

**EXP: 287-01**

**RES: 000475-C-01**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-** San José a las catorce horas cuarenta minutos del veintisiete de junio del año dos mil uno.

Excepción de incompetencia formulada por el **demandado 2**, dentro del proceso arbitral de **la actora** contra la **demandada 1** y el indicado **demandado 2**.

Conoce esta Sala del recurso formulado por la actora en ese proceso contra la decisión del Tribunal arbitral que acogió dicha excepción, y

**Redacta el Magistrado Montenegro Trejos; y,**

**CONSIDERANDO:**

**I.-** El 29 de junio de 1997, la **actora**, en adelante conocida por las siglas [...]; el “**Grupo C.**”, integrado por **E., C. y R.**; el **demandado 2** y el **demandado 1**, suscribieron un acuerdo denominado de “**Codesarrollo, Financiamiento y Distribución de Acciones**”, cuyo objetivo era terminar de financiar, construir y poner en operación el proyecto hidroeléctrico Doña Julia. Conforme a sus términos, en lo que aquí interesa, se estipuló que el costo total del proyecto sería de \$34.000.000, de los cuales \$24.800,00 corresponderían al contrato “E.P.C.”, que seguidamente se describirá, contrato este último que se obligaron a concertar con **la demandada 1**. Incluso se dispuso que ambos contratos debían firmarse a un propio tiempo, lo que al parecer ocurrió, aunque las fechas de cada uno sean diferentes. El **demandado 2** se obligó a obtener el capital o el financiamiento para la construcción, estableciéndose que si no lo lograba, podía darse por terminado el referido E.P.C., sin responsabilidad de **la actora** como retribución por obtener el capital o el financiamiento el **demandado 2** recibiría un 14% de las acciones de la indicada empresa hidroeléctrica.

II.- En consonancia con lo anteriormente pactado, el 1 de julio de 1997 la indicada **actora** convino con **la demandada 1.**, un contrato de Ingeniería, Suministro y Construcción, destinado a diseñar, llevar a cabo la ingeniería, construir, operar inicialmente y poner en marcha el proyecto hidroeléctrico denominado Doña Julia, ubicado en Horquetas de Sarapiquí, contrato que en su versión en inglés es conocido como “Engineering, Procurement and construction contrac”, de donde resulta la siglatura E.P.C, bajo la cual se identifica en los documentos. En este contrato, bajo la cláusula 7.1, se estipuló lo siguiente: “En caso de que durante el plazo del contrato surgiese una disputa entre la propietaria y la contratista que no pueda ser resuelta por tales partes, tal disputa será sometida a un panel arbitral compuesto por tres miembros activos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Cada una de las partes deberá nombrar un miembro del panel, y el tercero será nombrado por acuerdo de los dos miembros nombrados por las partes. El tercer miembro actuará como presidente del Panel. Ninguna persona involucrada en la controversia puede actuar como árbitro. Si cualquiera de las partes no nombrase a un árbitro dentro de ocho días naturales después de haber recibido notificación de la otra parte comunicando el nombramiento de su árbitro y solicitándole a la otra parte que proceda a nombrar un árbitro de su elección, entonces la parte que ha nombrado y comunicado el nombramiento de su árbitro puede solicitarle al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica que nombre al miembro que corresponde a la otra parte. Si los árbitros nombrados por las partes o en representación suya no pueden nombrar al Presidente dentro de ocho días naturales contados a partir de la fecha en que el último de tales árbitros fue nombrado, entonces el Presidente del Panel será nombrado por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica a solicitud de uno de los árbitros. El Presidente deberá convocar la primera sesión del Panel dentro de los cinco

días naturales contados a partir de su nombramiento a fin de establecer los procedimientos del panel y la acción requerida por cada una de las partes, así como para determinar los honorarios respectivos. La Propietaria y la Contratista acuerdan que los fallos del Panel serán vinculantes para ambas partes y no podrán ser objeto de apelación. El fallo del Panel será tomada por mayoría simple. La presencia de por lo menos dos miembros del Panel hará que la sesión sea válida, y, por lo tanto, también hará que cualquier acuerdo tomado en tal sesión sea válido. Hasta que se dicte una resolución definitiva sobre la disputa sometida al Panel, los honorarios y los gastos de los miembros de dicho Panel serán cubiertos por partes iguales. Junto con su resolución definitiva, el Panel deberá establecer los honorarios y los gastos que cada una de las partes debe pagar. La contratista no deberá interrumpir su trabajo durante el tiempo en que el Panel se encuentre estudiando el caso.”.

III.- En la ejecución del contrato E. P. C. sobrevinieron diferencias. En concreto la empresa **actora**, al incoar el proceso arbitral contra **la demandada 1** y **el demandado 2** señala que, sin perjuicio de aclaraciones y adiciones, la controversia a dirimir versa sobre lo siguiente: a) Incumplimiento contractual en cuanto a las fechas de entrega del proyecto, b) Determinación de los montos que son en deberle por ese atraso, c) Determinación del pago en exceso hecho por **la actora** hasta por la suma de trescientos mil dólares, por una terminación anticipada del proyecto que no se cumplió; d) Reconocimiento a **la actora** de las multas impuestas por el ICE debido al propio atraso; e) Reconocimiento del monto en que **la actora** debió incurrir como consecuencia de mayores costos de inspección y administración, pagos de primas del seguro y similares; f) Reconocimiento de los costos de reparación de la línea de transmisión del proyecto que **la actora** debió asumir por incumplimientos de la contratista y por trabajos defectuosos efectuados en esa línea, g) Reconocimiento y determinación de los costos

en que debió incurrir **la actora**, por la reparación de “Quebrada Quebradón”, h) Reconocimiento y determinación de los daños causados a **la actora** relacionados con la grúa viajera y la disminución en la estructura de la Casa de Máquinas, i) Reconocimiento de los intereses adeudados a **la actora** como consecuencia de los referidos daños, como asimismo por gastos legales y costos del proceso.

**IV.-** El **demandado 2**, aduciendo que la cláusula no le obliga por no ser parte en el contrato E.P.C., formuló la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral en cuanto a ella concierne. Este Tribunal, por mayoría, la acogió, excluyéndola del proceso. Contra ese pronunciamiento interpuso recursos de revocatoria con apelación subsidiaria **la actora**, habiéndose denegado el primero y admitido el segundo para ante esta Sala.

**V.-** En el recurso bajo examen la censurante, igual que lo hizo ante el Tribunal Arbitral, arguye que el desarrollo del proyecto hidroeléctrico es un negocio complejo ejecutado en diversos contratos, donde el **demandado 2** y **la demandada 1** forman una sola unidad empresarial. Por consiguiente esas dos empresas, agrega, son solidariamente responsables en el cumplimiento de las obligaciones del contrato E. P.C., de donde finalmente colige que la cláusula arbitral insertada en éste las vincula necesariamente a ambas.

**VI.-** El arbitraje es un proceso heterocompositivo en la medida en que la decisión dirimente del conflicto es impuesta por un tercero, pero participa también de las características propias de la autocomposición, porque son las mismas partes, a través del acuerdo arbitral, las que convienen la integración del órgano, determinan sus facultades, incluso eventualmente señalan el procedimiento a seguir, y aceptan someterse a la decisión arbitral. De este modo, lo que los árbitros pueden y deben dirimir, está necesariamente vinculado a la voluntad de ellas, sin cuya concurrencia el

órgano carece de atribuciones para juzgar el caso. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 171, sobre este particular señala que la competencia de los árbitros se limita al asunto que expresamente les fuere sometido, norma armónica con lo que a su vez dispone la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No 7727 de 9 de diciembre de 1997, en sus ordinales 18, 21, 22, 23 y 39. Ahora bien, el acuerdo arbitral, aunque no está condicionado a formalidad alguna, si debe constar por escrito, y puesto que comporta una excepción a la solución judicial, es menester que la voluntad de las partes de optar por esta alternativa se infiera, inequívocamente, de sus manifestaciones o declaraciones. Estas, valga destacarlo, no necesariamente han de estar formalizadas en una cláusula. La ley de última cita, en consonancia con la doctrina más autorizada, prevé que el acuerdo pueda resultar de cualquier tipo de comunicación escrita pertinente.

**VII.-** La Sala ha admitido que si en un convenio marco se inserta una cláusula arbitral válida para todo conflicto suscitado en la ejecución del negocio descrito en el documento, salvo disposición expresa en contrario, ésta vincula incluso a las personas sobrevivientes al negocio. Esto es así, porque en principio lo general comprende a lo particular. Lo que no puede aceptarse; excepto por disposición expresa, es lo contrario, vale decir que de lo singular se acceda a lo general. En el caso bajo examen, lo identificable como convenio de orden general, es el denominado “Acuerdo de Codesarrollo, Financiamiento y Distribución de Acciones”, en el que precisamente participan varias sociedades, entre ellas la demandante y las dos demandadas. En él se norman las respectivas responsabilidades de los suscribientes y, entre otras cosas, se conviene que el contrato E. P.C se formalice con **la demandada 1**. Tocante a las obligaciones del **demandado 2**, lo expresamente estipulado es obtener

el capital o el financiamiento para la conclusión del proyecto, y en particular para financiar el costo del contrato E.P.C..

**VIII.-** Ciertamente, como lo señala el Tribunal Arbitral, no hay disposición inequívoca alguna por la que el **demandado 2**. se haya obligado más allá de financiar el contrato E.P.C.. Pero de toda suerte no hay manifestación suya clara y concluyente de que hubiese admitido la cláusula arbitral, cuya redacción misma concibe a dos partes bien singularizadas, ninguna de las cuales es el indicado **demandado 2**. El problema, de orden jurídico, sobre si hay responsabilidad del **demandado 2** por las actuaciones de **la demandada 1**, supone una plena identidad de intereses y una estructura formal concebida para ocultar esa realidad en perjuicio de los acreedores, cuestión que manifiestamente excede la competencia de un tribunal arbitral de equidad, cuya responsabilidad en el caso concreto se limita a dirimir las disputas entre el propietario y el constructor. Asumir que **el demandado 2** tuvo en el contrato E.P.C una participación mayor que la estipulada en el Acuerdo de Codesarrollo, Financiamiento y Distribución de Acciones, es ir a un tema desorbitante de lo convenido en la cláusula y por lo mismo ajeno a la competencia del Tribunal arbitral. De toda suerte, la conducta y las manifestaciones provenientes del **demandado 2**, a juicio de esta Sala, de ningún modo permiten concluir que esta persona, fuera de toda duda, haya querido corresponsabilizarse por los incumplimientos de **la demandada 1** y mucho menos consentir, frente a una diferencia, la sumisión a un arbitraje. Valga una vez más recordar que el efecto negativo de una cláusula arbitral es la renuncia a la jurisdicción común, renuncia que no puede ser simplemente implícita, sino expresa, aunque no sea formal. Aquí la renuncia, en esos términos, por parte del **demandado 2** no se ha dado, lo que obliga a confirmar el pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

**POR TANTO:**

Se confirma el pronunciamiento del Tribunal Arbitral de dos de mayo del presente año, que acoge la excepción de falta de competencia formulada por el **demandado 2.**

**Rodrigo Montenegro Trejos**

**Ricardo Zeledón Zeledón**

**Luis Gmo. Rivas Loáiciga**

**Román Solís Zelaya**

**Anabelle León Feoli**

gdc.-