

“LA CREACIÓN DE UNA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DIFUSA, Y EL ANÁLISIS CASUÍSTICO COMO MÉTODO DE ESTUDIO DE LOS LAUDOS ARBITRALES COSTARRICENSES.”¹

Lcda. Ana Lucía Ramírez Calderón.

La creación y el desarrollo de la jurisprudencia judicial costarricense, han estado en manos de los Tribunales Superiores de Casación; los cuales han asumido una función unificadora de los criterios e interpretaciones del Derecho. La uniformidad de la jurisprudencia judicial en materia civil y mercantil, se la debemos a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.²

Por otra parte, la jurisprudencia arbitral costarricense se caracteriza por ser de creación reciente. Todavía no presenta una marcada uniformidad en sus criterios, pues emana de

diversos tribunales arbitrales, conformados no solo por especialistas en Derecho, sino por otros profesionales. Esta jurisprudencia arbitral existe en una forma *difusa*.

El Dr. Víctor Pérez y el Lic. Daniel Pérez, confirmaron la existencia de una jurisprudencia arbitral costarricense, en un artículo publicado en la revista *UNIDROIT Uniform Law Review*. Los autores afirmaron que, desde que se desarrollaron diversos centros de arbitraje institucionalizado, “*el arbitraje en Costa Rica ya ha producido una formación de precedentes conocidos localmente como “jurisprudencia arbitral.”*³

1 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. (2007). Tesis presentada el 2 de noviembre de 2007 ante el Tribunal Examinador conformado por el Dr. Fernando Mora Rojas, Dr. Víctor Pérez Vargas, Lic. Federico Torrealba Navas (Director), Lic. Neftalí Garro Zúñiga y el Lic. Jorge Jiménez Bolaños.

2 Acerca de la necesidad del estudio de la jurisprudencia, como fuente *no formal* del Derecho, V. Gutiérrez Rodríguez, Marcos de Jesús (1982). *La Jurisprudencia como fuente de Derecho*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.156. La jurisprudencia ayuda a *interpretar, integrar y delimitar* las normas escritas. (Cfr. Artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El Dr. Diego Baudrit señala 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 considerable en derecho civil.*” En la jurisprudencia, se pueden identificar *pronunciamientos de principio* y, en ocasiones, la creación de *reglas de aplicación general*. (V. Baudrit Carrillo, Diego (2000). *Los contratos traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales*. 2 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p. 9.). Según indica el Dr. Víctor Pérez, una revisión del Derecho Privado de ninguna manera puede limitarse al Código Civil, pues deben examinarse “*los aciertos y aportes de la jurisprudencia*”. (V. Pérez Vargas, Víctor (1994). *Derecho Privado*. 3ª ed. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL, S.A. p. 445)

3 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. La traducción al idioma español es de la suscrita. Los denominados “Principios UNIDROIT” fueron desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional de París, como reglas generales aplicadas en los contratos mercantiles y los arbitrajes comerciales internacionales. Han sido sistematizados al presentar un uso reiterado. V. Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, en el sitio en Internet: <http://www.unidroit.org>.

El Dr. Víctor Pérez ha indicado que, a pesar de las dificultades que plantea la existencia de una jurisprudencia arbitral, *“la práctica revela la reiteración de algunos principios generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional”*⁴.

Cualquier litigante en la materia, el estudioso del Derecho o el estudiante, encontrarán interesante la posibilidad de analizar el aporte jurídico de los laudos arbitrales costarricenses. Recordemos que el acceso a los mismos tiende a ser restringido, fuera del ámbito de las partes involucradas o sus abogados. Por lo que es importante hacer valer el **carácter público del laudo arbitral**⁵.

El único recurso que puede plantearse contra un laudo arbitral, es el *recurso de nulidad* ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. La *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, conocida como *Ley RAC*, dispone las causales taxativas de nulidad. Cuando una petición de nulidad no encuentra fundamento en una de estas causales, el laudo arbitral es confirmado.

La posición estricta de la Sala Primera al analizar la admisibilidad de las causales de nulidad, se ha constituido precisamente en el factor más importante para el desarrollo de la jurisprudencia arbitral en nuestro país. Lo cual ha permitido que los laudos arbitrales queden firmes en su contenido y fundamentación.⁶

A continuación, analizaremos varios laudos arbitrales nacionales, clasificándolos en temas de naturaleza contractual. Para cada tema, se incluirá una breve reseña doctrinaria y normativa, así como datos del laudo arbitral examinado y citas específicas del mismo.⁷

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.

Frente a quienes sostienen la exigibilidad literal o fuerza vinculante de los contratos, el *“pacta sunt servanda”*⁸, la doctrina ha desarrollado el principio contrario, el *“rebus sic stantibus”*; que toma en cuenta la variación sobrevenida en las circunstancias y reconoce que la

4 V. Pérez Vargas, Víctor. (1982). *La solución de conflictos en la compraventa internacional*. Revista Judicial. Año VII. Nº 23. (pp. 50 a 69). San José, Costa Rica. Corte Suprema de Justicia, p. 68.

5 V. artículo 60 de la *Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, Ley Nº 7727. El laudo es público, excepto si las partes han acordado lo contrario.

6 En relación con estos temas se recomienda revisar la Tesis de la autora, en el Título I, Capítulo II, titulado: *“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”*. V. pp.46-83.

7 La Tesis de Grado que dió origen al presente artículo, se dividió en dos títulos. El Título I, denominado *“Temas Generales del Derecho Sustantivo Contractual”* desarrolló diversos temas teóricos, como: el concepto de “jurisprudencia”; el origen y características del recurso de casación civil; la resolución del recurso de nulidad de los laudos arbitrales, por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia; y el posible control jurisdiccional de la cláusula arbitral. El Título II, denominado: *“Análisis casuístico de algunos laudos arbitrales, como método de estudio de la jurisprudencia arbitral costarricense; y su comparación con la jurisprudencia tradicional judicial”*, fundamenta el presente trabajo. En él se realizó, por primera vez, un análisis de la fase sustantiva del proceso de arbitraje en Costa Rica.

transformación de éstas puede conducir a la reducción de la equidad en los términos de un negocio, o a su resolución; según explica el autor Víctor Pérez.⁹

El Lic. Federico Torrealba, nos explica que la hegemonía del principio *Pacta Sunt Servanda* llega a oponerse a la intervención judicial del contrato válidamente formado, pues ello implica variar el equilibrio de los intereses económicos que las partes autorregularon, en ejercicio de la libertad contractual.¹⁰

Propiamente en el campo del Derecho y la Contratación Administrativa, se ha reconocido la existencia de un principio de *conservación del equilibrio financiero del contrato*.¹¹

En el Derecho Público cabe la revisión de los contratos; y los particulares que contratan con entidades públicas pueden pedir que

se adecúe el valor de sus prestaciones a la situación de hecho imperante.¹²

Algunos consideran que en caso de que exista el dilema de respetar, o no, la letra del contrato, el criterio decisivo será el que establece que *“el mantenimiento del contrato no está justificado cuando éste ha perdido su sentido originario.”*¹³ Principios como el de “globalidad interpretativa” abogan por interpretar las cláusulas contractuales como parte de una totalidad, no aisladamente.¹⁴

La tendencia en los procesos de arbitraje internacionales, es la aplicación del principio de *pacta sunt servanda* de la manera más rígida. Solamente en ciertos casos, se admiten excepciones a esta regla. Se dota de fuerza de ley al contrato, por sobre las situaciones en que una parte impulsa la modificación de los derechos y obligaciones estipuladas.¹⁵

8 Sobre el principio de *pacta sunt servanda* y la obligatoriedad de los contratos, V. artículos 1022 y 1023 del Código Civil y 411 del Código de Comercio, costarricenses. El artículo 1.3. de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional, establece la regla del *pacta sunt servanda*: *“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.”*

9 Pérez Vargas, Víctor (2007). *“Rebus sic stantibus versus Pacta sunt servanda”*. Artículo inédito. p.1.

10 Torrealba Navas, Federico. Lección #6. *El Objeto*. Artículo inédito.

11 *Ibidem*.

12 V. Baudrit Carrillo, Diego. (2000). *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*. Volumen I. 3 ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, S.A. p.114.

13 Pérez Vargas, Víctor. (1977). *Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación. 1950-1975*. San José, Costa Rica. Editorial de la Universidad de Costa Rica. p.72. 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*. N°40. Año XI. Marzo. 1987. (pp. 35 y ss.).

14 *Ibidem*. p.66. V. sentencia de la antigua Sala de Casación Civil, N° 14 de las 15:00 horas del 27 de enero de 1959, citada por el autor Pérez. Sobre la interpretación de los contratos en la jurisprudencia judicial costarricense, V. Sala Primera de la CSJ, N° 05, de las 14:15 horas del 24 de enero de 1997. V. las siguientes sentencias recopiladas por el Dr. Víctor Pérez, en su artículo inédito: *“Rebus sic stantibus versus Pacta sunt servanda”*. (p. 11 y ss.): Tribunal Superior Civil, N°704 de las 9:15 horas del 28 de agosto de 1975; Tribunal Superior de Puntarenas, N° 924 de las 15:05 horas de 6 de diciembre de 1990; Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 509, de las 9:35 horas del 23 de noviembre de 1994; y N° 301, de las 8:45 horas del 12 de setiembre de 2003.

15 McLaren, Rosemarie (2003). *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Rodrigo Facio. p. 103.

En Costa Rica, nuestra Sala Primera ha mantenido la tesis de no contrariar el *Pacta Sunt Servanda*. Sin embargo, existe un interesante Voto Salvado de la Magistrada Carmenmaría Escoto Fernández, en el que defiende declarar la ineficacia de un negocio jurídico por la desaparición del motivo, o fin, que lo determinó. Considerando así, que esto impedía mantener el vínculo obligacional entre las partes.¹⁶

Los tribunales arbitrales costarricenses, han manifestado un criterio cercano al de los tribunales judiciales, abogando por el mantenimiento de lo pactado en el contrato. Y han introducido la aplicación de los principios de “competencia profesional” y “diligencia profesional”, desarrollados por los tribunales arbitrales internacionales, en la interpretación de la *voluntad* y la *buena fe* de las partes.¹⁷

En el proceso arbitral establecido por la empresa **Antílope S.A contra Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.**¹⁸, se presentó un conflicto por el incumplimiento de los términos de un contrato de construcción. La actora alegó la falta de pago, y la demandada alegó que habían cambiado las circunstancias y naturaleza del contrato.

El árbitro, el Lic. Sergio Artavia, admitió que el contrato sufrió algunas modificaciones durante su ejecución, e indicó:

*“(...) las obligaciones contractuales deben ser cumplidas puntual, exacta y completamente. (...) 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 (...) dicha modificación, no puede simplemente dejarse de leer el contrato e inaplicarlo, o pero aún, desatender la contraprestación esencial a favor del constructor: el pago.”*¹⁹

En el caso de **Grupo Familia Soto Viquez, S.A.** y otras, **contra Urbanizaciones y Lastrados, S.A.** y otras;²⁰ las partes formalizaron un contrato para la construcción de la infraestructura de un desarrollo urbanístico. El conflicto en la interpretación de la naturaleza del contrato, conllevó al incumplimiento de las partes. El laudo arbitral resolvió lo siguiente:

“1. (...) 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 (...) la interpretación del contrato (...) debe darse a partir de los derechos y obligaciones que fueron pactadas entre ellas

16 V. Voto Salvado, en sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N° 788, de las 9:00 horas de 27 de octubre de 2005.

17 Al respecto de la aplicación del principio de “competencia profesional”, V. Pérez Vargas, Víctor. (2002). *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. *Revista Judicial*, N° 82. Año XXV. Diciembre, 2002. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica p.127. La jurisprudencia arbitral internacional en materia comercial, tiende a rechazar los alegatos de una “excesiva onerosidad sobreviniente” o la “teoría de la imprevisión”, para justificar la modificación de lo pactado originalmente en el contrato.

18 Laudo arbitral de las 12:00 horas del 11 de noviembre de 2005. Partes: *Antílope, S.A. contra Inversiones Jiménez y Renzi, S.A.* Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Tribunal arbitral *de derecho*. Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes. Laudo Firme.

19 Laudo Arbitral. pp.8-11.

más que con referencia a la denominación empleada (...) 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 (...) 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 (...)”²¹ Por consiguiente, si las partes de un contrato no tienen derecho a hacer 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.²²

Es interesante el pronunciamiento del laudo arbitral citado, al considerar que existió un abuso de los derechos contractuales por parte

de las demandadas, con la realización tardía y deficiente de sus prestaciones. Por lo tanto, el árbitro declaró la resolución contractual en razón de la pérdida de los fines del contrato.²³ Otro laudo arbitral que resolvió de manera similar este tema, fue el de la empresa **Line P y G Italian, S.A. contra Frío Club, S.A.**²⁴. En el caso, se suscribió un “Contrato de Arrendamiento de Maquinaria de Lavado de Automóviles”. La demandada alegó que la relación existente entre las partes no derivaba de un arrendamiento, sino propiamente de una “relación societaria de hecho”.²⁵ El árbitro resolvió el conflicto de la siguiente forma:

“No queda duda de que se está en presencia de un contrato de arrendamiento. Esto porque así se desprende del documento (...) y prueba testimonial (...) 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 (...) más bien debe observarse su verdadera naturaleza a partir del contenido y actos de ejecución (...) siguiendo el correcto criterio antiguo pero fresco del Tribunal Superior Primero Civil, en sentencia N° 704 de 1975

20 Laudo arbitral #A-05-02, de las 17:35 horas del 27 de junio de 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Grupo Familia Garita Alvarado, S.A., Grupo Familia Soto Víquez, 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.)*. Tribunal arbitral de derecho. Árbitro: Lic. Álvaro Lara Vargas. Laudo Firme. Se presentó un recurso de nulidad contra este laudo arbitral, que fue declarado sin lugar. V. Sala Primera de la CSJ, N° 248, de las 11:10 horas del 14 de abril de 2004.

21 Laudo Arbitral. Considerando V. Sobre el Fondo. Puntos 1) y 2). pp. 28 a 34.

22 Laudo arbitral. p.36.

23 *Ibidem*. pp.39-41.

24 Laudo arbitral CCA #02-AR02-01-05, de las 15:00 horas del 27 de setiembre de 2005. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *Line P y G Italian, S.A. contra Frío Club, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitro: Lic. Sergio Artavia Barrantes. Laudo Firme. La demandada presentó un recurso de nulidad del laudo, el cual fue declarado parcialmente con lugar. En cuanto al tema que interesa, el laudo se mantuvo incólume. V. Sala Primera de la CSJ, N° 532, de las 10:35 horas del 15 de agosto de 2006.

25 Laudo arbitral. pp.3-4.

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”(...) 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(...)²⁶

El laudo arbitral dictado en el caso de **Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.**²⁷, es un precedente importante en la aplicación de los principios internacionales de “presunción de competencia y diligencia profesionales”. Además, refiere a la jurisprudencia judicial nacional que ha avalado su implementación en otros arbitrajes domésticos.

En el caso referido, el actor reclamó el incumplimiento de la demandada en la entrega de una unidad en condominio con las características especificadas por la última. Ésta alegó que unas reformas introducidas en el Reglamento de Construcciones, crearon una situación constitutiva de un “caso fortuito”, que la eximía de responsabilidad. A continuación, se transcribe la mayor parte del pronunciamiento del tribunal arbitral:

“(...) la demandada, al introducir bienes al mercado debe correr con los riesgos que ocasione (...) 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 (...) 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 provisiones 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 de 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.” (...) 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,

²⁶ *Ibidem* pp.9-12.

²⁷ Laudo arbitral # 05-0054-AR/CICA, del 12 de julio del 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). Partes: *Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.* Tribunal Arbitral de derecho. Árbitros: Lic. Jaime Barrantes Gamboa, Lic. Ricardo González Mora y Lic. Roberto Yglesias Mora. Laudo Firme.

*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. (...) 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 (...) sobre caso fortuito y la imposibilidad de cumplimiento como causa sobreviviente.*²⁸

El laudo arbitral concluyó que, desde antes de la reforma al reglamento de construcción, los condominios debían contar con las disposiciones ahí ordenadas. Según el tribunal, al introducir bienes al mercado, la demandada debía actuar con la diligencia propia de su actividad comercial; de acuerdo con el *principio de competencia profesional*.

Vale la pena hacer referencia a un laudo arbitral dictado varios años antes de la promulgación de la *Ley RAC*, que resolvió varios reclamos entre la empresa **Kajima Corporation y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)**²⁹. El tribunal arbitral interpretó de forma muy peculiar el contrato suscrito entre las partes.

La empresa Kajima se adjudicó una licitación para la construcción de varias obras. En el contrato, se incluyó una cláusula conforme a la cual el *riesgo geológico* lo debía asumir la contratista. Además, las partes suscribieron un “acuerdo” posterior que estipulaba que, si la contratista cambiaba el sitio de extracción de agregados propuesto en su oferta, los costos adicionales correrían por su cuenta.

En efecto, la contratista se vio en la necesidad de reubicar el sitio de extracción en el que trabajaba, debido a varias dificultades presentadas en el primer lugar; por lo que solicitó una compensación por los gastos adicionales incurridos. El ICE se opuso a esta pretensión, invocando la existencia del acuerdo posterior en este sentido. 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 estudios pueden reflejar las condiciones naturales de manera imperfecta (...) En consecuencia, no es razonable señalar responsabilidad al ICE ni al contratista, cuando se encuentran situaciones que difieren de los resultados de los estudios (...) Para que la contratista pueda recibir un ajuste por*

28 Laudo arbitral. pp.41-43.

29 Laudo arbitral remitido a las partes el 15 de abril de 1988. Partes: *Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), contra Kajima Corporation*. Tribunal *Ad Hoc*. Árbitros: Ing. Roberto Leitón Soubannier, Ing. Manuel Sáenz Herrero, e Ing. Ricardo Charpentier García (Presidente). Laudo Firme.

*compensación, el ICE debe primero determinar si ha encontrado una situación imprevista a la luz de la información adicional entregada por el ICE. (...) 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 se dedicó a investigar otros sitios (...) j) La explotación del tajo Turrúcares obligó a Kajima a incurrir en los siguientes gastos adicionales (...) POR TANTO: 1. El suscrito Presidente del Tribunal de Arbitraje, recomienda reconocer a Kajima Corporation una compensación (...)*³⁰

Sobre la particularidad de este laudo arbitral, el Lic. Federico Torrealba comentó: *“El contratista cotiza con arreglo a la información que recibe de su cliente, y si esa información es inexacta, el laudo 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.”*³¹

Otro pronunciamiento interesante de este mismo laudo arbitral, versó sobre la aplicación del procedimiento dispuesto para solicitar un

proceso de arbitraje, descrito en las cláusulas contenidas en el Cartel Licitatorio. Los árbitros decidieron desaplicar el procedimiento dispuesto en el Cartel. Al respecto, manifestó el árbitro Roberto Leitón:

*“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 contratista 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. (...) 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.”*³²

II. Los vicios en la voluntad o el consentimiento.

El contrato tiene elementos constitutivos indiscutibles, como son la *voluntad*, la *forma* y la *causa*. Específicamente, en cuanto a la *voluntad* y su manifestación, se afirma que éstas

30 Laudo arbitral pp. 22-25.

31 Comentario del Lic. Federico Torrealba Navas. Fecha: 19 de junio de 2007.

32 Laudo arbitral pp. 42-43.

deben estar libres de “vicios”; entre los cuales se encuentran: el error, la intimidación y el dolo.³³

En la antigüedad, *Savigny* defendió el hecho de que *la voluntad* es el elemento esencial del negocio y que su declaración, es sólo un medio de revelación. Por lo tanto, en caso de conflicto, debería prevalecer la voluntad. Sin embargo, los defensores de la “Teoría de la Declaración”, concordaban en que lo que debía prevalecer era *el negocio*; porque el querer interno es cambiante e inconsistente.³⁴

Para la jurisprudencia arbitral internacional, debe prevalecer la voluntad expresada en los negocios; considerando que los comerciantes “tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente” y para ejercitar “una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen.”³⁵

La tendencia internacional ha trascendido a la jurisprudencia arbitral nacional, con la aplicación de principios como el de “*presunción de competencia profesional*” y “*presunción de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio*”.

Un precedente importante en este sentido, es el proceso arbitral establecido por la empresa ***Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A. contra el Grupo Acrearsa, S.A.***³⁶ La empresa actora reclamó la nulidad de un contrato de fideicomiso de garantía, por aparentes vicios del consentimiento al momento de su suscripción. En cuanto a este reclamo, el tribunal arbitral resolvió:

“III. (...) 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 ejercieron presiones lícitas sobre su respectivo co-contratante. (...) El Tribunal no ve en ninguna de estas actuaciones un vicio de la voluntad que pudiese determinar la invalidez del negocio jurídico. (...) “... para que un negocio jurídico sea válido es necesario que la voluntad se forme libremente (...) cuando en un negocio encontramos error, violencia o dolo estamos frente a negocio viciado, concretamente anulable a instancia del perjudicado (...) no resulta de recibo la solicitud de nulidad por las razones siguientes: Es conocido el principio romano: “Nullus videtur

33 Para ampliar sobre los elementos del contrato y los vicios del consentimiento: V. Baudrit Carrillo, Diego. (2000) *Derecho Civil IV. Teoría General del Contrato*. Op. Cit. p. 14; Pérez Vargas, Víctor (1977). *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*. Revista Judicial. N° 5. Corte Suprema de Justicia. San José, Costa Rica. p.99; y Pérez Vargas, V. (1994). *Derecho Privado*. Op. Cit. p. 233. V. artículos 1015 a 1021 del Código Civil costarricense; artículo 3.5. de los Principios UNIDROIT sobre el “Error determinante” en la voluntad o el consentimiento y el artículo 3.9 sobre la “Intimidación”. V. sentencias del Tribunal II Civil Sección II, N°198, del 30 de junio del 2005; Sala Primera de la CSJ, N° 452, del 27 de junio de 2007 y N° 174, del 9 de abril de 1992.

34 Pérez Vargas, Víctor. (1994). *Derecho Privado*. Op. Cit. pp.256-257.

35 Derains Yves. (1980). La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matière de vente internationale: expériences et perspectives. Convegno sulla compravendita Internazionale. Roma. Cita de Pérez Vargas, Víctor. (2002) *La Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Revista Judicial. N° 82. Op. Cit. p.127.

36 Laudo arbitral CCA #20-ARO7-07-00, de las 15:00 horas del 5 de setiembre del 2001. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *Inversiones Mil Trescientos Veinticuatro, S.A. contra el Grupo Acrearsa, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitros: Dr. Fernando Mora Rojas, Dr. Roberto Yglesias Mora y Dr. Víctor Pérez Vargas (Presidente). Laudo Firme.

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)”³⁷

El tribunal arbitral fundamentó su decisión en el derecho que tienen los contratantes de ejercer “presiones lícitas” sobre sus co-contratantes, sin que éstas constituyan posibles medios de coacción que puedan viciar la voluntad de la otra parte. Así continuó el tribunal exponiendo en el laudo:

“(…) 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 (...) 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 (...) habiéndose afirmado que “la imprudencia en personas mayores de edad y en su sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos”. (...) 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. ³⁸

El caso de la sociedad **Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.**³⁹, versó sobre el incumplimiento en la ejecución de un “Contrato de Servicios Profesionales para Consultoría”, suscrito en una fórmula pre-impresa del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

La demandada-reconventora solicitó la nulidad del contrato suscrito entre las partes, debido al supuesto incumplimiento de algunos requisitos y formalidades. Alegó la falta de la firma conjunta de sus representantes,

37 Laudo arbitral. Punto III. Sobre el fondo, p. 20.

38 Laudo arbitral. III. Sobre el fondo. Punto C. pp.20-23. Otro laudo que resolvió de forma similar este tema, fue el Laudo Arbitral #CCA 01 AR-01-01-01, de las 15:00 horas del 22 de setiembre de 2001. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. 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. Punto 5). Sobre los alegados vicios de la voluntad. pp.25-27. V. Sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N° 358, de las 10:35 horas del 3 de mayo de 2002, que confirmó este laudo.

39 Laudo arbitral #ARB82-07-04, de las 14:00 horas del 15 de noviembre de 2005. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Atrium Developments, S.A. contra Residencias del Caribe, S.A.* Tribunal arbitral de derecho. Árbitro único: Dr. Roberto Yglesias Mora. Laudo Firme.

en el formulario indicado, y la presencia de alteraciones en el documento. Al respecto, el Árbitro que dirimió este conflicto consideró:

“c) (...) se suscribió un documento (...) utilizando para ello las partes una fórmula preimpresa (...) ha sido impugnado por la parte demandada, quien lo ha calificado como nulo, adulterado y espúreo, (...) i) Porque no fue firmado correctamente por la actora, toda vez que a su juicio debieron firmarlo dos coapoderados y solo lo firmó el Presidente (...) 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 (...) 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 (...) la empresa actora ya había hecho una modificación estatutaria de su personería (...) 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 (...) 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. (...) 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.”⁴⁰

El citado laudo arbitral, invocó la normativa referente a las *nulidades relativas* de los contratos. Determinó que no faltaron condiciones esenciales en la formación del convenio, sino que éstas fueron *irregulares o imperfectas*; quedando convalidadas con la ratificación tácita de los actos de las partes.⁴¹

III. El caso de Fuerza Mayor.

Las expresiones “*caso fortuito*” y “*fuerza mayor*” han sido relacionadas y asimiladas conceptualmente por la doctrina.⁴² Diversos autores han afirmado que existe un consenso

40 Laudo arbitral. pp.19-23.

41 Cfr. artículos 836 a 839 del Código Civil costarricense.

42 Gianfelici, Mario. (1995). Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor en el sistema de responsabilidad civil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot. p.25. La unidad conceptual, desarrollada por la *Teoría Monista*, propuso la equivalencia de estos dos términos. El “accidente inculpable” o “caso fortuito” se llegó a equiparar a la *vis maior* o fuerza mayor. Para ampliar, ver antecedentes doctrinales y características de ambas figuras jurídicas en el libro del autor Gianfelici.

respecto a su similitud, por lo que para estudiar estas figuras jurídicas hay que hacer referencia a las características atribuibles a ambas.⁴³

El autor Brenes Córdoba explicaba que, conforme a su significado originario, el término “fuerza mayor” se refería más que todo a un acontecimiento *insuperable*.⁴⁴ Para el Dr. Víctor Pérez, la fuerza mayor se debe a un *hecho de la naturaleza*, mientras que el caso fortuito se deriva de un *hecho humano*.⁴⁵

El Dr. Pérez sugiere tres criterios impuestos por la doctrina dominante, para diferenciar ambos conceptos: 1) El *origen* del evento; 2) El grado de *imprevisibilidad* o *inevitabilidad* del evento; y 3) La *esfera* o lugar en que ocurre el evento.⁴⁶ Algunos opinan que la fuerza mayor es producida por un acontecimiento *irresistible* o *inevitable*, que impide absolutamente cumplir una obligación.⁴⁷

Nuestra Sala Primera ha aceptado que un hecho constituya un caso de fuerza mayor,

aunque sea *previsible*, pero *inevitable* para el deudor.⁴⁸ Según la Sala, aparte de la imprevisibilidad e irresistibilidad, el hecho generador del incumplimiento debe provenir de una *esfera extraña* al deudor.⁴⁹

En síntesis, la fuerza mayor configurará una causal de exención de responsabilidad, si deriva de un hecho *“imprevisible, inevitable, de la naturaleza, extraño y exterior”*.⁵⁰ El Artículo 7.1.7. de los Principios UNIDROIT, reconoce la figura de la *force majeure* como causa de exoneración de responsabilidad, y establece: “1. *El incumplimiento de una parte se excusa si (...) 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.*”

Tendiendo en cuenta los criterios jurisprudenciales judiciales, hemos encontrado interesante lo resuelto por el laudo arbitral dictado en el proceso de **Compañía**

43 Bibliografía propuesta sobre el tema: 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; Larroumet, Christian (1999). Teoría General del Contrato. Vol. (2). Santa Fe, Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.; 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.; O’Callaghan, Xavier (2001). Compendio de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Tomo II. Vol. (1) 3ed. Madrid, España: Editorial Edersa; y Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. La responsabilidad Civil. Fuente de Obligaciones. Vol. (2). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.

44 Brenes Córdoba, Alberto (1998). Tratado de las Obligaciones. 7ª ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.108.

45 Bosari y Longo, citados por Pérez Vargas, Víctor. (1994). Derecho Privado. Op. Cit. p.403.

46 Pérez Vargas, Víctor (1994). Derecho privado. Op.Cit. pp.403-404. V. artículos 633 y 702 del Código Civil, sobre la extinción de las obligaciones por un obstáculo que haga imposible su cumplimiento, y la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, respectivamente. V. también Art. 428 del Código de Comercio.

47 Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. (...). *Op. Cit.* p.162.

48 V. Sala Primera de la CSJ, N° 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994. Asimismo, esta Sala ha expuesto la necesidad de dar un contenido jurisprudencial y doctrinal, a los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor”. En este sentido, V. sentencia N° 772, de las 14:20 horas del 13 de octubre de 2006. V. también, sentencia del Juzgado Cuarto de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, de las 14 horas del 6 de julio de 1992, confirmada por sentencia de la Sala Primera, N° 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994.

49 Según la jurisprudencia judicial, este último factor hace la diferencia entre los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor”. V. Sala Primera de la CSJ, N°262 de las 15:50 horas del 21 de mayo de 1999.

50 V. Sala Primera de la CSJ, N° 376, de las 16:20 horas del 21 de junio de 2006.

Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L. contra Saret de Costa Rica, S.A.⁵¹ Los árbitros analizaron si un acontecimiento natural producido durante la ejecución de un contrato de construcción, constituyó una causal de fuerza mayor, eximente de responsabilidad para la contratista.

A raíz del desbordamiento del cauce de un río, se desplomaron unas torres de transmisión construidas por la contratista, Saret. Esta solicitó el reconocimiento de un plazo adicional para la entrega de las obras, en razón de un “caso de fuerza mayor” derivado de un suceso “*natural, inevitable, e imprevisible*”; así como una reparación económica por los gastos adicionales en que incurrió para responder a la emergencia.

El tribunal arbitral aceptó parcialmente la pretensión de la contratista⁵²; pues le concedió una compensación económica, pero no la configuración de un hecho de fuerza mayor que justificara el otorgamiento de un plazo adicional. Los árbitros consideraron que las líneas de transmisión atravesaban una zona de inundación, por lo que misma debió prever una mayor protección para las obras, e indicaron:

*“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 inundación. Esto significa que la magnitud del fenómeno no fue excepcional (...) 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 (...) 10. Las estructuras (...) 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. (...) 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.”*⁵³

Resulta interesante que el mismo laudo hizo constar que a raíz del fenómeno natural producido en el río, la torre de transmisión dañada “*sufrió las consecuencias de una socavación de ese banco (del río), lo que provocó la falla de una de sus anclas, quebradura de uno de sus postes, la caída de una fase y la salida del servicio de la Línea.*”⁵⁴

51 Laudo arbitral remitido a las partes el 12 de Julio de 2002. Tribunal *Ad Hoc*, de equidad. Partes: *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L. contra Saret de Costa Rica, S.A.* Árbitros: Ingeniero Luis Llach Cordero, Ing. Roberto Lara Eduarte, e Ing. Ricardo Corrales Quesada. Laudo Firme. V. sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N°154-F-2004, que rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la actora y acogió parcialmente el de la demandada. En cuanto al tema de interés, el laudo se mantuvo firme.

52 Debe aclararse que la decisión del tribunal arbitral en cuanto a este tema, no fue unánime. V. Laudo arbitral, Capítulo 23. Reclamo Número 5, titulado: “Fuerza Mayor en el Río Chirripó y Obras Adicionales”, pp.23-1 a 23-14.

53 Laudo arbitral. Punto 23.2. Considerando (Posición de los árbitros). 23.2.1. Posición de mayoría de los árbitros Lara Eduarte y Llach Cordero, pp.23-4 a 23-5.

54 *Ibidem*, p.23-5.

Sin embargo, los árbitros no consideraron que las consecuencias descritas fueran de un grado “excepcional”. Tampoco analizaron que el evento dañoso tuvo un origen externo al ámbito de acción de la contratista: la fuerza destructora de la naturaleza. Así las cosas, el tribunal concluyó:

“POR TANTO: a) Por mayoría de los árbitros Lara Eduarte y Llach Cordero y en equidad, acoger parcialmente el Reclamo 5 de Saret (...) en cuanto a que Compañía Hidroeléctrica (...) debe reconocer (...) una compensación o retribución económica adicional por concepto de trabajos adicionales en las obras (...) cuyo alcance excedió el nivel de obra previsto en el contrato (...) b) Vota en contra el arbitro Corrales Quesada por cuanto, aun cuando Compañía Hidroeléctrica (...) debe reconocer una compensación (...) 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 (...) c) Por mayoría de los árbitros (...) 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 (...)”⁵⁵

Podría pensarse que la posición del tribunal arbitral fue un tanto rigurosa, al considerar que el evento natural era previsible para la empresa contratista. Alberto Tamayo nos explica, por ejemplo, que se debe establecer si una persona común, pero prudente, hubiera podido prever el hecho. La previsibilidad debe existir en relación con todos, no solamente con el deudor.⁵⁶

En uno de los procesos arbitrales establecidos por la empresa **Alterra Partners de Costa Rica contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)**⁵⁷, se discutió la existencia de una causal de fuerza mayor.⁵⁸ La actora, pretendió comprobar que el contenido de un informe de la Contraloría General de la República había afectado negativamente el flujo de caja su proyecto; impactando en su capacidad de repago a la compañía que la financió.

La Contraloría emitió un informe⁵⁹ en el que se ordenó la revisión de las tarifas aeroportuarias. La actora alegó que la *Internacional Finance*

55 *Ibidem*. Acta del Tribunal Arbitral N° 53, de las 9:00 horas del 5 de julio de 2002. pp.23-11.

56 Tamayo Lombana, Alberto. (1998). Manual de Obligaciones. Op. Cit. p.166. Recordemos que la Sala Primera ya ha reconocido la existencia de la fuerza mayor, aún en supuestos *previsibles*, pero *inevitables* para el deudor. V. Sala Primera de la CSJ, N° 63, de las 14:20 horas del 11 de agosto de 1994. V. ejemplo de caso similar en: Pérez Vargas, Víctor. (1994). Derecho Privado. Op. Cit. p.147.

57 Laudo arbitral # 001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre de 2005. Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial (CLAE). Partes: *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra el *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*. Tribunal de derecho. Árbitros: Lic. Raymundo Volio Leiva, Ronald Hidalgo Cuadra y Lic. Hubert Steinworth Sauter. Laudo Firme. V. sentencia de la Sala Primera de la CSJ, N° 717-2006. La Sala declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por Alterra, y declaró parcialmente con lugar el del CETAC. Sobre el tema de interés, el laudo se mantuvo firme.

58 La relación comercial entre *Alterra Partners* y el *CETAC*, inició cuando el Gobierno de Costa Rica promovió una licitación pública internacional para la contratación de servicios de operación y administración, entre otros, del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría; empleando la figura jurídica del *Contrato de Gestión Interesada*.

59 El informe referido fue el DFOE-OPI/2003, de fecha 5 de marzo de 2003.

Corporation (IFC), empresa que la financió, le suspendió los desembolsos ante la posible modificación de estas tarifas; situación que provocó el incumplimiento de algunas de sus obligaciones.

Al resolver este punto, el tribunal arbitral citó lo dispuesto en otro laudo arbitral dictado por el Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad (CRCP)⁶⁰, en un caso similar presentado entre las partes. Haciendo suyos los argumentos del otro laudo, el tribunal resolvió:

“(...) 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 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. (...) como todo acto administrativo, ese informe era susceptible de ser impugnado ante los Tribunales de la República. (...) Sin embargo, ni el CETAC, ni el Gestor, impugnaron dicho acto, ni se solicitó la suspensión de los efectos (...) ante la jurisdicción contencioso administrativa. Si bien la empresa actora interpuso (...) un

*recurso de amparo ante la Sala Constitucional (...) la Sala lo declaró sin lugar.”*⁶¹

El laudo arbitral concluyó que el informe de la Contraloría pudo haber sido impugnado a tiempo ante los tribunales costarricenses. Por lo tanto, la situación no fue insuperable para la empresa Alterra y no configuró un caso de fuerza mayor.

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.

El incumplimiento o la tardanza en el cumplimiento de una obligación, se reconoce mediante el pago de intereses. Se denominan *intereses convencionales*, los determinados por las partes; las cuales disponen su cuantía y modo de pago.⁶² Sin estipulación expresa, la obligación devengará el pago de *intereses legales*, sea los dispuestos en la ley.⁶³

Generalmente, las deudas de dinero dan lugar a la prestación de *intereses*. En otros casos, es la valoración dineraria de los bienes de capital, la que los produce.⁶⁴ Es así como se distinguen las deudas de una suma de dinero, de las deudas de valor⁶⁵; denominadas como *obligaciones dinerarias* y *obligaciones de valor*, respectivamente.

60 Laudo arbitral de las 11:00 horas del 12 de noviembre de 2004. Centro de Resolución de Conflictos de la Propiedad (CRCP). Partes: *Alterra Partners Costa Rica, S.A.* contra *Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)*.

61 Laudo Arbitral # 001-05, de las 15:00 horas del 2 de noviembre de 2005. Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial (CLAE). *Op. Cit.* p.103. El laudo se refiere al Voto de la Sala Constitucional, N° 13863 del 7 de octubre de 2005.

62 Blasco Gasco, F. (Comp.) *Op. Cit.* p. 124.

63 V. artículos 1163 del Código Civil y 497 del Código de Comercio costarricenses, sobre la tasa de interés legal aplicable para las obligaciones civiles y mercantiles.

64 Lacruz Berdejo, José Luis. *et.al. Op. Cit.* p. 115.

65 Blasco Gasco, F. (Comp.). *Op. Cit.* p. 117. Sobre la distinción entre las *obligaciones de valor* y las *obligaciones dinerarias*, V. Sala Primera de la CSJ, N°49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995 y N° 795, de las 16:00 horas del 31 de octubre de 2005.

La Sala Primera ha señalado que en las obligaciones dinerarias se debe un *quantum*, o “una suma de signo monetario determinada numéricamente en su origen”. Mientras que, en las deudas de valor se debe un *quid*; que es un bien o una utilidad inmodificable, que corresponde a “una expectativa o pretensión patrimonial del acreedor”. La cuantificación del crédito, en este último caso, viene a ser “extrínseca” respecto a la obligación.⁶⁶

En el caso de las *obligaciones dinerarias*, los daños y perjuicios consisten en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo; es decir, a partir del momento en que la obligación resulta exigible. Se permite el pago de intereses retroactivos a la fecha en que fue dictado el fallo o sentencia principal.⁶⁷

Por otra parte, en el caso de las *obligaciones de valor*, la jurisprudencia judicial nacional ha establecido que 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.⁶⁸ Lo anterior se explica, en que estas deudas son cuantificadas hasta en la etapa del dictado de la sentencia.⁶⁹

Al contrario de nuestra jurisprudencia judicial, los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional disponen que los intereses derivados de las obligaciones no dinerarias, deben calcularse a partir del momento en que se incumple la obligación; y no a partir de la firmeza del fallo.⁷⁰

Nos interesa la jurisprudencia arbitral costarricense que ha permitido el cálculo de intereses retroactivos al dictado del laudo, en el caso de las obligaciones de valor. Nuevamente, haremos referencia al proceso de ***Compañía Hidroeléctrica Doña Julia, S.R.L., contra Saret de Costa Rica, S.A.***⁷¹

La empresa *Saret*, solicitó el reconocimiento de intereses sobre los extremos concedidos en el laudo, desde que cada rubro fue exigible y hasta el momento de su efectivo pago. El tribunal arbitral fijó varias fechas anteriores al dictado del laudo, a partir de las cuales se

66 Cfr. Sala Primera de la CSJ, N° 49, de las 15 horas del 19 de mayo de 1995.

67 Cfr. Sala Primera de la CSJ, N° 731, de las 10:55 horas del 25 de diciembre de 2002. En este mismo sentido, V. inciso 1), del Artículo 7.4.9 de los Principios UNIDROIT de Arbitraje Comercial Internacional.

68 Sala Primera de la CSJ, N° 36, de las 15:40 horas del 10 de enero de 2001.

69 Según el autor O’Callaghan, los supuestos más frecuentes de esta clase de obligaciones corresponden a: i) Las obligaciones nacidas de acto ilícito, la responsabilidad extracontractual; y ii) Los procedentes de la responsabilidad contractual: la indemnización por incumplimiento total o parcial del contrato. V. O’Callaghan, Xavier. *Op. Cit.* p. 103.

70 El artículo 7.4.10. de los Principios UNIDROIT, indica: “*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.*”

71 Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, de 12 de julio del 2002. Caso de *Compañía Hidroeléctrica Doña Julia S.R.L., contra Saret de Costa Rica, S.A.*; citado anteriormente. V. Capítulo 33, titulado: “Reconocimiento de Intereses”. pp.33-1 a 33-9.

iniciaría el cómputo de los mismos. La mayoría de las pretensiones declaradas con lugar, correspondían a *obligaciones de valor*.⁷²

En su voto de minoría, uno de los árbitros expuso que no estaba de acuerdo con algunas de las fechas a partir de las cuales se procedió a establecer el cálculo de los intereses, y argumentó:

“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.”⁷³

En general, el laudo referido se apartó considerablemente de la tendencia jurisprudencial tradicional, en cuanto al tema del reconocimiento de intereses retroactivos a la firmeza del fallo.

Analizamos también, otro laudo arbitral dictado en un arbitraje de ***Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)***⁷⁴. El consorcio Alterra, presentó una demanda arbitral para reclamarle

al Estado una indemnización por varios costos adicionales en que incurrió, a raíz de supuestos atrasos del demandado en la toma de decisiones sobre el proyecto desarrollado en el Aeropuerto Juan Santamaría.

El tribunal arbitral declaró parcialmente con lugar la demanda, y condenó al pago de intereses sobre las sumas concedidas por concepto de indemnizaciones a favor de la actora; disponiendo lo siguiente:

“1°) Debe la parte demandada pagar a la actora las siguientes sumas y por los conceptos que se indicarán: a) (...) como indemnización por concepto de costos adicionales en la construcción de la torre de control; b) (...) como indemnización por setenta y nueve días de atraso que impactaron en los costos del proyecto; (...) 2°) sobre las sumas antes concedidas en los puntos 1°) a) y 1°) 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”; 3°) El saldo en descubierto por la suma de (...) y los intereses legales sobre (...) desde el treinta

72 Entre las pretensiones declaradas con lugar por el laudo arbitral, estaban: el pago de indemnizaciones por atrasos en la entrega de ciertas obras; el pago de mobiliario, suministros y gastos adicionales; pago de obras adicionales construidas; así como del reintegro de sumas cobradas indebidamente. Todas constituyeron obligaciones de valor, determinadas y cuantificadas en el laudo arbitral.

73 Laudo arbitral, p.39-8.

74 Laudo arbitral #ARB 29-05, de las 12:15 horas del 2 de noviembre de 2005. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). Partes: *Alterra Partners Costa Rica, S.A. contra el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC)* y el Estado. Tribunal Arbitral de *Derecho*. Árbitros: Dr. Juan Luis Arias Arias, Msc. Alejandro Rodríguez Castro y Dr. Olman Arguedas Salazar. Laudo Firme. V. Sala Primera de la CSJ, N° 718, de las 15:20 horas del 27 de setiembre de 2006, que declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad presentado por el CETAC. Sobre el tema de interés, el laudo se mantuvo firme.

*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); 4° (...) Todas las sumas concedidas en abstracto se liquidarán en la vía de ejecución de este laudo ante el juez correspondiente."*⁷⁵

Tanto la "indemnización por costos adicionales" en la construcción del proyecto, como la "indemnización por días de atraso", constituyen obligaciones de valor. El tribunal arbitral, ordenó a la demandada que debía cancelar los respectivos intereses sobre estas sumas, desde la fecha en que se presentó la reclamación y hasta la fecha de formalización de la demanda.

Para fundamentar la condenatoria al pago de intereses, el tribunal arbitral invocó el principio de la "reparación integral del daño"; estimando que el deber de reparar un daño surge inmediatamente después del hecho dañoso y no después, con la sentencia firme que lo declara. El argumento del tribunal arbitral fue muy interesante, por lo que se resume a continuación:

"XIV. El reclamo de intereses legales sobre las sumas anteriores. Dice la accionante 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 N° 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 N° 731-F-2002, de 10:55 hs. del 25 de setiembre de 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. (...) todo el que cause un daño debe repararlo de manera completa, o al menos de la manera más completa posible (...) 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 (...) 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 (...). La cuestión es, entonces: 1) ¿Cuándo jurídicamente se produjo el daño y nació el consecuente deber de indemnizarlo? 2) ¿Cuándo se produjo el daño? o 3) ¿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

75 V. Laudo arbitral. Por Tanto.

inmediatamente después de haberse cometido el hecho dañoso y no más tarde, cuando viene la sentencia firme que así lo declare.(...) Es del caso, por las razones expuestas, declarar que el pedimento de la actora sobre este particular es de recibo (...) 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 (...) y hasta la fecha de formalización de la presente demanda arbitral, tal y como fue pedido.”⁷⁶

La demandada interpuso un recurso de nulidad contra el laudo. Uno de sus reclamos se dirigió contra la condenatoria al pago de intereses y alegó que el laudo “quebrantó normas imperativas o de orden público, al darle efectos retroactivos a la declaratoria de un derecho para reconocer el pago de intereses”. Consideró que, de manera retroactiva, se concedió “el pago de frutos civiles sobre una obligación de valor.”⁷⁷

De forma particular, la Sala Primera avaló lo resuelto por el laudo, indicando que el mismo pretendía salvaguardar los principios de “justicia” y de “reparación integral del daño”,

al reconocer una “especie de indexación no convencional” sobre las deudas en cuestión.⁷⁸ En lo que interesa, la Sala Primera expuso:

“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.”⁷⁹

Pareciera que en la sentencia de la Sala Primera, se confunde el procedimiento de cálculo de intereses con el de la *indexación*, que lo que hace es reajustar el monto de la deuda o capital. En el caso de las obligaciones

76 Laudo Arbitral. Considerando XVI. Cfr. con Sala Primera de la CSJ, N° 718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre de 2006, Considerando XI.

77 V. Sala Primera de la CSJ, N° 718 de las 15:20 horas de 27 de setiembre del 2006. Considerandos X y XI.

78 De referencia sobre el tema de la *indexación* de las deudas, V. antigua posición de la Sala Primera, antes de aceptar este mecanismo, en sentencias: N° 57 de las 11:00 horas del 24 de julio de 1989; N° 75 de las 16:00 horas del 13 de mayo de 1992; N° 49 de las 15:00 horas del 19 de mayo de 1995; N° 947 de las 10:00 horas del 22 de diciembre del 2000; y N° 518 de las 11:00 horas del veintiocho de agosto del 2003. V. sentencia que permitió la *indexación*, N°1016, de las 9:30 horas del 26 de noviembre de 2004.

79 Sala Primera de la CSJ, N° 718 de las 15:20 horas del 27 de setiembre de 2006. Considerando XI.

de valor, la indexación se permite para el período que cubre desde la firmeza de la sentencia principal hasta su efectiva ejecución; no retroactivamente a fechas anteriores al dictado del fallo.⁸⁰

Siempre de interés para este tema, encontramos el laudo arbitral dictado en el caso del **Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas, S.A. (ICIC) contra la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)**.⁸¹ El conflicto entre las partes, versó sobre el incumplimiento de un convenio para el desarrollo de proyectos de investigación en el área de salud.

La Junta Directiva de la CCSS, decidió iniciar un procedimiento para la resolución del contrato con el ICIC, pues consideró que las investigaciones realizadas violaban algunos derechos humanos fundamentales. Sin notificar al ICIC de esta decisión, los representantes de la CCSS expusieron su posición en varias publicaciones en diarios nacionales.

El ICIC, entabló una demanda arbitral por daños y perjuicios contra la CCSS, la cual fue acogida parcialmente. En la parte dispositiva del laudo, el tribunal arbitral indicó:

*“(...) se condena a la Caja Costarricense (...) a pagar al Instituto Costarricense de Investigaciones (...) los daños y perjuicios causados y reclamados, los cuales se fijan de la siguiente forma: (...) como daño directo por incumplimiento de contrato; (...) 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; (...) como suma global reclamada por daño de imagen y lucro cesante o costo de oportunidad; (...). 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 reclama éstos. Igualmente se condena a la demanda, a pagar las costas personales de este proceso arbitral (...)”*⁸²

El tribunal arbitral reconoció los intereses legales sobre el extremo de “daño directo por incumplimiento contractual”, tal y como lo solicitó la actora. Las indemnizaciones a título de daños y perjuicios, constituyen deudas de valor. El tribunal fijó una fecha anterior al

80 En la sentencia de la Sala Primera, N°1016-F-2004, se reconoció la posibilidad de efectuar la *indexación no-convencional* de las deudas. Sin embargo, la misma especifica que este procedimiento se aplica en el caso de las deudas dinerarias, o en caso de las obligaciones de valor efectivamente liquidadas. Solo después de dictado el fallo, la deuda de valor adquiere el carácter de deuda dineraria, líquida y exigible, y se puede efectuar su indexación en la etapa de ejecución.

81 Laudo arbitral # CCA05-AR-02-03-00, de las 9:30 horas del 1 de noviembre de 2000. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Partes: *Instituto Costarricense de Investigaciones Clínicas, S.A. (ICIC)*, contra la *Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS)*. Tribunal Arbitral de derecho. Árbitros: Lic. Tobías D’Ambrosio Umaña, Lic. Marcelo Martén Sancho y el Dr. Francisco Luis Vargas Soto. Laudo Firme. V. Sala Primera de la CSJ, N° 791, de las 15:35 horas del 5 de octubre de 2001, que declaró sin lugar el recurso de nulidad planteado por la CCSS.

82 V. Laudo Arbitral. Por Tanto, p.29.

dictado del laudo, como punto de partida para el cálculo de los intereses. Nuevamente, tenemos un precedente contrario a la jurisprudencia judicial dominante sobre el tema.

Otro caso analizado fue el de **Quebradores H y E de Orosí, S.A.** contra **Inversiones Juan León García, S.A.**⁸³ La actora alegó, entre otros, que la demandada retuvo indebidamente varias sumas en garantía de su cumplimiento. Reclamó el pago de daños y perjuicios, y los gastos adicionales por la construcción de obras no previstas en el contrato.

El laudo arbitral concluyó que la actora cumplió en lo fundamental con sus obligaciones. Se estableció que las retenciones efectuadas por la demandada, no le fueron devueltas a la contratista. El tribunal consideró pertinente reconocer un pago parcial a la accionante, por los gastos adicionales en que incurrió. De esta forma, concluyó el 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 (...). 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, (...). 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. (...)”*⁸⁴

Los costos adicionales en que incurrió la actora, no estaban contemplados dentro de las prestaciones del contrato. La obligación de pago de estos gastos, surgió al momento del dictado del laudo, por lo que constituye una deuda *de valor*. Este laudo, también contradice la jurisprudencia judicial, que hubiera fijado su pago a partir de la firmeza del fallo.

V. El valor de las “arras” o el “adelanto”, en la promesa recíproca de compraventa y en la opción de compra.

Las “arras” son originalmente sumas de dinero que el obligado entrega al acreedor, en señal de trato o de confianza.⁸⁵ Existe una distinción entre las *arras confirmatorias* (creativas y perfectivas del contrato principal) y las *arras penales* (o punitivas).⁸⁶

Las arras confirmatorias cumplen una función probatoria, demuestran que el contrato se ha celebrado y ha comenzado a ser cumplido.⁸⁷ Las arras penales, no se imputan al precio sino que funcionan de modo similar al

83 Laudo arbitral #A-001-01, de las 16:30 horas de 21 de junio del 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Partes: *Quebradores H y E de Orosí, S.A.* contra *Inversiones Juan León García, S.A.* Árbitros: Lic. Roberto Yglesias Mora, Lic. Fernando Bolaños Céspedes y Lic. Álvaro Lara Vargas. Laudo Firme.

84 V. Laudo arbitral. p.29.

85 V. Lacruz Berdejo, José Luis. *et.al.* (1994). *Op. Cit.* pp. 258-259.

86 *Ibidem.* p.259.

87 Díez Picazo, Luis; citado en el Laudo Arbitral #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio del 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). Partes: *Juan Carlos Castro González* contra *Condominios Torres de la Colina, Ltda.*; citado anteriormente. p.34.

establecimiento de la cláusula penal.⁸⁸ Suponen una indemnización por el incumplimiento, y no impiden que se reclame la ejecución forzosa de la obligación.

En un artículo reciente, el autor Jesús Alfaro Águila-Real, resaltó la tendencia legislativa internacional, que pugna por establecer el *valor confirmatorio* de la entrega de las arras en los negocios jurídicos. Entendiéndose las mismas como confirmatorias, salvo pacto expreso de las partes en contrario.⁸⁹

Acerca del valor de las arras en los actos prenegociales, como en el caso de la opción o la promesa recíproca de compraventa⁹⁰, la Sala Primera de la Corte ha expresado:

a) *“VII. (...) 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.”*⁹¹

b) *“(...) La promesa recíproca de compraventa entraña una relación contractual un poco más compleja. (...) 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. (...) 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.”*⁹²

En el proceso arbitral planteado por el señor **Juan Carlos Castro González contra Condominios Torres de la Colina, Ltda.**⁹³, las partes suscribieron una promesa “obligatoria, recíproca e irrevocable”, de compraventa de un condominio específico.

88 *Ibidem*. En este mismo sentido, V. O’Callaghan, Xavier. *Op. Cit.* p.348.

89 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. Barcelona, España, p.9.

90 Al respecto de la asimilación de las figuras precontractuales con el contrato principal al que se dirigen, V. Casafont Romero, Pablo (1968). *Ensayos de Derecho Contractual. “El valor jurídico de los actos pre negociales”.* San José, Costa Rica. pp. 228 y sig.

91 Sala Primera de la CSJ, N° 202, de las 14:20 horas del 30 de abril de 1999. En este mismo sentido, V. sentencia N°125, de las 16:15 horas del 31 de enero de 2001.

92 *Ibidem*. V. también sentencia de la antigua Sala de Casación Civil, N° 83, de las 16 horas del 28 de julio de 1965. V. concepto de la “prima” en sentencia de la Sala Primera, N° 989, de las 16:20 horas del 7 de agosto de 2002.

93 Laudo arbitral #05-0054-AR/CICA de las 10:00 horas del 12 de julio de 2006. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje, de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio (CICA-AMCHAM). V. cita anterior de este laudo.

La desarrolladora del proyecto de condominios, le comunicó al actor que existía una imposibilidad para entregarle su apartamento en el plazo acordado y con las medidas pactadas originalmente. Le informó que las mismas tendrían que ser aumentadas, y por ende, también el precio de compra del inmueble.

El actor decidió demandar a la desarrolladora por incumplimiento contractual, y por los daños y perjuicios causados. La demandada alegó que el contrato suscrito era una “opción de venta de un bien futuro”, en el que el comprador debía asumir el riesgo, pues el producto era inexistente al momento de contratar.

Para el momento en que se presentó el conflicto entre las partes, el actor ya había cancelado varias sumas de dinero a la demandada por concepto de *reservación* del apartamento, *adelanto de la prima* y pago de la *prima completa*.

El tribunal arbitral, consideró que el acuerdo suscrito por las partes configuró una *compraventa de cosa futura*, según la define el artículo 441 del Código de Comercio costarricense. De esta forma, los árbitros expusieron:

“(...) 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: (...) “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 (...).” “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 de 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(...).”⁹⁴

El tribunal arbitral dispuso que el anticipo o prima entregada en el caso, formaba parte del precio del contrato; según lo dispuesto en el artículo 447 del Código de Comercio. Y en el laudo continuó exponiendo:

“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). (...) se estableció, de una parte,

94 Laudo arbitral, pp.36-37.

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) (...) y de otra, del actor, de pagar el precio en la forma y condiciones pactadas. (...) se determina para la demandada una obligación de hacer (...) y para el actor, dos obligaciones: la prima y el pago del saldo. (...) 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 (...) en caso de que el actor no pudiere pagar el precio por no obtener financiamiento bancario, la demandada devolvería la prima recibida menos la deducción del 5% por gastos administrativos.”⁹⁵

El tribunal arbitral consideró que, tanto la legislación mercantil como la civil contemplan el surgimiento del contrato a la vida jurídica, con la existencia de la cosa. Si la cosa no llega a existir, el contrato quedaría resuelto sin responsabilidad adicional de las partes; con la salvedad de que el vendedor deberá restituir el precio recibido y, pagar daños y perjuicios si incurrió en dolo, culpa o negligencia.⁹⁶

Asimismo, el tribunal arbitral coincidió con el criterio del artículo 1058 del Código Civil, que sigue la solución de las *arras confirmatorias*; entendidas como un adelanto por cuenta del precio y como ratificación del contrato.⁹⁷

Consecuentemente, el tribunal arbitral declaró la *resolución contractual por incumplimiento grave* de la demandada, por no entregar a tiempo el condominio y por impedir al actor cumplir con el resto del precio. Concedió el pago de daños y perjuicios, según lo estipulado por la cláusula penal pactada por las partes.

En el arbitraje de **Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.** contra la señora **Joan Demyen**⁹⁸, la primera era propietaria de dos fincas en Guanacaste, las cuales se comprometió a vender a la segunda. Para formalizar lo anterior, las mismas suscribieron una *opción de compra*.

El 6 de julio de 2004, la señora Demyen entregó a la actora una suma determinada, por concepto de resarcimiento por daños y perjuicios, en caso de que no se llegara a realizar la compraventa definitiva de las fincas. Un mes después, la misma depositó a favor de la actora, una suma para completar el 10% del precio definitivo de compra.⁹⁹

La empresa Residencias Valle vendió una de las dos fincas en cuestión, el 22 de setiembre de 2004. Meses después, reunió la finca restante con otras, las segregó y vendió posteriormente. Solicitó que se declarara ineficaz la opción de compra suscrita con la señora Demyen, pues había operado el plazo de caducidad al no requerir la formalización de la compra, resolviéndose el contrato “de pleno derecho”.¹⁰⁰

95 *Ibidem.* pp.37-38.

96 *Ibidem.*

97 Cfr. Sala Primera de la CSJ, N° 608, de las 16:20 horas del 7 de agosto de 2002; citada por el Laudo Arbitral, p. 36.

98 Laudo arbitral CCA#01-AR-01-01-05, de las 12:00 hrs del 20 de octubre de 2005. Partes: *Corporación Residencias del Valle Gauthier del Pacífico, S.A.* contra *Joan Demyen*. Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA), de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Tribunal Arbitral de *derecho*. Árbitros: Licda. Damaris Ulate Ramírez (Presidente), Lic. Luis Echeverri Trujillo y Dr. Luis Baudrit Carrillo. Laudo Firme.

99 Laudo arbitral. Relación de Hechos Probados. Considerando II, pp.10-12.

100 Laudo arbitral, pp. 4-5.

En cuanto a las sumas entregadas por la demandada a la actora, por concepto de “adelantos” del precio de venta, el tribunal arbitral hizo el siguiente análisis:

“(…) En ese documento (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 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”. (...) 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 (...). Considerando V. Del pago efectuado inicialmente por la futura compradora. (...) ¿A título de qué fue hecho este pago de veinticinco mil dólares? (...) 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 (...)”¹⁰¹

El laudo arbitral estableció que el derecho de la demandada para hacer efectiva la opción de compra, había caducado. Los árbitros aplicaron el artículo 1055 del Código Civil, que dispone que si el cumplimiento de la promesa de venta y/o la recíproca de compra-venta, no es demandada dentro de un mes contado desde que es exigible, caduca el derecho.¹⁰²

En cuanto a las sumas entregadas anticipadamente por la demandada, los árbitros consideraron que debían entenderse como *arras penitenciales*; las cuales acarrear su pérdida para quien las entregó, si no se formaliza el negocio.

101 Laudo arbitral, pp.13-20.

102 Laudo arbitral, Considerando X. El Plazo de Caducidad de la Opción. pp.33-34. V. también, Sala Primera de la CSJ, Nº 125, de las 16:15 horas del 31 de enero de 2001, sobre el plazo de caducidad en la opción de compra.