⁷ Tribunal Primero Civil, No.206, de las 7:45 horas del 12 de febrero de 1999. V. sobre daño moral subjetivo y objetivo: Sala de Casación Civil, No.25, de las 15: 00 horas del 26 de marzo de 1969; y No.7, de las 15:30 del 15 de enero de 1970.

error las anteriores apreciaciones, que la expresión "daño indirecto" se ha venido usando para hacer referencia al daño que se produce como reflejo o repercusión necesaria de un acto ilícito que vulnera directamente otros bienes jurídicos, no así en el sentido equivalente a "daño remoto"(...) (Sentencia número 7 de las 15 horas 30 minutos del 15 de enero de 1970).⁷³⁸

En lo referente a la prueba del daño moral el principio es que debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima.⁷³⁹ Don Alberto Brenes Córdoba expresaba al respecto de la indemnización del daño moral, que:

"Si bien es cierto que dentro de la expresión genérica del daños y perjuicios se comprende tanto los daños materiales como el moral, lo cierto es que para la indemnización de éste último, se debe valorar en forma prudente y cautelosa la situación que lo originó, lo anterior con la finalidad de procurar que la fijación ni sea excesiva, no insignificante."⁷⁴⁰

Los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, que siempre vale la pena mencionar por ser de aplicación por parte de los tribunales arbitrales nacionales y extranjeros, también contienen las siguientes estipulaciones en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios, que citamos a continuación:

"Artículo 7.4.1. Derecho al resarcimiento. Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios."

⁷³⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.112, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992. *Esta sentencia indica: "la jurisprudencia se ha manifestado proclive a la indemnización del daño moral, partiendo de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, al respecto pueden consultarse las sentencias: Sala de Casación de las 24 horas 55 minutos del 19 de febrero de 1925; voto salvado del Magistrado Evelio Ramírez en la sentencia de la Sala de Casación de las 10 horas del 18 de octubre de 1949; Sala de Casación, número 7 de las 15 horas y 30 minutos del 15 de enero de 1970"; y Sala Primera de la Corte, número 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979; "Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 49 de las 15 horas 30 minutos del 22 de mayo de 1987; Sala Primera de la Corte número 22 de las 15:40 del 3 de mayo de 1989."*

⁷³⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.112, de las 14:15 horas del 15 de julio de 1992.

⁷⁴⁰ Brenes Córdoba, Alberto (1984). *Tratado de las obligaciones.*; según cita de la resolución No.308, del Tribunal de Casación Penal, del 6 de agosto de 1999.

*“Artículo 7.4.2. Reparación integral. (1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.”*⁷⁴¹

Es de nuestro interés discutir el tratamiento que le han dado algunos tribunales arbitrales, a la pretensión de reconocimiento de daño moral, invocada por una *persona jurídica*; y en general, al reconocimiento de daño moral derivado del incumplimiento contractual. El daño moral en la responsabilidad contractual, por ejemplo, ha sido un tema reconocido desde hace muchos años por la doctrina extranjera⁷⁴².

Se ha expuesto que las consecuencias pecuniarias del daño moral (p.e. la imposibilidad de obtener un crédito bancario por el menoscabo a la reputación de quien lo solicitaba), quedan comprendidas dentro de la noción de daño material, y más específicamente algunos afirman que dentro del lucro cesante.⁷⁴³ La autora Tomasello indica que:

“(…) esto no significa que sostengamos que en cualquier oportunidad las consecuencias patrimoniales de un daño moral revistan con tanta facilidad el carácter de lucro cesante y puedan igualmente considerarse como perjuicios directos y previstos; más esto no destruye la hipótesis que en todos los casos se tratará de daños materiales, incluso aunque ellos tengan un carácter completamente indirecto. Será el juez entonces quien deba resolver si ellos pueden ser objeto o no de indemnización (…)”.

⁷⁴¹ V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional. 2004. Capítulo 7, Sección 4 sobre el resarcimiento. En: <<http://www.unidroit.org>>.

⁷⁴² V. Tomasello Hart, Leslie (1969). *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Indica la autora: “Si hablar de daño moral es colocarse ya en un terreno que al profano suele hacer reír por considerar que es una pura utopía el manifestar que el Derecho ampara los agravios morales que a una persona se infieren, no nos imaginamos cuanto hará reír a este (...)el que le explicáramos que pretendemos preocuparnos por el daño moral en la responsabilidad contractual y no de lo que él, seguramente pensaba cuando hablamos de daño moral, es decir, de delitos, (...) una injuria o una calumnia.”(p.7).

⁷⁴³ Tomasello, Hart, Leslie. Op. Cit. p.145-146. Esta es la misma opinión del autor Diego Baudrit, citada anteriormente. V. Baudrit Carrillo, Diego (2000c). *Derecho Civil*. (...) Op. Cit. p.97.

En cuanto a la procedencia y la prueba, del llamado daño moral objetivo –en el caso de ser solicitado por una persona jurídica-- es importante citar las consideraciones que realiza el siguiente laudo arbitral, y que resumen muy bien los conceptos más importantes en cuanto al tema:

*“b) Daño Moral. Las actoras reclaman daño moral directo causado a su prestigio empresarial (...) Tal extremo petitorio debe ser rechazado. Se trataría de un supuesto de daño moral objetivo en que como lo señala la jurisprudencia, si es necesario probar –al menos– el hecho generador y los elementos que dan base para la cuantificación de lo reclamado. Esta ha admitido la posibilidad de daño moral como resultado de un incumplimiento contractual, lo mismo que la posibilidad de que una persona jurídica pueda sufrir daño moral. Sin embargo, se ha aclarado que tal daño moral puede ser subjetivo u objetivo. El primero es el llamado de afección y sólo pueden reclamarlo las personas físicas; el objetivo, en cambio, tiene que ver con la reputación y puede referirse tanto a personas físicas como a jurídicas. En el caso del objetivo, sí se debe hacer la demostración correspondiente como acontece con el daño patrimonial. Reiteradamente, la Sala ha manifestado que incluso en el caso de una condenatoria en abstracto, la demostración de la existencia de los daños y perjuicios es insoslayable; que en el estadio de ejecución se pueden liquidar o concretar, pero no acreditar, porque esto es un dato para la sentencia de fondo.(...) No basta, por lo tanto, con alegarlo o protestarlo (...) en el caso que nos ocupa, no encuentra el Tribunal ni siquiera un indicio que permita deducir la existencia de un daño moral para las actoras.”*⁷⁴⁴ (lo destacado no es del original)

⁷⁴⁴ V. Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc, de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001. Caso de *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra SGS Societe Generale de Surveillance Holding, S.A* p.22.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: caso de *Shell de Costa Rica, S.A.* contra *Color Visión, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** # CCA 07-AR-04-06-01, de las 10:00 horas del 5 de Julio del 2002. **Partes:** Caso de *Shell de Costa Rica, S.A.* contra *Color Visión, S.A.* **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). **Composición del tribunal arbitral:** tribunal de derecho. **Árbitros:** Lic. Fernando Mora Rojas, Lic. Hernando París y el Lic. Rafael Valle Guzmán (Presidente). **Laudo Firme.**⁷⁴⁵

A. Resumen de la controversia y resolución del caso

La presente disputa se refiere al conflicto generado a partir de la ejecución del “*Contrato de Arrendamiento de Areas para la Instalación de Estructuras para Ubicar Vallas Publicitarias*”; suscrito entre la empresa Shell y Color Visión, el 6 de abril del 2001. Cada una de las partes alegó el incumplimiento de la otra. Ambas solicitaron la resolución del contrato, con el reconocimiento de daños, perjuicios, intereses, y varios extremos más en cada caso.⁷⁴⁶

El tribunal arbitral tuvo como hecho probado, que Color Visión no gestionó ni obtuvo los permisos de la municipalidad de Escazú, para la construcción de una valla publicitaria en la estación de servicio Shell, ubicada en ese sector; de acuerdo con lo establecido en el contrato entre las partes. Por lo que, la municipalidad clausuró las obras y además, ordenó la suspensión de la licencia comercial para expendio de combustibles y la tienda de conveniencia, junto con la patente de licores. Estas acciones mantuvieron cerrada dicha estación, por casi un mes.⁷⁴⁷

⁷⁴⁵ V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.47, de las 9:47 horas del 31 de enero del 2003. Se declara sin lugar el recurso de nulidad planteado por la demandada Color Visión S.A. contra este laudo arbitral. Se confirmó el laudo recurrido en todos sus extremos.

⁷⁴⁶ V. Laudo arbitral del presente caso. Resultando. 1) Objeto de la controversia. p.2.

⁷⁴⁷ V. Laudo arbitral, Considerando I. Hechos probados. Puntos 5) a 11). pp.8-12.

La actora, la compañía Shell, alegó que Color Visión había incumplido gravemente el contrato y, que por su causa, una de las estaciones de servicio había permanecido cerrada por un tiempo considerable. Solicitó que se le reconociera el pago de las ventas de combustible y de la tienda, no realizadas durante el cierre; así como las utilidades no percibidas y gastos administrativos por pagar al concesionario. Entre otros rubros, la empresa Shell solicitó el pago de *daño moral*, estimado en la suma de \$200.000.⁷⁴⁸

Concretamente sobre la pretensión del pago de daño moral invocada por la compañía Shell, el tribunal arbitral expuso lo siguiente:

*“XIII. Se consideran causalmente derivados del incumplimiento contractual por parte de Color Visión, los siguientes daños y perjuicios solicitados por la actora: (...) c) el daño moral, consistente en la afectación a la imagen empresarial con motivo del incumplimiento contractual por parte de Color Visión (...) los cuales la actora valoró en doscientos mil dólares, y éste Tribunal estima prudencialmente en la suma de setenta y cinco mil dólares (...) Es indudable el daño moral sufrido por Shell con motivo del cierre de la Estación y los “sellos” municipales de clausura, que generaron sin lugar a dudas una percepción negativa de la empresa frente a sus clientes actuales y potenciales, así como publicaciones en medios de prensa, las cuales constan en autos. Este daño moral objetivo, fue debidamente acreditado no solo por las copias de los artículos publicados en los medios de prensa, sino también por los testimonios (...) quienes acreditaron que Color Visión no tenía rótulos que indicaran que las obras eran suyas, y por el contrario, los hechos negativos se atribuyeron a Shell, identificándose como incumplidora de la ley y de las ordenanzas municipales, afectándole en consecuencia en su buen nombre empresarial.”*⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ Ibidem.

⁷⁴⁹ Laudo arbitral, Considerando XIII. Punto c). pp.32-33.

B. Análisis final del laudo arbitral.

La condenatoria contenida en el presente laudo arbitral, es sumamente interesante. No solo reconoce en deber de resarcir el daño moral objetivo, por daño a la imagen; sino que lo concede a una persona jurídica. Es decir, el laudo acepta la procedencia de afectaciones morales en el caso de las personas jurídicas; circunstancia que en la mayoría de los casos suele ser rechazada por los tribunales judiciales –y los mismos tribunales arbitrales--.

En la práctica, esta clase de daños son alegados usualmente, situándolos como daños materiales, o calificándolos dentro de los perjuicios o el lucro cesante. Pero en este caso, claramente el tribunal arbitral y las partes, se refirieron a ésta pretensión como “daño moral”; distinguiéndola de los otros daños reconocidos en sentencia. (El laudo condenó al pago de otros conceptos, como: perjuicios, devolución de un dinero, gastos administrativos asumidos por Shell, y los intereses sobre estas sumas.)

El daño moral de persona jurídica sí ha sido reconocido por la doctrina internacional. Este sentido, el autor Phillippe le Tourneau, menciona varios casos en los que la jurisprudencia francesa acepta el perjuicio moral o *prejudice morale*. Esta figura, se refiere a los “atentados” que sufren las personas morales o jurídicas (*personne morale*), en su reputación; incluyendo: la difamación, la indemnización de “pérdida de atractivo” --notablemente comercial, aclara el autor-- y las lesiones a la “personalidad” o “identidad” de la persona moral –en el sentido “social” del término, “y si es que tiene una”; expresa el autor. ⁷⁵⁰

En el caso del perjuicio moral causado a una persona jurídica, su indemnización es calculada, usualmente, tomando en cuenta la gravedad de sus consecuencias en la actividad comercial de la misma. Estos parecen ser los criterios aplicados por el tribunal arbitral en el caso Shell vs. Color Visión.

⁷⁵⁰ Tourneau, Phillippe le. (2006). Droit de la responsabilité et des Contrats. 6.ed. París, Francia: Editions Dalloz. p.402-403.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: Caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A.* contra la *Caja Costarricense del Seguro Social*.

A. Resolución del caso.

En el presente proceso arbitral fue analizado anteriormente⁷⁵¹. La pretensión principal de la actora, el instituto ICIC, fue que se condenara a la CCSS, al pago de "...los daños y perjuicios originados por los actos administrativos formales y materiales ilegítimos"⁷⁵² derivados de la decisión de la CCSS, de suspender unilateralmente la ejecución del convenio existente entre las partes, para el desarrollo de proyectos de investigación en área de salud.

Entre los reclamos establecidos por el ICIC, se encontraba la petición de reconocimiento del "daño de imagen" sufrido por dicho instituto de investigación.⁷⁵³ Este afirmó que era un centro reconocido en la práctica de investigaciones clínicas en centros hospitalarios. Según la actora, el daño se generó por el "escándalo" que provocó la suspensión del contrato con la CCSS; lo que derivó en una mala imagen del ICIC ante los representantes de otras compañías, proveedores y clientes. La actora definió este daño, así:

"3. Daño de Imagen: El escándalo generado en los medios de prensa por las declaraciones de los funcionarios de la CCSS y por los actos de suspensión del contrato CCSS-ICIC, provocaron un daño irreparable en la imagen de esta Institución. (...) Es importante destacar que la suspensión del contrato dejó una impresión de que el ICIC estaba actuando incorrectamente. Por otra parte, el incumplimiento en la ejecución de los contratos dio una imagen de irresponsabilidad ante las

⁷⁵¹ V. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA 05-AR-02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre del 2000. Caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A.* contra la *Caja Costarricense del Seguro Social*. V. también, análisis de este caso en el Capítulo IV, Sección IV, del Título II de la presente tesis.

⁷⁵² Laudo arbitral, Op.Cit. p.4. Resultando II.

⁷⁵³ *Ibidem*. V. Considerando IV. Sobre el Fondo. Punto B); sobre el análisis de los daños y perjuicios causados por la CCSS al ICIC. Entre ellos, el daño moral como "daño a la imagen".

*compañías farmacéuticas patrocinadoras, que sin duda lesionó la credibilidad de nuestra empresa y las posibilidades de crecimiento previstas. (...) El daño a la imagen sufrido por la empresa, tanto a nivel nacional como internacional, se estima en \$300.000.00”*⁷⁵⁴

Sobre esta pretensión el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio resolvió:

*“B) (...) Las consecuencias prácticas de adoptar el criterio resarcitorio de la indemnización del daño moral, entre otras son las siguientes: (...) Alfredo Orgaz en su obra “El Daño Resarcible”, Editorial Bibliográfica Argentina, segunda edición 1960, (...) afirma lo siguiente: “Las personas colectivas o jurídicas, que carecen de toda subjetividad no pueden, como es obvio, sufrir ningún daño moral que consista en molestia a la seguridad personal, en el goce de sus bienes o que hiera sus afecciones legítimas, pero pueden experimentar otros perjuicios morales, compatibles con su naturaleza, y pretender la reparación consiguiente (...) Vázquez Ferreyra, afirma que “si la lesión afecta un interés espiritual o extrapatrimonial, el daño será moral. (...) aunque una persona jurídica no pueda afectarse anímicamente, (...) si puede sufrir un daño moral cuando se le lesiona un interés extrapatrimonial. (...) Cabe distinguir entre el daño moral subjetivo, o de afección, y daño moral objetivo (...) este tribunal llega a la convicción de que los daños sufridos por el ICIC, tienen como causa directa e inmediata los actos achacados (...) Tales daños y perjuicios son efectivos, al punto que han podido ser cuantificados por el señor perito (...) y son individualizables respecto de una persona que los ha sufrido como lo es la aquí actora. (...) La actora cobra como daño moral, el daño a su imagen, pero a su vez reclama el perjuicio causado como consecuencia de los hechos discutidos, perjuicio derivado de una pérdida de clientela (...) La divulgación por los distintos medios de la suspensión del contrato, y la misma actitud de la CCSS de no combatir la información que se divulgaba (...) ocasionó un daño a la imagen de la actora que repercutió en su clientela y por ende en los ingresos esperados por aquella. (...) al suspenderse el contrato y divulgarse a la prensa ese hecho, (...) sin que la demandada saliera a aclarar al público lo que estaba sucediendo, se lesionó la imagen del ICIC (...) la clientela es un bien, y ese bien fue afectado no solo por la pérdida de imagen de la actora, sino también por la imposibilidad material de llevar adelante los estudios con los pacientes de la CCSS (...)”*⁷⁵⁵ (lo destacado no es del original).

⁷⁵⁴ V. Laudo arbitral, Op. Cit. Resultando I. p.2.

⁷⁵⁵ V. Laudo arbitral, Op. Cit. pp.21-25.

B. Análisis final del laudo arbitral.

Este constituye otro ejemplo reciente, de un laudo arbitral emanado de un tribunal arbitral costarricense, que acepta conceder el llamado daño moral de tipo *objetivo*; causado en la esfera extrapatrimonial de la persona jurídica. Lo interpreta como aquel que aunque extrapatrimonial, acarrea consecuencias en el ámbito patrimonial: como es la pérdida de negocios actuales, o futuros, y la pérdida de clientela; que perjudican las opciones de negocios en la persona jurídica afectada.

Estos factores, son los que permite valorar económicamente la cuantía de esta clase de daño moral. En el caso analizado, la actora ICIC había solicitado el reconocimiento de \$300.000 dólares por concepto de daño moral, por daño a la imagen. Asimismo, había solicitado por aparte, el pago del lucro cesante o costo de oportunidad; el cual estimó en \$200.000. Los árbitros concedieron ambos extremos de forma conjunta, disponiendo el pago de \$500.000 dólares “como suma global reclamada por daño de imagen y lucro cesante o costo de oportunidad.”⁷⁵⁶

⁷⁵⁶ V. Laudo arbitral; Op. Cit. p28.

Sección IV. Análisis del laudo arbitral: caso de *Juan Carlos González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.*

A. Resolución del caso.

La demanda en este caso, la desarrolladora del proyecto de construcción de condominios, la sociedad Condominios Torres de la Colina, Ltda.; fue condenada al pago de los daños y perjuicios irrogados al actor, el señor Juan Carlos González. Lo anterior, en razón que de la primera incumplió su compromiso contractual de entregar un apartamento, de cierta medida y condiciones, en el tiempo y forma pactados en el convenio de promesa recíproca de compraventa, suscrito entre ambas partes.⁷⁵⁷

Uno de los reclamos del actor JCG, fue el del daño moral por el incumplimiento del contrato por parte de la demanda. El actor justificó la procedencia de este reclamo alegando que el daño fue *“derivado del hecho de que me he visto privado de un proyecto de suma importancia en la constitución de una familia, cual es el hecho de contar con vivienda propia, en una zona respetable, de alta plusvalía y prestigio social como lo es el cantón de Escazú, que se estima en la suma de setenta mil dólares (...)”*⁷⁵⁸ (el énfasis no es del original)

El tribunal arbitral resolvió por el fondo esta pretensión, y expuso:

“XVII. Daño Moral. El actor, (...) estructura el daño moral sobre la privación de un proyecto de suma importancia en la constitución de una familia, cual es el hecho de contar con una vivienda propia, en una zona respetable, de alta plusvalía y prestigio social como lo es el Cantón de Escazú

⁷⁵⁷ Para ampliar sobre los antecedentes que dieron origen a este proceso arbitral, V. comentarios análisis de este laudo arbitral en los Capítulos I y V, del Título II de la presente tesis. Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina S.R.L.*

⁷⁵⁸ Laudo arbitral del presente caso. Op. Cit. p.4.

y que lo estima en la suma de Setenta mil dólares (...) la frustración del contrato de fondo, debido al incumplimiento de la parte demandada y que ha sido la causa de un grave daño moral y lo describe básicamente de la siguiente manera: i) que con el contrato (...) había adquirido vivienda y por ello contrato matrimonio (...) ii) Relata que es agente de bolsa y que una vivienda en Escazú es símbolo del nivel de una persona de su profesión (...) iii) (...) no es lo mismo, ni jurídica ni psicológicamente, pagar un alquiler que pagar una cuota para amortizar el precio de una vivienda propia y iv) (...) ha pospuesto muchos proyectos relevantes de la vida familiar (...) El daño moral, en realidad, no constituye un título para hacer indemnizable cualquier inquietud o perturbación del espíritu o de la intimidad de la persona, por lo que no tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños y perjuicios materiales, sino mitigar el dolor o la herida de los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano. Es decir, hay que tener cuidado cuando se otorga un daño moral, porque puede implicar una sanción de carácter punitivo. El sufrimiento no es indispensable para que exista daño moral, aunque sí una manifestación, pero además, de referir angustias y afecciones padecidas, supone la privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en la vida (...) La reparación debe determinarse ponderando la indole de sufrimientos de quien lo padece y no mediante una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama (...) para fijar su quantum, no se recurre a criterios matemáticos sino que el Tribunal debe valorar los intereses extrapatrimoniales comprometidos.(...) este Tribunal determina que en el caso del actor, el adquirir vivienda es un acto de consumo y el incumplimiento total y absoluto (...) es resarcible como tal y conforme a la cláusula penal establecida. Ahora bien, el actor advierte que el hecho dañoso ha influido en su proyecto de vida (...) con lo cual se determina al menos, algunos síntomas de afección (...) Pero como se trata de daño moral contractual, ha quedado claro el nexo causal de imputación y provocado por la sociedad accionada, este Tribunal considera que otorgar un daño de esta naturaleza y consecuencia de un contrato, ha de ser muy estrictos en la consideración de la legitimación, la acreditación de las circunstancias y como no se ha determinado con exactitud la influencia de ese dolor-sufrimiento ni la intensidad en los derechos de la personalidad y fundamentales del actor (...) el Tribunal está en libertad de valorar y cuantificar el daño moral (...) y considera prudente, entonces, establecer a favor del actor, la suma de Cinco mil dólares”.⁷⁵⁹ (lo destacado no es del original)

⁷⁵⁹ Laudo arbitral, Op. Cit. pp.51-54.

B. Análisis final del laudo arbitral.

El laudo arbitral, concede una indemnización por daño moral de tipo *subjetivo* —porque se concede a una persona física, por afecciones o lesiones en su esfera personal— y de origen *contractual*; derivado de un incumplimiento de un contrato o negocio jurídico. Llama la atención que en el caso, las partes habían pactado una cláusula penal en el contrato. En dicha cláusula, se pactó una suma como indemnización fija, en caso de atraso en la entrega del condominio respectivo.

Según explican los mismos árbitros, el efecto de la cláusula penal es determinar con *anticipación* y a título de multa, los daños y perjuicios debidos al acreedor.⁷⁶⁰ Esta cláusula, “*sustituye la indemnización por daños y perjuicios, toda vez que se han tasado con anticipación. Así lo reconoce, no solo la legislación costarricense, sino también la doctrina*”; indican.⁷⁶¹ Sin embargo, en el caso fue reconocida la cláusula penal, y además, se le reconoció al actor una suma por concepto del daño moral contractual reclamado.

El tribunal arbitral fundamentó esta decisión indicando que la cláusula penal no incluía los daños extrapatrimoniales, pues no lo indicaba y, además, consideraron que estos daños “no son parte del mercado y son, por ende, extraños a valores económicos”⁷⁶² Por lo tanto, resolvieron conceder la indemnización pactada en la cláusula penal, más un monto por concepto de daño moral (el cual fue revalorado por los árbitros; otorgando \$5.000 dólares, en vez de \$70.000 dólares que había solicitado el actor).

⁷⁶⁰ Cfr. Artículo 708 del Código Civil y 427 del Código de Comercio, costarricenses.

⁷⁶¹ Laudo arbitral, Op. Cit. pp50-51.

⁷⁶² *Ibidem*. p.51.

CAPÍTULO VII. La pérdida de oportunidad o *pérdida del chance*.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

Cuando un contratante deja de ejecutar las obligaciones pactadas, debe indemnizar a su acreedor los daños y perjuicios que le haya causado. Tal es el contenido del artículo 702 del Código Civil, que preceptúa el régimen de responsabilidad civil contractual.⁷⁶³ Los daños y perjuicios, comprenden una serie de conceptos como: el daño emergente o *damnum emergens*; y el lucro cesante o *lucrum cessans*.

Mientras el daño material o emergente, constituye “la pérdida patrimonial que sufre el acreedor porque un valor entró a su patrimonio o porque salió de éste”; el lucro cesante “bien puede ser la ganancia del acreedor que no se pudo obtener, o la *pérdida de una oportunidad*.”⁷⁶⁴

La doctrina y jurisprudencia francesas, han desarrollado el concepto de “*perte d’une chance*” o pérdida de una oportunidad, como categoría autónoma de daño indemnizable. Bajo esta categoría se indemnizan tanto menoscabos de naturaleza *patrimonial -v.gr., la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos--*, como daños *extrapatrimoniales*, por ejemplo: la pérdida de las oportunidades de supervivencia⁷⁶⁵ o de evitar una afectación de la salud.⁷⁶⁶

⁷⁶³ Baudrit Carrillo, Diego. (2006) *El interés indemnizable por incumplimiento, en general, y en especial, en los contratos bilaterales con ocasión de la declaratoria de la resolución*. *Revista Ivstitia*. No. 240, Año (20).p. 22.

⁷⁶⁴ *Ibidem*.

⁷⁶⁵ Ziviz, Patricia. *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, en *Responsabilità Civile e Previdenza*. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Directa da Giovanni Iudica-Ugo Carnevali. Milano, Giuffrè Editore, Vol LXIII, No.3, 1998, pp. 705-727. Citada por Torrealba Navas, Federico. *La pérdida de oportunidad o “chance*. Artículo inédito.

⁷⁶⁶ Torrealba Navas, Federico. *La pérdida de oportunidad o “chance”*. Op. Cit.

La pérdida de oportunidad también se puede definir como “la desaparición de la probabilidad de un evento favorable.”⁷⁶⁷ En cuanto a este punto, es importante señalar que la posición mayoritaria ha determinado que la indemnización por la pérdida de una expectativa, sólo se puede dar en proporción a la probabilidad de que ésta ocurra.”⁷⁶⁸

Explica el autor Trigo Represas, que “la pérdida de una oportunidad o chance, constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro.” Se trata de una situación en la que media un comportamiento antijurídico, que interfiere en el curso normal de los acontecimientos; de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría, o no, obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél.⁷⁶⁹

Esta situación se explica, según dicho autor, en que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra, de obtener o no cierta ventaja, pero, un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.⁷⁷⁰ La doctrina y jurisprudencia arbitral, nacional e internacional, admiten que la parte que incumplió una obligación contractual, debe indemnizar a la parte perjudicada por la “pérdida de oportunidades que ésta pudo haber sufrido.”⁷⁷¹

En este sentido es que se ha definido al *chance*, como “la posibilidad de un beneficio probable futuro, que integra las facultades de actuación del sujeto.” Conlleva un daño, aun

⁷⁶⁷ Así definida por Le Tourneau, Phillipe y Loïc Cadiet: *Droit de la Responsabilité*, Dalloz, 1998, p. 213. Citados por Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance. Op. Cit.

⁷⁶⁸ Madrigal Navarro, Javier. Derecho Económico Internacional. En: <<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr>> [Consulta: 12 de junio de 2007].

⁷⁶⁹ Trigo Represas, Félix Alberto; citado por Vázquez Ferreyra Roberto A. La pérdida del chance como daño indemnizable en la mala praxis médica. Santiago, Chile. En: <<http://www.medilex.cl/articulo10.htm>> [Consulta: 26 de junio del 2007].

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

⁷⁷¹ Madrigal Navarro, Javier. Derecho Económico Internacional. En: <<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr>> [Consulta: 12 de junio de 2007].

cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores.⁷⁷²

Con el fin de efectuar un cálculo de la indemnización, que procedería en caso de reclamar la pérdida de una oportunidad, la doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas.⁷⁷³ Esto quiere decir, que debemos examinar lo que hubiera sucedido de no ocurrir el hecho dañoso; o sea, las expectativas favorables que manejaba el sujeto-víctima antes del hecho.

Por otra parte, debemos constatar los efectos desfavorables de la pérdida de las oportunidades, que *probablemente* hubiera tenido este sujeto. Del resultado del balance de las perspectivas que podría haber tenido el perjudicado, se obtendrá la proporción del resarcimiento que corresponde por este concepto. “La indemnización deberá ser de *la chance* y no de la ganancia perdida”; asegura la autora Tanzi.⁷⁷⁴

Según sintetiza el Lic. Torrealba, los siguientes son los elementos a partir de los cuales se construye el concepto de pérdida de oportunidad:⁷⁷⁵

- a) *La preexistencia de una oportunidad objetiva y seria.* Existe, en primer término, un *componente objetivo*, consistente en circunstancias reales que permitían anticipar, con anterioridad al evento dañoso, el desarrollo de un curso de acontecimientos favorable al sujeto afectado: Un estado de cosas que ya contiene, en estado germinal, la simiente de otro estado de cosas preferible. Esta es, propiamente, la *oportunidad* que gozaba el perjudicado antes del evento dañoso, y que resulta frustrada como consecuencia de éste.

⁷⁷² Tanzi, Silvia; citada por Vázquez Ferreyra, Roberto. Op. Cit.

⁷⁷³ Ibidem.

⁷⁷⁴ Ibidem.

⁷⁷⁵ Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance”. Op. Cit.

- b) *Un aspecto aleatorio.* El segundo componente de la pérdida de la *chance*, es la existencia de un componente aleatorio: Si bien el damnificado se encontraba en una situación propensa al desenvolvimiento causal de un estado de cosas favorable, existe, sin embargo, cierto margen de incertidumbre. En otras palabras, hay un número de variables indeterminadas, desconocidas, que podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad.
- c) *La interrupción del desenvolvimiento causal normal.* El tercer elemento es la interrupción del curso causal normal de los acontecimientos por virtud de un hecho imputable al responsable, cuyo efecto es la erradicación de la oportunidad en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud. Para efectos indemnizatorios, se calcula la probabilidad de la materialización de la oportunidad, de acuerdo con el curso ordinario de los acontecimientos.

El Artículo 7.4.3 de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, se refiere a la “pérdida de la oportunidad”, bajo el título de *Certeza del Daño* o *Certainty of Harm*.⁷⁷⁶ En relación con este principio, el artículo referido explica:

- 1) *“La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.*
- 2) *La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.*

⁷⁷⁶ V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional. En: <http://www.unidroit.org>. De esta forma, estos principios reconocen la indemnización parcial y discrecional de la pérdida de oportunidades. Según cita el Laudo Arbitral del Tribunal Ad Hoc, de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001, en el caso de *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra Société Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS)*. V. pp.31-32.

- 3) *Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no pueda establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.*”

El autor Pierre Mayer, quien describió el rol de los Principios UNIDROIT en la práctica arbitral de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); citó el Artículo 7.4.3., entre los artículos que han tenido un éxito especial en la aplicación por parte de los tribunales arbitrales.⁷⁷⁷

Deseamos citar el siguiente extracto de una sentencia de la Sala B, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, de Buenos Aires, Argentina; en la cual se emitió un criterio acerca de la figura de la *pérdida del chance* y se citó alguna doctrina al respecto. La sentencia igualmente, proporcionó valiosos ejemplos de situaciones que generarían un perjuicio de esta naturaleza:

“V. Pérdida de chance. Sería resarcible la esperanza con contenido económico, o dicho de otro modo, la pérdida de chance u oportunidad de que en el futuro, de no haber sido inhabilitada la actora, se concretaran ingresos mediante créditos bancarios o de otra índole comercial. El análisis de la pérdida de chance, confronta por lo general dos extremos, que se hacen bien evidentes cuando se trata de casos límite; de un lado aquello que podría calificarse como “castillos en el aire” (“de Perrette y su cántaro de leche...” ver Mazeaud-Tunc “Responsabilidad Civil” tomo 1 - I N° 219 Pág. 312), y del otro la predecible por lo razonable, expectativa de contar con una ganancia. Lo que está en juego es la probabilidad, de ningún modo la completa certidumbre porque entonces faltaría el elemento de imponderabilidad que signa el concepto de pérdida de chance (véase la multitud de ejemplos en Mazeaud - Tunc, obra citada pagina 308/9, tales como

⁷⁷⁷ Mayer, Pierre. *The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice*. En: Cámara de Comercio Internacional CCI. (2002) UNIDROIT Principles (...). Op. Cit. p.107 El autor indica que el principio de *Certeza del daño* (del Art.7.4.3.), ha sido aplicado en varias ocasiones por los tribunales arbitrales internacionales; junto con la mayoría de los Principios UNIDROIT incluidos en el Capítulo 7, sobre el “Incumplimiento en General.” Sobre la aplicación de este principio en la jurisprudencia de la CCI, V. Pérez Vargas, Víctor (2002). *La Jurisprudencia arbitral* (...) Op. Cit. p.143; y McLaren, Rosemarie (2003). Op. Cit. p.118 y sig.

*“Encargado de conducir al hipódromo un caballo de carrera o a su jinete, y debidamente advertido del motivo del viaje el transportista, a consecuencia de una tardanza hace que el caballo no llegue a tiempo para la salida de la carrera, el propietario pierde así una oportunidad de ganar el premio; Un editor se niega a imprimir un manuscrito que, por haber superado una primera prueba eliminatoria, tenía probabilidades de obtener un premio literario, etc.”) acompañada aquella probabilidad de características personales que la hagan previsible tanto por las cualidades que se presume posee el actor, cuanto por la demanda de actividad que sería el extremo a comprobar. En otras palabras las especialidades y aptitudes de la reclamante, los requerimientos y necesidades de una expectativa real que probablemente, de no haber mediado la información equivocada, hubiera contratado y le hubiera proveído eventualmente un determinado ingreso.”*⁷⁷⁸ (el destacado no es del original).

Los principales argumentos en contra del carácter resarcible de la pérdida de oportunidad suelen ser de dos órdenes: a) Que se trata de un daño hipotético; y b) Que es imposible medir y cuantificar una oportunidad perdida.⁷⁷⁹ Sin embargo, los adeptos de esta figura afirman que la pérdida de oportunidad es un daño cierto.

Torrealba explica, que el que no se conozca o pueda conocer con certeza cuál hubiera sido el resultado final a falta del hecho dañoso, no implica que el daño sea incierto o hipotético; ya que sí se sabe, con certeza, el estado fáctico de probabilidad anterior al evento. Esto es: la pre-existencia objetiva de la oportunidad.⁷⁸⁰

La metodología para la determinación del *quantum debitur* de la pérdida de oportunidad; es el establecimiento de una indemnización integral. Según Torrealba, con este fin debe calcularse primero el daño o perjuicio total y luego se le descuenta el componente aleatorio. En relación

⁷⁷⁸ Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, de Buenos Aires, Argentina. Sentencia del 7 de agosto del 2002. Proceso de P.M.R. contra *Caja Banco de Ahorro, S.A.* En sitio en Internet: < <http://www.ijusticia.ed.ar/enciv/CajadeAhorro.htm> > Consulta: 26 de junio del 2007.

⁷⁷⁹ Torrealba Navas, Federico. *La pérdida de oportunidad o “chance.”* Op. Cit.

⁷⁸⁰ *Ibidem.*

con el tema de la certeza de la pérdida de la oportunidad, Torrealba cita la explicación que nos proporciona el autor Javier Tamayo:

*“A primera vista, podría decirse que no hay lugar a la indemnización, ya que el daño no es cierto, puesto que no había la seguridad de que la víctima hubiera obtenido el beneficio esperado, en caso de no haber mediado la conducta ilícita del demandado. (...) Sin embargo, nosotros estamos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, que consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar puesto que el daño sí es cierto y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. En efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo, dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso, o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos. (...) cuando el demandado ha privado a la víctima de la posibilidad de obtener un beneficio, entonces se produce un daño que debe ser indemnizado, y cuya evaluación se hará teniendo en cuenta el número de probabilidades que tenía el actor de haber conseguido la ganancia.”*⁷⁸¹ (el destacado no es del original).

La ley costarricense no regula la compensación del daño en proporción a la probabilidad de su ocurrencia.⁷⁸² La posición de la jurisprudencia judicial tradicional ha sido que “tanto los daños como los perjuicios tienen que ser ciertos y consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, lo que impide indemnizar una cadena de daños que no se conformen con esta exigencia.”⁷⁸³

Consecuentemente, en estos casos la Sala Primera ha manifestado que: “Los daños y perjuicios, según se dijo, deben demostrarse, y no pueden ser concedidos por meras

⁷⁸¹ Tamayo, Javier (1999). De la Responsabilidad Civil. De los Perjuicios y su Indemnización. Tomo IV. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. pp.32-35. Citado por Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance. Op. Cit.

⁷⁸² V. Pérez Víctor; y Pérez Daniel (2006). *The UNIDROIT Principles (...)* Op. Cit. p. 181.

⁷⁸³ Baudrit Carrillo, Diego. (2006) *El interés indemnizable (...)* Op. Cit. p. 23.

*situaciones hipotéticas las cuales, aún siendo probables, no cuentan con la demostración de los hechos que las puedan fundar.”*⁷⁸⁴

El problema con esta figura se presenta porque con el incumplimiento, el deudor se “coloca en la obligación de restituir al titular de la indemnización a aquella situación patrimonial en que se hallaría si el contrato hubiese sido debidamente cumplido.”⁷⁸⁵; y en el caso de la pérdida de la oportunidad, precisamente se reconoce la no obtención de un chance, o de una oportunidad que pudo --muy posiblemente-- haberse tenido.

La Sala Primera, ha establecido que el lucro cesante es lo que se “ha dejado de percibir o pudo haberse obtenido de no haber proferido la lesión de corte patrimonial”.⁷⁸⁶ En algunos casos concretos, la tendencia de nuestros tribunales judiciales ha sido el denegar el reconocimiento de “lo dejado de percibir”; cuando este rubro no es probado con exactitud por la parte. Para que un daño –un daño material emergente, o perjuicio-- sea resarcible, debe cumplir con los siguientes requisitos, establecidos reiteradamente por la Sala Primera:

“VII.- Como cuarto motivo de casación por razones de fondo se alega violación directa del artículo 704 del Código Civil. El Tribunal, se argumenta, no podía conceder el lucro cesante por cuanto este no es consecuencia directa e inmediata de la falta de cumplimiento. Además, se dice, se confunden los términos “daño” y “perjuicio”. En criterio del recurrente existe imposibilidad de indemnizar el lucro cesante en una demanda por responsabilidad civil contractual. El argumento no es de recibo. Esta Sala en sentencia N° 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992, sobre el tema expresó lo siguiente: “IV. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo,

⁷⁸⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.79, de las 15:20 horas del 30 de noviembre de 1993. Cfr. Considerando XIX.

⁷⁸⁵ Zannoni, Eduardo (1993). *El Daño en la responsabilidad civil*. 2.ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. p.110; citado por Baudrit Carrillo, Diego. (2006). Op. Cit. p. 23. Baudrit determina que el daño que el acreedor experimenta por haber creído en la validez del negocio, y que por tanto no hubiera padecido si hubiere sabido que no era válido; produce un *interés negativo o de confianza* en el acreedor. Este interés radica en reclamar la indemnización por los gastos efectuados y la pérdida de oportunidades reales sufridas. (Contrario a lo que ocurre con el *interés positivo o de cumplimiento* del contrato) Cfr. p.23.

⁷⁸⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.376, de las 16:20 horas del 21 de junio del 2006.

pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso. (...) solo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. (...) V. En muchas ocasiones se utilizan indiscriminadamente las expresiones "daños" y "perjuicios". Es menester precisar y distinguir ambos conceptos. El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesans), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito. VI. No cualquier daño da pie a la obligación de resarcir. Para tal efecto, han de confluír, básicamente las siguientes características para ser un "daño resarcible": A) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. El daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación o prueba; tampoco debe confundirse la certeza con la actualidad, pues es admisible la reparación del daño cierto pero futuro; asimismo, no cabe confundir el daño futuro con el lucro cesante o perjuicio, pues el primero está referido a aquél que surge como una consecuencia necesaria derivada del hecho causal o generador del daño, es decir, sus repercusiones no se proyectan al incoarse el proceso. (...) B) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. (...) C) Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, si ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente. D) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño". El recurrente tiene una confusión doctrinaria entre los conceptos citados. Para el caso presente es clara la obligación de pago de los daños y perjuicios. El lucro cesante forma parte de los perjuicios y no se produce violación de ninguna normativa de fondo al condenarse como lo hizo el Tribunal.⁷⁸⁷ (lo destacado no es del original).

⁷⁸⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 61, de las 15:20 horas del 23 de julio de 1997. Sobre la pérdida de oportunidades, o pérdida de chance: V. sentencia de la Sala Primera, No.28, de las 15:00 horas del 6 de marzo de 1996.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: caso de *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra Société Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS)*.

- **Datos del laudo arbitral:** de las 15:00 horas del 30 de abril de 2001. **Partes:** *Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A.* contra *Société Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS)*. **Composición del tribunal arbitral:** Tribunal Arbitral *ad hoc*; de derecho. **Árbitros:** Lic. Víctor Pérez Vargas, Lic. Enrique Castillo Barrantes y Lic. Sergio Artavia Barrantes. **Laudo Firme.**⁷⁸⁸

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

El conflicto que propició la interposición del presente proceso arbitral, se suscitó entre las compañías que conoceremos en adelante, como: Disexport y, SGS y Autochic. Las mismas, acordaron participar conjuntamente en la Licitación Pública Internacional 02-98, que realizó el Gobierno de Costa Rica, con el fin de contratar a una empresa que se encargara de la construcción y operación exclusiva de los centros de revisión técnica vehicular en el país.⁷⁸⁹

Con el fin de participar en dicha licitación, Disexport y SGS firmaron una carta de intenciones; “según la cual ambas empresas aportarían su experiencia en los distintos campos requeridos para así dar cumplimiento a todos los aspectos de las ofertas, adjudicaciones, y operaciones eventuales”; entre otros objetivos. Este convenio se terminó de configurar, con la inclusión de la compañía Autochic, como subsidiaria de Disexport, en la firma de un contrato de consorcio.⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ Tanto la actora, como la demandada, interpusieron un recurso de nulidad contra el laudo arbitral. Sin embargo, ambos recursos fueron declarados sin lugar. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 766, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

⁷⁸⁹ V. resumen de la presente controversia y comentarios sobre este caso, en: Pérez, Víctor y Pérez, Daniel (2006). *The UNIDROIT Principles (...)*. Op. Cit. p. 181. V. Laudo arbitral del presente caso, Resultando. p.1.

⁷⁹⁰ V. Laudo arbitral del caso. Considerando I. Hechos Probados. pp.3-6.

En este último contrato, las partes acordaron aportar su experiencia para la cooperación mutua en el cumplimiento del cartel licitatorio y del eventual contrato, si les era adjudicado. La empresa Autochic y SGS, presentaron en forma conjunta la oferta para la licitación. Como parte de las pruebas aportadas en dicha oferta, la empresa SGS presentó un documento que la acreditaba como socia de una empresa francesa dedicada al control técnico de vehículos. Lo anterior, lograría un mayor puntaje de calificación en el proceso de selección.⁷⁹¹

Finalmente se dictó el acto de adjudicación, y el porcentaje de experiencia asignado al consorcio Autochic- SGS no contempló la relación probada con la empresa francesa. Por lo que, Autochic instó a SGS a apelar dicha adjudicación. Sin embargo, la empresa SGS decidió retirarse de este proceso licitatorio. Esta decisión, no permitió que Autochic concluyera los procedimientos.

Las actoras del proceso arbitral, Autochic y Disexport, pretendieron que se les reconociera la pérdida de inversión realizada para participar en el concurso, así como los perjuicios, consistentes en las ganancias dejadas de percibir con motivo del incumplimiento de SGS. El tribunal arbitral consideró que, aunque SGS había incumplido con sus obligaciones contractuales de buena fe y cooperación, las ganancias perdidas reclamadas eran inciertas, y por lo tanto, constituían meramente la pérdida de un *chance*.⁷⁹²

Citamos a continuación, extractos del fundamento del tribunal arbitral para conceder la pérdida de oportunidad –o pérdida del *chance*--, en el presente caso. Pronunciamiento que, en general, es un precedente realmente completo e importante, para el estudio de este tema:

“i. Pérdida de oportunidades (o pérdida de “chance”). Las actoras reclaman también perjuicios consistentes en las ganancias dejadas de percibir con motivo del incumplimiento (...) el Tribunal

⁷⁹¹ *Ibidem*.

⁷⁹² Pérez Víctor; y Pérez Daniel (2006). *The UNIDROIT Principles of International (...) Op. Cit.* p. 181; y Laudo arbitral, p.1.

no comparte la tesis de las actoras de que por perjuicios debe entenderse toda la posible utilidad que se hubiera obtenido en caso de ganarse la licitación y en caso de darse cumplimiento efectivo a los términos de ésta durante el plazo de vigencia del contrato con el Estado. La pretensión relativa a las ganancias dejadas de percibir es admisible, pero no en el monto pretendido, pues lo que realmente se lesionó fue el “chance” de ganar la licitación y el “chance” de obtener beneficios trabajando durante varios años en el proyecto conjunto. Lo anterior faculta al tribunal para que, en forma equitativa, ordene la reparación de la lesión a la probabilidad, bajo la calificación de “chance”, lo cual supone una valoración diferente a la realizada por el perito (...) el Tribunal se inclina por conceder como perjuicios, con razonamiento propio, lo que en doctrina y jurisprudencia extranjera se denomina pérdida de oportunidades o de “chance”, constituida por la lesión cierta y actual a la probabilidad de una ventaja futura. De los hechos tenidos por probados, se deduce que lo que realmente pudo haber sido lesionado con el incumplimiento contractual de SGS (...) fue la pérdida de “chance”. Con esta expresión, la doctrina y jurisprudencia extranjeras (...) han individualizado la existencia de un rubro indemnizable. Son ventajas o pérdidas cuya producción no dependía exclusivamente del comportamiento del otro sujeto, por estar asimismo sometidas a un riesgo que genera posibilidades a favor y en contra. (...) La probabilidad en este caso es doble: la posibilidad de ganar la licitación y la probabilidad posterior de obtener el beneficio económico proyectado. La lesión a una probabilidad jamás puede equipararse a la totalidad de las ventajas dejadas de percibir, por cuanto éstas dependen de muchos otros factores, incluso muchos ajenos a las partes. (...) Si bien es cierto que en un proceso de este tipo intervienen diversos criterios y nunca se puede dar seguridad absoluta de un resultado (...) la conducta referida sí causó una lesión a lo que se ha denominado “chance” o sea a la probabilidad de ganar. El Tribunal considera (...) exagerada la posición de las actoras de pretender, como perjuicios, las ganancias totales que probablemente se hubieran obtenido después de muchos años. La causalidad directa repercute “sobre el chance” de resultar victoriosos en la licitación y en consecuencia, también “sobre el chance” de llegar a obtener, después de muchos años, las ganancias proyectadas del negocio”⁷⁹³(lo destacado no es del original)

⁷⁹³ Laudo arbitral. V. i) Pérdida de oportunidades (o pérdida de chance). pp.23-24.

Continúa el laudo arbitral, haciendo un repaso de lo establecido por la doctrina extranjera, e incluso por alguna jurisprudencia nacional, en cuanto al desarrollo y las reglas de apreciación de la figura de la pérdida de *chance*:

“La doctrina ha desarrollado el concepto de pérdida de una oportunidad (perte d’une chance). Se presenta esta situación, vgr., cuando un abogado descuida un proceso que se pierde, cuyo éxito no podía asegurarse aun sin culpa suya. Lo mismo (...) del participante en un concurso o competencia, cuya oportunidad de participación se extingue por culpa de un tercero. Es decir, el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia, que, como consecuencia lógica, también podría haber perdido. (Tamayo, Javier, de la Responsabilidad Civil, Temis, tomo IV, pág.32). La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar, puesto que el menoscabo de la oportunidad sí es algo cierto, y la única dificultad que resta es la de fijar el monto indemnizable. (:..)” No podemos desconocer que quien posea la oportunidad de obtener un beneficio está en una situación más optima que aquel que carece de ella.(...) de allí que la supresión de esa posibilidad, daña o perjudica al que sufra su pérdida.(...) Esta doctrina se ha aplicado en diversos casos de concursos de distinta índole. Entre los ejemplos que se citan están: la frustración de la posibilidad de un caballo de participar en una carrera (...) de un concursante para la obtención de una beca al ser eliminado ilícitamente, (...) de ganar un premio artístico por culpa de un tercero (...)”⁷⁹⁴ (lo destacado no es del original)

Los árbitros consideraron que el concepto de pérdida de oportunidad tiene una manifestación *actual*, que consiste en la frustración de la oportunidad misma, y en este sentido, se asemeja al concepto tradicional de daño; pero además, tiene un aspecto de pérdida de posibilidad *futura*, en lo que se asemeja a los perjuicios tradicionales.⁷⁹⁵

Independientemente de la calificación que se le otorgue a la pérdida de la oportunidad, el tribunal arbitral estimó que este concepto entra dentro del genérico de “daños y perjuicios”

⁷⁹⁴ *Ibidem.* p.25.

⁷⁹⁵ *Ibidem.*

resarcibles.⁷⁹⁶ Para fijar su monto, el tribunal efectuó un análisis exhaustivo del peritaje aportado a los autos, y de variables como: el “riesgo de la adjudicación”, el “riesgo de empresa”, y el “término medio” o “medida promedio”.

El “término medio” sería la justa medida entre las pruebas, lo pretendido por las partes, y las proyecciones iniciales que ellas hicieron; de acuerdo con los artículos 11 y 1023 del Código Civil; según explicó el tribunal.⁷⁹⁷ Este criterio ayudó al tribunal arbitral, a establecer un monto justo, que no permitiera un enriquecimiento sin causa.

B. Análisis final del laudo arbitral.

Es necesario resaltar que el presente laudo arbitral, constituye un precedente importante en la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad o *chance*, que no ha tenido mucha acogida o desarrollo por parte de la jurisprudencia judicial costarricense. Sin embargo, los laudos arbitrales han incursionado en su discusión y eventual aplicación. No hay duda que en la jurisprudencia arbitral internacional, sí ha tenido mucha mayor aceptación.⁷⁹⁸

Este laudo arbitral, fue uno de los ejemplos de laudos arbitrales costarricenses que fueron expuestos a nivel internacional, por parte de los autores Víctor y Daniel Pérez; quienes lo expusieron como uno de los laudos que ha aplicado los principios UNIDROIT de arbitraje comercial internacional, para resolver su caso.⁷⁹⁹

⁷⁹⁶ Ibidem. p.27.

⁷⁹⁷ Ibidem. pp.33-34. El tribunal determinó que el monto solicitado por las actoras, por concepto de pérdida de oportunidad, que fue de \$27.003.683,00., era exagerado. Por lo tanto, efectuó nuevos cálculos y concedió una indemnización de \$3.671.105.75 dólares, a las actoras.

⁷⁹⁸ Sobre la aplicación de esta figura en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, sobre casos resueltos por la CCI, y sobre los principios UNIDROIT que se le relacionan, V. McLaren, Rosemarie. (2003). Op. Cit. p118 y sig; Pérez Vargas, Víctor. *Jurisprudencia arbitral (...)*. Op. Cit. p.143.

⁷⁹⁹ V. Pérez, Víctor y Pérez, Daniel (2006). *The UNIDROIT Principles (...)*. Op. Cit. pp. 181-183. Es importante revisar el análisis del presente laudo arbitral hecho por los autores; así como su exposición acerca de los principios internacionales que fueron aplicados en el laudo.

Analizando el método empleado por el laudo arbitral, para llegar a indemnizar la pérdida de oportunidad, el Lic. Federico Torrealba señaló:

*“Se concedió a los actores, a título de indemnización por pérdida de oportunidad de realizar una ganancia. (...) A dicho monto se llegó mediante el cálculo del perjuicio total y su multiplicación por un porcentaje prudencial de probabilidades de realización del lucro –el cual, en el caso comentado, hubiera dependido de diversas variables, como la adjudicación efectiva de la licitación y la obtención de utilidades a lo largo de la vida del contrato--.”*⁸⁰⁰

Al resolver el recurso de nulidad interpuesto en contra de este laudo arbitral, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, avaló tanto la calificación del perjuicio como *pérdida de oportunidad*, como el método elegido por el Tribunal *juris* para la determinación del *quantum debitur*. La Sala los enmarcó dentro de los poderes soberanos de apreciación del juez y del árbitro.⁸⁰¹ La resolución de la Sala Primera, expuso sobre este caso:

“XII. En el primer motivo, aún cuando la demandada lo califica como “violación al principio del contradictorio” y la Sala en uso del principio del iura novit curia lo considera como una típica incongruencia, la censura se dirige a señalar la existencia de una indemnización ajena a las pretensiones de las actoras, fuera del objeto del proceso. Esto porque, según se indica, el laudo se apartó de la naturaleza y consecuencias de la resolución contractual e incluso de lo solicitado, pues en ningún momento las actoras formularon el tema de la pérdida de oportunidad de ganar la licitación ni tampoco de la probabilidad posterior de obtener el resultado proyectado. Este es, prácticamente, el mismo argumento formulado por las actoras para discutir el monto de la indemnización, la única diferencia es la forma como ese ruego se entrelaza con una causal determinada. Para la Sala los criterios utilizados por el Tribunal Arbitral para establecer el quantum de la indemnización no necesariamente debieron ser solicitados por las actoras, son criterios derivados de la lógica, de la experiencia, de la ponderación racional de una serie de factores para arribar a un monto ajustado a lo pedido y lo negado.(...) Como lo alegado es la

⁸⁰⁰ Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance”. Op. Cit.

⁸⁰¹ Torrealba Navas, Federico. La pérdida de la oportunidad o “chance”. Op. Cit.

falta de indicación de las actoras de los criterios utilizados por el Tribunal ello en sí mismo no constituye la causal de incongruencia, pues lo contrario significaría aceptar el razonamiento absurdo de que al fallar en el laudo solo se podría aceptar la responsabilidad absoluta, como lo pretende la actora en los US \$27 millones, o ningún tipo de responsabilidad como sería la pretensión de la demanda. La justa ponderación entre lo pretendido por una parte y también lo pretendido por la otra, atendiendo a las circunstancias propias en las cuales se desarrolló una relación contractual concreta, o se pudo haber cumplido, es una tarea natural de todos los órganos judiciales, o extrajudiciales, encargados de fijar una indemnización, y esos criterios no son suministrados por las partes sino considerados por los jueces, atendiendo siempre a la búsqueda de una determinación justa o lo más justa posible. Resulta evidente la falta de concordancia de las partes con el monto fijado, pues a unas les parece muy bajo y a la otra muy alto, pero esa es una típica aplicación de normas de fondo, de valoración de pruebas, de criterios racionales o lógicos, cuya determinación en ningún caso puede ocasionar el vicio de incongruencia pues se encuentra dentro de los parámetros de discusión de las partes, de los hechos involucrados en el proceso, de la gravedad del perjuicio, en fin de una serie de factores cuya ponderación siempre deben cumplir los juzgadores.”⁸⁰² (el destacado es nuestro)

El Lic. Torrealba realizó un análisis de este laudo arbitral, resaltando el aporte que realizó al Derecho costarricense; al reconocer la noción de *pérdida de oportunidad*. Y afirmó:

“(…) tiene ya carta de ciudadanía en el Derecho costarricense. El caso Disexport Internacional y Autos Chic, S. A. contra Societé Générale de Surveillance Holding, S. A., el Tribunal Arbitral iuris a cargo de la resolución del conflicto, reconoció y declaró el carácter indemnizable de la oportunidad de devengar un lucro, suprimida a los actores como consecuencia del incumplimiento, por la demandada, del contrato de consorcio concertado a los fines de la participación en la licitación de “RITEVE” (revisión técnica de vehículos).”⁸⁰³

Al analizar este laudo arbitral, los autores Víctor y Daniel Pérez, concluyeron que la aplicación doméstica sin precedentes del principio de “pérdida del chance” -contenido en el

⁸⁰² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 766, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.

⁸⁰³ Torrealba Navas, Federico. La pérdida de oportunidad o “chance”. Op. Cit.

laudo-, representa un importante desarrollo en el sistema de resarcimiento de daños en Costa Rica. Aclararon, que la ley costarricense no regula la indemnización de daños en proporción a la probabilidad de su ocurrencia. En relación con el principio de pérdida del chance, el tribunal arbitral del presente caso consideró que los Principios UNIDROIT eran aplicables suplementariamente, a la ley doméstica o nacional.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ Pérez Víctor y Pérez Daniel. (2006). The UNIDROIT (...) Op. Cit. p. 183.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social.*

A. Resolución del caso.

El Instituto Costarricense de Investigaciones Científicas ICIC, suscribió un convenio para el desarrollo de proyectos de investigación en el área de salud, con la Caja Costarricense del Seguro Social. De acuerdo con lo que hemos analizado sobre este caso, en otras secciones del presente trabajo, el tribunal arbitral declaró que la CCSS debía indemnizarle a la actora ICIC, los daños y perjuicios causados con su incumplimiento contractual.

Entre las pretensiones hechas por la actora, la misma solicitó el reconocimiento del *lucro cesante o costo de oportunidad*. La misma alegó la pérdida de la clientela del instituto, a raíz del irreparable daño a la imagen que le fue causado por el proceder de la CCSS. En su demanda arbitral, estableció con relación a este reclamo:

*“2. Lucro cesante o costo de oportunidad: Aparte de los contratos referidos en el punto anterior (se refiere a los contratos que se perdieron con la empresa Pfizer, a raíz de la terminación del contrato con la CCSS) el incumplimiento de la Caja impidió que el ICIC recibiera otros contratos para la investigación clínica a nivel intrahospitalario de las compañías Pfizer y Merck Sharp & Dohme, dada la prohibición que tenía el ICIC para desarrollar estudios en las instalaciones de la Caja. En estos términos nos referimos a todos los contratos o beneficios económicos que el ICIC dejó de percibir durante 19 meses que no pudo operar dentro de la Caja por estar suspendido el contrato (...)Este daño se estima en la suma de \$200.000.00.”*⁸⁰⁵ (el énfasis no es del original).

⁸⁰⁵ V. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA 05-AR-02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre del 2000. Caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas ICIC, S.A. contra la Caja Costarricense del Seguro Social*. Op. Cit. Resultando I. p.2

El tribunal arbitral resolvió este reclamo de la actora, en conjunto con el tema del daño moral por “daño a la imagen” solicitado igualmente por el ICIC. Sobre ambos extremos, el laudo dispuso que: *“La actora cobra como daño moral, el daño a su imagen, pero a su vez reclama el perjuicio causado como consecuencia de los hechos discutidos, perjuicio derivado de una pérdida de clientela.”*⁸⁰⁶

La actora, según las consideraciones hechas por el tribunal, no pudo operar dentro de la CCSS durante 19 meses, por lo que no recibió todos los contratos o beneficios económicos que pudo haber percibido durante este tiempo. Los árbitros expresaron sobre esta situación, que:

*“(...) tal y como pudo comprobarse por el señor perito con el análisis histórico de sus ingresos y su comparación con los esperados en el periodo durante el cual estuvo suspendida por decisión unilateral de la CCSS la ejecución del contrato, en relación con los efectivamente producidos en ese mismo lapso.(...) no solo se perdieron los contratos en ejecución (daño directo) sino también no se concretaron los contratos potenciales propios del giro de dicha sociedad (...)”*⁸⁰⁷

B. Análisis final del laudo arbitral:

El tribunal arbitral, tuvo por demostrado que los daños sufridos por la actora tuvieron como causa directa e inmediata, el proceder la demandada; pudiendo ser cuantificados e individualizados, por lo que les merecieron ser resarcidos. Este laudo ha sido uno de los pocos que han concedido una suma por concepto de *pérdida o costo de oportunidad*. Los árbitros ubicaron esta pretensión, más que todo, en el apartado de los “perjuicios”. Lo importante es que declararon su procedencia, y en conjunto con el daño de imagen reclamado, dictaron una condenatoria que comprendió ambos rubros.

⁸⁰⁶ Laudo arbitral del presente caso, Op. Cit. p. 24.

⁸⁰⁷ *Ibidem*. p.25. Cfr. con el análisis del tema del daño moral objetivo en este caso; realizado en el Capítulo VI, Título II; de la presente tesis.

CAPÍTULO VIII. La culpa concurrente en la responsabilidad civil.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

En cuanto a la *culpa concurrente* en la responsabilidad de las partes involucradas en un proceso, la jurisprudencia judicial de la antigua Sala de Casación Civil ha establecido que ésta “presupone la falta recíproca entre quien causa el daño y lo recibe.”⁸⁰⁸ Asimismo, esta Sala afirmó:

*“La doctrina más aceptable enseña que cuando aquella causa radica en la imprudencia grave del accidentado o en su negligencia inexcusable, la parte contrario queda exenta de responsabilidad porque fue la víctima quien determinó su propio daño”.*⁸⁰⁹

Más recientemente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, expuso en un caso concreto: “no se da la *culpa concurrente* reprochada, porque para que esta se configure, precisamente se han de *compartir responsabilidades en torno al hecho dañoso*.”⁸¹⁰

La aplicación de la figura de la “culpa concurrente” proviene de la disposición que se encuentra en el *Código Penal* costarricense, en el *Artículo 105*, el cual se refiere a la “Reparación disminuida por culpa de la víctima”. Dicho artículo, estipula que “*cuando la víctima haya contribuido por su propia falta a la producción del daño, el Juez podrá reducir equitativamente el monto de la reparación civil.*”

⁸⁰⁸ Sala de Casación Civil, No.33, de las 9:30 horas del 9 de abril de 1953. Citada por Pérez Vargas, Víctor (1977). *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. 1950-1975*. Op. Cit. p.203.

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 636, de las 11:00 horas del 6 de setiembre del 2006. V. como ejemplo de otro caso al respecto, Sala Primera No.422, de las 8:20 horas del 23 de junio del 2005.

El anterior criterio es, precisamente, el que se aplica en la jurisprudencia judicial civil para poder establecer una indemnización o condenatoria, en caso de determinarse la culpa concurrente de las partes en un caso concreto. En cuanto a los presupuestos de esta figura, la Sala Primera de la Corte ha dispuesto:

*"IV. (...) Esta Sala ha establecido que, independientemente de lo resuelto en cuanto a la responsabilidad penal, es posible conocer en la vía civil ordinaria lo relativo a la responsabilidad civil extracontractual. Ello por cuanto, la Sentencia Penal produce cosa juzgada pero únicamente en cuanto a la responsabilidad penal, debiendo determinarse en una vía distinta (sea mediante la acción civil resarcitoria o el juicio ordinario), la responsabilidad civil por culpa e incluso la posibilidad de culpa concurrente de la víctima. (...) La culpa concurrente ha sido desarrollada, fundamentalmente en materia penal. (...) En casos de concurrencia de culpa la situación debe resolverse de acuerdo con el principio de causalidad, en cuya virtud es responsable del hecho el que realizó u omitió el acto motivador y causante del mismo. Si la culpa de ambos partícipes resulta ser la generadora del suceso, ambos son responsables, pero si la culpa de uno de ellos es la determinante, sólo él es el responsable." (...) La misma Sala, en una Sentencia más reciente, la N° 676 de las 8 horas 30 minutos del 13 de diciembre de 1991, expuso: "En efecto, la denominada concurrencia de culpas en los ilícitos de esta naturaleza no solamente tiene incidencia en la responsabilidad civil (caso al que se refiere el artículo 105 del Código sustantivo, cuando la víctima contribuyó por su propia falta a la producción del daño, lo que permite reducir equitativamente el monto de la indemnización), sino, de modo obvio, en la responsabilidad penal, cuyo significado es que cada autor carga individualmente con la culpa que le corresponde (...) pues la falta al deber de cuidado de uno no elimina, ni tampoco compensa, la falta al deber de cuidado de otro."*⁸¹¹

⁸¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 4, de las 15:00 horas del 6 de enero de 1995. Cfr. con Sala Tercera de la Corte, No. 111, de las 9:50 horas del 23 de diciembre de 1981, y No. 676, de las 8:30 horas del 13 de diciembre de 1991.

Sección II. Análisis del laudo arbitral: caso de *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados* contra *Hotel Fiesta de Playa, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** #CCA15 AR07-08-02, de las 17:00 horas del 1 de junio del 2003. **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. **Partes:** *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados* contra *Hotel Fiesta de Playa, S.A.* **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitros:** Dr. Rodrigo Barahona Israel, Dr. Sergio Artavia Barrantes, y Dr. Víctor Pérez Vargas (Presidente). **Laudo Firme.**⁸¹²

A) Resumen de la controversia y resolución del caso.

La demanda arbitral interpuesta en el presente caso por los actores *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados* –en adelante los “Contadores”-- contra el *Hotel Fiesta de Playa, S.A.* –en adelante el “Hotel”–; versó sobre el incumplimiento del contrato de servicios profesionales firmado el día 10 de junio del 2002, entre las partes. Dicho contrato, tenía por objeto que Contadores preparara un estudio técnico que, entre otras cosas, debía certificar los daños y el lucro cesante que sufrió el Hotel, a raíz de una marejada.

El Hotel tenía una póliza con el Instituto Nacional de Seguros, la cual pretendía cobrar con ayuda de los informes que elaboraría la actora. El contrato suscrito por las partes, estipuló que Contadores recibiría una comisión del 7.5% del pago que realizara el INS al Hotel, por concepto de indemnización. Además, en el acto de la firma del contrato se le otorgó un adelanto de dicha comisión a los actores, para empezar su trabajo. El plazo para la entrega del estudio técnico requerido, era de 30 días naturales.⁸¹³

⁸¹² El demandante planteó un recurso de nulidad del presente laudo arbitral, el cual declarado sin lugar. V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.407, de las 10:45 horas del 16 de julio del 2003.

⁸¹³ V. Laudo arbitral, Considerando. Hechos Probados 1 al 23.

Entre la prueba presentada ante el INS por parte del Hotel demandado, se remitieron dos certificaciones que hicieron los Contadores. El INS le comunicó al Hotel, que dichas certificaciones no fueron utilizadas para el ajuste del reclamo respectivo, porque eran globales, y no contenían algunos detalles; siendo que con esa información el área contable no podía hacer la determinación del monto a indemnizar.⁸¹⁴

El demandado, ante las manifestaciones de los funcionarios del INS, procedió a contratar otra firma de contadores para que realizara la labor encomendada a la actora. La documentación presentada por la segunda firma, sí sirvió para obtener la indemnización del seguro. Así las cosas, un día después de vencido el plazo acordado en el contrato, el Hotel le comunicó a los actores su decisión de resolver el contrato, y pidió la devolución del anticipo de pago. Los actores le solicitaron someterse a un arbitraje.

El Tribunal Arbitral, resolvió cerca del supuesto incumplimiento del contrato por parte del Hotel demandado, y sobre la responsabilidad que pudieron haber tenido los mismos actores, en la anterior situación. Los árbitros resumieron el objeto del conflicto de la siguiente forma:

“C. Interpretación y alcance del contrato. Conducta de las partes. El punto medular a resolver en este laudo es si, las obligaciones contractuales indicadas en los hechos probados (entrega incompleta de las dos primeras certificaciones para reclamo ante el I.N.S y falta de entrega de la tercera), fueron incumplidas por la actora, y si lo fueron sean o no de suficiente gravedad para que justifique el rompimiento del contrato con responsabilidad para ella y si no lo fueron, si el rompimiento del contrato por parte del Hotel Fiesta fue injustificado o abusivo y por ello que la actora tenga derecho a pedir el pago del saldo del precio del contrato.”⁸¹⁵

De esta forma, el tribunal arbitral analizó la naturaleza del contrato y de los incumplimientos presentados y resolvió:

⁸¹⁴ *Ibidem.*

⁸¹⁵ V. Laudo arbitral del presente caso. Considerandos de Fondo.

“B. Sobre el supuesto incumplimiento parcial y tardío. (...) Al no ser esencial el plazo de entrega de las certificaciones y no habiendo pedido la demandada la subsanación de los vicios apuntados por el INS para el rechazo de las dos primeras presentadas por la actora, era de esperar que el contratante previniera a la actora la subsanación de los defectos apuntados, y en cuanto a la última certificación, debió dar un plazo prudencial para su conclusión y no simplemente dar por terminado el contrato y contratar a otro profesional (...) para que hiciera correctamente las certificaciones. Ciertamente es criticable la posición de ambas partes, y por eso, como se verá, el tribunal se inclina por reconocer la existencia de una culpa concurrente en los hechos y los incumplimientos. En primer lugar porque E.Gutierrez no tenía experiencia anterior para realizar el tipo de trabajo que contrató con el Hotel, lo que luego se comprobó –segundo aspecto- con el rechazo o al negársele validez a ambas certificaciones por parte del Instituto. En virtud del principio de presunción de competencia profesional, debió la actora revelar la circunstancias de que no tenía experiencia en el campo, o bien, hacer los estudios pertinentes, (...) para que guiados por las prácticas usuales pudieran realizar el trabajo adecuadamente.”⁸¹⁶ (lo destacado no es del original).

Acerca del deber de cooperación y la buena fe entre las partes, los árbitros afirmaron que se trataba de determinar si las conductas atribuidas a la actora eran justificadas para romper el contrato, o no. Asimismo, el tribunal debía verificar la potestad que tenía el Hotel demandado para rescindir unilateralmente el contrato. Al respecto, los árbitros analizaron:

“D. El deber de cooperación y buena fe. (...) En los contratos de prestaciones recíprocas, como el que unió a los contratantes, las partes deben dar cumplimiento al principio de buena fe y en especial al deber de cooperación (“Mittwirkungsflichten”, de la doctrina alemana) y, en particular, deben poner los mejores esfuerzos para la consecución de los fines pactados en el contrato. Se trata de realizar comportamientos instrumentalmente indispensables para la realización de la obligación principal (“Nebenleistungsflichten”), no impedir el cumplimiento del contrato, lo mismo que no infringir daños a la contraparte (Shadenverhütungsflichten”). El deber de cooperación es uno de los principios de la Lex Mercatoria, que los árbitros del comercio

⁸¹⁶ *Ibidem.*

internacional hacen respetar afanosamente. Sobre todo, encuentra su ámbito de aplicación en materia de ejecución de contratos. La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que "cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar" (Laudo N. 2291, cit.p. DERAIS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57). "Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato" (CCI, Laudo 2443 de 1975) y (...) ha consagrado que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (CCI, Laudo 9593 de 1998). D .El derecho potestativo de terminación del contrato. En la cláusula sexta del contrato las partes convinieron "Cualquier incumplimiento de alguna de las partes del presente contrato, dará derecho a la otra para dar por terminado este Contrato sin responsabilidad de ninguna índole de su parte y proceder al reclamo de los y perjuicios correspondientes".La doctrina ha reconocido lo que se denomina "derecho potestativo de receso"(V. MESSINEO, Francesco, Manuale di Diritto Civile e Commerciale, III, Giuffrè, ed. Milano, 1959, p. 640 y Revista Judicial N. 34, p. 143 y ss). En este caso, el derecho de receso tenía límites fijados en el contrato y en la ley. No podía ser cualquier incumplimiento el que justificara el rompimiento del contrato, era necesario, por así exigirlo la buena fe y la doctrina legal, que el incumplimiento fuera grave, abusivo y que causara un daño efectivo o realmente temido, o bien, que los defectos atribuidos a la certificación no se pudieran subsanar, para que se justificará el rompimiento. En este sentido, es de resaltar que el artículo 21 del Código Civil, señala: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe" y el 22 del citado Código, que al hacer referencia al abuso del derecho, brinda la posibilidad de enfocar desde esta óptica el problema de los ejercicios abusivos de los derechos y(...) la norma general del artículo 1023 del Código (...) hace alusión a la equidad como fuente de consecuencias jurídicas en todo contrato, lo que permite el análisis de los ejercicios abusivos de los derechos de las partes y la gravedad de los hechos atribuidos como fuente de responsabilidad. El derecho potestativo de receso no fue ejercitado por Hotel Fiesta dentro de esos límites, sino de modo abusivo, al menos en cuanto a las dos primeras certificaciones que de manera incompleta había remitido la actora. Ese rompimiento es inexcusable; las razones que ella invocó no constituyen una justificación aceptable y no podía incidir en la relación contractual pactada, pues ciertamente las dos certificaciones iniciales habían sido rechazadas por el I.N.S., pero nada impedía que de

*buena fe y por el principio de cooperación, el Hotel Fiesta comunicara tal circunstancias a la actora, para que esta procediera a subsanar los defectos apuntados (...) La demandada optó por la sanción más grave, como era romper el contrato, sin dar oportunidad a la actora de subsanar.”*⁸¹⁷ (lo destacado no es del original).

Por lo que habiendo realizado las anteriores consideraciones sobre el presente caso, el tribunal arbitral concluyó en el laudo lo siguiente:

*“(...) no cabe otra cosa que concluir que Hotel Fiesta, no actuó de buena fe al dar por roto el contrato que unió a las partes y con ello la resolución del contrato(...) Ciertamente hay comportamientos indebidos atribuidos a E. Gutiérrez, como el señalar que eran expertos en la materia (...) o presentar las certificaciones sin cumplir las condiciones necesarias para su admisión en el I.N.S. (...) pero como se analizó supra, no son de tal gravedad que justificará el rompimiento (...) G. Extremos petitorios que se acogerán y rechazarán. Fundamento. 2) Habiendo sido el pago hecho al Hotel Fiesta de 230.412.875.00, el monto de la llamada comisión (sic) que correspondería a la actora, si hubiere cumplido enteramente con sus obligaciones sería de 17.280.965.60. Por considerarse que hay una responsabilidad concurrente, de ambas partes, el Tribunal determina que la indemnización debe fijarse en un 50% de lo que podría corresponderle(...) de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte número 99 de las 16:10 horas del 27 de octubre de 1999. Dicho 50% del 7.5% corresponde a la suma de 8.640.482.80. De este monto ya se ha adelantado la suma de cinco millones de colones; en consecuencia la demandada únicamente deberá pagar a la actora la diferencia de 3.640.482.80.(...) 4) Costas, gastos y honorarios del arbitraje. Tomando en cuenta la responsabilidad concurrente de ambas partes y el hecho de que ambas hayan litigado de buena (fe), sin pretensiones abusivas o temerarias, y con razones para sostener la veracidad de sus alegaciones, el Tribunal considera que no debe condenarse a ninguna al pago de costas.”*⁸¹⁸

⁸¹⁷ Ibidem.

⁸¹⁸ Ibidem.

B.) Análisis final del laudo arbitral.

En el laudo arbitral comentado, vale la pena resaltar la utilización de los principios de comercio internacional, acogidos por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) mediante los Principios UNIDROIT, y reconocidos por los usos y costumbres de la *Lex Mercatoria*; por parte de los árbitros.⁸¹⁹ Entre otros, fueron aplicados los principios de buena fe y lealtad en las negociaciones, cooperación entre las partes, y de competencia profesional.

Aunque las partes no habían pactado la aplicación de los Principios UNIDROIT en su contrato, y no los invocaron para ser utilizados en la resolución de su controversia, los árbitros sí los tomaron en consideración debido a su valor doctrinario; como parte de una doctrina legal especializada. De forma tal, que éstos ayudaron a complementar la ley doméstica –nacional—y conllevaron a una resolución satisfactoria para el caso.⁸²⁰

De acuerdo con estos principios, llegó a determinarse que ambas partes de la relación contractual habían tenido una cuota de responsabilidad, que las llevó al incumplimiento de estos principios y por lo tanto, a no conseguir los fines propuestos en el contrato. Motivo por el cual, se estableció la *culpa concurrente* de los actores y la demandada; declarando parcialmente con lugar la demanda.

⁸¹⁹ V. análisis de la aplicación de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, por parte del tribunal arbitral en el presente laudo, en: Pérez, Víctor y Pérez, Daniel. (2006). *The UNIDROIT Principles* (...). Op. Cit.pp.183-185.

⁸²⁰ *Ibidem*. p.184.

Sección III. Análisis del laudo arbitral: caso de *Municipalidad de Curridabat* contra *Asfaltos Nacionales, S.A.*

- **Datos del laudo arbitral:** #ARB-135-12-04, de las 10:00 horas del 2 de diciembre del 2005. **Partes:** Municipalidad de Curridabat contra Asfaltos Nacionales, Sociedad Anónima. **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de equidad. **Árbitros:** Ing. Miguel Somarriba Salazar (Presidente), Ing. Max Sittenfeld Roger, e Ing. Leonel Centeno Madrigal. **Laudo Firme.**⁸²¹

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

En el año 2002, la Municipalidad de Curridabat promovió la Licitación Restringida No.10-2002, con el objetivo de contratar a una empresa que se encargara de carpetear un tramo de una avenida, en dicho cantón. Dicha licitación, fue adjudicada a la empresa Asfaltos Nacionales, S.A. (en adelante, ANASA).

El contrato firmado entre las partes, contenía especificaciones acerca de las medidas y el espesor de la capa de base granular, que debía ser colocada en la vía. La Municipalidad alegó que la demandada ANASA no colocó la capa asfáltica con el espesor correcto, siendo éste menor al acordado en el contrato y de mala calidad; por lo tanto, la Municipalidad no recibió la obra concluida y no autorizó pago alguno a la demandada. ANASA solicitó el pago de la obra realizada, así como los intereses por el respectivo atraso, injustificado, de la actora.⁸²²

Los árbitros resolvieron que en *“el cartel de licitación se estableció que el área a carpetear era de 2.240 metros cuadrados. Sin embargo, a la hora de dar inicio a la obra se determinó que el área real era de 2.440 metros cuadrados. Esta situación nueva surgida en el*

⁸²¹ No se presentó recurso de nulidad contra este laudo arbitral; según indica el Centro de Resolución de conflictos del CFIA.

⁸²² V. Laudo arbitral del presente caso, Resultando 4. y Considerando I. Hechos Probados.

*proceso constructivo, una vez pasada la adjudicación, significaba que para cubrir el exceso en la cabida manteniendo las condiciones de espesores de carpeta, se debería utilizar una mayor cantidad de mezcla asfáltica, con el consecuente incremento en el costo de la obra.”*⁸²³

Para el tribunal arbitral, esta nueva situación, de conformidad con los procedimientos y la practica profesional, se resolvía mediante una “ampliación contractual”. Establecieron que en las obras de ingeniería, “cuando se trabaja con planos de proyectos, se entiende que por su naturaleza de proyecto y no de obra terminada, se trata de una propuesta que está sujeta a cambios.”⁸²⁴ Así las cosas, sobre el conflicto respectivo resolvieron:

“Ante esta situación la Administración, es este caso la Municipalidad de Curridabat, debió a la hora de planear la licitación, dejar una partida presupuestaria para hacerle frente financieramente a cualquier cambio adicional, que se conoce como obra extra. (...) la Administración no contó con una partida presupuestaria para cubrir los posibles cambios de volúmenes en la obra, lo que provocó una distorsión importante en su ejecución. Para solucionar la situación expuesta, los profesionales de ambas partes y participantes en la ejecución de la cosa contratada, acordaron, sin que mediara documento por escrito, sino más bien verbalmente, una reducción en el espesor de la capa (...) con el objeto de cubrir el área afectada a las nuevas dimensiones.(...) En ningún momento la empresa Contratista realizó los cambios de manera unilateral, siempre la Administración tuvo conocimiento y desde luego permitió y aceptó esos cambios, que como se dijo, no se realizaron de conformidad con las mejores practicas en materia de contratación y por lo tanto existe una responsabilidad compartida en cuanto a la no documentación de los cambios propuestos y al desconocimiento que se hizo de las normas elementales que rigen los cambios en las obras y en este sentido este Tribunal Arbitral debe declarar que los cambios realizados en espesor (...) fueron realizados de mutuo acuerdo entre los profesionales participantes de las partes contratantes y por lo tanto las consecuencias de esta conducta deben ser de responsabilidad compartida. (...) existe una responsabilidad compartida entre las partes habida cuenta de que se demostró que se dieron procedimientos no apropiados, ni normados, en los

⁸²³ V. Laudo arbitral. Considerando III. Sobre el fondo. a) Objeto de la contratación. p.5.

⁸²⁴ Ibidem.

cambios del espesor de la capa asfáltica(...) y debe inexorablemente reflejarse en la parte patrimonial de las partes. Por un lado, el no pago de una obra finalizada, representa para la Administración un enriquecimiento sin causa, que a todas luces es improcedente (...) ni la Administración puede disfrutar de un servicio u obra sin pagarla y ni el contratista debe lucrar en un contrato en el cual fue corresponsable en el manejo inapropiado de los procedimientos. En tal sentido este Tribunal Arbitral de Equidad, dentro de su ámbito o sentido de equidad y justicia debe declarar, que la Municipalidad (...) debe cancelar el monto del contrato a la Empresa Asfaltos (...) menos un diez por ciento del monto del contrato (...)".⁸²⁵

B. Análisis final del laudo arbitral.

En este laudo arbitral de equidad, es interesante la determinación que hacen los árbitros de la responsabilidad recíproca de la Municipalidad y la contratista Asfaltos Nacionales, al no haber seguido, ambas, los procedimientos reglamentarios de ingeniería la clase de obra pactada. Al constatarse que hubo una serie de "imprudencias" cometidas por ambos contratantes, el tribunal arbitral resolvió declarar su *responsabilidad compartida*.

Llama la atención el último párrafo transcrito del laudo, en el cual el tribunal arbitral en apego a sus facultades como órgano *de equidad*, dispone una "sanción" o una especie de "castigo" para la actora; de modo que acoge su pretensión parcialmente y de seguido le "rebaja" un 10% del monto concedido. La intención del tribunal fue la de reflejar económicamente la responsabilidad de las partes, logrando que ambas percibieran un afectación: la Municipalidad al tener que pagar la obra, y la contratista al no recibir el pago completo.

⁸²⁵ Ibidem. pp.6-9.

Sección IV. Análisis del laudo arbitral: caso de *Agrupación de Empresas Marshall y Asociados, S.A P y P Construcciones, y Montajes Técnicos de Escazú, S.A. contra Refinadota Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE)*.

- **Datos del laudo arbitral:** #ARB008-02, de las 17:00 horas del 15 de marzo del 2005. **Partes:** Agrupación de Empresas Marshall Asociados, Sociedad Anónima, P y P Construcciones, y Montajes Técnicos de Escazú, S.A. contra Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. (RECOPE). **Centro de arbitraje institucionalizado:** Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. **Composición del tribunal arbitral:** de derecho. **Árbitros:** Lic. Alejandro Delgado Faith (Presidente), Dr. Roberto Yglesias Mora, y Lic. Jose Gerardo Riba Bazo. **Laudo Firme.**⁸²⁶

A. Resumen de la controversia y resolución del caso.

En octubre del año 1997, RECOPE adjudicó a la Agrupación o consorcio de empresas mencionadas *supra*, la licitación pública #9-343-97. El objeto de esta contratación era la construcción de las obras civiles del proyecto relacionado con la modernización de la Refinería de Moín, en Limón. En la fase de ejecución de este contrato de obra, surgieron varios percances que afectaron los plazos de entrega y la economía misma del contrato; por lo que la Agrupación presentó varios reclamos contra la Administración.⁸²⁷

Las pretensiones de las empresas actoras fueron varios, entre otros: el reconocimiento de múltiples costos adicionales, sobrecostos, pago de reajustes de precios, y ampliaciones de plazos de entrega de las obras. La demandada RECOPE, alegó que las actoras no entregaron a tiempo el Edificio de Control y subestación eléctrica, y solicitó la indemnización de los daños y perjuicios causados.⁸²⁸

⁸²⁶ No se presentó recurso de nulidad contra este laudo arbitral; según indica el Centro de Resolución de conflictos del CFIA.

⁸²⁷ V. Laudo arbitral del presente caso. Resultando. Descripción General de la controversia. p.1-2.

⁸²⁸ V. Laudo arbitral. pp.3-4.

No entraremos en detalle sobre las pretensiones de las partes, dados los múltiples reclamos plateados por las actoras. Por lo tanto, pasaremos a analizar directamente lo resuelto por el tribunal arbitral, específicamente sobre el tema que nos interesa –en relación con el tema de la llamada “culpa concurrente”--. El tribunal arbitral resolvió sobre este punto:

“vii. Sobre el reclamo siete. (...) En otras palabras estima el Tribunal que la situación que origina este reclamo se produce por una especie de “culpa concurrente” de las partes; consideramos que ambas partes, por diversas razones, actuaron de una manera que podemos calificar como “poco diligente”. La aquí actora tenía el derecho de llevar esa bomba al sitio de las obras si la consideraba necesaria pero, abusó de su derecho al mantenerla ociosa, durante un lapso de tiempo tan extenso como el que en efecto transcurrió, pagando y ahora reclamando su compensación, un alquiler por suma bastante considerable. La Administración, conocedora de que esa bomba estaba en el sitio de las obras y que permanecía ociosa, debió diligentemente resolver lo que impedía el inicio de los trabajos o, en su defecto, prevenir a las contratistas para que devolvieran aquel equipo. Así las cosas, lo que en nuestro criterio procede en un caso como éste es que las partes, por haber contribuido ambas con su negligencia a que esta situación se produjera, asuman y compartan los efectos económicos que de ella se derivaron, en concreto, que el monto total de ese alquiler pagado (...) lo cubran por partes iguales la actora y RECOPE.”⁸²⁹

B. Análisis final del laudo arbitral.

De forma similar a los anteriores laudos arbitrales analizados, este tribunal arbitral también propone que las partes contratantes perciban una sanción económica, de forma compartida, por haberse causado un daño recíproco. En el presente caso, se comprobó que ambas empresas contribuyeron con su actuar, al incumplimiento del contrato. Por lo tanto, el tribunal arbitral decide declarar parcialmente con lugar el reclamo de las actoras, y les atribuye, a su vez, la culpa concurrente en el daño causado y parte de la condena.

⁸²⁹ Ibidem. pp.34-36.

CAPÍTULO IX. La excepción de contrato no cumplido, o *non adimpleti contractus*.

Sección I. Breve análisis de jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

Recordemos que el contrato, según lo define Pothier, es una “convención por la cual una o varias personas se obligan a dar, hacer o no hacer algo, a favor de otro u otros”.⁸³⁰ Existe una suspensión culposa del contrato, cuando el curso normal del contrato bilateral es incumplido por una de las partes, y la otra deja de cumplir sus respectivas obligaciones motivada por la primera inejecución.⁸³¹

En efecto, cuando en este caso alguna de las partes contratantes incumple, faculta a la otra para dejar de cumplir sus obligaciones, en ejercicio de la llamada “excepción de contrato no cumplido” – o *exceptio non adimpleti contractus*--. Esta excepción es “una defensa de hecho, cuyo efecto provisional es el de autorizar al contratante que no ha incumplido para que no ejecute sus prestaciones mientras no lo haga la otra parte”, sintetiza Baudrit.⁸³²

En este mismo sentido, el autor Pablo Casafont nos explicó el origen y aplicación de esta excepción. Según este autor, ligado al cumplimiento del contrato se da la facultad de que un contratante rehúse una parte del cumplimiento de su obligación, si la otra parte no cumple al mismo tiempo la suya –en casos de convenios sinalagmáticos, donde existen prestaciones recíprocas--; y este “derecho optativo” nace del Artículo 692 de nuestro Código Civil.⁸³³

⁸³⁰ Pothier, citado por Baudrit Carrillo, Diego. (2000c). *Derecho Civil (...)*. Op. Cit. p.25.

⁸³¹ Baudrit, *Ibidem*. p.105.

⁸³² *Ibidem*. p.105.

⁸³³ Casafont Romero, Pablo (1968). *Ensayos de Derecho Contractual. La Acción Resolutoria y la Excepción de Contrato no cumplido en la Legislación Costarricense*. San José, Costa Rica. p. 71. Como consecuencia de la reciprocidad de las prestaciones y su ejecución simultánea –explicaba Casafont-- “si un contratante no cumple queda autorizado el otro para dejar de cumplir. Por tanto, cuando a una parte se le exige el cumplimiento de una obligación sin que la otra haya cumplido la que le incumbe, tendrá la facultad de resistir o rehusar el cumplimiento para compeler a su contrario a realizar simultáneamente la prestación que le corresponde.”

Efectivamente, el Artículo 692 referido comprende la alternativa en favor del acreedor de exigir el cumplimiento –ejecución forzosa de la obligación–, o de pedir la resolución contractual, ante el incumplimiento de un contrato bilateral. Dicha norma cita:

“Artículo 692: En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir que se resuelva con daños y perjuicios.”

Indica Casafont, que en el caso de la compraventa estas facultades se encuentran recogidas en los artículos 1072 y 1089 del Código Civil.⁸³⁴ Asimismo, podemos confrontar el Artículo 692 con los numerales 1071 y 1085. Todas estas normas, mencionan la posibilidad que tiene el vendedor de no hacer entrega de la cosa, si el comprador no ha satisfecho su precio; y viceversa.

En el caso de nuestro Código de Comercio, se pueden relacionar con respecto a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, los artículos 425, 457, y 463. Este último artículo estipula: *“Una vez perfeccionado el contrato de compraventa, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no lo hiciera, la rescisión del contrato o el cumplimiento del mismo, y además, la indemnización de los daños y perjuicios.”*

La jurisprudencia de la antigua Sala de Casación, exponía el contenido de justicia y equidad que corresponde a esta excepción, de la siguiente forma:

⁸³⁴ Casafont Romero, Pablo. Op. Cit. p. 71. Acerca del origen, fundamento y finalidad de la excepción de contrato no cumplido, el autor Casafont cita la Sentencia de la Sala de Casación, de las 14:30 horas del 9 de octubre de 1956. Considera que este fallo es preciso en sus conceptos y el respaldo doctrinal que contiene con respecto al tema. Dicha sentencia, citando a Pothier, dispone: *“En los contratos sinalagmáticos se presume que cada uno solo quiere cumplir su obligación si la otra parte cumple al mismo tiempo la suya. Así, en una venta, si el vendedor no ha concedido un término para el pago del precio al comprador, este último está obligado a pagar el precio en el momento en que el vendedor le haga entrega de la cosa vendida. Y si el comprador pretende exigir al vendedor la entrega de la cosa sin ofrecer por su parte entregar al mismo tiempo el precio, el vendedor podrá oponer a su pretensión la excepción non adimpleti contractus.”* (V. p.73). Cita asimismo, la sentencia de casación de las 15:40 horas del 22 de enero de 1917; y la de las 15:30 horas del 14 de setiembre de 1954. (V. pp.75 y 78).

“La parte que ha venido cumpliendo las obligaciones que le impone un contrato bilateral, puede negarse a seguir cumpliéndolas, por propia decisión, si el otro contratante incumple las suyas, de modo expreso o por actos constitutivos de infracción a la buena fe que debe regir la contratación. (...) agregando, con Planiol y Ripiert, que “la doctrina encuentra justificación, en lo que generalmente podría sobreentenderse la legítima defensa o el estado de necesidad.”⁸³⁵

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha dispuesto lo siguiente en relación con el cumplimiento de los contratos bilaterales, y refiriéndose a la excepción de contrato no cumplido:

“IX. (...) la parte que viene cumpliendo el contrato no está obligada a cumplir si la otra incumple. Es decir, si en la ejecución recíproca de prestaciones una de las partes incumple, la otra no tiene por qué cumplir con la prestación correlativa y puede excepcionarse de dicho cumplimiento mediante la conocida expresión de non adimpleti contractus. En tal caso, quien puede eximirse del cumplimiento sobre la base de la excepción de contrato no cumplido, puede ejercer las acciones derivadas del artículo 692 precitado, pues tal incumplimiento se reputa como justificado en el incumplimiento de la otra parte.”⁸³⁶ (el énfasis no es del original).

Casafont aclaró que, según se infería de la jurisprudencia de la antigua Sala de Casación, *“la exceptio non adimpleti contractus es oponible en el caso que se exija el cumplimiento, no la resolución del contrato, pues es a modo de un derecho de retención, de una facultad”*. En tal sentido, la excepción es dilatoria. Sin embargo, no tiene por consecuencia la desestimación de la demanda, sino que se condene al demandado a prestar simultáneamente la contraprestación del demandante.⁸³⁷

⁸³⁵ Antiguo Tribunal de Casación, sentencia de las 15:30 horas del 14 de setiembre de 1954; citada por Casafont Romero Pablo. Op. Cit. p.78.

⁸³⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; No.80, de las 15:30 horas del 30 de noviembre de 1993.

⁸³⁷ Enneccerus, Lehmann; citado por Casafont Romero Pablo. Op. Cit. p.76.

Actualmente, la Sala Primera no limita la aplicación de la excepción mencionada sólo en caso de que se exija el cumplimiento forzoso de la obligación, sino también en el caso de la petición de resolución. Al resolver un caso en concreto, explicó esta posición así:

“IV. (...) de la argumentación se desprende que lo alegado es una violación directa del ordinal 692 del Código Civil, fundamentada según el recurrente en un indebido acogimiento de la excepción de contrato no cumplido por estarse ante una solicitud de resolución contractual. Esta Sala en repetidas ocasiones se ha pronunciado acerca del cumplimiento de los contratos bilaterales y de la procedencia de esa excepción, en concreto ha manifestado: “IX. Tratándose de contratos bilaterales y ante su incumplimiento, el artículo 692 del Código Civil establece la posibilidad de demandar su ejecución forzosa o su resolución. Es la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico por transgredir un vínculo obligacional con fuerza normativa para las partes. Es decir, se trata de acciones otorgadas a la parte cumpliente en razón del incumplimiento de la otra parte, precisamente porque los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, según lo estatuido por el artículo 1022 ibídem. Pero es claro, en todo caso, que las acciones derivadas del precitado artículo 692 son otorgadas a la parte que ha cumplido. Quien incumple no puede exigir el cumplimiento forzoso ni la resolución contractual. Sin embargo, dos aspectos han de tenerse presente. En primer lugar, la parte que viene cumpliendo el contrato no está obligada a cumplir si la otra parte incumple. Es decir, si en la ejecución recíproca de prestaciones una de las partes incumple, la otra no tiene por qué cumplir con la prestación correlativa y puede excepcionarse de dicho cumplimiento mediante la conocida excepción de non adimpleti contractus. En tal caso, quien puede eximirse del cumplimiento sobre la base de la excepción de contrato no cumplido, puede ejercer las acciones derivadas del artículo 692 precitado, pues tal incumplimiento se reputa como justificado en el incumplimiento previo de la otra parte” (...) Es claro entonces, que el único requisito para oponer dicha excepción, es el cumplimiento de quien la interpone, y se sustenta en el incumplimiento de la otra parte. Consecuentemente, no lleva razón el recurrente cuando señala que aquélla es únicamente oponible cuando se solicita la ejecución forzosa.”⁸³⁸ (el destacado no es del original).

⁸³⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.655, de las 15:30 horas del 10 de agosto del 2004.

En cuanto a los requisitos de oponibilidad de esta excepción y, en general, sobre su procedencia, la misma Sala ha establecido los siguientes criterios:

1. *"III. (...) la excepción de contrato no cumplido es, en efecto, de falta de derecho, ya que por medio de esa defensa, quien la invoca, intenta desvirtuar la inexistencia de un derecho pretendido por la parte contraria. (...) Esto importa que, si la parte demandada considera que no existe derecho a su contraria, de pretender algo no correspondiente, puede invocarse la excepción genérica, sin necesidad de señalar, expresamente, bajo qué modalidad la interpone.(...)es imperioso para el juez, a la hora de analizar las probanzas, desentrañar de oficio la existencia o no del derecho invocado. (...) Esta labor es, precisamente, la que hizo el tribunal de alzada al concluir, conforme a los hechos probados, que la modalidad de excepción de falta de derecho invocada por la sociedad demandada corresponde a la de contrato no cumplido. Así lo entendió e interpretó, con base a las probanzas existentes, pues quien incumple no puede exigir -no tiene derecho a ello- el cumplimiento forzoso ni la resolución contractual que es a la postre lo que pretendía la actora.."*⁸³⁹ (el destacado no es del original).

2. *"V. (...) La actora, al ser reconvenida, interpuso entre otras la excepción de contrato no cumplido, "Exceptio Non Adimpleti Contractus". Esta excepción es una defensa que asiste al contratante al cual se le exige el cumplimiento de una obligación, sin que la otra parte haya cumplido la obligación correlativa que le incumbe. Cuando, en un contrato bilateral, una de las partes no ha ejecutado la obligación que le corresponde, la otra está facultada para retener el cumplimiento de la suya hasta que el primero realice la prestación debida. Se trata pues de un incumplimiento autorizado por el incumplimiento de la obligación correlativa, cuyo fundamento se encuentra en una protección que da el ordenamiento jurídico a la parte no incumplidora para evitarle mayores daños. Este principio, no sólo está contenido en la regla general del artículo 692 del Código Civil, sino también se encuentra expresamente dispuesto en los artículos 1072 y 1089 ibídem en materia de compraventa." (...) ante el incumplimiento de un contrato bilateral, más que la parte cumplidora de sus obligaciones es la no incumplidora la única que se encuentra legitimada para ejercer el derecho optativo que otorga el artículo 692 del Código Civil, es decir demandar la ejecución forzosa del contrato o su resolución con daños y perjuicios. En el sub-júdice, se ha tenido*

⁸³⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; No.540, de las 11:00 horas del 3 de setiembre del 2003.

por probado que fue el actor quien incumplió sus obligaciones contractuales. (...) Este incumplimiento, en definitiva, le resta legitimación al actor para pretender la resolución del contrato implícita en sus pretensiones y el correspondiente pago de daños y perjuicios. ”⁸⁴⁰ (el destacado no es del original).

Sección II. Análisis de varios laudos arbitrales.

En cuanto al tema de la aplicación de la excepción de contrato no cumplido –o *non adimpleti contractus*--, los laudos arbitrales analizados mostraron seguir un criterio cercano al mantenido por la jurisprudencia judicial tradicional. Brevemente, comentaremos lo resuelto por algunos laudos arbitrales costarricenses al respecto.

A) En el proceso arbitral planteado por la empresa *Atrium Developments, S.A.* contra *Residencias del Caribe, S.A.*,⁸⁴¹ el tribunal arbitral acogió la excepción de contrato no cumplido puesta por la demandada, y dispuso:

“E. (...) este Tribunal declara que la actora no cumplió con la obligación esencial de elaborar planos adecuados para ser utilizados en la construcción de la obra planteada. (...) la pretensión de la actora de ser pagada en un presunto saldo (...) es improcedente en Derecho, acogiéndose la excepción opuesta por la parte demandada de Non Adimpleti Contractus, de conformidad con los artículos 692 del Código Civil y 425 del Código de Comercio, por ser evidente el incumplimiento de la actora debido a la deficiente calidad de los planos elaborados para la demanda.”

B) En el arbitraje establecido por el señor *Hanzel Rodríguez Vargas*, contra la empresa *Totalfinaelf Costa Rica, S.A.*⁸⁴² los árbitros establecieron:

⁸⁴⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; No.566 de las 16:15 horas del 27 de julio del 2001. V. también sentencias de esta misma Sala, No. 314, de las 11: 25 horas del 4 de junio del 2003, No. 80, de las 15:30 horas del 30 de noviembre de 1993, y N° 266, de las 11 horas del 14 de mayo de 2003.

⁸⁴¹ Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #ARB82-07-04 de las 14:00 horas del 15 de noviembre del 2005. Caso de *Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.* Árbitro: Dr. Roberto Yglesias Mora. pp.36-37.

“IV. Non adimpleti contractus: que la misma demandada define como de “contrato no cumplido”, parte de la existencia de un contrato con prestaciones reciprocas, en el que se ha producido un incumplimiento o falta de realización de la prestación debida y que el incumplimiento sea producto de la conducta y voluntad contrarias a la realización de la prestación debida tendiente a frustrar la finalidad del contrato.(...) En el caso de marras, no ha existido ese incumplimiento por parte del actor. Su voluntad y conducta fueron encaminadas a la realización de la prestación y ha quedado demostrado con las pruebas aportadas.(...)Fue a vista, paciencia y tolerancia de la demandada y con conocimiento pleno de esos actos, que el actor continuaba realizando promoción del gas, según la prueba documental aportada por la actora, por lo que la excepción formulada debe declararse sin lugar, ya que la empresa demandada no probó haber cumplido con sus obligaciones contractuales.”

C) El tribunal arbitral que conoció del proceso de arbitraje establecido entre la sociedad *Line P y G Italian, S.A.* y *Frio Club, S.A.*⁸⁴³, resolvió con relación a la procedencia de la excepción en cuestión:

“2. Incumplimiento del contrato. (...)En el presente caso tenemos que el principal incumplimiento acusado es el no pago del arrendamiento mensual pactado en el contrato y la no devolución de la maquinaria arrendada.(...) el pago del precio es sin duda la obligación más esencial del arrendatario (...) y su incumplimiento sin duda da lugar a la resolución del contrato junto con el pago de las obligaciones pecuniarias pendientes y la devolución de los bienes(...)La parte demandada no justificó dicho impago ni alegó una excepción de non adimpleti contractus o similar, por lo que se llega a la conclusión inequívoca de que el demandado no probó el pago.”

⁸⁴² Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; # CCA27-AR.09-03-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2005.Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinaelf Costa Rica, S.A.* Árbitro: Licda. Xenia Alfaro Mena. pp.20-22.

⁸⁴³ Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA02-AR02-01-05, de las 15:00 horas del 27 de setiembre del 2005. Caso de *Line P y G Italian, S.A.* contra *Frio Club, S.A.* Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes. pp. 12-14.

CAPÍTULO X. La condena al pago de costas.

Sección I. Jurisprudencia judicial y doctrina sobre el tema.

En el régimen de justicia privada, tiene que haber alguien que pague los gastos del proceso arbitral y de los honorarios de los árbitros. A cualquier operador jurídico y a los litigantes en la materia, les interesará conocer cómo se resuelve el tema del pago de costas en los procesos arbitrales costarricenses. Se ha dicho que, aparte del resultado final del proceso y del tiempo que pueda requerirse para la conducción del arbitraje, usualmente no existe otro aspecto del proceso arbitral que sea tan importante para las partes, como lo es su costo.⁸⁴⁴

Por concepto de costas se pueden entender todos aquellos gastos propios del desenvolvimiento de la actividad procesal, es decir, los gastos procesales (p.e., erogaciones por certificaciones, timbres, peritajes, y fotocopias; entre otros), así como los gastos personales (p.e., los honorarios de abogado). Tratándose de procesos arbitrales, debemos incluir los gastos administrativos de los centros de arbitraje institucionalizado y los honorarios del tribunal arbitral.⁸⁴⁵

La ley costarricense divide las costas del proceso en: *costas procesales* (p.e. honorarios de los expertos, de los árbitros, alquiler de salas para reunión.) y *costas personales* (p.e. honorarios de los abogados litigantes, el reconocimiento del tiempo dedicado a que la parte atendiera a las audiencias).⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ Derains Yves y Schwartz, Eric (2005). A guide to the ICC rules of Arbitration. Op. Cit. p.329. La traducción al idioma español es de la suscrita.

⁸⁴⁵ V. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; # CCA 27-AR-09-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinaelf Costar Rica, S.A.* p.30.

⁸⁴⁶ Lang, Henry y Torrealba, Federico (2003). "Costa Rica". Capítulo 16. En: Global Legal Group, Ltd. (2003). The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2004. (...) Op. Cit. p.101. La traducción al idioma español, es de la suscrita.

Generalmente, se ha establecido que las costas son la “repercusión económica del proceso”⁸⁴⁷, y que su pago corresponde, en principio, a la parte vencida. Las costas procesales, dependen de las circunstancias del caso específico, y son reguladas por tarifas oficiales.⁸⁴⁸ En términos generales, las costas personales ascienden aproximadamente a un poco más de un 10% del monto total de la condenatoria, o la estimación del caso.⁸⁴⁹ Acerca del pago de costas, en general, el Artículo 221 del Código Procesal Civil establece:

“Artículo 221. Condena: En las resoluciones previstas en los incisos 3) y 4) del artículo 153⁸⁵⁰ se condenará al vencido al pago de las costas personales y procesales. (...) Queda a salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. El pronunciamiento de costas deberá hacerse de oficio. Todo fallo debe indicar necesariamente en qué clase de costas condena al vencido.”

Sin embargo, existen excepciones a esta regla, establecidas en los artículos 222 y 223 de este mismo Código; que permiten al juzgador eximir del pago a la parte perdedora del proceso, en ciertos casos concretos.⁸⁵¹ El Artículo 222, dispone las siguientes condiciones:

“Artículo 222. Exención: No obstante lo dicho en el artículo que antecede, el juez podrá eximir al vencido del pago de las costas personales, y aún de las procesales, cuando haya litigado con evidente buena fe; cuando la demanda o contra-demanda comprendan pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvencción; cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido; o cuando

⁸⁴⁷ De hecho, nuestro Código Procesal Civil se refiere al pago de costas en su Capítulo X, titulado: “Repercusión económica de la actividad procesal”.

⁸⁴⁸ Algunos laudos arbitrales fijan la condenatoria al pago de costas personales (honorarios de los abogados litigantes) sobre el total de la condena; según lo previsto por el Artículo 17, del Decreto de Honorarios de Abogados y Notarios No.20307-J.

⁸⁴⁹ Lang, Henry y Torrealba, Federico (2003). Op. Cit.

⁸⁵⁰ El Artículo 153 del Código Procesal Civil, establece en sus incisos 3) y 4): “(...) 3) *Sentencias, cuando decidan definitivamente las cuestiones debatidas mediante pronunciamiento sobre la pretensión formulada en la demanda.* 4) *Autos con carácter de sentencia, cuando decidan sobre excepciones o pretensiones incidentales que pongan término al proceso.*” Cfr. con sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.63, de las 10:55 horas del 29 de setiembre de 1993.

⁸⁵¹ V. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; # CCA 27-AR-09-04, (...) Op. Cit. p. 30. Cfr. con sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 3 de las 14:40 horas del 6 de enero de 1995.

haya vencimiento recíproco. Podrá eximirlo del pago de aquellas costas procesales que se hubieren causado con peticiones o en diligencias de la contraria que, a juicio del juez, deban ser calificadas de ociosas o innecesarias. Si no hubiere especial condenatoria en costas, cada parte deberá pagar las que hubiere causado, y ambas partes aquellas que fueren comunes.”⁸⁵²

La Ley RAC dispone en su Artículo 58, los puntos que deben formar parte del contenido de un laudo arbitral. El inciso g) de dicho artículo, ordena que el laudo contenga un pronunciamiento sobre ambas costas del proceso. Específicamente en cuanto al pago de honorarios de los árbitros, el Artículo 68 de dicha Ley, indica cómo debe realizarse su cálculo; estableciendo diversos porcentajes aplicables según la estimación del proceso arbitral. Sin embargo, se aclara que las partes pueden acordar condiciones distintas. El referido artículo, establece:

“Artículo 68. Remuneración. Salvo si los árbitros aceptan hacerlo en forma gratuita o si las reglas que rigen para el proceso arbitral contienen disposiciones específicas, se remunerará a los árbitros de la siguiente manera:

- a) Si el tribunal fuere unipersonal, se remunerará con un porcentaje del monto estimado de la controversia equivalente a un diez por ciento (10%) sobre el primer millón de colones; un cinco por ciento (5%) sobre el exceso de un millón y hasta cinco millones de colones; un dos y medio por ciento (2,5%) sobre el exceso de cinco millones y hasta diez millones de colones; un uno por ciento (1%) sobre el exceso de diez millones de colones y hasta cien millones de colones; un cuarto por ciento (0,25%) sobre el exceso de cien millones de colones.*
- b) Si el tribunal fuere pluripersonal, los honorarios de los árbitros equivaldrán al doble de los indicados en el inciso anterior y se repartirán entre los jueces por partes iguales.”*

Posteriormente, el Artículo 69 hace una disposición especial en cuanto al pago de honorarios de los árbitros; en él se dispone: *“los honorarios de los árbitros serán pagados, en*

⁸⁵² Al respecto de la aplicación de la exención en cuanto al pago de costas, V. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.807, de las 14:00 horas del 20 de octubre del 2006.

montos iguales, por las partes del proceso. Se pagarán una vez dictado el laudo arbitral.” Lo anterior, siempre y cuando el tribunal arbitral no haya decretado ya, especial condenatoria en costas.

Los centros de arbitraje institucionalizado que existen en nuestro país, también tienen sus disposiciones específicas en cuanto al pago de costas, lo que incluye también el pago de honorarios del tribunal arbitral. Como ejemplo de preceptuado sobre este punto, citamos lo que indica el Artículo 8 del Reglamento Interno del Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica:⁸⁵³

“Artículo 8. Costas. (...)En el caso de arbitraje, de previo al nombramiento de los miembros del tribunal arbitral, las partes deberán depositar la totalidad de la tarifa establecida. (...) Los gastos de administración y honorarios de tribunal arbitral, deberán ser cancelados por ambas partes en tramos iguales. En el caso de que el proceso se inicie a gestión de una sola parte y la otra no cancele los gastos correspondientes, la interesada podrá cubrir por sí sola el costo total del proceso. Lo anterior, sin perjuicio de que el tribunal arbitral condene a una de las partes en costas, de acuerdo con los artículos 58 y 69 de la Ley 7727. En este caso, el Centro de Resolución de Conflictos cancelará al tribunal arbitral y consignará lo correspondiente a los gastos administrativos del monto del depósito de garantía con que cuenta, pudiendo la parte ganadora ejercer ante la jurisdicción común, las acciones legales que considere pertinentes contra la perdedora. No se contempla en el depósito de garantía ante el Centro de Resolución de Conflictos, ningún extremo por concepto de costas personales o procesales de los abogados.”

Con respecto al pago de los honorarios de los árbitros, el Artículo 11 de este Reglamento indica que los honorarios del presidente –en el caso del tribunal colegiado –, o del árbitro del tribunal unipersonal, se regirán por la tabla establecida en el inciso a), del Artículo 68 de la Ley

⁸⁵³ Reglamento interno del Centro de Resolución de Conflictos, del CFIA. Aprobado por la Junta Directiva General del Colegio Federado mediante acuerdo #21 de la Sesión 08-03-04 GO del 15 de enero de 2004 y publicado en La Gaceta #29 del 11 de febrero de 2004. Modificado por la Junta Directiva General del Colegio Federado, mediante acuerdo #6 de la Sesión 22-03/04-G.E. del 13 de mayo de 2004, y publicado en La Gaceta # 108 del 3 de junio de 2004.

RAC. Los árbitros que no pertenezcan a la lista del centro, y que hayan sido designados por las partes, podrán solicitarle al presidente que requiera a éstas el depósito de sus honorarios; contra la presentación de una factura por servicios profesionales.⁸⁵⁴

Como otro ejemplo de disposiciones acerca del pago de costas en el proceso de arbitraje, citamos en lo que interesa, el siguiente artículo del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio.⁸⁵⁵ El Artículo 37, indica los rubros que se deben cancelar por este concepto:

“Artículo 37. Costas. El término “costas” comprende únicamente lo siguiente: 1. La Tarifa de Admisión establecida en la tabla de aranceles del Centro. (...) 2. Los gastos administrativos establecidos en la tabla de aranceles del Centro. (...) 3. Los honorarios del Tribunal, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio Tribunal en la Audiencia Preliminar (...) 4. El fondo de gastos del proceso, que comprende los gastos y honorarios en que debe incurrir el Tribunal para la adecuada tramitación del arbitraje. (...) 5. El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora, si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el Tribunal decida que el monto de ese costo es razonable. El pago de la tarifa de admisión y de los gastos administrativos es percibido definitivamente por la Cámara de Comercio de Costa Rica por lo que no es reembolsable, y se deducirá de las costas correspondientes.”

Según el Artículo 38, de dicho Reglamento, el tribunal arbitral podrá requerir el depósito de las costas a cada una de las partes; de modo que cubran la misma suma por concepto de anticipo de las costas previstas en los incisos b), c), y d), del Artículo 37. El tribunal arbitral fijará las costas del arbitraje en el laudo; las cuales, en principio, serán a cargo de la parte

⁸⁵⁴ Cfr. Artículos 11 y 12 del Reglamento Interno del CRC, del CFIA. Op. Cit.

⁸⁵⁵ Reglamento de Arbitraje, del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Aprobado en sesión # 40 de Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Costa Rica, el 24 de noviembre de 1999. Resolución 012-99 RAC, del Ministerio de Justicia y Gracia. Consultar en: <http://www.camara-comercio.com>.

vencida. Sin embargo, el tribunal puede “proratear” cada uno de los elementos de las costas entre las partes; atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso. (V. Art. 39).

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, podemos establecer que los árbitros tienen la obligación de referirse al pago de las costas. En los arbitrajes *de derecho*, las reglas aplicables son las siguientes, según los licenciados Lang y Torrealba:⁸⁵⁶

- “Cuando el laudo es claramente favorable para una de las partes, el tribunal puede imponer a la otra parte la obligación de pagar las costas procesales y personales, sin necesidad de justificar dicha decisión.”
- “Cuando el laudo es parcialmente favorable a una de las partes, el tribunal puede eximir a la otra parte del pago de estos gastos, completa o parcialmente.”
- “A pesar de lo anterior, cuando la parte perdedora ha litigado de buena fe, el tribunal puede eximirla del pago de costas; siempre y cuando justifique el criterio usado para atribuir la buena fe.”

Por otra parte, dichos autores estiman que en los arbitrajes *de equidad* los árbitros pueden determinar libremente cómo se hará la distribución de las costas. Cuando ambas partes sean consideradas como parcialmente o recíprocamente vencidas; las costas son usualmente prorrateadas en proporciones iguales entre las partes litigantes.⁸⁵⁷

En síntesis, los tribunales arbitrales pueden aplicar la normativa sobre la condena al pago de costas establecida en el Código Procesal Civil costarricense, en concordancia con las disposiciones específicas de la Ley RAC. Asimismo, pueden aplicar las normas contenidas en los respectivos reglamentos de los centros de arbitraje; sin dejar de lado lo que haya sido pactado previamente, al respecto, por las partes.

⁸⁵⁶ Lang, Henry y Torrealba, Federico (2003). Op. Cit. p.101. Traducción al español, de la suscrita.

⁸⁵⁷ Ibidem.

Las costas procesales en el proceso de arbitraje, incluyen algunos extremos que no son cancelados en la vía judicial; como son: el pago de los honorarios de los árbitros, y los gastos administrativos de los centros de arbitraje o del tribunal. El solo hecho de incluir estos dos rubros, aumenta significativamente el costo total de un proceso de arbitraje. Precisamente, una de las principales críticas hechas al proceso arbitral es su onerosidad. Algunos litigantes han expresado esta inquietud.⁸⁵⁸

Por esta razón, es de mucha utilidad para las partes y los abogados litigantes, saber a qué atenerse –en materia del pago de costas- cuando se decide someter una controversia a la vía arbitral. Este tema debe ser considerado por quien desea presentar una demanda arbitral, para que tome en cuenta el riesgo que puede significar la presentación de una demanda “temeraria”; y así pueda ponderar con anticipación, el costo que puede conllevar el proceso.

A continuación, procederemos a citar algunos ejemplos de condenatorias al pago de costas, incluidas en varios laudos arbitrales. Por tratarse de un tema tan específico, no requiere que examinemos de forma detallada los fallos; por lo que abarcaremos dichos ejemplos en una única sección.

⁸⁵⁸ Lcda. Gianna Cersosimo, a quien entrevistamos acerca de los alcances del proceso arbitral en general, nos transmitió el parecer de algunos de sus clientes y de otros litigantes en la materia. La Lcda. opinó que *“La justicia arbitral puede resultar muy cara. Por ejemplo, en un caso que llevamos nosotros (...) los honorarios de los árbitros fueron muy elevados, además de que las partes debieron pagar todos los gastos del arbitraje; incluido el alquiler de un local como oficina del Tribunal Arbitral. Esto implica que para muchas personas, en realidad puede ser inaccesible este tipo de justicia y puede limitar sus derechos de acceder a la misma.”* Entrevista con la Lcda. Gianna Cersosimo D’Agostino. (2007). Op. Cit.

Sección II. Análisis de laudos arbitrales.

En esta sección citaremos algunos pronunciamientos de tribunales arbitrales costarricenses, en relación con el tema de la condenatoria al pago de costas. En primer lugar, mencionaremos casos en los que el tribunal arbitral decidió eximir parcialmente del pago de costas, a una de las partes, aún siendo la vencida. Lo anterior, al considerar que hubo buena fe en el litigio, o porque las pretensiones de la actora no fueron declaradas totalmente con lugar.

A) En el proceso arbitral planteado por el señor *Hanzel Rodríguez Vargas*, contra la empresa *Total Petróleo Costa Rica, S.A.* el tribunal dispuso lo siguiente:

“VIII. Sobre las Costas. (...) Por haberse aceptado el incumplimiento por parte de la demandada, pareciera, que es procedente ordenar a esta el pago de las costas de este proceso. Sin embargo, el actor ha resultado vencido parcialmente en sus pretensiones, por razones imputables propiamente a él, por lo que ambas partes son vencedoras y vencidas corresponde a cada una de ellas asumir las costas procesales y personales en partes iguales.” (...) “Por Tanto. h) Costas: Por haberse declarado con lugar parcialmente las pretensiones de la actora, y resultando vencida parcialmente, cada una de ellas deberá asumir sus costas y el cincuenta por ciento de los gastos totales administrativos y honorarios del Tribunal y peritos generados en este proceso.”⁸⁵⁹

B) De forma similar, en el proceso arbitral entre la empresa *Quebradores H y E de Orosi, S.A.* e *Inversiones Juan León García S.A.* el tribunal arbitral ordenó:

“Por tanto (...) En cuanto al rubro de costas, estima el Tribunal que en vista de que si bien se ha declarado sin lugar en su totalidad la contrademanda, también es cierto que se han desestimado pretensiones fundamentales de la parte accionante, resulta procedente de conformidad con el artículo 222 del Código Procesal Civil, artículo 69 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos

⁸⁵⁹ Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica; #CCA 27-AR-09-04, de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinaelf Costar Rica, S.A.* p. 30 y pp. 33-34.

(...) y artículo 8 del Reglamento Interno del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros (...) eximir a las partes del pago de costas personales de abogado y meramente procesales de la contraparte, debiendo sin embargo, actora y demandada, reconventora y reconvenida, cubrir por partes iguales los honorarios de los árbitros, los honorarios del perito y los gastos administrativos del Centro de Resolución de Conflictos indicado.”⁸⁶⁰

C) En el proceso arbitral de *Ph-C Ingenieros Consultores, S.A. contra Urbanizaciones del Poniente A.R., Ltda.*, el laudo arbitral justificó su resolución acerca del reclamo de pago de costas, de la siguiente forma:⁸⁶¹

*“Por Tanto se resuelve. (...) f) Este Tribunal declara sobre la condenatoria en costas procesales y personales, no condenar en específico a ninguna de las partes al pago de ambas costas. Se fundamenta en que se tiene por acreditada la buena fe de las partes en el litigio, sin haber encontrado en ningún momento del proceso actuaciones de las partes que se pudieran calificar de temerarias. Por consiguiente, cada una de las partes correrá con sus gastos y cancelarán por partes iguales los costos administrativos del Centro (...) y los honorarios del árbitro.”*⁸⁶²

D) Si no se establece disposición en contrario por las partes, ni se presentan las excepciones establecidas en el Código Civil, que permiten eximir del pago de costas aún a la parte vencida; entonces debe aplicarse la regla de que las costas se imponen al vencido. De esta forma resolvió el laudo arbitral que resolvió el conflicto presentado entre las empresas *Shell Costa Rica, S.A. y Color Visión S.A.*; que citamos a continuación:

“XV. Costas: La doctrina que informa el ordenamiento jurídico, es conteste en admitir que las costas del proceso se imponen al vencido por el hecho de serlo. Su presupuesto es el vencimiento

⁸⁶⁰ Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #A-001-01; de las 16:30 horas del 21 de junio del 2002. Caso de *Quebradores H y E de Orosi, S.A. contra Inversiones Juan León García, S.A.* p.29

⁸⁶¹ Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos; de las 12:00 del 11 de noviembre del 2005. Caso de *Ph-C Ingenieros Consultores, S.A. contra Urbanizaciones del Poniente A.R., Ltda.* Arbitraje de Equidad. Arbitro: Ing. Gerardo Castillo Rojas.

⁸⁶² *Ibidem.* p.6-7.

*puro y simple, sin importar, en principio, la intención o el comportamiento del perdedor (artículo 121 del Código Procesal Civil). En el presente caso, no se evidencia que estemos en alguna de las situaciones excepcionales que señala el artículo 122 del citado cuerpo legal, razón por la cual procede declarar la condenatoria en costas y gastos del proceso a la parte vencida, en este caso, la demanda-reconventora (...)*⁸⁶³

Aunque de forma excepcional, en algunos procesos arbitrales puede ocurrir que las partes lleguen a un arreglo extraprocesal y firmen un acuerdo conciliatorio, o una transacción. Con lo cual, las partes ponen un fin a su controversia. En estos casos, de conformidad con el Artículo 63 de la Ley RAC, los árbitros deben proceder a dictar una resolución que suspenda el procedimiento. El acuerdo que resultare de la mediación, conciliación, o transacción entre las partes, se registrará por el tribunal arbitral en forma de laudo.⁸⁶⁴

En estos casos, resulta particular que las partes optaran por someter sus diferencias ante un tribunal arbitral -- lo que implica realizar con anticipación, los depósitos respectivos de los gastos administrativos del centro de arbitraje, y otras múltiples diligencias-- y que luego de un gasto de tiempo y dinero, decidan llegar a un acuerdo. Aunque el conflicto de fondo se finiquite, los gastos del centro de arbitraje, los honorarios de los abogados y de los árbitros, no pueden dejar de ser cubiertos.

E) A manera de ejemplo, citamos lo ocurrido en el proceso arbitral planteado por la compañía *Daniel Sancho & Cia, S.A.* contra *Inversiones Barbanza S.A.* La controversia versó sobre el reclamo del pago de servicios de construcción prestados por la compañía Daniel Sancho, a Inversiones. Sin embargo, ambas partes llegaron a un acuerdo durante la fase de evacuación de la prueba. El tribunal arbitral dictó un laudo homologatorio, que dispuso:

⁸⁶³ Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 07-AR-04-06-01, de las 10:00 horas del 5 de Julio del 2002. Caso de *Shell de Costa Rica, S.A.* contra *Color Visión, S.A.* p.36.

⁸⁶⁴ De cierto modo, los árbitros proceden a “homologar” el acuerdo al que lleguen las partes dentro del proceso arbitral; transcribiéndolo por completo al dictar al laudo. Cfr. Artículo 63 de la Ley RAC.

“Visto el acuerdo a que han llegado ambas partes y analizado el mismo procede a homologarse (...) A. Inversiones Barbanza S.A. le reconoce y paga a Daniel Sancho la suma de (...) con lo cual quedan satisfechas la totalidad de las pretensiones de la parte actora contenidas en su demanda arbitral. B. Al reducirse las pretensiones de la parte actora a la anterior suma, la parte reconventora Inversiones Barbanza S.A. ve satisfechas sus pretensiones contenidas en la contrademanda arbitral. (...) D. En cuanto a honorarios arbitrales, ambas partes pagaran el cincuenta por ciento cada uno de su monto total ya fijado en autos (...) Cuarto: En cuanto al pago de honorarios periciales y arbitrales este Tribunal dispone lo siguiente: A los peritos (...) se le fijan sus honorarios en una tercera parte del monto fijado originalmente. Al arquitecto (...) se le fija el cincuenta por ciento de sus honorarios. Por concepto de honorarios arbitrales gírese la suma total depositada.”⁸⁶⁵

Es claro que varios de los gastos que originó este proceso --como el pago de un perito, pago de un arquitecto, los honorarios de los árbitros y del centro--, pudieron haberse evitado si las partes hubieran conciliado sus diferencias con anterioridad al planteamiento del proceso arbitral.⁸⁶⁶

F) Esta situación también se presentó en otro proceso planteado entre la empresa constructora *Ingenieros de Centroamérica Ltda. (INDECA)* y el *Castillo Country Club, S.A.*⁸⁶⁷ En este caso, las partes conciliaron más de un año después, de haber sido iniciado el proceso de

⁸⁶⁵ Laudo Arbitral Homologatorio del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #AR 04-02, 12:00 horas del 13 de marzo del 2005. Caso de *Daniel Sancho & Cia, S.A.* contra *Inversiones Barbanza S.A.* Árbitro: Dr. Roberto Yglesias Mora. Laudo Firme.

⁸⁶⁶ Una situación similar sucedió en el proceso arbitral resuelto por el Tribunal de Derecho Ad Hoc, en laudo de las 12:00 horas del 16 de julio del 2002. Caso de *Dragados y Construcciones, S.A.* contra *Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE)*. Árbitros: Lic. Jorge E. Castro Bolaños (Presidente), Dr. Gonzalo Fajardo Salas, y Lic. Juan José Sobrado Chaves. Las partes presentaron un acuerdo conciliatorio ante el tribunal arbitral; conservando el deber de pagar los honorarios del secretario del tribunal arbitral, que ascendieron a \$4-000 dólares, y debiendo cancelar por partes iguales los demás honorarios de los árbitros, y el resto de costas procesales y personales.

⁸⁶⁷ Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. ARB #112-10-04. Resolución #11, de las 9:00 horas del 30 de mayo del 2006. *Ingenieros de Centroamérica Ltda. (INDECA)* contra el *Castillo Country Club, S.A.* Árbitro: Lic. Ricardo Vargas Hidalgo. Laudo Firme.

arbitraje. Las partes pactaron el pago proporcional de los honorarios del tribunal, los gastos administrativos del Centro, y la devolución de su remanente. El laudo arbitral se dictó con base en dicho acuerdo, y dispuso:

“Por Tanto: Con fundamento en el artículo 2 de la Ley RAC, y el artículo 1 del Reglamento del Centro, toda persona tiene derecho a resolver sus controversias de una manera pacífica y de conformidad con la mejor conveniencia para los intereses de ambas partes. En el presente proceso arbitral, ambas partes, con apego a este principio de paz social que regula la Ley RAC, llegaron a un acuerdo conciliatorio, en los siguientes términos: (...) Se readecuan los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro en dos terceras partes, debiendo el Centro realizar la devolución del remanente a la parte que corresponda.”

G) Puede suceder que en el transcurso del proceso arbitral, se compruebe que existe una culpa concurrente entre las partes de la controversia. Ante lo cual, se ha resuelto eximir del pago de costas a las mismas. De esta forma resolvió el tribunal arbitral del caso entre *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados y Hotel Fiesta de Playa, S.A.*:⁸⁶⁸

“4) Costas, gastos y honorarios del arbitraje. Tomando en cuenta la responsabilidad concurrente de ambas partes y el hecho de que ambas hayan litigado de buena (fe), sin pretensiones abusivas o temerarias, y con razones para sostener la veracidad de sus alegaciones, el Tribunal considera que no debe condenarse a ninguna al pago de costas. Por la forma en que se ha resuelto este proceso y siendo que no se han concedido la totalidad de las pretensiones de la actora y que hubo conductas reprochables a ella, la oposición y las excepciones no han sido abusivas, además porque se está declarando la existencia de una culpa concurrente en la responsabilidad contractual, el Tribunal se inclina por exonerar de la condena en costas a ambas partes por ambas demandas.”

⁸⁶⁸ V. Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA15 AR07-08-02, de las 17:00 horas del 1 de junio del 2003. Caso de *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados* contra *Hotel Fiesta de Playa, S.A.* p.

Hay que tomar en cuenta, que si las partes han pactado alguna disposición especial con respecto al pago de las costas, gastos administrativos u honorarios; ésta debe ser acatada y respetada por el tribunal arbitral.

H) En el proceso establecido por el *Instituto Costarricense de Investigaciones Científicas (ICIC), S.A.* contra la *CCSS*, el tribunal arbitral resolvió acatar lo dispuesto por el acuerdo arbitral contenido en el contrato entre las partes; el cual determinaba cómo se debían cubrir los gastos del proceso. En el laudo arbitral, el tribunal expresó con respecto a este punto, lo siguiente:

*“Considerando VI. Costas. De conformidad con el acuerdo arbitral “Los gastos administrativos producto del proceso arbitral y los honorarios de los árbitros, serán cancelados por partes iguales por las partes”. En consecuencia, no ha lugar a condenar a la CCSS en el pago de ambas costas del proceso, como solicita la actora, resolviéndose entonces que con exclusión de los rubros tenidos en consideración en el acuerdo arbitral, y habiendo resultado vencida parcialmente la institución demandada, se impone condenarla únicamente en el pago de las costas personales causadas, las cuales se fijan prudencialmente con fundamento en lo dispuesto por el párrafo 3 del artículo 232 del Código Procesal Civil, en el cinco por ciento de la condenatoria.”*⁸⁶⁹

I) De forma similar al caso comentado anteriormente, en el proceso arbitral establecido por la sociedad *Corporación Residencias Valle Gauthier del Pacífico, S.A.* contra *Joan Demyen*; el tribunal arbitral expresó lo siguiente, con relación a la condenatoria de costas:

“Considerando XVIII: Costas. (...) según consta en el documento suscrito entre las partes el 2 de julio de 2004, denominado “Opción de Compra”, se establece en su cláusula “s”, lo siguiente: “El laudo correspondiente deberá ser emitido de manera razonada y los costos del arbitraje corresponderá pagarlos a ambas partes en una proporción de un cincuenta por ciento cada una,

⁸⁶⁹ Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 05-AR-02-03-00; de las 9:30 horas del 1 noviembre del 2000. Caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas (ICIC), S.A.* contra la *Caja Costarricense del Seguro Social, CCSS*. p.28.

sin que el laudo puede dictar condenatoria en costas”. La recíproca renuncia, anticipada, a una condenatoria en costas, consentida por ambas partes al suscribir el convenio (...) no permite establecer excepciones, como lo pretende la sociedad actora. El hecho de haber invocado la señora Deymen el procedimiento arbitral, aún en el caso de haber tenido para ello justa causa, no permite acoger la pretensión de la sociedad actora, formulada en este sentido.(...) tampoco cabría una condenatoria a pagar costas debido a la renuncia general que se formuló al suscribir el convenio inicial. Más adelante indica el tribunal arbitral:“Por Tanto: (...) Se dicta este laudo sin condenatoria en costas personales ni procesales (...)”⁸⁷⁰

J) En uno de los procesos arbitrales establecido por el consorcio *Alterra Partners de Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*, se condenó a la parte vencida --el CETAC-- al pago de la totalidad de las costas personales y procesales. Estas últimas incluían el pago total de los honorarios del tribunal arbitral. El laudo arbitral estableció:

“XVI. Costas. (...) observa la Procuraduría que conforme a la cláusula 23.3.9. del Contrato de Gestión Interesada, “las costas personales se calcularán sobre con base en una suma fijada por el tiempo prudencial que, en criterio del Tribunal Arbitral, cada parte dedicó al asunto, y no por las tarifas vigentes. Las costas procesales las estimará el Tribunal Arbitral de acuerdo con los autos del proceso...” Cita en su respaldo los artículos 222 del Código Procesal Civil y 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Encuentra el Tribunal que lleva razón la demanda. En efecto, la necesidad de imponerlas a la Administración resulta de su condición de vencida (...) Pero en cuanto a las personales, el propio Contrato de Gestión (...) establece un procedimiento de cálculo diferente del que rige para los demás procesos en función de la cuantía. En aplicación de este último, el Tribunal fija el monto de las costas personales, estimando prudencialmente el tiempo invertido por la actora en la atención completa del proceso, en la suma de cuatro millones quinientos mil colones (...) Tocante a las costas procesales, su fijación depende del mérito de los autos, tal y como señala el Contrato (...)Por tal concepto, entonces, es del caso

⁸⁷⁰ Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 01-AR-01-01-05, de las 12:00 horas del 20 de octubre del 2005. Caso del *Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.* contra *Joan Demyen*. pp.45-46.

*fijarlas conforme el siguiente desglose (...) honorarios del Tribunal Arbitral \$10.185.00 (...) en total estas costas \$24.428.34 (...)*⁸⁷¹

No obstante lo dispuesto en el laudo citado, resulta que las partes habían pactado en el contrato principal, que los honorarios de los árbitros serían cancelados por partes iguales. La condenatoria que estableció el tribunal arbitral, obligando a la demandada al pago total de estos honorarios, fue impugnada en el recurso de nulidad contra el laudo. La Sala Primera, declaró con lugar el recurso en este aspecto, y anuló esa parte de la condenatoria.⁸⁷²

K) En otro proceso arbitral interpuesto por la compañía *Alterra Partners* contra el *CETAC*, el tribunal arbitral volvió a condenar al *CETAC* al pago de la totalidad de los honorarios de los árbitros. Según constatamos anteriormente, el contrato entre las partes indicaba que este rubro debe cancelarse por partes iguales. Nos interesa citar la condenatoria hecha en esa ocasión, con el fin de examinar su cuantía. El tribunal arbitral resolvió:

“H) Costas. (...) Visto que las costas se imponen al vencido por el mero hecho de serlo, cabe admitir el ruego para que se condene al CETAC a pagar las costas personales y procesales del presente proceso. Las personales se deben calcular con la tarifa de honorarios para procesos ordinarios sobre el monto de la condenatoria, la que al ser en abstracto, deberán ser liquidados en ejecución del laudo.(...) En cuanto a las costas procesales, la condenatoria que se impone al CETAC implica el pago íntegro de los honorarios del Tribunal Arbitral, que corresponden a la suma del ochenta y tres mil ciento noventa y seis dólares con cuarenta y seis centavos; el pago de

⁸⁷¹ Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); #ARB 29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC y El Estado*. pp.65-67. V. Por Tanto del laudo arbitral; pp.68-69.

⁸⁷² Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006. La Sala resolvió: “XIII. (...) Este acuerdo, sobre el pago de los honorarios de los árbitros, implica que se trata de materia excluida de arbitraje. El Tribunal Arbitral no podía, válidamente, pronunciarse sobre este tema, menos aún, contrariando los términos del convenio suscrito entre las partes, el cual configura la ley entre ellas.(...) Al amparo de lo antes dicho, se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 67 inciso c) de la Ley RAC. XIV. En mérito de las razones expuestas, se impone anular el laudo dictado (...) en cuanto ordena a la parte demanda a cancelarle a la sociedad actora las sumas de: (...) 2) \$10.185,000, por la totalidad de los honorarios de los integrantes del Tribunal Arbitral.”

los gastos del Centro Latinoamericano de Asuntos Empresariales, que ascienden a la suma de sesenta y cinco mil doscientos ochenta y seis dólares con noventa centavos, y el pago de honorarios de los peritos que se fijan en la suma de veinticuatro mil dólares.(...) ”⁸⁷³

L) Contrario a lo que las partes de los casos anteriores habían dispuesto previamente en sus contratos, en el siguiente caso las partes habían pactado –en el acuerdo arbitral-- que los honorarios del árbitro serían cubiertos por la perdedora. El proceso se estableció por *Urbasco S.A.* contra *Sociedad Los Reyes, S.A.*; y el laudo arbitral estableció:

“11. 2. Tal y como establece el acuerdo arbitral cada parte asumirá los costos de su representación (honorarios de abogados, asesores y perito); y los honorarios del árbitro tal y como lo establece el contrato de Obras en su cláusula undécima correrán a cargo de la parte perdedora en este caso Urbasco S.A.; para lo cual a petición de Los Reyes S.A. deberá reintegrarle el monto de depósito que esta hiciera en el Colegio Federado (...)”⁸⁷⁴

M) Con el fin de ejemplificar lo que puede sucederle a una parte que interpone una demanda arbitral cuantiosa, y la pierde, citaremos el siguiente caso. Nuevamente se trata de un conflicto entre la empresa *Alterra* y el *CETAC*. En esta ocasión, la demanda de *Alterra* fue declarada totalmente sin lugar:

“Por Tanto: Se acoge la excepción de falta de derecho opuesta por la parte demandada y, en consecuencia se declara sin lugar la presente demanda en todas sus pretensiones. Se condena a Alterra a pagar las costas personales y procesales de este proceso, fijándose las personales en la suma de ciento cincuenta y dos mil ciento dos dólares con cuarenta centavos y las procesales en la

⁸⁷³ Laudo Arbitral del Centro Latinoamericano Empresarial (CLAE); #CLAE 0001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC*. pp. 112-113. Al igual que en el proceso arbitral comentado anteriormente, la Sala Primera anuló el laudo en cuanto estableció que la totalidad de los honorarios arbitrales debían ser cancelados por el *CETAC*. Lo anterior, debido a que la cláusula arbitral pactada preveía que dicha suma debía cancelarse por partes iguales. Cfr. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No.717, de las 15:10 horas del 27 de setiembre del 2006.

⁸⁷⁴ Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Del 14 de febrero del 2000. *Urbasco S.A.* contra *Sociedad Los Reyes, S.A.*

suma total de veinticuatro mil quinientos noventa y siete dólares con tres centavos. Contra el dictado del laudo se girarán los honorarios del Tribunal Arbitral. Ordénese al Centro Latinoamericano Empresarial pagar las costas procesales tomando las sumas depositadas por la actora.”⁸⁷⁵

⁸⁷⁵ Laudo Arbitral del Centro Latinoamericano Empresarial (CLAE); #CLAE 0002-05, de las 11:00 horas del 30 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC*. Árbitros: Lic. Fabio Arias Córdoba, Lic. Carlos Arguedas Ramírez y Lic. Mario Pacheco Flores. pp.78-79.

CONCLUSIONES DEL TÍTULO II.

En el Título II de la presente investigación, se mostró cómo puede estudiarse la jurisprudencia arbitral. Se realizó un análisis casuístico de varios laudos arbitrales; a la luz de la doctrina dominante y la jurisprudencia judicial tradicional en cada tema escogido. Las conclusiones extraídas al finalizar este apartado, son las siguientes:

1. A partir del desarrollo del proceso de arbitraje en nuestro país y su consecuente creación de lo que podemos llamar como “jurisprudencia arbitral”, el método de estudio del derecho en este tipo de procesos, varió.
2. El análisis casuístico de los pronunciamientos arbitrales, es el método que debe utilizar el estudioso del derecho, o el litigante, que desee adentrarse en el campo del arbitraje. La búsqueda y recopilación de laudos arbitrales; le permitirán tener una noción general de las tendencias de los árbitros, en cuanto a la resolución de temas jurídicos específicos.
3. Se dio un paso del método “deductivo” --utilizado tradicionalmente, en el análisis del derecho-- a la implementación de un método “inductivo”; el cual es muy próximo al método de estudio que se utiliza en el Derecho del *Common Law*.
4. En el arbitraje debe tomarse un caso específico, un caso “guía”, o precedente, para obtener conclusiones y reglas generales, a partir de lo resuelto en el laudo. Al contrario de lo que se realiza en el proceso judicial; en el cual se observan las reglas generales dispuestas en la jurisprudencia, para aplicarlas a los casos particulares.
5. Los laudos arbitrales, deben necesariamente ponerse a disposición del público. Es sumamente importante la sistematización y apertura de la jurisprudencia arbitral. Se

debe contar con la cooperación, de al menos los centros de arbitraje institucionales, para la creación de un centro de información jurisprudencial.

6. Algunas “líneas novedosas” se evidencian en la resolución de varios temas jurídicos, por parte de los tribunales arbitrales. De cierto modo, algunos laudos han resuelto en forma un tanto distinta a la corriente tradicional, mantenida en la jurisprudencia judicial de la Sala Primera.
7. Como ejemplos de temas jurídicos novedosos, desarrollados más ampliamente por la jurisprudencia arbitral -- o que son abarcados de forma distinta a la jurisprudencia judicial-- encontramos, entre otros: la pérdida del *chance* o pérdida de la oportunidad, el reconocimiento del daño moral objetivo en la persona jurídica, los vicios de la voluntad en los contratos, la culpa concurrente; y el cálculo de intereses retroactivos al fallo, en el caso de las obligaciones de valor.
8. En algunos temas de Derecho, los tribunales arbitrales han mantenido una línea similar a la desarrollada jurisprudencialmente por los órganos judiciales. Como por ejemplo, en el caso de las causas del incumplimiento contractual, la aplicación de la excepción de contrato no cumplido y las causas eximentes de responsabilidad.
9. Fue importante examinar el tema de la condena al pago de costas, en el procesote arbitraje. De esta forma, el lector pudo tener una idea general del alto costo de tramitar un proceso de esta naturaleza, y de la clase de gastos que deben cubrirse en este tipo de procedimientos.
10. Con este análisis hemos comprobado que existe una jurisprudencia arbitral, que trata una gran diversidad de temas que no se agotan en los expuestos.

11. La mayoría de los laudos arbitrales actuales realizan un notable esfuerzo por dictar un fallo fundamentado, con exposición sobre la doctrina más reciente y novedosa, en cuanto a los temas tratados. Muchos de estos laudos, incluso comienzan a tener una línea similar en su exposición sobre algunos temas específicos.

CONCLUSIONES GENERALES.

Habiendo desarrollado por completo el presente trabajo de investigación, se han obtenido varias conclusiones interesantes acerca del proceso arbitral sustantivo. Podemos afirmar que los objetivos de la elaboración de este trabajo se han cumplido. Las principales conclusiones derivadas del contenido de los títulos I y II de la presente tesis, son las siguientes:

1. Se logró plantear la discusión de temas interesantes, como el papel tradicional de la Sala Primera, en la en la unificación de jurisprudencia judicial. Lo que permitió concluir que la jurisprudencia arbitral, a diferencia de la judicial, no ha presentado hasta el momento una uniformidad ni sistematización de nuestro país; siendo ésta una jurisprudencia difusa.
2. La función de la Sala Primera de la Corte, en la resolución de los recursos de nulidad planteados contra los laudos arbitrales, también ha contribuido a este proceso de formación de una jurisprudencia arbitral costarricense. El que dicha Sala no acepte realizar un examen del fondo de los laudos arbitrales, propicia que estos queden subsistentes en sus criterios y aportes –tanto positivos como negativos—que realizan a la ciencia del Derecho.
3. Al examinar la causal de nulidad del laudo por violación del debido proceso, desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional y la posición de la Sala; nos damos cuenta que el concepto de “debido proceso” tiene varias acepciones que deben ser tomadas en cuenta, y no ignoradas, por la Sala Primera; en aras de realizar un examen adecuado a la causal prevista en la Ley RAC.
4. Descubrimos que en nuestro ordenamiento no es posible, por el momento, plantear ninguna acción judicial de nulidad, contra posibles cláusulas arbitrales abusivas. En

cumplimiento estricto de los principios de autonomía del acuerdo arbitral, de competencia de los árbitros, y de la renuncia a la jurisdicción común; los tribunales judiciales han sido claros en desjudicializar al máximo los procesos arbitrales, y en no permitir que un asunto pactado para ser resuelto por la vía arbitral, sea discutido ante los jueces comunes.

5. Todos estos temas del apartado general del proceso sustantivo arbitral, invitan a debatir; quedando interrogantes en el camino, pero abriendo las puertas para que inicie algún día la investigación más profunda de estos tópicos. La intención principal fue la de hacer un análisis crítico de la forma en que se han venido resolviendo los recursos de nulidad contra los laudos arbitrales, y de los criterios empleados por la Sala Primera con este fin. Todo lo cual, incide directamente en la creación de una jurisprudencia arbitral.
6. El Título II de la presente investigación, cumplió con el objetivo propuesto: hacer por primera vez, un manual para el estudiante, el litigante o el estudioso del derecho, que desea saber cómo han resuelto los tribunales arbitrales costarricenses diversos temas del Derecho civil y mercantil.
7. Demostramos que hay una producción considerable de laudos arbitrales dignos de ser estudiados. Existe una amplia jurisprudencia arbitral, que aunque “difusa”, puede estar al alcance de aquel litigante que desee enfrentarse a un tema particular. Los temas que se desprenden de la resolución de los casos sometidos diariamente a procesos arbitrales, no se agotan en los propuestos.
8. En algunos temas de Derecho, los tribunales arbitrales han mantenido una línea similar a la desarrollada jurisprudencialmente por los órganos judiciales. En otros, es evidente su innovación y la utilización de principios internacionales del comercio, en la resolución novedosa de algunos temas de actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

Arguedas Salazar, Olgan. (Comp.) (2001) Código Procesal Civil: actualizado, concordado, con jurisprudencia y anotaciones de la Sala Constitucional. 3.ed. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

Artavia Barrantes, Sergio (2000). El Arbitraje en el Derecho Costarricense. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Sapiencia, Editorial Jurídica Dupas.

Artavia Barrantes, Sergio (2001). Normativa sobre Arbitraje. Nacional e Internacional. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Porvenir.

Artavia Barrantes, Sergio (2003). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley RAC) y Jurisprudencia Arbitral (anotada). Primera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Dupas.

Baudrit Carrillo, Diego (2000 b). Los contratos traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales. 2 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A

Baudrit Carrillo, Diego (2000 c). Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato. Volumen I. 3 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A

Blasco, F. et. al. (Comp.) (1995). Derecho de Obligaciones y Contratos. 2 ed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Brebbia, Roberto et al. (1980). Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad civil por culpa y responsabilidad objetiva. Temas de Derecho Civil. (pp 97-111 y). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

Brenes Córdoba, Alberto (1998). Tratado de las Obligaciones. 7ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Briseño Sierra, Humberto (1963). El Arbitraje en el Derecho Privado. Situación Internacional. Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México: Imprenta Universitaria. México.

Caivano, Roque J. (2000). Arbitraje. 2.ed. Actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina: Editorial AD Hoc. Villela Editor.

Cámara de Comercio Internacional, CCI (2003). Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Servicios de Solución de Controversias. Tercera Edición española, revisada. Agosto, 2003. París, Francia: Comité Español de la Cámara de Comercio.

Calvo Caravaca, A. y Fernández de la Gándara, L. (1989). El Arbitraje Comercial Internacional. Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.

Casafont Romero, Pablo (1968). Ensayos de Derecho Contractual. San José, Costa Rica.

De la Rúa, Fernando (1980). Proceso y Justicia. (Temas Procesales). Buenos Aires, Argentina: Editorial Lerner Editores Asociados.

Derains, Yves, Schwartz, Eric (2005). A Guide to the ICC Rules of Arbitration. 2.ed. Holanda: Kluwer Law International.

Fallas Nájera, Eduardo (1998). Análisis de la Ley No. 7727 sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Investigación para la asignatura Teoría General del Proceso. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Feldstein de Cárdenas, S. y Leonardi de Herbón, H. (1998). El Arbitraje. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.

Garro, Alejandro M. (Coord.) (1990). Arbitraje Comercial y Laboral en Central America. American Bar Association. Nueva York, EEUU. Transnational Juris Publications Inc.

Global Legal Group, Ltd. (2003). The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2004. A practical insight to cross-border International Arbitration work. Londres, Inglaterra: Publicado por Global Legal Group. Ltd.

Gianfelici, Mario (1995). Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor en el sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.

Gozaíni, Osvaldo A. (1999) "Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos." Antología Conciliación Judicial. (pp 119-134) San José, Costa Rica: Poder Judicial, Escuela Judicial. Unidad de Resolución Alterna de Conflictos.

Gutiérrez Rodríguez, Marcos de Jesús (1982). La Jurisprudencia como fuente de Derecho. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Hernández Valle, Rubén (1993). El Derecho de la Constitución. 1.ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

International Chamber of Commerce, ICC. International Court of Arbitration Bulletin. (2002). UNIDROIT Principles of Internacional Comercial Contracts. Reflections on their use in internacional arbitration. París, Francia: Editorial ICC Publishing, S.A.

Larroumet, Christian (1999). Teoría General del Contrato. Vol (2). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.

Lacruz Berdejo, Jose Luis (1994). Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del Contrato. Vol (1). 3 ed. Barcelona, España: Editorial Bosch Editor, S.A.

Lang, Henry y Torrealba, Federico (2003). *Costa Rica.* En: Global Legal Group, Ltd. The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2004. A practical insight to cross-border International Arbitration work. Londres, Inglaterra: Publicado por Global Legal Group. Ltd. (pp.96-102).

McLaren, Rosemarie (2003). Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciatura del Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio.

Monroy Cabra, Marco G. (1982). Arbitraje Comercial. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.C.A.

Mosset Iturraspe, Jorge. (1982). Responsabilidad por Daños. Parte General. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima

O'Callaghan, Xavier (2001). Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Tomo II. Vol (1). 3 ed. Madrid, España: Editorial Edersa.

Ortega Pinto, Herbert D. (1999). "La Teoría del Conflicto y la Resolución Alternativa de Conflictos." Antología Conciliación Judicial. (pp 86-117). San José, Costa Rica: Poder Judicial, Escuela Judicial. Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos.

Parra Rodríguez, Carmen (2003). "Los Principios Generales en el Comercio Internacional." Globalización y Comercio Internacional. XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales 2003. (pp 353-365) Madrid, España: Editorial Ministerio de la Presidencia.

Pérez Vargas, Víctor (1976). El Nuevo Derecho de Familia en Costa Rica. San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor (1977). Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. 1950-1975. San José, Costa Rica. Editorial de la Universidad de Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor (1991). La Jurisprudencia de Intereses. 2.ed. San José, Costa Rica: Editorial Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Pérez Vargas, Víctor (1994). Derecho Privado. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Pérez Vargas, Víctor (1997). Jurisprudencia (civil, comercial y agraria) de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (período:1990-1997) y resoluciones de tribunales superiores civiles para el estudio del derecho privado. 1ª ed. San José, Costa Rica: Editorial e Imprenta LIL, S.A.

Quiñones Escámez, Ana (2003). “La Elección de un “Instrumento Europeo” como *Lex Contractus*.” Globalización y Comercio Internacional. XX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2003. (pp 367-377) Madrid, España: Editorial Ministerio de la Presidencia.

Rodríguez Alvarado, Ana Eugenia (1992). Arbitraje: En nuevo Código Procesal Civil frente a las Convenciones de Nueva Cork y Panamá ratificadas por Costa Rica. San José, Costa Rica: Editorial de la Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial.

Tamayo Lombana, Alberto (1998). Manual de Obligaciones. La responsabilidad civil. Fuente de obligaciones. Vol (2). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.

Tomasello Hart, Leslie (1969). El daño moral en la responsabilidad contractual. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Tourneau, Phillipe le. (2006). Droit de la responsabilité et des Contrats. 6.ed. París, Francia: Editions Dalloz.

Artículos:

Albaladejo García, Manuel. (1990). *La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo e derecho que infringe las normas debidas a aplicar*. Revista de Derecho Privado Marzo. Madrid, España: Ediciones Gráficas Ortega.

Alfaro Aguila-Real, Jesús (2007). *Los juristas-españoles- y el análisis económico del derecho*. InDret. Revista para el análisis del Derecho. (417) (pp 2-13). Enero. Barcelona, España.

Antillón Montealegre, Walter. *Breve diatriba sobre la Casación*. Sitio oficial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En: <<http://www.poder-judicial-go.cr/salaprimer>>

Baudrit Carrillo, Diego (2000 a). *El Recurso de Casación y su técnica*. Revista Ivstitia. No. 159. Año 14. (pp. 5- 8)

Baudrit Carrillo, Diego. (2006) *El interés indemnizable por incumplimiento, en general, y en especial, en los contratos bilaterales con ocasión de la declaratoria de la resolución*. Revista Ivstitia. No. 240, Año (20). (p. 22-26).

Baudrit Carrillo, Luis. (1993) *¿Queda algo del nominalismo monetario? Comentario a una sentencia de la Sala Constitucional.* " Revista Ivstitia. No. 80, Año (7). (pp.1-8).

Bockstiegel, Kart-Heinz. *The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts involving Status or Intergovernmental Organizations*. En: Cámara de Comercio Internacional, CCI (2002). International Court of Arbitration Bulletin. Op. Cit. (pp.53-55).

González Roura, Felipe. *Jurisprudencia Electoral*. En: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/jurisprudencia%20electoral.htm> [Consulta: 25 de julio del 2007]

Fonseca Saborío, José Miguel (1987). *Modificación del Contrato por Alteración de las Circunstancias Básicas*. Revista Judicial. No.40. Año XI. Marzo. Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

León Feoli, Anabelle. *Historia del Recurso de Casación*. Sitio oficial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En: <<http://www.poder-judicial.go.cr/salaprimer>>

Loaiza, Vanessa. *Gobierno pierde \$12.8 millones en arbitrajes con Alterra*. En: La Nación. Jueves 16 de agosto del 2007. p.4A.

Madrigal Navarro, Javier. *Derecho Económico Internacional*. En: <<http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr>> [Consulta: 12 de junio de 2007].

Matute Morales, Claudia (2003). *El Arbitraje Comercial Internacional. Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional*. Anuario del Instituto de Derecho Comparado. Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad de Carabobo, Venezuela. <<http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1.2000/1.2000-5.pdf>> [Consulta: 18 de abril de 2007]

Mora Rojas, Fernando. *La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional*. En: Garro, Alejandro M. (Coord.) (1990). Arbitraje Comercial y Laboral en Central America. American Bar Association. Nueva York, EEUU. Transnational Juris Publications Inc.

Murillo Arias, Mauro (2005). *El carácter vinculante de los criterios de la Sala Constitucional*. Revista Ivestigativa. (217-218) Año 19. Enero-Febrero. San José, Costa Rica. (pp.17-19).

Pérez Vargas, V. y Pérez Umaña, D. (2006). *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice*. UNIDROIT Uniform Law Review. Vol. (XI) Enero. (pp 179-186).

Pérez Vargas, Víctor (1977). *La Interpretación de los Contratos en la Jurisprudencia Nacional y en la doctrina*. Revista Judicial. Año I. No.4. Junio 1977. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. (pp.57-77)

Pérez Vargas, Víctor (1977). *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial. No.5. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor. (1982). *La solución de conflictos en la compraventa internacional*. Revista Judicial. Año VII. No.23. San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia. (pp.50 a 69).

Pérez Vargas, Víctor. (1987). *El Contrato de Arbitraje en el Comercio Internacional. Elementos y Patología*. Revista Judicial. Año XI. No. 40. Marzo-1987. (pp.108-126).

Pérez Vargas, Víctor (2002). *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Revista Judicial. No.82. Año XXV. Diciembre, 2002. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica.

Pérez Vargas, Víctor (2007). *Rebus sic Stantibus versus Pacta sunt Servanda*. Artículo Inédito.

S.a. Artículo: *Jurisprudencia*. En:

<<http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/Jurisprudencia.doc>> [Consulta: 25 de julio del 2007]

Sequeiros, José Luis. (2005). *Los nuevos principios UNIDROIT 2004 sobre contratos comerciales internacionales*. Revista de Derecho Privado. Año IV (11). Mayo- Agosto. (pp.129-145). p. En: <<http://www.juridicas.unam.mx>>

Torrealba Navas, Federico. *Nulidad, Anulabilidad, Invalidez, Inexistencia, Lesión, Ineficacia, Inoponibilidad, Falsedad, Rescisión, Resolución, Resiliación, Retracto, Receso, Retiro, Revocación y Disolución*. Lección #9. Artículo inédito.

Torrealba Navas, Federico. Lección #6. *El Objeto*. Artículo inédito.

Torrealba Navas, Federico. *La pérdida de oportunidad o "chance"*. Artículo inédito.

Sáenz Elizondo, María Antonieta (2000). *De nuevo: reflexiones sobre el instituto de la casación civil costarricense*. Revista Iustitia. (157) Año 14. San José, Costa Rica. (pp. 7-13.)

Sanchez Romero, Cecilia. *Derecho a la información y acceso a la jurisprudencia*. Publicación electrónica. En: <http://www.poder-judicial.go.cr/digesto/publi1_parte1.htm> Actualizado el 27 de julio del 2006. [Consulta: 25 de julio del 2007].

Vázquez Ferreira Roberto A. *La pérdida del chance como daño indemnizable en la mala praxis médica*. Santiago, Chile. En: <<http://www.medilex.cl/articulo10.htm>> [Consulta: 26 de junio del 2007].

Vázquez Eva (2004). *Nueva Ley de Arbitraje Española*. Artículo publicado el 29 de julio del 2004. En Sitio en Internet: <<http://www.togas.biz>>

Laudos Arbitrales:

Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, del 12 de julio del 2002. Caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L.*, contra *Saret de Costa Rica, S.A.* Árbitros: Ing. Ricardo Corrales Quesada, Ing. Roberto Lara Duarte, e Ing. Luis Llach Cordero (Presidente).

Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Caso de *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina S.R.L.* Árbitros: Lic. Jaime Barrantes Gamboa, Dr. Roberto Iglesias Mora (Presidente), y Lic. Ricardo González Zamora.

Laudo Arbitral del Tribunal *Ad Hoc*, del 15 de abril de 1988. Caso del *Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)*, contra *Kajima Corporation*. Árbitros: Ing. Roberto León Soubannier, Ing. Ricardo Charpentier García (Presidente), e Ing. Manuel Sáenz Herrero.

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 07-AR-04-06-01, de las 10:00 horas del 5 de Julio del 2002. Caso de *Shell de Costa Rica, S.A.* contra *Color Visión, S.A.* Árbitros: Lic. Fernando Mora Rojas, Lic. Hernando París Rodríguez, y el Lic. Rafael Valle Guzmán (Presidente).

Laudo Arbitral del Tribunal *Ad Hoc*; de las 15: 00 horas del 30 de abril del 2001. Caso de *Disexport Internacional, S.A.* y *Autochic, S.A.* contra *Société Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS)*.

Árbitros: Lic. Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Enrique Castillo Barrantes, y Lic. Sergio Artavia Barrantes.

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 05-AR-02-03-00; de las 9:30 horas del 1 noviembre del 2000. Caso del *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas (ICIC), S.A.* contra la *Caja Costarricense del Seguro Social, CCSS*. Árbitros: Lic. Tobías D'Ambrosio Umaña, Dr. Francisco Luis Vargas Soto, y Lic. Marcelo Martén Sancho (Presidente).

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 27-AR-09-04 de las 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006. Caso de *Hanzel Rodríguez Vargas* contra *Totalfinalf Costar Rica, S.A.* Árbitro: Licda. Xenia Alfaro Mena.

Laudo Arbitral del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM); #ARB 29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC* y *El Estado*. Árbitros: Dr. Juan Luis Arias Arias, Lic. Alejandro Rodríguez Castro, y Lic. Olman Arguedas Salazar.

Laudo Arbitral del Centro Latinoamericano Empresarial (CLAE); #CLAE 0001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC*. Árbitros: Lic. Raymundo Volio Leiva (Presidente), Lic. Ronald Hidalgo Cuadra, y Lic. Hubert Steinworth Sauter.

Laudo Arbitral del Centro Latinoamericano Empresarial (CLAE); #CLAE 0002-05, de las 11:00 horas del 30 de noviembre del 2005. Caso de *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil, CETAC*. Árbitros: Lic. Fabio Arias Córdoba, Lic. Carlos Arguedas Ramírez y Lic. Mario Pacheco Flores.

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA); # CCA 01-AR-01-01-05, de las 12:00 horas del 20 de octubre del 2005. Caso del

Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A. contra *Joan Demyen*. Árbitros: Damaris Ulate Ramírez, Lic. Luis Echeverri Trujillo, y Lic. Luis Baudrit Carrillo (Presidente).

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #A-001-01; de las 16:30 horas del 21 de junio del 2002. Caso de *Quebradores H y E de Orosi, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.* Árbitros: Lic. Roberto Iglesias Mora, Lic. Fernando Bolaños Céspedes, y Lic. Alvaro Lara Vargas (Presidente).

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #AR 04-02, 12:00 horas del 13 de marzo del 2005. Caso de *Daniel Sancho & Cia, S.A.* contra *Inversiones Barbanza S.A.* Árbitro: Dr. Roberto Yglesias Mora.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. ARB #112-10-04. Resolución #11, de las 9:00 horas del 30 de mayo del 2006. Caso de *Ingenieros de Centroamérica Ltda. (INDECA)* contra el *Castillo Country Club, S.A.* Árbitro: Lic. Ricardo Vargas Hidalgo.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Del 14 de febrero del 2000. Caso de *Urbasco S.A.* contra *Sociedad Los Reyes, S.A.* Árbitro: Ing. Miguel Somarriba Salazar.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica; de las 12:00 horas del 11 de noviembre del 2005. Caso de *Antilope, S.A.* contra *Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.* Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #A-05-02, de las 17:35 horas del 27 de junio del 2002. Caso de *Grupo Familia Garita Alvarado, S.A., Grupo Familia Soto Viquez, S.A., Grupo Familia Esquivel Garita, S.A., y Grupo Familia Calderón Garita, S.A.* contra *Urbanizaciones y Lastrados, S.A (ULA, S.A.) y Contabilidades Más, S.A. (COMAS, S.A.)* Árbitro: Lic. Alvaro Lara Vargas.

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA02-AR02-01-05, de las 15:00 horas del 27 de setiembre del 2005. Caso de *Line P y G Italian, S.A.* contra *Frio Chub, S.A.* Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes.

Laudo Arbitral de Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. # CCA20-ARO7-07-00, de las 15:00 horas del 5 de setiembre del 2001. Caso de *Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A* contra el *Grupo Acrearsa, S.A.* Árbitros: Lic. Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Roberto Yglesias Mora, y Lic.Fernando Mora Rojas.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #ARB82-07-04 de las 14:00 horas del 15 de noviembre del 2005. Caso de *Atrium Developments, S.A.* contra *Residencias del Caribe, S.A.* Árbitro: Dr.Roberto Yglesias Mora.

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA15 AR07-08-02, de las 17:00 horas del 1 de junio del 2003. Caso de *E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados* contra *Hotel Fiesta de Playa, S.A.* Árbitros: Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Rodrigo Barahona Israel, y Lic. Sergio Artavia Barrantes.

Laudo Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. #CCA01 AR-01-01-01, de las 15:00 horas del 22 de setiembre del 2001. Caso de *Scott Paper Company, S.A.* contra *Diario Express R Castro e hijos, S.A.* Árbitros: Víctor Pérez Vargas (Presidente), Lic. Sergio Artavia Barrantes, y Lic. Rafael Valle Guzmán.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. #ARB-135-12-04, de las 10:00 horas del 2 de diciembre del 2005. Caso de *Municipalidad de Curridabat* contra *Asfaltos Nacionales, S.A.* Árbitros: Ing. Miguel Somarriba Salazar (Presidente), Ing. Max Sittenfeld Roger, e Ing. Leonel Centeno Madrigal.

Laudo del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. De las 10:30 horas del 27 de enero del 2004. *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*.

Laudo del Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad (CRCP), ARB #016-04, de las 16:15 horas del 31 de enero del 2005. *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*.

Laudo Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), ARB #94-2. Caso de *Tradex Hellas S.A.* contra la *República de Albania*. Árbitros: Prof. Dr. Karl-Heinz Bockstiegel (Presidente), Mr. Fred. F. Fielding, y Prof. Andrea Giardina.

Laudo Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), ARB #99/6. Caso de *Middle East Cement Shipping and Handling Co, S.A.* contra la *República Árabe de Egipto*. Árbitros: Dr. Karl-Heinz Bockstiegel, Prof. Piero Bernardini, y Prof. Don Wallace, Jr.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), ARB #008-02, de las 17:00 horas del 15 de marzo del 2004. Caso de *Agrupación de Empresas Marshall y Asociados, Montajes Técnicos Escazú, S.A., y P y P Construcciones, S.A.* contra *Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE)*. Árbitros: Lic. Alejandro Delgado Faith (Presidente), Dr. Roberto Yglesias Mora, y Lic. Jose Gerardo Riba Bazo.

Laudo Arbitral del Tribunal de Derecho Ad Hoc, de las 12:00 horas del 16 de julio del 2002. Caso de *Dragados y Construcciones, S.A.* contra *Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE)*. Árbitros: Lic. Jorge E. Castro Bolaños (Presidente), Dr. Gonzalo Fajardo Salas, y Lic. Juan José Sobrado Chaves.

Laudo Arbitral del Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de ingenieros y Arquitectos; de las 12:00 del 11 de noviembre del 2005. Caso de *Ph-C Ingenieros Consultores, S.A.* contra *Urbanizaciones del Poniente A.R., Ltda.* Arbitraje de Equidad. Arbitro: Ing. Gerardo Castillo Rojas.

Jurisprudencia:**A) Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:**

- No. 102, de las 14:45 horas del 28 de junio de 1991.
- No.28, de las 14:15 horas del 20 de mayo de 1994.
- No.10, de las 14:45 horas del 13 de enero de 1995.
- No. 65, de las 15 horas del 8 de mayo de 1991.
- No.52 de las 15:30 horas del 11 de agosto de 1993.
- No. 4, de las 14:40 horas del 17 de enero de 1997.
- No.31 de las 14:45 horas del 20 de mayo de 1994.
- No.703, del 22 de setiembre del 2000.
- No.407, del 16 de julio del 2003.
- No.417, del 18 de julio del 2003.
- No.76 de las 15:00 hrs. del 19 de enero del 2001.
- No.717 de las 15:10 horas del 27 de setiembre del 2006.
- No.358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002.
- No.423, de las 16:00 horas del 2 de junio del 2000.
- No.595, de las 15:05 horas del 8 de agosto del 2001.
- No. 358, de las 10:35 hrs. del 3 de mayo del 2002.
- No. 346, de las 11:05 horas del 18 de junio del 2003.
- No.248, de las 11:10 del 14 de abril del 2004.
- No. 662 de las 14:45 hrs. del 8 de setiembre del 2000.
- No. 594, de las 11:40 horas del 18 de agosto del 2000.
- No. 685, del 22 de setiembre del 2005.
- No.358, de las 10:35 horas del 3 de mayo del 2002.
- No.812, del 17 de octubre del 2000.
- No.837, del 24 de octubre del 2001.
- No. 766, de las 16:10 horas del 26 de setiembre del 2001.
- No. 484, de las 10:30 horas del 12 de agosto del 2003.
- No.720, de las 15:40 horas del 27 de setiembre del 2006.

- No. 718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006.
- No. 268 de las 16:10 horas del 3 de abril de 2002.
- No. 891, de las 10:05 horas del 5 de noviembre de 2006.
- No. 154, de las 11:05 horas del 3 de marzo del 2004.
- No. 748, de las 16:00 horas del 2 de octubre del 2002.
- No. 137, de las 14:30 horas del 9 de febrero del 2001.
- No. 430, de las 9:55 horas del 19 de julio del 2006.
- No. 623 de las 15:50 horas del 14 de agosto del 2002.
- No. 475, de las 14:40 horas del 27 de junio del 2001.
- No. 573, de las 9:35 horas del 17 de setiembre del 2003.
- No. 65 de las 14:45 horas del 28 de junio de 1996.
- No. 115, de las 10:20 horas del 3 de marzo del 2005.
- No. 800, de las 10:45 horas del 26 de noviembre de 2003.
- No. 177-A-00 BIS, de las 16:00 horas del 21 de junio del año 2000.
- No. 900, de las 14:40 horas del 20 de octubre de 2004.
- No. 475, de las 14:40 horas del 27 de junio del 2001.
- No. 200, de las 15:00 horas del 07 de abril del 2006.
- No. 357, de las 11:10 horas del 25 de junio del 2003.
- No. 649, de las 10:45 horas del 13 de setiembre del 2006.
- No. 376, de las 16:20 horas del 21 de junio de 2006.
- No. 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.
- No. 262 de las 15:50 horas del 21 de mayo de 1999.
- No. 772, de las 14:20 horas del 13 de octubre de 2006.
- No. 154, de las 11:05 horas del 03 de mayo de 2004.
- No. 795, de las 16:00 horas del 31 de octubre del 2005.
- No. 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989.
- No. 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992.
- No. 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000.
- No. 518 de las 11 horas del 28 de agosto del 2003.
- No. 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000.
- No. 518 de las 11 horas del veintiocho de agosto del 2003.

- No.1016 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004.
- No.36, de las 15:40 horas del 10 de enero del 2001.
- No.718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre del 2006.
- No.791 de las 15:35 horas del 5 de octubre del 2001.
- No.79, de las 16:20 del 30 de noviembre de 1993.
- No.275 de las 15:10 horas del 19 de setiembre de 1990.
- No.47, de las 9:47 horas del 31 de enero del 2003.
- No.891, de las 10:05 horas del 10 de noviembre del 2005.
- No. 766, de las 16:10 del 26 de setiembre de 2001.
- No. 108, de las 15:00 del 10 de julio de 1992.
- No. 202, de las 14:20 horas del 30 de abril de 1999.
- No. 125, de las 16:15 horas del 31 de enero del 2001.
- No. 55, de las 11:00 horas del 28 de enero del 2004.
- No. 989, de las 16:20 horas del 7 de agosto del 2002.
- No. 943, de las 14:40 horas del 7 de diciembre del 2005.
- No.248, de las 11:10 horas del 14 de abril del 2004.
- No.532, de las 10:35 horas del 15 de agosto del 2006.
- No. 452, del 27 de junio del 2007.
- No. 102, de las 10:30 horas del 30 de setiembre de 1996.
- No. 106, del 21 de noviembre de 1997.
- No.407, de las 10:45 horas del 16 de julio del 2003.
- No. 4, de las 15:00 horas del 6 de enero de 1995.
- No.807, de las 14:00 horas del 20 de octubre del 2006.
- No. 788, de las 9:00 horas del 27 de octubre del 2005.
- Sala de Casación Civil, No. 14 de las 15:00 horas del 27 de enero de 1959.
- Sala de Casación Civil, No.103, de las 10:30 horas del 3 de diciembre de 1956.
- Sala de Casación Civil, No.25, de las 15: 00 horas del 26 de marzo de 1969.
- Sala de Casación Civil, No.114, de las 16:00 horas del 2 de noviembre de 1979.
- Sala de Casación Civil, No.7, de las 15:30 horas del 15 de enero de 1970.

B) Tribunales civiles:

- Tribunal Segundo Civil, Secc. I, No. 160, de las 9:20 horas del 16 de junio del 2006.
- T.S.C, Secc. I, No.178, de las 10:00 horas del 30 de junio del 2006.
- T.S.C., Secc I, No. 231, de las 11:00 horas del 29 de junio del 2005.
- T.S.C., Secc. II, No. 198, del 30 de junio del 2005.
- T.S.C., Secc II, No.509, de las 9:35 horas del 23 de noviembre de 1994.
- T.S.C., Secc II, No.301, de las 8:45 horas del 12 de setiembre del 2003.
- T.S.C., Secc II, No. 174, del 9 de abril de 1992.
- Tribunal Primero Civil, No. 206, de las 07:45 horas del 12 de febrero de 1999.
- Tribunal Superior de Puntarenas, No.924, de las 15:05 horas del 6 de diciembre de 1990.
- Tribunal Superior Civil, No.704 de las 9:15 horas del 28 de agosto de 1975.

C) Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

- No. 5981, de las 15:51 horas del 7 de noviembre de 1995.
- No. 8466, de las 15:03 horas del 4 de agosto del 2004.
- No.1224, de las 14:52 horas del 6 de febrero del 2002.
- No. 3333, de las 15:36 horas del 21 de mayo de 1998.
- No.15, de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990
- No. 3664, de las 10:34 horas del 16 de marzo de 2007.
- No. 1739, de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992.
- No.4881, de las 14:56 horas del 22 de mayo del 2002.

Fuentes Normativas:

Código Civil costarricense, de 1888.

Código Procesal Civil costarricense, de 1990.

Código de Comercio costarricense, de 1964.

Ley Orgánica del Poder Judicial. No. 7333, del 5 de mayo de 1993.

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

Reglamento al Capítulo IV de la Ley Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No.7727, Decreto No.27166-J, del 14 de enero de 1998.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135, del 11 de octubre de 1989.

Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, o Ley Modelo UNCITRAL, del 21 de junio de 1985.

Reglamento Interno del Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), la Cámara de Comercio de Costa Rica.

Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, 2004.

Sitios en Internet consultados:

Cámara de Comercio de Costa Rica. En: <<http://www.camara-comercio.com>>.

Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB). En: <<http://www.tab.es>>.

Cámara de Comercio Internacional (CCI). Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje. En: <<http://www.iccwbo.cl>>.

Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Reglamento de la Corte de Arbitraje. En: <<http://www.iccarbitration.org>>.

Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos. En: <http://www.mj.go.cr/RAC_Competencias.htm>

Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. En: <<http://www.cfia.co.cr>>

Sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. En: <<http://www.worldbank.org/icsid/>>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI. En: <http://www.wikipedia.org/wiki/Centro_Internacional_de_Arreglo_de_Diferencias_Relativas_a_Inversiones>

Corte de Arbitraje, de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla. En: <<http://www.camaradesevilla.com>>

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT. En: <<http://www.unidroit.org>>

Sistema Argentino de Información Jurídica. En: <<http://www.saij.jus.gov.ar>>

Noticias Jurídicas. En: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/>

Información jurídica. Legifrance. En: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

Entrevistas:

Artavia Barrantes Sergio (2007). Entrevista realizada en el Bufete Zurcher, Odio & Raven, el día 9 de marzo del 2007.

Jaime Barrantes Gamboa. (2007). Bufete Quirós & Asociados, 13 de febrero del 2007.

Rodrigo Oreamuno Blanco (2007). Bufete Facio & Cañas. 8 de mayo del 2007.

Gianna Cersosimo D'Agostino. (2007). Entrevista realizada en el Bufete Torrealba & Asociados. 7 de julio del 2007.

ANEXO #1

ANEXO # 1

Lista de laudos arbitrales estudiados para realizar el presente trabajo de investigación⁸⁷⁶:

<u>Centro de Arbitraje*</u>	<u>Datos del Laudo</u> (Fecha, Número, etc)	<u>Partes del proceso arbitral</u>
1) CLAE	CLAE #0001-05. 15:00 horas del 2 de noviembre del 2005.	Alterra Partners Costa Rica, S.A. c/ Consejo Técnico de Aviación Civil. (CETAC)
2) CRCP	ARB #017-04	Alterra Partners Costa Rica, S.A. c/ Consejo Técnico de Aviación Civil.(CETAC)
3) CRCP	ARB #016-04. 16:15 horas del 31 de enero del 2005.	Alterra Partners Costa Rica, S.A. c/ Consejo Técnico de Aviación Civil. (CETAC)
4) CICA-AMCHAM	ARB #29-05 12:15 horas del 2 de noviembre del 2005.	Alterra Partners Costa Rica, S.A. c/ Consejo Técnico de Aviación Civil. (CETAC)
5) CLAE	CLAE #0002-05. 11:00 horas del 30 de noviembre del 2005.	Alterra Partners Costa Rica, S.A. c/ Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)
6) CCA	10:30 horas del 27 de enero del 2004.	Alterra Partners Costa Rica, S.A. c/ Consejo Técnico de Aviación Civil. (CETAC)
7) CCA	CCA #02-AR-02-01-05. 15:00 horas del 26 de setiembre del 2005.	Line P y G Italian, S.A. c/ Frio Club S.A.
8) CCA	CCA#27-AR-09-04. 8:00 horas del 26 de setiembre del 2006.	Hanzel Rodríguez Vargas c/ Totalfinaelf Costar Rica, S.A.
9) CCA	CCA #01-AR-01-01-05 12:00 horas del 20 de noviembre del 2005.	Corporación Residencias Valle Gauthier del Pacífico, S. A. c/ Joan

⁸⁷⁶ Los laudos arbitrales numerados en la lista como: 2, 3,6, y 18 no fueron citados en esta tesis, pero fueron estudiados como parte de la investigación preliminar realizada por la suscrita.

		Ruth Demyen
10) CFIA	14 de febrero del 2000.	Urbasco S.A. c/ Sociedad Los Reyes S.A.
11) CFIA	ARB #15-02-05. 18 de noviembre del 2005.	Ph-C Ingenieros Consultores S.A. c/ Urbanizaciones del Poniente A.R., Ltda.
12) CFIA	ARB #135-12-04. 10:00 horas del 2 de diciembre del 2005.	Municipalidad de Curridabat c/ Asfaltos Nacionales S.A.
13) CFIA	12:00 horas del 11 de noviembre del 2005.	Antilope S.A. c/ Inversiones Jiménez y Renzi S.A.
14) CFIA	ARB #82-07-04 14:00 horas del 15 de noviembre del 2005.	Atrium Developments S.A. c/ Residencias del Caribe S.A.
15) CFIA	ARB # 001-01 16:30 horas del 21 de junio del 2002.	Quebradores H y E, S. A c/ Inversiones Juan León García.
16) CFIA	ARB # 005-02. 17:35 horas del 27 de junio del 2002.	Grupo Familia Soto Viquez y Otros, c/ Urbanizaciones y Lastrados S.A. y COMAS S.A.
17) CFIA	ARB #112-10-04. Resolución #11, de las 9:00 horas del 30 de mayo del 2006.	Ingenieros de Centroamérica Ltda. (INDECA) c/ Castillo Country Club, S.A.
18) Tribunal <i>Ad Hoc</i> .	12:00 horas del 16 de julio del 2002.	Refinadora Costarricense de Petróleo S.A. (RECOPE) c/ Dragados y Construcciones S.A.
19) CFIA	ARB # 008-02. 17:00 horas del 15 de marzo del 2004.	Agrupación de Empresas Marshall Asociados, S.A., P y P Construcciones, S.A. y Montajes Técnicos Escazú, S.A. c/ RECOPE.
20) CFIA	#AR 04-02. 12:00 horas del 13 de marzo del 2005.	Daniel Sancho & Cia, S.A. c/ Inversiones Barbanza, S.A.
21) CCA	CCA#20AR-07-07-00 15:00 horas del 5 de setiembre del 2001.	Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A c/ el Grupo Acrearsa, S.A.

22) CCA	CCA #15 AR07-08-02 17: 00 horas del 1 de junio del 2003.	E. Gutiérrez y Asociados, Contadores Públicos Autorizados c/Hotel Fiesta de Playa, S.A.
23) CCA	CCA #01 AR-01-01-01 15: 00 horas del 22 de setiembre del 2001.	Scott Paper Company, S.A. c/ Diario Express R Castro e Hijos, S.A.
24) Tribunal Ad Hoc	Remisión del laudo a las partes el 12 de julio del 2002.	Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., c/ Saret de Costa Rica, S.A.
25) CICA-AMCHAM	#05-0054-AR/CICA. 10:00 horas del 12 de julio del 2006.	Juan Carlos Castro González c/ Condominios Torres de la Colina S.R.L.
26) Tribunal Ad Hoc	Remisión del laudo a las partes: 15 de abril de 1988.	Instituto Costarricense de Electricidad ICE c/ Kajima Corporation.
27) CCA	CCA# 07-AR-04-06-01. 10:00 horas del 5 de Julio del 2002.	Shell de Costa Rica, S.A. c/ Color Visión, S.A.
28) Tribunal Ad Hoc	15: 00 horas del 30 de abril del 2001.	Disexport Internacional, S.A. y Autochic, S.A. contra Societé Generale de Surveillance Holding, S.A. (SGS).
29) CCA	CCA# 05-AR-02-03-00. 9:30 horas del 1 noviembre del 2000.	Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas, ICIC S.A. c/ la CCSS.
30) CIADI	ARB #99/6. 12 de abril, del 2002.	Middle East Cement Shipping and Handling Co,S.A. c/ Arab Republic of Egypt.
31) CIADI	ARB #94/2. 29 de abril, de 1999.	Tradex Hellas S.A. c/ Republic of Albania.
32) CIADI	26 de enero del 2006.	International Thunderbird Gaming Corporation c/ The United Mexican States.

*** Centros de Arbitraje, abreviaturas:**

- **CRCP:** Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad.
- **CRC, CFIA:** Centro de Resolución de Conflictos, del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.
- **CCA:** Centro de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara de Comercio de Costa Rica.
- **CICA-AMCHAM:** Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio.
- **CLAE:** Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial.
- **CIADI:** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

ANEXO # 2

ANEXO #2

A) Estadística con base en el análisis de varias sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que han resuelto recursos de nulidad planteados contra laudos arbitrales:

1. **TOTAL de sentencias analizadas: 63**
2. **Período: Años 2000 a 2007.**⁸⁷⁷
3. **Recursos de nulidad de laudo arbitral, declarados sin lugar: 42**
4. **Recursos declarados con lugar: 14**
5. **Recursos declarados parcialmente con lugar: 7**

B) Sentencias de la Sala Primera, tomadas en cuenta para la elaboración de la presente estadística:

0004-F-00	595-F-01	47-F-03	900-F-04	176-F-06
036-F-00	791-F-01	144-F-03	333-F-05	377-F-06
378-F-00	76-F-01	205-F-03	616-F-05	638-F-06
642-F-00	210-F-01	346-F-03	685-F-05	640-F-06
423-F-00	596-F-01	417-F-03	727-F-05	690-F-06
645-F-00	806-F-01	484-F-03	743-F-05	717-F-00
662-F-00	268-F-02	538-F-03	890-F-05	718-F-06
637-F-99	623-F-02	248-F-04	943-F-05	720-F-06
594-F-00	886-F-02	475-F-04	996-F-05	891-F-06
319-F-01	358-F-02	628-F-03	1021-F-05	950-F-06
766-F-01	748-F-02	154-F-04	136-F-06	1030-F-06
355-F-01	751-F-02	504-F-04	175-F-06	361-F-07
789-F-01	005-F-03	603-F-04		

⁸⁷⁷ Datos al 14 de setiembre del año 2007.