

EXP: 95-000223-181-CI

RES: 0001016-F-2004

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José a las nueve horas treinta minutos del veintiséis de noviembre del dos mil cuatro.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Segundo Civil de San José, por **la actora, [...]**, contra "**demandada 1**", representada por sus apoderados generalísimos sin límite de suma, **A., [...]** y **C., [...]**, "**demandada 2**" y "**demandada 3**", ambas sociedades representadas por su apoderado generalísimo sin límite de suma, **J., [...]**. Figura como agente residente de la **demandada 1**, el señor **A.G., [...]**; además figuran como apoderados especiales judiciales, de la actora el licenciado Horacio Mejías González, de las **demandadas 2 y 3**, la licenciada Ana Lorena Gutiérrez Antonini. Todas las personas físicas son mayores de edad, vecinos de San José y con las salvedades hechas, casados y abogados.

RESULTANDO

1°.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la actora estableció demanda ordinaria cuya cuantía se fijó en la suma de **quince millones de colones**, a fin de que en sentencia se declare: "**PRIMERO:** Que por ser simulada se declare nula, inválida, inexistente e ineficaz la venta que **la demandada 1** ha realizado a favor de **la demandada 2** del inmueble inscrito en el Registro Publico de la Propiedad, Sección Propiedad, Partido de San José, bajo la matrícula número [...], situado entre Avenidas Central y Calle uno, Distrito 4, Catedral,

Cantón uno, conocido como [...], traspaso realizado por escritura pública Número diecisiete del protocolo tres de la Notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, a las dieciséis horas del veintisiete de mayo de 1994. Dicho inmueble debe volver a quedar inscrito en el Registro Público de la Propiedad a nombre de la **demandada 1**, cancelándose los asientos de traspaso respectivos. **SEGUNDO:** Que igualmente nula, inválida, inexistente o ineficaz resulta la cesión que contiene la escritura recién mencionada en cuanto dice: "Sin que tome nota el Registro. La vendedora cede a favor de la compradora, quien acepta, los planos constructivos, permisos y demás derechos de construcción de la propiedad. La compradora acepta la propiedad en el estado que se encuentra. Cualquier reclamo que se presente con motivo de este traspaso, será de responsabilidad exclusiva de la vendedora." **TERCERO:** Que la escritura mencionada, -como instrumento público-, resulta nula, inválida y/o ineficaz en todos sus extremos por contener una manifestación aparente de voluntad. **CUARTA:** Que según contrato celebrado con **la demandada 1** el dieciséis de diciembre de 1992 ante el Notario Eduardo Ortíz Ortíz, escritura Pública sesenta y siete del Tomo Treinta y seis de su Protocolo, me comprometí a entregarle desocupados los locales comerciales que les arrendaba desde hacia muchos años, lo cual efectivamente cumplí en la fecha estipulada, cuatro de enero de mil novecientos noventa y tres, tomando **la demandada 1** su posesión, con el compromiso de reintegrármelos el cuatro de octubre de mil novecientos noventa y tres. **Debe declarárase cumplidora de mi prestación.** **QUINTA:** Que **la demandada 1** incumplió maliciosamente el citado contrato, pues en la fecha estipulada no hizo entrega de los locales según los términos convenidos. **SEXTA:** Que tampoco se me hizo entrega

de los locales en oportunidad posterior, pues la remodelación total de la edificación terminó en noviembre de 1994, siendo ocupado de inmediato por **la demandada 1 y/o la demandada 2**, compañías pertenecientes a la familia [...], a quienes ilegalmente se las habían traspasado o arrendado. **SETIMA:** Que declarada la nulidad, invalidez, inexistencia o ineficacia de los contratos respectivos, y como hay espacio físico correspondiente a los locales que se comprometieron a entregarme, así debe ordenarse, debiendo los accionados hacerme entrega de los locales cuatro y cinco (en Avenida Central) y diecisiete (en calle primera), acorde a los planos de reestructuración. Debe hacerse la reforma estructural prometida y respetarse los términos del precio ofrecido. **OCTAVO:** Que **la demandada 1** debe pagarme la suma de ochenta y siete mil quinientos colones al mes convenida como cláusula penal, desde la fecha en que debió entregar el local, 4 de octubre de 1993, hasta su entrega real. Al momento de plantearse esta demanda -febrero de 1995- se adeudan por ese renglón un millón cuatrocientos ochenta y siete mil quinientos colones. **NOVENO:** Que **la demandada 1** debe pagarme el lucro cesante, resultado tanto del incumplimiento malicioso como del traspaso ilícito. El lucro lo constituyen las ganancias dejadas de percibir, una vez hechos los deducibles legales y de operación. Dicho renglón lo estimo, a la fecha de la presentación de esta demanda en veinticinco millones de colones. Se condenará a pagar, en ejecución de sentencia, el lucro cesante posterior a la presentación de la demanda y hasta la fecha de entrega real del local, así como los intereses de mora correspondientes según el tipo vigente al momento de la liquidación. **DECIMO:** Que se declare la invalidez o ineficacia de la oferta real de pago realizada el día 30 de mayo de

1994 por la Notaria ANA LORENA GUTIERREZ ANTONINI, comisionada al efecto por **la demandada 1**, la que posteriormente se tramitó en la Alcaldía Sexta Civil de San José, expediente número [...]. Son los gastos de la consignación a cargo de la ofertante.

DECIMO PRIMERO: Que es igualmente nulo, inexistente, inválido o ineficaz, por simulado, el contrato de arrendamiento de la propiedad y negocio objeto de esta litis, realizado por **la demandada 2** con **la demandada 3**, según consta de la escritura número nueve, tomo primero, de la Notaria Amada Viales Gutiérrez, de doce horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. **DECIMO SEGUNDO:** Que resultando **demandada 2 y demandada 3**, corresponsables de los actos ilícitos denunciados, responden solidariamente con **la demandada 1** de todos los daños y perjuicios ocasionados. **DECIMO TERCERO.** Que son ambas costas del proceso a cargo de las demandadas. **PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA.** Que en el evento de acogerse la nulidad de la venta realizada por **la demandada 1** a favor de **la demandada 2** así como el arrendamiento que ésta hizo de dicha propiedad y establecimiento mercantil a **la demandada 3**, **PERO RESULTARE MATERIAL Y ABSOLUTAMENTE IMPOSIBLE ENTREGARME LOS LOCALES**, solicito específicamente que se declare:: **PRIMERO:** Que por ser simulada, resulta nula, inexistente, inválida, o ineficaz la venta que **la demandada 1** ha realizado a favor de **la demandada 2** del inmueble inscrito bajo la matrícula [...] inscrita en el Registro Público, Sección Propiedad, Partido de San José, situado entre [...], traspaso realizado por escritura pública número diecisiete del protocolo tres de la notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, a las dieciséis horas del veintisiete de mayo de 1994, debiendo

quedar debidamente inscrito dicho inmueble en el Registro Publico de la Propiedad a nombre de **la demandada 1**, cancelándose los asientos de traspaso respectivos.

SEGUNDO: Que es igualmente nula, inválida, inexistente o ineficaz la denominada cesión que contiene la escritura recién mencionada en cuanto dice: "Sin que tome nota el Registro. La vendedora cede a favor de la compradora, quien acepta, los planos constructivos, permisos y demás derechos de construcción de la propiedad. La compradora acepta la propiedad en el estado que se encuentra. Cualquier reclamo que se presente con motivo de este traspaso, será de responsabilidad exclusiva de la vendedora." **TERCERO.** Que la escritura mencionada -como instrumento público- resulta nula, inválida y/o ineficaz en todos sus extremos por contener una manifestación aparente de voluntad. **CUARTO:** Que **la demandada 1**, debe reconocerme todos los daños y perjuicios ocasionados. Concretamente: a) La suma de ochenta y siete mil quinientos colones mensuales convenida como cláusula penal, desde la fecha en que debieron entregar el local, 4 de octubre de 1993, hasta que se declare la imposibilidad de tal acto. Al momento de plantearse esta demanda -febrero de 1995- se adeuda por ese renglón **UN MILLON CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES** más los intereses de ley, a liquidar en ejecución de fallo. b) El pago del derecho de llave que me correspondía sobre los cinco locales que arrendaba, al no hacerse efectivo el derecho prioritario ofrecido, renglón que taso en **VEINTICINCO MILLONES DE COLONES.** c) El pago de lucro cesante derivado del incumplimiento, consistente en las ganancias dejadas de percibir en los cinco locales desde la fecha en que debieron entregarlos, 4 de octubre de 1993, hasta que se declare la imposibilidad

de entrega. Estimo este renglón a la fecha de presentación de esta demanda en **VEINTICINCO MILLONES DE COLONES**, más los intereses de mora legales, a detallar en ejecución de fallo, fase en que se liquidará el lucro cesante posterior a la presentación de la demanda, conjuntamente con las accesorias de ley. **QUINTO:** Que se declare la invalidez o ineficacia de la oferta real de pago realizada el 30 de mayo de 1994 por la Notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, comisionada por **la demandada 1**, oferta posteriormente tramitada ante la Alcaldía Sexta Civil de San José, expediente número [...]. Se impondrán los costos de la oferta a cargo de la ofertante. **SEXTO:** Que es igualmente nulo, inexistente, inválido o ineficaz, por simulado, el contrato de arrendamiento de la propiedad y negocio objeto de esta litis, realizado por **la demandada 2 con la demandada 3**, según consta de la escritura número nueve, tomo primero, de la Notaria Amada Viales Gutiérrez de doce horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. **SETIMO:** Que resultando **la demandada 2 y la demandada 3**, partícipes de los actos ilícitos denunciados, responden solidariamente con **la demandada 1** de todas las daños y perjuicios ocasionados. **OCTAVO:** Que son ambas costas del proceso a cargo de las demandadas. **SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA:** Para el remoto caso de no concederse la nulidad, inexistencia, invalidez o ineficacia de la venta simulada de **la demandada 1 a la demandada 2**, así como el subsecuente arrendamiento de éste a **la demandada 3**, solicito se declare: **PRIMERO:** Que el contrato de arrendamiento que celebré con **la demandada 1** el tres de diciembre de 1992 ante el Notario Eduardo Ortíz Ortíz, según escritura número sesenta y siete, del tomo treinta y seis de su Protocolo, se declare resuelto por incumplimiento

malicioso de dicha empresa. **SEGUNDO:** Que **la demandada 1** es responsable de todos los daños y perjuicios ocasionados con su incumplimiento, los cuales cuantifico así: a) El pago del derecho de llave que me correspondía al no hacerse efectivo el derecho prioritario de ocupación ofrecido, renglón que taso en **VEINTICINCO MILLONES DE COLONES por los cinco locales arrendados.** b) En el pago del lucro cesante derivado del incumplimiento, consistente en las ganancias dejadas de percibir en los cinco locales alquilados, desde la fecha en que debieron entregarlos, 4 de octubre de 1993, hasta que se declare la imposibilidad de entrega. Estimo este renglón a la fecha de la presentación de la demanda -febrero de 1995- en la suma de **VEINTICINCO MILLONES DE COLONES,** más los intereses de mora a detallar en ejecución de fallo, a partir del incumplimiento. En dicha fase se tasará el lucro cesante posterior al planteamiento de esta demanda, conjuntamente con las accesorias de ley.

TERCERO: Que por así haberlo ofrecido y haber actuado maliciosamente, **la demandada 1** debe resarcirme también los ochenta y siete mil quinientos colones mensuales por no entrega oportuna del local, desde la fecha en que debieron hacerlo, 4 de octubre de 1993, y hasta que se declare la imposibilidad de entrega. Al momento de plantearse esta demanda -febrero de 1995- se adeuda por ese renglón la suma de **UN MILLON CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES,** más los intereses de mora a liquidar en ejecución de fallo. En dicha vía se reclamarán también las sumas que resultaran derivadas de este renglón. **CUARTO:** Que se declare la invalidez y/o ineficacia de la oferta real realizada el día 30 de mayo de 1994 por la Notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, comisionada por **la demandada 1,** oferta

posteriormente tramitada ante la Alcaldía Sexta Civil de San José, expediente número [...]. Se impondrán los costos de la oferta a cargo de la depositante. **QUINTO:** Que son ambas costas del proceso a cargo de la vencida. **TERCERA PRETENSION SUBSIDIARIA:** Aunque nuestras peticiones previas tiene sólido respaldo, debemos cubrir el mínimo de responsabilidades que **la demandada 1** ha admitido públicamente. En consecuencia, de no prosperar ninguna de nuestras anteriores peticiones, pedimos se declare: **PRIMERO:** La eficacia de la oferta real de pago realizado a mi favor el día 30 de mayo de 1994 por **la demandada 1**, tramitada posteriormente ante la Alcaldía Sexta Civil de San José, expediente número [...]. **SEGUNDO:** Que son ambas costas a cargo de **la demandada 1**". (sic)

2°.- Las demandadas contestaron negativamente y opusieron las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación y prescripción. Asimismo, las excepciones previas de caducidad y cláusula compromisoria, las cuales fueron resueltas interlocutoriamente.

3°.- La **demandada 1** en su escrito de contestación, contrademandó a la actora, para que en sentencia se declare: "...Pretensión principal: a) Que la **demandada 1** ejerció válidamente su derecho de disponer del edificio que le perteneció conocido como [...]. b) Que la venta celebrada entre la **demandada 1 y demandada 2** de la finca inscrita al folio real, Partido de San José, [...] es válida y eficaz, siendo la propietaria de ese edificio **la demandada 2** c) Que se declare resuelto el compromiso firmado entre mi representada y **la actora** ante los notarios Eduardo Ortiz Ortiz y María del Rocío Valverde Gallegos de fecha 3 de diciembre de 1992, por ser

jurídicamente imposible el cumplimiento de la obligación, al dejar de ser **la demandada 1**, la propietaria del inmueble y ser la obligación ahí indicada personal y no real. Además el edificio fue válidamente arrendado a otra sociedad. d) Que se condene **a la actora** al pago de ambas costas de esta acción. Pretensión Subsidiaria: ...a) Se fije como indemnización por el derecho de llave y los daños ocasionados a **la actora** una suma justa y razonable de acuerdo a las características del local, el negocio ejercido por **la actora**, considerando para ello la actividad que desarrollaba y los ingresos obtenidos, de acuerdo con los estados financieros y las declaraciones de los impuestos de renta y ventas que reportó a Tributación Directa en los últimos cinco años. b) Que se condene a **la actora** al pago de ambas costas de esta acción.”.

4°.- La actora-reconvenida contestó la contrademanda negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho, así como falta de legitimación ad causam activa y pasiva.

5°.- La juez Tatiana Brenes Arias, en sentencia N° 239-01, de las 15 horas del 27 de marzo del 2001, **resolvió:** “Se rechazan las excepciones de FALTA DE DERECHO, FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA Y PRESCRIPCION opuestas por el demandado. Se declara **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda, entendiéndose denegada en lo no concedido expresamente. Se declara: A) Que es **SIMULADA** la venta que la **demandada 1** realizó a favor de **la demandada 2** del inmueble inscrito en el Registro Público de la Propiedad, Sección Propiedad, Partido de San José, bajo la matrícula [...], situado entre avenida central y calle uno, distrito cuarto, cantón uno, conocido como [...]; consecuentemente nula la escritura de traspaso número diecisiete otorgada en el Protocolo tres de la notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, a las dieciséis

horas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. B) Que es nulo por extensión de los efectos de la simulación el contrato de arrendamiento celebrado entre **la demandada 2 y la demandada 3**, según consta de la escritura número nueve, tomo primero, de la notaria Amada Viales Gutiérrez, de las doce horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. C) Que la **demandada 2 y la demandada 3** responden solidariamente con **la demandada 1** de los daños y perjuicios ocasionados a la actora. D) Que producto del contrato celebrado entre la actora y la **demandada 1** el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y dos, y el incumplimiento de ésta última, frente al cumplimiento de la actora, debe pagarse a esta última la cláusula penal correspondiente a OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES, desde el momento en que **la demandada 1** debió ponerla en posesión de los locales hasta que se situó en imposibilidad de hacerlo, más los intereses legales, a liquidar en ejecución de fallo. La cláusula penal corre **del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y tres al veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, que en meses y fracciones equivale a OCHO MESES a razón de OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES por mes.** E) Que debe cancelarse a la actora por concepto de derecho de llave la suma equivalente a SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL COLONES de enero de mil novecientos noventa y tres, por tratarse de una obligación de valor, lo cual deberá calcularse en ejecución de sentencia. No ha lugar a conceder LUCRO CESANTE ni la REINSTALACION de la actora. No ha lugar a exigir la inscripción de la propiedad [...] de la Provincia de San José, a nombre de **la demandada 1**. Sin lugar la contrademanda en todos sus extremos, salvo en cuanto

pretende subsidiariamente se fije una indemnización justa para la actora. Con lugar la excepción de FALTA DE DERECHO opuesta por la actora reconvenida y sin lugar las excepciones de FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA y PASIVA. Son las costas procesales y personales de la demanda y contrademanda, a cargo de **las demandadas 1, 2 y 3.**”.

6°.- Ambas partes apelaron y el Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, integrado por los Jueces, Liana Rojas Barquero, Stella Bresciani Quirós, Juan Carlos Brenes Vargas, en sentencia N° 048 de las 9 horas 5 minutos del 28 de febrero del 2003, **dispuso:** “Se rechaza la nulidad alegada por los apoderados de las demandadas. Se modifica la sentencia apelada, respecto al monto fijado por concepto de indemnización por **DERECHO DE LLAVE**, que se establece en la suma de **SIETE MILLONES DE COLONES**. Se revoca parcialmente la sentencia apelada en lo dispuesto sobre lucro cesante, que lo denegó, para en su lugar disponer que sí es procedente su indemnización, a cargo de las tres empresas accionadas como responsables solidarias, y se fija su monto en la suma prudencial de **CINCO MILLONES DE COLONES**. En lo demás que fue objeto de recurso, se confirma.”.

7°.- El licenciado Horacio Mejías González, en su expresado carácter, formula recurso de casación por la forma y fondo. Estima violados los artículos 99, 153, 155 del Código Procesal Civil; 9, 10, 11, 21, 22, 702, 704, 708, 714, 1023, todos del Código Civil y 41 de la Constitución Política.

8°.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado González Camacho; y,

CONSIDERANDO

I.- La actora arrendaba a **la demandada 1** cinco locales comerciales, ubicados en la finca matrícula [...] de la Provincia de San José, los cuales dedicaba a la venta de artesanía. El 24 de julio de 1992, la entonces propietaria del inmueble, **demandada 1**, le hizo formal solicitud de desalojo con el objeto de remodelar la construcción. El 3 de diciembre de 1992, la propietaria de los locales y **la actora**, firmaron un acuerdo debidamente escriturado en el protocolo del notario Eduardo Ortiz Ortiz, donde pactaron que **la actora** entregaría a la propietaria los locales que ocupaba, a fin de que se realizara una reestructuración total del edificio. Por su parte, la dueña se comprometía a concluir las obras a más tardar el 4 de octubre de 1993. Además, estipularon que una vez finalizados los trabajos se le entregarían a **la actora** los locales 4, 5 y 17, conforme a los planos de la reestructuración; en caso de incumplimiento pactaron una cláusula penal en la que la **demandada 1** se obligó a pagarle la suma de ₡87.500,00 colones por mes o fracción de atraso en la entrega. El 27 de mayo de 1994, **la demandada 1** vendió la propiedad en discusión a la **demandada 2** [...] en lo sucesivo). La remodelación fue concluida el 1 de noviembre de 1994, y el inmueble fue alquilado a **la demandada 3**. Posteriormente, el bien fue adquirido por **N. S.A.**

II.- La actora plantea el presente proceso ordinario contra **demandada 1, demandada 2 y demandada 3**. Solicita como **petitoria principal** se declare: **a)** nula, inválida, inexistente e ineficaz la venta del inmueble inscrito en el Registro Nacional, Partido de San José, matrícula N° [...], hecha por la **demandada 1** a favor de **demandada 2**, la cual consta en escritura N° 17 de las 16 horas del 27 de mayo 1994 del protocolo tercero de la notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, indica que dicho

bien debe quedar inscrito a nombre de **la demandada 1**; **b)** nula, inválida, inexistente e ineficaz la cesión en cuanto señala "Sin que tome nota el Registro. La vendedora cede a favor de la compradora, quien acepta, los planos constructivos, permisos y demás derechos de construcción (...) Cualquier reclamo que se presente con motivo de este traspaso, será responsabilidad exclusiva de la vendedora."(folio 50); **c)** la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la citada escritura; **d)** el cumplimiento de su parte al entregar los locales, tal como fue pactado en el contrato celebrado con **la demandada 1**, el 16 de diciembre de 1992 (ante el notario Ortiz Ortiz escritura número 67, del tomo 36 de su protocolo); **e)** el incumplimiento malicioso de **la demandada 1** al no entregarle los locales en la fecha estipulada; **f)** nunca le fueron entregados los locales, por ser ocupados por **la demandada 1 y/o demandada 3**; **g)** la obligación de **la demandada 1** a entregarle los locales 4, 5 y 17; **h)** el pago: de la cláusula penal desde 4 de octubre de 1993 hasta la entrega real de los locales, del lucro cesante y de ambas costas; **i)** nulo por ser simulado el contrato de arrendamiento a favor de la **demandada 3**; **j)** la responsabilidad solidaria de las demandadas al pago de los daños y perjuicios ocasionados. De forma subsidiaria formula tres pretensiones. **Primera**, en el caso de resultar imposible la entrega de los locales, peticiona: **a)** se inscriba el inmueble objeto de esta litis a nombre de **la demandada 1** al ser nula la venta realizada a favor de **la demandada 2**; **b)** se le pague la cláusula penal, el derecho de llave, el lucro cesante y ambas costas del proceso; **c)** se declare la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito entre la **demandada 2 y la demandada 3**; **d)** se obligue a todos los demandados a pagar de forma solidaria los daños y perjuicios. **Segunda**, si

no se acepta la nulidad de la venta y del arrendamiento, ruega se decrete el incumplimiento del contrato suscrito con la **demandada 1**, por falta de esta última; se le paguen los daños y perjuicios (derecho de llave y lucro cesante), la cláusula penal y las costas. **Tercera**, se declare eficaz la oferta real de pago realizada a su favor, el 30 de mayo de 1994 por la **demandada 1** y tramitada posteriormente en la Alcaldía Sexta Civil, expediente número [...], así como el pago de las costas. Las demandadas **contestaron negativamente**, opusieron las excepciones de caducidad, cláusula compromisoria, falta de derecho, de legitimación y prescripción; las dos primeras fueron rechazadas interlocutoriamente. La **demandada 1**, **contrademandó** para que se declare que: a) ejerció válidamente su derecho de disponer del edificio que le perteneció conocido como la **demandada 1**; b) la venta celebrada entre ella y la **demandada 2** de la finca N°[...] es válida y eficaz siendo propietaria esta última; c) la resolución del compromiso firmado entre las partes del 3 de diciembre de 1992 por imposibilidad de cumplimiento al dejar de ser propietaria del inmueble y al ser una obligación personal y no real; d) la condena en costas a la reconvenida. De forma **subsidiaria** pide se fije como indemnización por el derecho de llave y los daños y perjuicios ocasionados a **la actora** una suma justa y razonable de acuerdo a las características del local; se le condene al pago de ambas costas de la acción. La actora reconvenida **contestó negativamente** y opuso las excepciones de falta de derecho y de legitimación activa y pasiva.

III.- El Juzgado rechazó las excepciones opuestas por las demandadas. Declaró parcialmente con lugar la demanda en los siguientes términos: "A) Que es

SIMULADA la venta que la **demandada 1** realizó a favor de **la demandada 2** del inmueble inscrito en el Registro Público de la Propiedad, sección Propiedad, Partido de San José, bajo la matrícula [...], situado (...); consecuentemente nula la escritura de traspaso número diecisiete otorgada en el Protocolo tres de la notaria Ana Lorena Gutiérrez Antonini, a las dieciséis horas del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. B) Que es nulo por extensión de los efectos de la simulación el contrato de arrendamiento celebrado entre la **demandada 2 y la demandada 3**, según consta de la escritura número nueve, tomo primero, de la notaria Amada Viales Gutiérrez, de las doce horas del tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro. C) Que **la demandada 2 y la demandada 2** responden solidariamente con la **demandada 1** de los daños y perjuicios ocasionados a la actora. D) Que producto del contrato celebrado entre la actora y **la demandada 1** el dieciséis de diciembre del mil novecientos noventa y dos, y el incumplimiento de ésta última, frente al cumplimiento de la actora, debe pagarse a esta última la cláusula penal correspondiente a OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES, desde el momento en que **la demandada 1** debió ponerla en posesión de los locales hasta que se situó en imposibilidad de hacerlo, más los intereses legales, a liquidar en ejecución de fallo. La cláusula penal corre **del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y tres al veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, que en meses y fracciones equivale a OCHO MESES a razón de OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES por mes.** E) Que debe cancelarse a la actora por concepto de derecho de llave la suma equivalente a SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL COLONES de enero de mil novecientos noventa y

tres, por tratarse de una obligación de valor, lo cual deberá calcularse en ejecución de sentencia. No ha lugar a conceder LUCRO CESANTE ni la REINSTALACIÓN de la actora. No ha lugar a exigir la inscripción de la propiedad OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTIDÓS de la Provincia de San José a nombre de **la demandada 1**. Sin lugar la contrademanda en todos sus extremos, salvo en cuanto pretende subsidiariamente se fije una indemnización justa para la actora. Con lugar la excepción de FALTA DE DERECHO opuesta por la actora reconvenida y sin lugar las excepciones de FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA y PASIVA. Son las costas procesales y personales de la demanda y contrademanda, a cargo de las **demandadas 1, 2 y 3**.”(folios 757-759) Por su parte, el **Tribunal** al conocer de la apelación formulada por las partes, rechazó la nulidad alegada por los apoderados de las demandadas. Modificó la sentencia, respecto al monto concedido como indemnización por el derecho de llave, estableciéndolo en la suma de ₡7.000.000,00. Revocó parcialmente lo dispuesto sobre lucro cesante, para en su lugar conceder su pago de forma solidaria a cargo de las tres empresas demandadas, fijándolo prudencialmente en ₡5.000.000,00. Confirmó en lo demás. Inconforme la actora interpone recurso de casación por razones procesales y de fondo.

RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES PROCESALES

IV.- Como **único** vicio de esta especie, alega **incongruencia**. Aduce que en la sentencia no se resolvieron todos los puntos en la forma que fueron deducidos en la demanda. Señala infracción de los artículos 99, 153 y 155 todos del Código Procesal Civil. Manifiesta que solicitó en la petitoria principal, extremo sétimo, el reintegro real y

efectivo de los locales comerciales, junto con otros ruegos. Mientras que en la petitoria subsidiaria primera, afirma que en caso de declararse la nulidad del traspaso y del contrato de arrendamiento, pero resultare absolutamente imposible entregar los locales comerciales, se declare procedente los extremos petitorios de la primera petitoria subsidiaria. Se muestra inconforme respecto de la sentencia de primera instancia, porque le otorgó parte de la petitoria principal y parte de la primera subsidiaria, lo cual aduce, incumple con el deber de congruencia. En su criterio, al no otorgarse el ruego principal en la forma solicitada, ya que no se permitió la entrega de los locales por aparecer como dueño registral un tercero que no fue llamado a juicio; el Juez debió analizar la procedencia o no, de la primera petitoria subsidiaria. Menciona que en la petitoria subsidiaria primera se solicita se declare la nulidad, invalidez, inexistencia e ineficacia del traspaso del inmueble de **la demandada 1 a la demandada 2** y del contrato de arrendamiento con **la demandada 3**, el pago de los daños y perjuicios. Agrega que los daños y perjuicios consisten en la cláusula penal vigente desde la fecha en que debieron entregarse los locales (4 de octubre de 1993) hasta que se declare su imposibilidad, más los intereses correspondientes; el pago del derecho de llave y del lucro cesante. Sin embargo, apunta, el Juez de primera instancia le concedió los dos primeros extremos y rechazó el tercero. Por su parte, el Tribunal, modificó el quantum del derecho de llave, y concedió ¢5.000.000,00 por concepto de lucro cesante, confirmando en lo demás. Considera que el *ad quem* incurrió en error al omitir pronunciamiento acerca de los intereses reclamados sobre la suma otorgada por lucro cesante. Reitera que el Tribunal debió desestimar la petitoria principal, al no

reintegrarse los locales a la actora; y en consecuencia analizar la primera petitoria subsidiaria.

V.- La incongruencia como reiteradamente lo ha señalado esta Sala estriba en la falta de relación entre lo pedido por las partes, no a lo largo del proceso, sino en sus escritos de demanda o contrademanda, como en sus respectivas contestaciones, y lo resuelto en el fallo; no porque en éste se decida algo diferente a lo querido en el fuero interno de los litigantes, sino porque se omite pronunciamiento sobre algún extremo sometido a debate, o se otorga más de lo pedido, o porque lo resuelto no guarda correspondencia con lo peticionado, o porque contiene disposiciones contradictorias. En el caso bajo examen, como lo señala la propia recurrente, lo otorgado por el Tribunal corresponde a lo peticionado, el hecho de que no se aceptaran los pedimentos en la forma querida por la actora, no implica de ningún modo incongruencia. Tocante a la omisión de pronunciamiento acerca del rubro de intereses sobre el monto otorgado por lucro cesante, conviene indicar, que si bien la recurrente los peticionó en la demanda, el Juzgado los descartó al negar dicho extremo (folio 759). En la apelación, el reproche de la recurrente se limitó a solicitar el pago del lucro cesante, excluyendo los intereses sobre el mismo. Concretamente, la apelante al formular ese recurso señaló: "*Protesto también como agravio la denegatoria del lucro cesante, pues el argumento que da el Juzgado, es en realidad inadmisibile, (...)La lógica nos enseña, y así lo ha recogido nuestra jurisprudencia, que cuando no se tienen elementos de juicio para cuantificar los perjuicios –PERO SI LA CERTEZA DE QUE EXISTIERON- los mismos deben regularse prudencialmente por el juzgador.*" (folios 811- 812). El Tribunal, atendiendo a ese

pedimento, revocó parcialmente *“la sentencia apelada en lo dispuesto sobre lucro cesante, que lo denegó, para en su lugar disponer que sí es procedente su indemnización, a cargo de las tres empresas accionadas como responsables solidarias, y se fija su monto en la suma prudencial de cinco millones de colones.”* (folio 863), por ende no incurrió en ningún vicio con tal pronunciamiento. De todas forma, si el fallo de segunda instancia fue omiso en ese extremo, debió la ahora casacionista pedir adición de la sentencia, como no lo hizo se conformó con lo resuelto. Atendiendo a lo expuesto, corresponde rechazar el recurso por razones procesales.

RECURSO POR RAZONES DE FONDO

VI.- Acusa violación directa de ley por falta de aplicación o indebida aplicación. En concreto, se refiere a los numerales 9, 10, 11, 21, 22, 702, 704, 708, 714 y 1023 todos del Código Civil y 41 Constitucional, los cuales se pueden agrupar en dos cargos acorde con la exposición planteada por el casacionista. **Primero**, aduce quebranto de los artículos 708 y 714 ambos del Código Civil por falta de aplicación. Reclama la vigencia de la cláusula penal hasta la sentencia que declara la imposibilidad de entregar los locales a la actora. Manifiesta que en los hechos probados (seis y siete) consta el acuerdo realizado con **la demandada 1** atinente a la entrega de los locales el 4 de octubre de 1993; y el establecimiento de una cláusula penal, en la cual **la demandada 1** se comprometió a pagarle ₡87.500,00 por cada mes de atraso. Posteriormente, el 27 de mayo de 1994, el inmueble fue vendido a la **demandada 2**. Aduce que la **demandada 1** colusionó con **la demandada 2** para simular el traspaso del inmueble, por tal razón, ese acto y el contrato de arrendamiento hecho con la **demandada 3**

fueron declarados nulos. Ello significa, dice la recurrente, que las codemandadas actuaron con el propósito de liberar a la codemandada de la cláusula penal porque el incumplimiento ya había operado. Su inconformidad en lo medular, se refiere a que el Tribunal limitó el pago de la cláusula penal hasta la fecha del traspaso a la **demandada**

2. Decisión, en su criterio, contradictoria, ya que por una parte declaró nulo el contrato de venta y; por la otra le dio eficacia, al limitar la indemnización a la fecha de celebración de ese contrato, vulnerando el principio de que la sentencia es una unidad lógica-jurídica. Reitera que es hasta el dictado de la sentencia cuando se determina que el contrato entre la **demandada 1 y la demandada 2** es nulo, y se observa la imposibilidad de cumplimiento, al pertenecer el bien a un tercero. Así las cosas, considera que la indemnización cesa cuando el fallo adquiere firmeza, tal y como lo solicitó en la petitoria subsidiaria primera, la cual deberá liquidarse en ejecución de sentencia junto con los intereses legales. **Segundo**, acusa vulnerados los artículos 9, 10, 11, 21, 22, 702, 704, 1023 del Código Civil, por no aceptarse que los daños y perjuicios son obligaciones de valor, afectas a indexación. Menciona que las sociedades demandadas le causaron daños (cercenaron su derecho de llave) y perjuicios (lucro cesante), extremos que fueron rogados en la primera petitoria subsidiaria. En la sentencia impugnada, señala, le fueron reconocidos siete y cinco millones de colones respectivamente. Refiere que en el considerando XII de la sentencia de primera instancia, la condenatoria de siete millones quinientos mil colones de 1993, por ser una obligación de valor debe calcularse en ejecución del fallo, añade que en la expresión de agravios en segunda instancia, explicó cómo traer los colones del 93 al valor presente.

Considera que la solución dada por el Tribunal es desacertada, al indicar que su ruego significa indexación, lo cual no está permitido por el Ordenamiento Jurídico; y que la misma sólo puede nacer por convenio, apoyándose en fallos de esta Sala, sin embargo, no modifica la parte dispositiva de la sentencia apelada que lo obliga a reclamar infracción de los artículos 9, 10, 21 y 22 del Código Civil. Sostiene que la indemnización de daños y perjuicios es una obligación de valor, por lo que resulta equívoco lo estipulado en el considerando XII. En sustento a su dicho cita una serie de fallos de esta Sala donde se distingue entre obligaciones de valor y dinerarias. Agrega, que el **ad quem** también erró en el otorgamiento de la suma que concede en el considerando XIII por lucro cesante, al no indicar que es una obligación de valor, irrespetando así los artículos 9, 10, 11, 702, 704 y 1023 todos del Código Civil. Concluye, los daños y perjuicios son obligaciones de esa naturaleza, por ende, deben traerse a su precio actual o indexarse para que la indemnización no resulte afectada por la inflación. Si no se acepta la indexación, aduce, se lastimaría la equidad al beneficiar económicamente al moroso en el pago, contraviniendo lo preceptuado en el ordinal 41 Constitucional.

VII.- La casacionista pretende se le pague lo acordado en la cláusula penal hasta la firmeza de la sentencia que declara la nulidad del contrato de venta del inmueble, y no hasta la fecha de ese traspaso como lo dispuso el Tribunal. Protesta violación directa de los ordinales 708 y 714 del Código Civil para modificar la sentencia recurrida. El primero de esos artículos se refiere al efecto de la cláusula penal, cual es determinar con anticipación y a título de multa, los daños y perjuicios debidos al acreedor, por el deudor que no ejecute su obligación o que lo haga de manera

imperfecta. Mientras que el segundo numeral, dispone el caso en que procede el cumplimiento de dicha cláusula. No obstante el enfoque que el recurrente da a su alegato, es lo cierto que su argumentación gira no alrededor de una violación directa sino indirecta, en cuanto se da valor al traspaso del inmueble, para efectos de dar término al cómputo de la cláusula penal, cuando por otro, se ha declarado su simulación. Esta circunstancia impide a la Sala examinar el cargo, pues aunque la denominación que a él se otorgue, cede ante su contenido real, entre una y otra infracción existen requisitos de admisibilidad de preceptivo acatamiento, que de no cumplirse, provocan el rechazo ad portas del recurso, ya sea en forma total o parcial. Así las cosas, tratándose de una violación indirecta, debió citarse en elemento probatorio conculcado con explicación e las razones, así como la norma relativa al valor probatorio de dicho documento y desde luego, la norma o normas de fondo infringidas con tal despropósito. Empero, nada de ello se hizo, situación que obliga al rechazo del cargo, tal y como ahora se dispone. En todo caso, como razonamiento adicional, cabe agregar que, aún dándole el tratamiento de violación directa, no se han vulnerado las normas de cita, ya que la figura como tal fue aplicada, no hubo desconocimiento de su existencia, pues así lo reconoció el Tribunal cuando indicó que: *“Comparte este Tribunal el criterio externado por la autoridad a quo, de que como esta empresa no cumplió el contrato, pues en vez de hacer entrega de los locales, procedió a la venta del inmueble, simuladamente, y no es posible reinstalar a la actora, porque en estos momentos el edificio pertenece a un tercero, que se presume adquirió de buena fe, **la cláusula penal pactada debe ser pagada desde que debió entregarse los locales hasta***

el momento en que se situó en imposibilidad de cumplimiento."(folios 860 y 861) (el destacado no es del original). El problema entonces, no gira en torno a existencia y validez, aspectos que regulan las normas referidas, sino a su extensión en el tiempo, de acuerdo con la relevancia o no que se dé al traspaso del inmueble. Un traspaso que aunque jurídicamente inexistente (por simulado), se tomó en cuenta por el Tribunal como una mera constatación fáctica en la imposibilidad material para poner a disposición de la actora los locales referidos. En consecuencia, a más de informal el recurso tampoco tendría asidero por violación directa o indirecta, motivo por el cual, el reproche debe desestimarse.

VIII.- Señala la recurrente que los daños y perjuicios traducidos en el pago del derecho de llave y del lucro cesante son obligaciones de valor, y que por tanto, deben indexarse. Es por ello que echa de menos en la sentencia del Tribunal, la caracterización del lucro cesante como una de esas obligaciones, susceptibles en consecuencia, de actualización plena. Para la definición del anterior agravio 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, por unanimidad en unos, por mayoría en otros, 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"*.(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, 518 de las 11 horas del veintiocho de agosto del 2003). 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. Lo contrario, implica infracción al fin último de la juricidad, representado, ni más ni menos, que por la Justicia. En este sentido, es preciso retomar el ajustado análisis e interpretación de la norma fundamental cuando expresamente establece que *"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes"* (artículo 41). 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 coonestar 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. De modo que, si la Constitución obliga al acreedor o lesionado a recurrir a los mecanismos que el propio Ordenamiento Jurídico establece para obtener lo que corresponda (así ha interpretado la propia Sala Constitucional la expresión "ocurriendo a las leyes". Sentencias 1979-96 y 5224-94), deberá procurarse que tales instrumentos (administrativos y jurisdiccionales) así lo dispongan. Es por ello, que la Constitución Política por virtud de los artículos 41 y 49, contempla como derecho fundamental, **la tutela judicial efectiva**, según lo ha pregonado la unívoca y diáfana jurisprudencia de la Sala Constitucional. Y si esto es así, como en efecto lo es, no cabe más que afirmar la infracción flagrante de tan elemental principio cuando no se protege o tutela de manera efectiva, eficaz y completa a quien con derecho reclama. El reconocimiento de la indexación extra-convencional viene además exigido por el derecho de igualdad, en tanto se reconoce este extremo, aún de manera oficiosa, para ciertos ámbitos de la Administración Pública. Su reconocimiento privilegiado para ciertas facetas del quehacer público, con exclusión de otras, infringiría, sin duda, el numeral 33 de la Constitución Política. Ante una misma situación, la misma solución.

IX.- Ahora bien, dejando por sentada la procedencia de la indexación extraconvencional, es pertinente establecer la naturaleza jurídica de las obligaciones ya declaradas en la sentencia que se recurre, determinando, después de ello, la susceptible aplicabilidad del mecanismo indexatorio sobre éstas. Conviene por tanto señalar que la indemnización concedida en lo relativo al derecho de llave, constituye en efecto una típica obligación de valor, tal y como lo dispuso el Juzgado de instancia, criterio que debe entenderse ratificado por el Tribunal de alzada en cuanto confirmó el fallo emitido por dicha autoridad. E igual ocurre con el lucro cesante, que deviene como efecto ocasionado por la actividad dañosa, y cuya compensación indemnizatoria no hace más que **valorar** económicamente aquello que se dejó de recibir. Ambos extremos escapan por tanto a los límites de una estimación pecuniaria establecida en el libelo de demanda, y ambas quedan, por mayoría de razón, sujetas a la reparación patrimonial actualizada. Dicho en otros términos, este tipo de obligaciones (de valor) tienen un contenido intrínsecamente ajustable a precio o valor presente, pues esencialmente buscan la equiparación económica de un bien que no puede ser restituido *in natura*. Esa es precisamente la razón por la que esta misma Sala ha concedido intereses moratorios para ellas, tan sólo a partir de la sentencia firme (a modo de ejemplo pueden verse las sentencias de esta misma Sala N° 49 de 9:00 hrs. del 21 de junio de 1995; la N° 136-F-98 del 18 de diciembre de 1998 y N° 623-F-00 a las 12 hrs. 20 minutos del 25 de agosto del 2000). Siendo esto así, es difícil hablar de indexación frente a obligaciones de valor, pues ha de reiterarse, que la condena indemnizatoria establecida en ellas lo será (en principio) a valor presente. 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, sin exclusión, claro está, de los perjuicios correspondientes, pues ha de quedar claro que se trata de extremos diferentes e independientes. 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 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. Así estará afectada a la regla general indicada, bajo parámetros de concreción de muy diversa índole, dentro de los cuales el más conveniente y razonable, está representado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), criterio que además de ajustable de acuerdo con diversos factores de la realidad, es establecido por la más importante entidad estatal rectora en materia financiera.

X.- Establecido lo anterior, resulta imperativo agregar que en el estado actual del Ordenamiento Jurídico, todo el régimen de la pretensión sigue permeado en mucho y en mayoría, por el principio dispositivo, sobre todo en lo que atañe a los derechos disponibles, que son los regidos, en última instancia, por el principio de la autonomía de la voluntad. Y este aspecto resulta de capital importancia en el caso bajo análisis, ya

que, en el estado actual de cosas, el reconocimiento de la indexación, para las obligaciones y en los términos anteriormente dichos, lo será, siempre que, se haya dado un requerimiento expreso de la parte en su pretensión oportuna; de lo contrario, su reconocimiento provocaría la incongruencia del fallo estimatorio, con la súbita nulidad de lo dispuesto. Es por esta y última razón, por la que el recurso en este extremo también debe ser denegado, toda vez que en la pretensión esgrimida en la demanda, la parte actora nunca solicitó el aspecto de comentario, el que con vehemencia requiere luego de sobrevenida la sentencia de primera instancia.

XI.- Así las cosas, corresponde declarar sin lugar el recurso con sus costas a cargo de quien lo interpuso de conformidad con el ordinal 611 del Código Procesal Civil.

POR TANTO

Se declara sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de quien lo formuló.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

**Kattia
Rec. 179-03**

N° 016

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.- San José, a las diez horas cincuenta minutos del veinticinco de enero de dos mil seis.-

En el proceso ORDINARIO establecido en el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DE SAN JOSE bajo el expediente número 95-000223-181-CI, por **la actora** contra la **demandada 1, demandada 2 y demandada 3**, en virtud de apelación con nulidad concomitante interpuesta por el actor; y por la parte demandada, conoce este Tribunal de la resolución de las once horas veinte minutos del ocho de abril del año pasado, la cual dispuso: "... De conformidad con lo expuesto, se aprueban los intereses en la suma de las el total de los intereses anteriores es la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN COLONES, pero en vista de que el actor lo limita a la suma de UN MILLÓN CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN COLONES y las costas personales se fijan en la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS COLONES CON SETENTA Y CINCO CÉNTIMOS y las costas procesales se fijan en la suma de SETENTA Y SEIS MIL COLONES CON QUINIENTOS SESENTA COLONES."

REDACTA el Juez BRENES VARGAS; y,

CONSIDERANDO:

I.- Se adiciona la resolución apelada con el siguiente elenco de hechos probados: a) Que según sentencias de primera y segunda instancia, se condenó a las demandadas a pagarle, en forma solidaria, a la actora, la suma de setecientos mil colones por concepto de cláusula penal correspondiente al pago de ocho mensualidades, y así expresamente se dispuso: "La cláusula penal corre del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y tres al veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, que en meses y fracciones equivale a OCHO MESES a razón de OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS COLONES por mes", y "los intereses legales, a liquidar en ejecución del fallo" (ver sentencia de primera instancia a folios 732 a 759, y sentencia de segunda instancia a folios 849 a 862); b) De igual manera, se condenó a las accionadas a pagar a la actora, por derecho de llave la suma de siete millones de colones, y por lucro cesante la suma de cinco millones de colones, así como al pago de ambas costas del proceso (misma prueba).

II.- Recurso de apelación con nulidad concomitante de la parte actora. El licenciado Horacio Mejías González, apoderado especial judicial de **la actora**, impugna el auto de once horas veinte minutos del ocho de abril de este año, y concomitantemente pide su nulidad,

cuestionando que el juzgador de instancia no accediera a su pretensión de indexar las sumas por las que se condenó a las demandadas en forma solidaria por concepto de daños y perjuicios, consistentes en siete millones de colones por concepto de derecho de llave y cinco millones de colones por lucro cesante. Señala que como son obligaciones de valor la indexación es procedente. Cuestiona además que tampoco se accediera a su petición de reconocer intereses que se liquidan en el supuesto de que se entienda que esas obligaciones son dinerarias. Afirma que esos errores afectan el cálculo que se hace sobre las costas personales liquidadas, en suma muy inferior a lo que realmente corresponde. En criterio de este Despacho no lleva razón ese apelante en ninguno de sus asertos. El tema de la pretendida indexación está precluido, y así se estableció en la resolución de este Tribunal N° 48 de las nueve horas cinco minutos del veintiocho de febrero del dos mil tres (folios 849 a 862), que no procede. En cuanto al rechazo de la pretensión subsidiaria de pago de intereses corrientes sobre las sumas concedidas en sentencia por derecho de llave y lucro cesante, es procedente, al no haber sido concedidos en sentencia. Como de la modificación de lo dispuesto por el a quo dependería una eventual variación a favor del recurrente de lo dispuesto sobre costas personales, este extremo de la impugnación también ha de rechazarse.

III.- Recurso de la demandada. El señor Eduardo Feoli Aubert, apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa

demandada 1, también impugna lo resuelto por el a quo. Protesta la decisión de aprobar intereses sobre la cláusula penal, pues en su decir, la Juez no hace referencia al pago de intereses sobre dicha suma, por lo que su pago a partir del 27 de mayo es improcedente. Señala que aún en el hipotético caso de que los intereses sobre el monto de la cláusula penal concedida fueran procedentes, las costas personales están mal calculadas porque sumando el monto de capital y el de intereses, daría la suma de trece millones ochocientos ochenta y cinco mil trescientos treinta y un colones, por lo que en aplicación del Decreto Ejecutivo N° 20307-J, asciende a un millón setecientos treinta y ocho mil quinientos treinta y tres colones con diez céntimos, y no la suma concedida en el auto recurrido. Por ello pide revocar lo dispuesto, calculando los intereses sobre el monto concedido por concepto de cláusula penal a partir de la firmeza del fallo, y posteriormente adecuar las costas personales. Considera este Tribunal que respecto del primer motivo de disconformidad, no lleva razón ese recurrente. Como se ha tenido por acreditado, la sentencia de primera instancia aparte del monto que por cláusula penal concedió, otorgó los "intereses legales a liquidar en ejecución del fallo", extremo que no fue variado por éste órgano ad quem. Como se trata de una obligación dineraria, la forma en que se determinaron los intereses en la resolución apelada es correcta, y por ende, procede impartir su confirmación a ese extremo. Por otra parte, tomando en cuenta el total de las sumas a las que se condenó a esa parte, que ascienden a trece millones ochocientos treinta y

cinco mil trescientos treinta y un colones, el monto de honorarios a conceder, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 20307-J, aplicable al caso, es de un millón setecientos treinta y ocho mil quinientos treinta y tres colones con diez céntimos, como lo señala el recurrente, por lo que procederá modificar en ese sentido la resolución apelada.

POR TANTO:

No ha lugar a disponer la nulidad pedida concomitantemente en el recurso de apelación la parte actora. Se modifica el monto concedido por costas personales en la suma de un millón ochocientos dieciséis mil trescientos treinta y dos colones con setenta y cinco céntimos, para en su lugar fijar la cantidad de un millón setecientos treinta y ocho mil quinientos treinta y tres colones con diez céntimos. En lo demás, se confirma la resolución apelada.

Liana Rojas Barquero