

**EXP: 01-000606-163-CA**

**RES: 001019-F-2006**

**SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-** San José, a las dieciséis horas veinticinco minutos del veintiuno de diciembre del año dos mil cinco.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por el **BANCO CREDITO AGRÍCOLA DE CARTAGO**, representado por su apoderado generalísimo sin límite de suma, Gregorio Segura Coto, economista agrícola, vecino de Cartago; contra el **"ESTADO"** representado por su Procurador Tributario, licenciado Juan Luis Montoya Segura y el **BANCO CENTRAL DE COSTA RICA**, representado por su gerente Roy González Rojas, master en administración de negocios y por su subgerente Germán Rodolfo González, licenciado en ciencias económicas, ambos con facultades de apoderados generalísimos sin límite de suma. Figuran, además, como apoderados especiales judiciales del actor el Lic. Federico Mata Herrera, soltero, del Banco Central de Costa Rica, el Lic. Jeffrey Ardón Morera, vecino de Cartago y la Licda. Lilliam Mora Delgado, vecina de Grecia. Las personas físicas son mayores de edad y con las salvedades hechas casados, abogados y vecinos de San José.

### **RESULTANDO**

**1º.-** Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la parte actora estableció demanda cuya cuantía se fijó en CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO DIEZ MIL SETECIENTOS NUEVE COLONES CON DIEZ CENTIMOS, a fin de que en sentencia se declare: " anule

lo actuado por el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Costa Rica, específicamente los actos administrativos comunicados mediante oficios DRAC-77/2000, D-DRAC-C-020-2000 y las resoluciones 1139-2001 y 1193 del Ministerio de Hacienda, así como el débito de la suma de 151.110.709,10 colones que realizó el Banco Central de la cuenta que mantiene el Banco Crédito Agrícola en esa Institución, procediendo a la devolución de dichas sumas a mi representado y al reconocimiento de los intereses legales a partir del momento en que se realizó dicho débito y hasta la finalización del presente proceso; condenando a los demandados al pago de las costas procesales y personales. De manera supletoria, en caso de que se estime procedente el cobro de multas, se solicita que el monto máximo de las mismas sea fijado de conformidad con las reglas del Código Civil, hasta un 25 % de la obligación principal. También de manera supletoria, y específicamente en materia de las multas fijadas en virtud del artículo 24 del Convenio de Servicios Auxiliares, las mismas sean descargadas porque se está invocando una cláusula convencional que no es aplicable a la realidad de la situación, y subsidiariamente se solicita que las mismas sean rebajadas en la proporción al número de impulsos reales que se requieren para llenar el formulario. En estas dos últimas peticiones subsidiarias, en el caso de que sean acogidas debe condenarse a los demandados a la devolución de las sumas debitadas de más al Banco Crédito Agrícola de Cartago, y al pago de los intereses que correspondan, desde el momento en que se realizó dicho débito y hasta su efectivo pago al Banco actor; debiéndose también declarar la condenatoria en costas por la parte proporcional que haya sido cobradas de más.”

**2°.-** Ambas partes contestaron negativamente la demanda, el representante del Banco Central de Costa Rica opuso las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa y pasiva y la genérica de sine actione agit y el representante estatal la excepción de falta de derecho.

**3°.-** La Jueza, Licda. Ileana Isabel Sánchez Navarro en sentencia No. 280-2004 de las 08 horas del 25 de marzo del 2004, dispuso: "Se rechazan las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y la genérica de sine actione agit, en lo que comprende de las primeras, y se acoge la excepción de falta de derecho, todas éstas, interpuestas por él representante del Banco Central de Costa Rica. Se rechaza la excepción de falta de derecho formulada por el representante estatal, y se acoge parcialmente la demanda en lo que expresamente se dirá, entendiéndose denegada en cuanto al resto, Se (sic) anula la resolución N°1139-2001 de las nueve horas diez minutos del once de junio del año dos mil uno, dictada por el Ministro de Hacienda, en cuanto establece a cargo de la actora, una sanción por entrega tardía de fondos por la suma de ciento cuarenta y siete millones trescientos sesenta y cinco mil ochocientos nueve colones con cinco céntimos, determinándose el monto de la sanción en dieciséis millones trescientos dieciséis mil ochocientos sesenta y siete colones con treinta y cinco céntimos. Deberá la Administración demandada, devolver a la actora el monto cobrado en exceso, esto es, la suma de ciento treinta y un millones cuarenta y ocho mil novecientos cuarenta y un colones con setenta y cinco céntimos, y sus intereses legales, desde el diez de octubre del año dos mil uno, y hasta su efectivo pago, los cuales deberán ser

liquidados en ejecución de sentencia. Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas. ”

**4°.-** Inconforme con lo resuelto, el representante estatal apeló y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, integrado por los jueces Elvia Elena Vargas Rodríguez, Joaquín Villalobos Soto y Ana Isabel Vargas Vargas, en sentencia N°532-2004 de las 10 horas 35 minutos del 27 de octubre del 2004, dispuso: “Se corrige la sentencia apelada únicamente en cuanto declara sin lugar la excepción de falta de derecho, para en su lugar acogerla parcialmente. En lo demás se confirma”

**5°.-** El licenciado Juan Luis Montoya Segura, en su expresado carácter formula recurso de casación por el fondo. Alega violación de los numerales 712 del Código Civil y los artículos 57, 80, 80 bis y 81 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, 23, 24 y 25 del Convenio de Servicios Auxiliares entre el Banco Crédito Agrícola de Cartago y el Ministerio de Hacienda.

**6°.-** En los procedimientos se han observado las prescripciones de legales.

### **Redacta el Magistrado González Camacho**

#### **CONSIDERANDO**

**I.-** El Banco Crédito Agrícola de Cartago fue subcontratado por el Banco Central de Costa Rica, prestando el servicio de cajero auxiliar del Estado en la recaudación de tributos nacionales. El 25 de septiembre de 1997, el Banco Crédito Agrícola y el Ministerio de Hacienda suscribieron un convenio de servicios auxiliares, a efectos de recaudar los impuestos a cargo de la Dirección General de Tributación Directa. En el marco de las regulaciones fijadas por las

partes, se estableció que el Banco debería efectuar el abono de lo captado de cada planilla de recaudación, a las cuentas correspondientes de la Tesorería Nacional y en su caso, a los entes beneficiarios de la recaudación, dentro del día hábil posterior al que se efectuó la recepción de los formularios y su percepción (artículo 10 del Anexo). Por su parte, los plazos de entrega de soporte de datos y de la planilla tenían que ser entregados de la siguiente manera: el acumulado de los recibidos entre los días 1 y 15 del mes, debían ser trasladados a más tardar el día 20. Los captados del 16 al día último de cada mes, tenían que remitirse el 7 del mes siguiente (artículo 14 del Anexo). De igual modo, pactaron que el Banco pagaría una tasa del 1% de interés diario por el retraso en la acreditación de fondos, que rige desde la fecha en que el depósito debió efectuarse (artículo 23 del Anexo). En este mismo sentido, el Anexo del convenio de cita disponía una multa por el retraso en la rendición de información de un 5% de la comisión que le corresponde por captura y transcripción, por cada día de demora en la entrega (artículo 24). En el mes de octubre de 1997, se produjo una pérdida o extravío de información correspondiente a lo recaudado por la Sucursal de Heredia del Banco Crédito Agrícola de Cartago, equivalente a la suma de ¢65.277.469,41. Para noviembre de 1997, el hecho era de conocimiento de los funcionarios de esa entidad, a partir de lo cual, se dieron a la tarea de localizar la documentación extraviada. Como resultado de dichas gestiones, localizaron documentos equivalentes a ¢43.380.564,45, quedando sin respaldo un total de ¢21.886.904,96. Mediante el oficio SGGGA del 10 de diciembre de 1998, la entidad actora informó al Viceministro de Hacienda la pérdida de los documentos, requiriendo además,

autorización para depositar los fondos de lo que pudo ser hallado. En oficio DVM-457-98 del 21 de diciembre de ese mismo año, la gestión referida fue contestada, indicando como se debía proceder a depositar los ¢21.886.904,96, cuyo soporte no había sido ubicado. De este modo, los recursos correspondiente a la documentación extraviada se depositaron en dos tractos, el primero por ¢43.380.564, 45, el día 11 de marzo de 1998, y uno segundo, de ¢21.886.904,96, en fecha 28 de diciembre de 1998. Mediante el oficio DRAC 77/2000 del 17 de marzo de 2000, la División de Recaudación y Atención al Contribuyente del Ministerio de Hacienda comunicó al Gerente General del Banco, la sanción a aplicar por el retraso en la entrega de fondos y de documentación, por un monto de ¢154.561.528,77 y otorgó audiencia para el descargo oportuno. En escrito SN-112 del 12 de abril del 2000, el actor se opuso a la sanción y formuló revocatoria con apelación en subsidio. La Dirección General de Tributación Directa mediante la resolución No. R-DRAC-C-020-2000 del 12 de mayo del 2000, rechazó la revocatoria y admitió el de apelación. Este último, en resolución REC-BAC No. 02-2000 del 3 de julio del 2000, se acogió parcialmente, disminuyendo el monto de la sanción a la suma de ¢151.110.709,05. Posteriormente, en escrito de fecha 20 de julio del 2000, el Banco actor solicita nulidad de esta última resolución ante el Ministro de Hacienda. Por pronunciamiento No. 1139-2001 del 11 de julio del 2001 del Ministro de Hacienda, el incidente es declarado con lugar y se acoge parcialmente la apelación, estableciendo el monto de la sanción en la suma de ¢147.365.809,05 por la entrega tardía de fondos, y confirmando la multa de ¢3.654.900,00, por ese incumplimiento. Finalmente, el 10 de octubre del 2001,

el Banco Central de Costa Rica debitó de la cuenta corriente del Banco actor, ₡151.110.709,10 por concepto de multas.

**II.-** El Banco Crédito Agrícola de Cartago formula el presente proceso contra el Estado y el Banco Central de Costa Rica para que en sentencia se: *"... anule lo actuado por el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Costa Rica, específicamente los actos administrativos comunicados mediante oficios DRAC-77/2000, D-DRAC-C020-2000 y las resoluciones 1139-2001 y 1193- del Ministerio de Hacienda, así como el débito de la suma de 151.110.709,10 colones que realizó el Banco Central de la cuenta que mantiene el Banco Crédito Agrícola en esa institución, procediendo a la devolución de dichas sumas a mi representado y al reconocimiento de los intereses legales a partir del momento en que se realizó dicho débito y hasta la finalización del presente proceso; condenando a los demandados al pago de las costas procesales y personales. De manera supletoria, en el caso de que se estime procedente el cobro de multas, se solicita que el monto máximo de las mismas sea fijado de conformidad con las reglas del Código Civil, hasta un 25% de la obligación principal. También de manera supletoria, y específicamente en materia de multas fijadas en virtud del artículo 24 del Convenio de Servicios Auxiliares, las mismas sean descargadas porque se está invocando una cláusula convencional que no es aplicable a la realidad de la situación y subsidiariamente se solicita que las mismas sean rebajadas en la proporción al número de impulsos reales que se requieren para llenar el formulario. En estas dos últimas peticiones subsidiarias, en el caso de que sean acogidas debe condenarse a los demandados a la devolución de las sumas debitadas de más al Banco Crédito*

*Agrícola, y al pago de los intereses que correspondan, desde el momento en que se realizó dicho débito y hasta su efectivo pago al Banco actor; debiéndose también declarar la condenatoria en costas por la parte proporcional que haya sido cobrada de más.”* El representante del Banco Central de Costa Rica contestó negativamente la demanda, oponiendo las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa y pasiva y la genérica de sine actione agit. Igualmente, la representación estatal, también se opuso a la demanda y presentó la excepción de falta de derecho. El Juzgado resolvió: *"POR TANTO: Se rechazan las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y la genérica de sine actione agit, en lo que comprende de las primeras, y se acoge la excepción de falta de derecho, todas éstas, interpuestas por él representante del Banco Central de Costa Rica. Se rechaza la excepción de falta de derecho formulada por el representante estatal, y se acoge parcialmente la demanda en lo que expresamente se dirá, entendiéndose denegada en cuanto al resto (sic). Se anula la resolución N°1139-2001 de las nueve horas diez minutos del once de junio del año dos mil uno, dictada por el Ministro de Hacienda, en cuanto establece a cargo de la actora, una sanción por entrega tardía de fondos por la suma de ciento cuarenta y siete millones trescientos sesenta y cinco mil ochocientos nueve colones con cinco céntimos, determinándose el monto de la sanción en dieciséis millones trescientos dieciséis mil ochocientos sesenta y siete colones con treinta y cinco céntimos. Deberá la Administración demandada, devolver a la actora el monto cobrado en exceso, esto es, la suma de ciento treinta y un millones cuarenta y ocho mil novecientos cuarenta y un colones con setenta y cinco céntimos, y sus*

*intereses legales, desde el diez de octubre del año dos mil uno, y hasta su efectivo pago, los cuales deberán ser liquidados en ejecución de sentencia. Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas. ”* El Tribunal corrigió la sentencia impugnada sólo en lo referente a la excepción de falta de derecho, la cual acogió parcialmente. En lo demás confirmó el fallo apelado.

**III.-** La representación del Estado formula recurso de casación por el fondo. Aduce un **único motivo**. Acusa violación directa de ley sustantiva. Indica que si se parte del principio de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, no queda más que asumir que en la sentencia recurrida, el Tribunal realizó una inadecuada interpretación de los extremos convenidos, lo que estima, se traduce en un quebranto de lo establecido en las cláusulas 23, 24 y 25 del Convenio de Servicios Auxiliares, de las que transcribe parte. El ad quem, critica, consideró que en virtud del principio de integración del Ordenamiento Jurídico debía aplicarse el artículo 712 del Código Civil, según el cual cuando se reclame solo la multa por incumplimiento, no puede exceder su valor de la cuantía de la obligación principal, no debiendo dicha pena, ser superior a la cuarta parte (25%) cuando resulte posible el reclamo del principal, concluyendo así, que la multa del 1% diario establecida en el artículo 23 resulta improcedente. Sostiene que el criterio comparativo que emplean los juzgadores con otras normas del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (numerales 57, 80 y 81) para afirmar que la sanción que deriva del aparte 23 del convenio es desproporcionada por cuanto no establece límites, resulta equivocado, ya que esas normas establecen supuestos diferentes. Expresa, tal es el caso del canon 57 de dicho Código, que regula lo concerniente al pago de

intereses a título de indemnización económica por el pago de los tributos fuera del plazo. Afirma, si bien dicho precepto establece un límite para el cobro de los intereses, no puede perderse de vista que esa tasa es por cada mes de atraso, al igual que el ordinal 80 de ese mismo cuerpo legal. Si se hace el ejercicio práctico con dichas normas, aduce, se tiene que el monto de la sanción crece conforme a los meses de incumplimiento, por lo que, sostiene, ante doce meses, la sanción también sería superior al porcentaje establecido, y no por ello se convierte en desproporcionada. En cuanto al caso concreto, advierte, el artículo 23 del Convenio establece una pena de 1% por cada día de atraso, lo que en su criterio, implica un límite. A su juicio, el error estriba en multiplicar ese porcentaje por 365 días, para concluir que la pena es del 365%, lo que, expresa, no es así. Asevera, si el incumplimiento se mantiene por un año, lo que crece es el monto de la pena y no el porcentaje, por lo que, estima, el monto a aplicarse dependerá de los días de incumplimiento, en tanto la tasa de interés es constante. Resalta, si se parte del principio de que el Banco actor administra fondos públicos provenientes de diferentes impuestos que administra la Dirección General de Tributación y que los mismos deben ingresar sin demora a las arcas del Estado, debe entenderse que la imposición de la multa aludida, no es otra cosa que un método de indexación de la deuda tributaria para que el dinero recaudado no pierda su valor, y que tiene como fin, acota, obligar a la entidad bancaria a cumplir de forma puntual con sus obligaciones. Alega, esta naturaleza indexatoria no debía ser demostrada, como aduce el Tribunal. Argumenta, la tesis del ad quem es peligrosa, en la medida en que se está legitimando al Banco Crédito Agrícola de Cartago para que

pueda incumplir, sin límite de tiempo, las obligaciones adquiridas con el Ministerio, a sabiendas de que la sanción tendrá un tope del 25%, aún cuando el convenio tiene fuerza de ley entre las partes. Critica, en la especie no existe justificación para aplicar el numeral 712 del Código Civil bajo el argumento de que otras normas del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establecen topes máximos para el cobro de intereses como mecanismo de compensación económica y de sanción por mora. Indica, si la parte afectada considera que la norma que deriva del convenio es desproporcionada e irrazonable, debe ser combatida ante la Sala Constitucional, pero que no puede desaplicar un acuerdo que es ley entre las partes. Finaliza diciendo que la cláusula 23 del Convenio lo es a título de compensación económica, en tanto que los numerales del Código Tributario responden al incumplimiento de deberes formales. Desde esa perspectiva, concluye, se violó directamente la ley de fondo, pues resulta improcedente la aplicación del artículo 712 del Código Civil, toda vez que la estipulación 23 del Anexo del convenio, establece expresamente una sanción con un límite máximo de un uno por ciento diario.

**IV.- De la contratación pública.** De previo a ingresar al análisis de los cargos formulados, es preciso referirse brevemente a algunos aspectos relacionados con la contratación pública. De conformidad con el numeral 182 de la Constitución Política, toda contratación que realice alguno de los órganos o entes del Estado, sea dentro de su organización centralizada, desconcentrada o descentralizada, debe realizarse mediante un procedimiento de licitación pública dentro del cual, las normas de adjudicación permitan seleccionar al oferente que de forma más amplia y objetiva, satisfaga los intereses públicos inmersos

en dicho proceso de obtención de bienes y/o servicios. (Consúltese en este sentido la sentencia no. 998-98 de la Sala Constitucional) El desarrollo de este principio constitucional se ha realizado y se encuentra contenido en el texto de la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494 y en su Reglamento, Decreto No. 25038-H. Este conjunto legal se constituye en el marco jurídico regulatorio de la actividad de contratación de la Administración Pública. En este sentido, su ámbito de aplicación –influenciado de un criterio marcadamente objetivo-, incluye la actividad de todas aquellas entidades públicas que de alguna manera, sea directa o indirecta, administren o dispongan de recursos públicos. En relación, el artículo 1 de la Ley de referencia indica con claridad meridiana: *“Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas./Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley./Cuando en esta Ley se utilice el término " Administración ", se entenderá que se, refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.”* Esta disposición presupone que las unidades públicas, en el marco de sus actividades de contratación, y a tono con el principio de legalidad administrativa, contenido en los ordinales 11 de la Carta Magna, 11 y 13 de la Ley General de la Administración Pública, deben sujetarse a lo expresado en ese marco legal, tanto en la utilización de procedimientos, como respecto de los principios inherentes en esta materia.

Bajo este marco, toda actividad pública de adquisición o intermediación de bienes y/o servicios, incluidos los acuerdos como el suscrito entre el Banco actor y el Ministerio de Hacienda, se encuentran sujetos a las regulaciones de esta Ley. En torno a la relación jurídica suscrita entre las partes litigantes, cabe precisar que no toda relación que se genere entre dos administraciones públicas debe tenerse como un contrato en sentido estricto, pues bien puede tratarse de un convenio administrativo. Los convenios de esta clase, pueden ser definidos como un mecanismo bilateral utilizado por unidades públicas para conseguir la coordinación inter-administrativa, mediante relaciones jurídicas de colaboración y cooperación entre ellas. De ahí que en este tipo de acuerdos, al buscar un objetivo común, un interés compartido, se presenta un equilibrio entre lo que da y recibe cada una de las entidades u órganos involucrados. En el contrato por el contrario, estas variables no se encuentran presentes, dado que no se impone un balance entre las prestaciones a que se obligan las partes, ni se impone la cooperación como móvil primario de la relación. Tampoco existe una coincidencia de intereses; la Administración busca la obtención de bienes y servicios para cumplir con sus cometidos, en tanto que el contratista, la retribución o utilidad que la realización del objeto del contrato le va a generar. Verbigracia la venta de servicios que pueda hacer una entidad a otra. Visto así, el punto clave para precisar si se está frente a un contrato o ante un convenio, radica en el objeto de la negociación, así como en la "cooperación" que efectivamente se estén brindando entre sí ambas entidades. Ergo, existe una significativa diferencia entre un convenio de cooperación entre instituciones y cualquier otra actividad contractual que se lleve a cabo al amparo del artículo 2

inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa. A la luz de lo anterior, se desprende con claridad que el pacto objeto de examen constituye un contrato administrativo suscrito entre dos instancias públicas, aún cuando se haya denominado convenio, en razón de su objeto y de las condiciones que delimitan y detallan las obligaciones y derechos de las partes que lo suscribieron. La distinción entre ambas figuras y la determinación de la naturaleza del vínculo jurídico entre las partes es de interés al presente caso, en razón de que a tono con lo dispuesto por la Ley de cita y su Reglamento, es dentro de los contratos administrativos y no en los convenios, donde es viable la incorporación de figuras como la cláusula penal por retraso en la ejecución. Esto es así en razón del objeto que estos últimos conllevan, y la relación de coordinación y búsqueda de fin común que se supone intrínseca en ellos. Por tal, este aspecto es de relevancia de cara a abordar el análisis de disposiciones de este tipo, sus alcances, efectos, y en general, el régimen jurídico que las delimita, aspectos que serán objeto de examen en los considerandos siguientes.

**V.- Contrato Administrativo. Deber de cumplimiento.** Ahora bien, el contrato administrativo constituye la fuente primaria que delimita el objeto de la contratación, pero además, es el régimen particular que precisa los términos de la relación jurídico administrativa. Es en este instrumento donde se incluyen las condiciones específicas a las que se obligan quienes lo suscriben, y los aspectos particulares para llegar a su correcta ejecución. Las partes suscriben el contrato para cumplirlo. De ahí que el numeral 20 de la Ley de cita en relación al precepto 22 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, disponen el principio de obligación de cumplimiento a cargo del

contratista, deber al que a su vez, guarda sujeción la Administración contratante, según lo preceptúa el canon 15 de la Ley y el 17 del Reglamento. A partir de estas disposiciones, los contratantes se encuentran obligados a que la ejecución se desarrolle dentro de los términos acordados, debiendo acudir al mismo y al marco legal, para justificar los retrasos que puedan producirse y que trunquen la posibilidad de cumplimiento en tiempo y forma, o bien, para corregir los inconvenientes que en su desarrollo pudieren surgir, con la imposición de las sanciones que procedan. Dentro de esta relación jurídico administrativa, las partes pueden establecer una diversa gama de condiciones contractuales, las que, necesariamente, deben inclinarse a buscar o potenciar no solo la concreción del objeto del pacto, sino además, la satisfacción del interés público involucrado (doctrina del numeral 113 Ley General de la Administración Pública), dentro de un marco de equilibrio en la distribución de las cargas. Esto es así, porque estos acuerdos deben ser objetivos y revestidos de racionalidad. No obstante, es claro que la Administración Pública contratante, como parte de sus potestades de imperio, es quien define las cláusulas primarias del contrato, que se presumen aceptadas por el contratista con la sola presentación de la oferta, de modo que aún cuando manifiesta de modo expreso su inconformidad al respecto, se tiene por no puesta (artículo 49 Reglamento General de la Contratación Administrativa). De igual modo, en virtud de la potestad de modificación unilateral del contrato, ante circunstancias imprevisibles y cuando sea la única forma de satisfacer el interés público, la Administración puede variar las condiciones pactadas hasta en un 50%, según lo dispone el numeral 12 de la Ley de la Contratación Administrativa. Empero,

el contenido del contrato así como estas potestades, están sujetos a las reglas que en esta materia impone la legislación, dentro de las que se incluyen las barreras del ejercicio discrecional reguladas por los cánones 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública. Pero además, guardan una sujeción a los principios generales que se encuentran inmersos en el Ordenamiento Jurídico, y que son atinentes a la contratación pública. Estos postulados orientan esta función administrativa, a fin de potenciar su cumplimiento debido dentro de los cauces adecuados. Se trata de principios que se encuentran incluso por encima del contrato, al grado que cuando alguna disposición del convenio atente contra ellos, su desaplicación es inminente, a favor de aquellas reglas superiores. Así, las partes pueden invocarlos a su favor, aún contra el mismo contrato. Es el caso de la intangibilidad patrimonial, la buena fe contractual, equilibrio en las cargas, *ius variandi*, razonabilidad y proporcionalidad, entre otras.

**VI.-** El casacionista recrimina la aplicación del numeral 712 del Código Civil a la cláusula penal contenida en el anexo del convenio suscrito entre el Banco actor y el Ministerio de Hacienda, por considerar que dicha disposición es inaplicable en tanto el convenio tiene fuerza de ley entre las partes, razón por la cual, lo dispuesto en el articulado era lo que debió considerarse para resolver la litis. A diferencia de lo alegado por el recurrente, esta Sala estima que la posición sostenida por el a quo y confirmada por el ad quem, es correcta y ajustada a Derecho por lo que de seguido se indica. En la especie, según se desprende de los autos, en fecha 25 de septiembre de 1997, ambas partes litigantes suscribieron un Convenio de Servicios Auxiliares, en virtud del cual, el Banco actor se comprometía a la recaudación de los tributos administrados por

la Dirección General de Tributación, los que debía trasladar, dentro de los plazos pactados, a las cuentas correspondientes de la Tesorería Nacional (hechos probados 2 y 3 del fallo de primera instancia, no controvertidos). En el Anexo de dicho pacto, y para lo de interés, en el Capítulo IV "De las penalidades", se incluyó la cláusula 23 que en lo pertinente indica: "*Para el caso en que el "Banco" no efectúe los abonos de los montos recaudados dentro de los plazos fijados en este Anexo, el interés se producirá de pleno derecho y sin necesidad de trámite previo alguno, salvo caso fortuito o fuerza mayor eventualidad ésta, debidamente sustentada por el "Banco" y comunicada por escrito a la "DGTD" el día hábil siguiente de producción de los hechos que causaron el atraso en la acreditación de los fondos. Tratándose de atrasos en el abono de los montos recaudados, con posterioridad a la fecha fijada, se procederá de la siguiente amera: 1. Se aplicará sobre el monto dejado de abonar un interés equivalente al 1% diario. (...) 2. El interés se aplicará desde la fecha en que se debió efectuar el depósito hasta el día de efectivo ingreso de la recaudación en la cuenta de la Tesorería nacional y, de corresponder, de los otros entes beneficiarios de la recaudación.*" En cuanto a los intereses moratorios, el punto 3 de ese mismo numeral disponía: "... Cuando el monto correspondiente al interés, no hubiere sido cancelado dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, dicho importe o su saldo devengará intereses moratorios a la tasa indicada en el inciso 1º..." Por su parte, el ordinal 24 del mismo anexo, disponía la sanción por el atraso en la rendición de información, la que consiste en "... una multa equivalente al 5% de la comisión que le corresponden por "captura y transcripción", por cada día de demora en la

*entrega del o de los formularios correspondientes..."* Adicionalmente, se estableció que la multa en cuestión se determinaría sobre la base de que cada formulario representa un promedio de 350 pulsaciones sin importar el tipo de modelo. Un estudio objetivo de estas figuras contractuales al amparo de la legislación que regula la materia, llevan a concluir que en realidad se tratan de verdaderas cláusulas penales, en tanto son disposiciones que tienen por finalidad, pre-establecer mecanismos de sanción ante los eventuales atrasos en la ejecución o incumplimientos del contrato o de alguna de sus fases. Esto obliga a analizar el régimen jurídico aplicable a este tipo de cláusulas dentro de la contratación pública, a fin de contar con panorama claro que permita una correcta solución de los agravios formulados.

**VII.-** Conforme se ha indicado con antelación, dentro de los contratos administrativos, es factible la incorporación de las denominadas cláusulas penales, como figuras de sanción contractual. Se trata de acuerdos que definen en forma anticipada, cual será la multa económica concreta que deberá cancelar el contratista por incurrir en el incumplimiento de una de sus obligaciones (normalmente por demora o ejecución prematura del contrato). El canon 34 de la Ley y los incisos 3) y 4) del numeral 36 de su Reglamento, permiten la inclusión de este tipo de condiciones en los contratos públicos. En esta línea, el citado inciso 3) dispone la posibilidad de *"...contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento."* De igual forma, el ordinal 34 de la Ley dispone la

imposibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento por la misma causa específica, en virtud de la que se ha aplicado una cláusula penal. Si bien las anteriores disposiciones enunciadas mencionan el instituto de la cláusula penal, lo cierto del caso es que no aportan un contenido amplio sobre el tema, mas al contrario, se limitan a prever su existencia dentro del contrato y a disponer la improcedencia de cobrar por una misma causa, la garantía de cumplimiento y ejecutar dicho tipo de cláusula. Esta laguna obliga a acudir a otras disposiciones legales que permitan establecer los términos del uso de ese tipo de determinaciones contractuales, de conformidad con el principio de integración del Ordenamiento Jurídico, a fin de establecer reglas objetivas aplicables a la generalidad de los casos. La composición aludida ya se encuentra prevista en las normas que regulan la contratación del Estado. En efecto, en línea con dicho principio general de derecho, el canon 3 de la Ley y el 2 del Reglamento, refiriéndose al régimen jurídico aplicable a la materia de la contratación administrativa, establecen la aplicabilidad instrumental de las figuras contractuales y normas que no se encuentren desarrolladas por el ordenamiento jurídico-administrativo, pero si lo estén en el derecho privado. El canon 3 de la ley indica al efecto: *"La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo./ Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento juridico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la*

*voluntad administrativa.*" Por su parte, el ordinal 2 del Decreto No. 25038-H dispone: "2.1 *La actividad de contratación administrativa se rige por las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo. (...) 2.3 Solamente en ausencia de disposición expresa de estos cuerpos normativos, se podrá aplicar las disposiciones pertinentes del derecho privado. Cuando se utilice alguna de las figuras contractuales privadas, se entenderá que se hace con un sentido instrumental, prevaleciendo en todo caso, la regulación de derecho público en lo que concierne la formación de la voluntad administrativa, y el respeto de los principios y procedimientos propios de la contratación administrativa.*" Se trata del reconocimiento de la complementariedad del Derecho, considerado como un conjunto unitario que permite acudir a normas de otra rama jurídica para llenar campos en los que, la regulación existente, es insuficiente. En el caso del derecho de la contratación pública y el derecho civil de los contratos, el ligamen es más que evidente, precisamente porque la regulación de la contratación pública se ha sustentado en lo fundamental en el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal que sobre la materia de contratos ha realizado el derecho civil. Si bien existen diferencias elementales entre ambas modalidades, lo que deviene del poder público inherente a la Administración, que ha justificado figuras como las cláusulas exorbitantes, la modificación unilateral del contrato, principios tales como la intangibilidad patrimonial, que obliga a mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato (mediante reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, *rebus sic stantibus*, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato), entre muchos otros, es claro

que la contratación pública, como actividad, se fundamentó en las instituciones del derecho privado. Ergo, ante la insuficiencia de las leyes administrativas, es de rigor, de cara a precisar los alcances y contenido del régimen de las cláusulas penales, acudir a las normas del derecho civil como parámetro de complementación. En este sentido, es el Código Civil el instrumento legal que regula con el detalle de mérito la figura bajo examen y el que, por ende, complementa bajo una relación de instrumentalidad, las normas de la contratación pública.

**VIII.-** En este sentido, el numeral 708 de dicho Código establece como efecto de los acuerdos: *"...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 la ejecute de una manera imperfecta"*. Se trata de un sistema de sanción administrativa alternativo, que pretende establecer de previo, cuales van a ser los efectos económicos del incumplimiento. Empero, esta liberalidad de acuerdo de regímenes sancionatorios en realidad es relativa, en tanto se encuentra sujeta a normas de mayor nivel que disponen principios que aseguran su racionalidad y proporcionalidad, de manera que no se impongan como medios de castigo excesivos, generadores de beneficios indiscriminados a favor de una de las partes. En armonía con este postulado, el canon 712 del Código Civil dispone: *"Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y **en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél.**"* (El destacado es propio)

De lo anterior se colige que aún cuando el Derecho reconoce la viabilidad

jurídica de incorporar dentro de los contratos públicos este tipo de condiciones, la sanción que infieren está sujeta a límites objetivos de naturaleza cuantitativa, que en la especie, consiste en una cuarta parte de la obligación principal. Es decir, acorde a este principio que dimana del numeral 712 ya citado, cualquier cláusula penal que imponga un gravamen económico superior a ese porcentaje, constituye una disposición contraria a la legalidad, que por tal, no es susceptible de surtir efectos dentro de la relación jurídica administrativa. Desde este plano, se está frente a un principio jurídico que ostenta una jerarquía mayor a la del contrato, que acorde a lo dicho, puede ser incluso invocado por alguna de las partes, aún en contra del propio pacto. Si bien es cierto en la contratación general, el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, ello no implica que los acuerdos puedan adoptarse en contra de la misma ley formal y material, y que al margen de principios básicos de equidad y de buena fe, puedan incorporarse disposiciones abusivas que introduzcan sistemas sancionatorios desproporcionados e irracionales, sin sujeción a límites. Esto es así porque las sanciones están afectas a esos parámetros. Visto así, estima esta Sala que la aplicación supletoria del numeral 712 del Código Civil que dispuso el Juzgado y confirmó el Tribunal, se encuentra ajustada a derecho, dado que es la misma Ley de la Contratación Administrativa la que dispone la procedencia del uso de figuras del derecho privado, cuando las estructuras del derecho administrativo sean limitadas, ergo, la integración normativa encuentra su sustento en la misma legislación. De este modo, la sanción del 1% diario sobre el monto dejado de abonar, ante el incumplimiento en la obligación del traslado de los fondos captados por concepto de la recaudación tributaria en cuestión,

que dispone el contrato, deviene en inaplicable a la especie, por contravenir la demarcación dispuesta por el legislador respecto de las cláusulas penales. A partir de ello y al tenor de las particularidades del cuadro fáctico que se desprende de los autos, era menester aplicar el porcentaje de sanción pecuniaria dispuesto por la legislación civil, tal y como de forma adecuada obró el Juzgado y luego prohijó el Tribunal, situación en la que no se aprecia incorrección alguna. Por ende, se impone el rechazo del desafuero.

**IX.-** En otro orden de ideas, la representación del Estado es del criterio de que la cláusula penal bajo examen sí contiene un límite, precisamente del 1% diario. Considera un error multiplicar ese porcentaje por 365 días para deducir que la pena es del 365%. Sostiene, lo que crece es el monto de la pena, no el porcentaje, que considera fijo. Afirma que la multa aludida no es otra cosa que un mecanismo de indexación de la deuda tributaria. Recrimina que el fallo es peligroso por que legitima el incumplimiento. Este órgano colegiado disiente de esta posición. De la resolución impugnada se evidencia que el límite al que se refiere el juzgador, es el tope del porcentaje que pueda establecerse como sanción. Es este precisamente el concepto de límite que en el caso particular entiende esta Sala. En este sentido, el numeral 721 del Código Civil ya comentado, indica que la pena no puede ser superior al 25% del total de la deuda principal. Este quantum constituye un límite máximo en la consignación de cláusulas del tipo bajo estudio, de modo que cualquier porcentaje que supere la barrera legal mencionada, debe tenerse por contrario a derecho. La fórmula utilizada por el Ministerio de Hacienda de establecer una pena del 1% diario, deja en el limbo de la incerteza jurídica cual será el

porcentaje definitivo de la sanción, pues su fijación, depende del número de días en que se mantuvo la omisión del traslado de fondos, postulado que es evidentemente contrapuesto a lo preceptuado por el canon 712 tantas veces citado. Esto, siempre que la sanción sea superior al 25% del monto sobre el que se calcule, pues de no superar ese umbral, no se estaría violentando el postulado legal indicado. Por esta razón, no puede entenderse que la técnica adoptada por el contrato sea un porcentaje fijo, más al contrario, es un régimen variable que puede llevar incluso, a que la pena sea excesivamente elevada y superior al monto principal.

**X.-** En lo atinente al alegato de que la multa del 1% es en realidad un mecanismo indexatorio, cabe señalar que del estudio del convenio y del anexo respectivo, no se infiere que el artículo 23 aludido haya sido pactado bajo esa modalidad. Más al contrario, según se señaló en el considerando VI precedente, se trata de una cláusula penal, regida por un régimen jurídico particular, aspecto ya debatido anteriormente. En todo caso, la demostración de que ese acuerdo en particular había sido convenido en esa naturaleza, corría a cargo del Estado, al socaire del numeral 317 inciso 2 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por remisión expresa del canon 103 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Esa afirmación no fue acreditada, por tanto, el cargo es desafortunado. En esta línea, cabe indicar que la finalidad de la cláusula penal y de los mecanismos indexatorios, es diametralmente distinta. La primera, en armonía con lo ya expuesto, consiste en determinar de antemano, la multa por daños y perjuicios a aplicar por incumplimiento contractual, o por ejecución indebida o no satisfactoria. Es entonces, un

mecanismo de sanción económica que opera ante motivos concretos y predispuestos en el pacto. Por su parte, la indexación consiste en un mecanismo que tiene por fin, traer a valor presente una obligación dineraria, ergo, se trata de un dispositivo de ajuste económico, cuyo propósito es actualizar el valor de la obligación, al momento concreto en que sea exigida. Desde esta perspectiva, la cláusula penal no tiene por virtud perseguir dicha actualización, sino, erigirse como sanción patrimonial. Es precisamente este último, el propósito que se observa, buscaba el artículo 23 del convenio, y no fungir como mecanismo de indexación, como equivocadamente asegura el recurrente, de ahí que su alegato no sea de recibo. Así mismo, cabe mencionar que el fallo impugnado no conlleva un peligro o riesgo de legitimar el incumplimiento de los contratos administrativos. Lo anterior en razón de que, conforme lo ha indicado ya esta Sala *"la cláusula penal, como deuda dineraria, conlleva el pago de intereses moratorios desde su incumplimiento, pues a partir de ese momento resulta exigible el monto pactado por ese concepto. Estos réditos no los cobija la indemnización compensatoria de la obligación definitivamente incumplida. Los intereses, reitera esta Sala, refieren a la eventual ejecución tardía del pago de la suma establecida a manera de cláusula penal. Se trata de un resarcimiento de los daños moratorios a cargo del deudor moroso que no cumple a su debido tiempo con su obligación de pagar. En estos casos es posible hablar de dos incumplimientos: el primero produce la aplicación de la cláusula penal y, su declaratoria mediante el fallo judicial, sólo consolida la existencia de la obligación dineraria pactada por esa vía indemnizatoria. El segundo resulta del no pago de esa suma adeudada, cuya*

*consecuencia para el deudor es reconocer intereses legales. Razonar distinto sería admitir que el incumpliente, con pleno conocimiento de esa circunstancia, constriña al acreedor a plantear un proceso y evitar, de esa manera, el pago de intereses desde su incumplimiento.”* (Sentencia no. 731 de las 10 horas 55 minutos del 25 de septiembre del 2002) Por ese motivo, si bien el monto de la sanción a lo sumo puede llegar a un 25% del total de los fondos que no se trasladaron en tiempo, a partir del momento en que se imponen los efectos de la cláusula penal, la deuda que deriva devenga intereses moratorios. Ergo, la suma impuesta por el incumplimiento se incrementa con los réditos correspondientes al retraso en su pago, de lo que se debe concluir que el fallo impugnado, de ninguna manera, cohonesto o legítima las desatenciones de las obligaciones contractuales. No eximiría en todo caso, de la debida indemnización de daños y perjuicios paralelos o colaterales, fundados fuera de la causa específica del retraso, con las garantías o acciones jurisdiccionales previstos para su exigibilidad. Se trata de una sanción por retraso, no de una confiscación financiera disfrazada de interés público. Así, el argumento esbozado no es de recibo.

**XI.-** Finalmente, el casacionista indica que la remisión a las disposiciones del Código de Normas y Procedimientos Tributarios es improcedente para justificar la aplicación del Código Civil. Sobre el particular, cabe advertir que su mención en las sentencias de los juzgadores de ambas instancias, lo fue para reafirmar y fundamentar más a fondo la inviabilidad jurídica de establecer sanciones que no tuvieran un tope máximo. Si bien lleva razón el recurrente en el sentido de que los ordinales 57, 80 y 81 de aquel cuerpo legal regulan

situaciones disímiles a las que contiene el artículo 23 del anexo del Convenio de recaudación suscrito entre el Banco actor y el Ministerio de Hacienda, son referencias legales que de forma válida confirman el criterio del juzgador, en tanto contienen regulaciones por las cuales se evidencia que su posición respecto del tema de fondo es correcta. En todo caso, el criterio base de fondo del pronunciamiento del Tribunal no radica en esas normas, sino básicamente, en la aplicación de las disposiciones del Código Civil para resolver el caso y lo improcedente de la pena dispuesta por el anexo, a la luz de las reglas de la cláusula penal que dispone ese cuerpo legal. En orden a lo expuesto, el agravio debe ser rechazado.

**XII.-** Por las razones expuestas, y al no haberse detectado que se hayan cometido las infracciones denunciadas, procede declarar sin lugar el recurso, con sus costas a cargo del recurrente, de conformidad con el numeral 611 del Código Procesal Civil.

**POR TANTO**

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

**Anabelle León Feoli**

**Luis Guillermo Rivas Loáiciga**

**Román Solís Zelaya**

**Oscar Eduardo González Camacho**

**Carmenmaría Escoto Fernández**

ns.-