



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA:

SUMARIO: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE  
CONTRATOS Y OPERACIONES BANCARIAS

**RESUMEN:** Se hace un recuento de criterios jurisprudenciales actuales emanados de distintas instancias judiciales respecto a los temas de las operaciones bancarias en general y específicamente sobre los contratos bancarios como operaciones comerciales activas.

### SUMARIO:

1. Cláusulas abusivas y potestativas
2. Contrato de cuenta de ahorros como servicio económico de interés general
3. Fijación arbitraria de interés fluctuante
4. Análisis normativo sobre el contrato de tarjeta de crédito
5. Contrato de Cuenta Corriente
6. Operaciones con divisas
7. Préstamos bancarios comerciales
8. Contrato de línea de crédito
9. Crédito bancario



## DESARROLLO:

### 1. Cláusulas abusivas y potestativas

"II.- En los préstamos mercantiles hipotecarios que el Banco Nacional de Costa Rica realizó a los actores cobró un interés inicial de los llamados fluctuantes, que según el contrato de adhesión suscrito entre las partes podía ser variado a voluntad por el Banco y que fue subiendo con el transcurso del tiempo. El texto del artículo 497 del Código de Comercio, antes de la reforma introducida por Ley N° 7201 del 10 de octubre de 1990, tan sólo se refería al interés convencional o contractual, que fijan las partes libremente, y al legal, señalado en el mismo artículo, disponiendo que el Banco Central de Costa Rica fijaría el tipo máximo de intereses que podían cobrar las instituciones del Estado, en cada caso. Para las operaciones de crédito de los departamentos hipotecarios, el artículo 128.1 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional dispone que: "El Banco Central fijará y variará cuando lo considere necesario: 1- Las tasas máximas de interés, comisión y otras cargas que pueden cobrar a sus deudores". Con posterioridad a la firma de los contratos de crédito, por parte de los aquí actores, acaeció la reforma que por Ley 7107 de 4 de noviembre de 1988 se introdujo al artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en la cual se dispuso que: "Los Bancos comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variables y ajustables periódicamente en todos sus departamentos, conforme con las políticas del Banco Central de Costa Rica". Más adelante, por Ley N° 7201 del 10 de octubre de 1990 se reformó el artículo 497 del Código de Comercio, y en él se introdujo el concepto del interés variable o ajustable, de la siguiente manera: "Denomínase interés convencional el que convengan las partes, el cual podrá ser fijo, variable o ajustable, si se tratare de un interés variable o ajustable, deberá ser igual, inferior o superior a la tasa que el Banco Nacional del Costa Rica pague por los certificados de depósito a seis meses plazo, para la moneda de que se trate la cual deberá usarse como referencia. Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual al que pague el Banco Nacional de Costa Rica por los certificados de depósito a seis meses plazo, para la moneda de que se trate. El interés convencional a que se refiere este artículo podrá usarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluso las documentadas en títulos valores". La Cláusula contractual impugnada por los actores permitía una tasa de interés ajustable "según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero, con respecto a las tasas pasivas, de tal suerte que haya una concordancia entre las tasas activas y las tasas pasivas que sustenta el Programa de Certificados de Inversión



Hipotecaria...". De manera, entonces, que la precitada cláusula tomaría en cuenta las variaciones en las tasas pasivas en el mercado financiero, mientras que por lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley Orgánica del Banco Central la Junta directiva de esta institución debía fijar: "2)- Las tasas máximas de interés y descuento que podrán cobrar los Bancos a sus deudores por las diversas clases de préstamos y descuentos, y por cualesquiera otras operaciones de crédito que realicen... la contravención a estas disposiciones hará incurrir al Banco infractor, en la obligación de devolver la suma cobrada ilegalmente". Si se parte de lo que dispone la anterior disposición legal y la ya transcrita del artículo 128.1 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, se arriba a la conclusión de que el sistema de ajuste de los intereses variables de la cláusula es diferente al señalado por las relacionadas normas, pues no provenía de directrices emanadas del Banco Central de Costa Rica. Contrastada la cláusula del convenio crediticio, que fijó los intereses fluctuantes, con la normativa aplicable al caso, encuentra la Sala que resultan improcedentes los quebrantos legales que acusa el recurso, toda vez que la institución demandada, como pública que es está sujeta no solo a las normas del derecho privado aplicables, sino, también, a los principios y limitaciones del derecho público, concretamente los establecidos en la Ley General de la Administración Pública. Consiguientemente, no lleva razón del recurrente cuando alega que el Banco podía contratar libremente con sus clientes. Por otra parte, la alegación de que existió una costumbre, que se dice parte de los convenios hipotecarios cuestionados, así como que los deudores inicialmente pagaron los intereses fluctuantes sin objeción alguna, no conduce a dejar de lado que la cláusula relativa a los intereses fluctuantes cuestionados padece el vicio de legalidad de ser de carácter potestativo, dejando a la unilateralidad de una de las partes variar el tipo de interés, en el tiempo que lo considerare conveniente, y sin acatar las directrices correspondientes que al respecto debían atenderse provenientes del Banco Central. Lo alegado en el recurso con relación a la condena del pago de intereses tampoco es atendible, por cuanto el Tribunal Superior procedió al respecto de conformidad con lo que dispone el artículo 706 del Código Civil, aplicable al caso en vista de lo que expone el artículo 2 del Código de Comercio, ya que la primera de esas normas preceptúa "Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo". De lo expuesto ha quedado claro que, en el caso analizado, la estipulación de los intereses fluctuantes se dio con ocasión de un



contrato de adhesión o tipo, y que por resultar la variación de los intereses sujeta a la unilateralidad de la parte acreedora se configura como una cláusula potestativa y abusiva, anulable de conformidad con la doctrina legal del artículo 1023, inciso a), del Código Civil. Respecto de la flexibilidad de las tasas de interés es pertinente citar algunos conceptos emitidos en la resolución N° 6515-93 de la Sala Constitucional. Con redacción del Magistrado Sancho expresa esa Sala: "Es característica de la tasa de interés en el sistema financiero moderno, que sea lo suficientemente flexible, para que pueda desempeñar el papel que le corresponde en el proceso de desarrollo de la economía del país. Pero esta flexibilidad no implica que esa tasa pueda ser variada unilateral y arbitrariamente por una de las partes involucradas en el contrato. El principio básico que se persigue, más bien, es que la tasa sea ajustada a la nueva situación financiera del país, pero de tal forma que puedan protegerse los derechos y principios de ambas partes... no todo lo que el deudor consienta puede ser válido, pues aunque la violación a los derechos patrimoniales propios es renunciable o consentible en principio (artículo 52 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) el ordenamiento no puede autorizar esa renuncia anticipadamente, ni incentivar desequilibrios o desproporciones irrazonables, o que alteren los principios de libertad, bilateralidad, equidad y buena fe en que se fundamentan los negocios jurídicos. Por eso, debe entenderse que hay un principio general, de rango constitucional, según el cual las potestades para modificar unilateralmente los contratos privados, aun consentidas en ellos por las partes, no pueden depender de la voluntad de una de ellas, ni de hechos cuyo riesgo le corresponda asumir a una y no a ambas partes por igual". Particularmente, en cuanto a los intereses cobrables por los Bancos comerciales, cuando actúen como miembros del Sistema Financiero para la Vivienda, creado por Ley N° 7052 de 13-11-86, la precitada resolución de la Sala Constitucional comenta lo siguiente: "En la ejecución de esos programas en tanto actúen como entidades del Sistema Financiero para la vivienda los Bancos Comerciales se rigen por el ordenamiento sectorial correspondiente y subsidiariamente, por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Por lo que en materias de tasas de interés están sujetos a lo dispuesto por el Banco Hipotecario de la Vivienda, como rector del sistema (artículo 26, inciso 1°). Ciertamente dicho artículo no establece límites en cuanto al ejercicio de la facultad de fijar las tasas. No obstante, dichos límites vienen establecidos por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que guían todo el accionar administrativo, por una parte, y los criterios de la ciencia, que informan la actividad bancaria y financiera en general, así como



por los principios en materia contractual que aquí se han indicado". Más adelante, dicha resolución agrega: "Es por esto que la aplicación de una tasa de interés variable, originada en fenómenos económicos como resultado del manejo que haga el Estado del mercado financiero, no podría alterar la relación de ingresos-deuda, por lo que la Sala estima que frente a una alteración que afecte profundamente la situación del deudor, deben los Bancos prorrogar los plazos de la deuda a los efectos de no perjudicar directamente a los deudores, con aumentos en la cuota que resulten desproporcionados al nivel de ingresos del obligado". Finalmente, es de interés apuntar que la referida Sala considera la aplicación de las tasas de interés variable como asuntos de legalidad, que deben ser examinados en otra vía y no en la sede constitucional, pues los Tribunales comunes serán los que deberán... "verificar que el sistema optado por las partes, se ajuste a las normas reguladoras, a los efectos de fijar las tasas pasivas del mercado financiero".<sup>1</sup>

## **2. Contrato de cuenta de ahorros como servicio económico de interés general**

**V.- Sobre el fondo.** Esta Sala ya se ha pronunciado sobre casos similares al planteado por el recurrente, siendo un ejemplo de ello la sentencia 2005-8895 de las diecisiete horas cincuenta y un minutos del cinco de julio de dos mil cinco, en la cual dispuso en lo conducente: ***.- Contrato de cuenta de ahorros como servicio económico de interés general.*** En la actualidad, muchos de los servicios que prestan las entidades bancarias han llegado a adquirir una enorme trascendencia. En estos días, carecer de una cuenta corriente, una cuenta de ahorros o una línea de crédito, puede implicar la imposibilidad de ejercer determinadas actividades laborales y comerciales. Estas condiciones llevaron en el pasado a definir los servicios bancarios en general como servicios públicos virtuales o impropios. Esta es la definición histórica del contrato de cuenta corriente en Costa Rica. Así lo declaró el artículo 1º del Decreto-Ley de Nacionalización Bancaria, que lo consideró incluso una función pública otorgada al Estado -a través de sus instituciones bancarias- para que la ejerciera en forma exclusiva. Posteriormente, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, número 1644 de veinticinco de setiembre de mil novecientos cincuenta y tres (artículos 59 y 60) elimina el carácter regalístico de los servicios de cuenta corriente, permitiendo incluso que lo ofrezcan bancos comerciales privados, sin que para ello deban recibir una concesión, sino una autorización de funcionamiento, una vez cumplidos determinados requisitos que aseguren la solvencia y confiabilidad suficiente para captar



dineros del público. Ya el Código de Comercio lo había regulado dentro de los contratos mercantiles, por lo que aún si fuera prestado por la Administración a través de una de sus entidades bancarias, debería ser considerado un servicio empresarial. Es así como en la actualidad servicios de esta naturaleza son definidos como servicios comerciales de interés general, que pueden ser ejercidos tanto por instituciones públicas como por personas privadas, siempre que reciban la autorización correspondiente y se sometan a un intenso régimen de sujeción especial basado en la regulación de sus actividades por parte de la Superintendencia General de Entidades Financieras. Como corolario de lo dicho en este acápite, puede concluirse que la actividad bancaria de prestación de servicios de cuenta corriente, cuenta de ahorros, etc. aun no siendo propiamente un servicio público, sí se trata de una actividad sometida a una amplia regulación, dada la importancia del sector bancario en la vida nacional, así como la relevancia de los servicios de cuentas de este tipo, cuya necesidad se ha ido incrementando y extendiendo entre diversos grupos de la sociedad para la satisfacción de los más diversos intereses. Es por ello que negar a una persona la apertura de una cuenta de ahorros o una cuenta corriente debe necesariamente obedecer a una causa legítima, pues se estaría privando al particular de un servicio de enorme relevancia hoy en día.

Partiendo de lo anterior, debe indicarse que en el caso concreto, el Banco recurrido a pesar que fue debidamente notificado no rindió el informe solicitado y dentro la prueba aportada por el recurrente para fundamentar su dicho se encuentra la gestión en la que el Banco le comunica que no se procederá a la apertura de la cuenta bancaria, sin embargo, no justifica o le indica al amparado los motivos por los cuales no puede hacerse acreedor de la misma, y en consecuencia, no se observa una causa legítima que respalde la decisión adoptada. Asimismo, se observa que la solicitud que le fue rechazada al amparado fue una de apertura de una cuenta de ahorros, y que por lo tanto no importa riesgo financiero, pues en este tipo de cuentas únicamente se permite el giro de fondos contra los saldos efectivos en la cuenta del cliente, por medio de una tarjeta de débito o de retiros en las propias agencias bancarias, previa consulta del saldo disponible. (ver al respecto sentencia supra citada). En consecuencia, aun cuando no está demostrado que el eventual despido del recurrido ante la imposibilidad de acceder a una cuenta de ahorros, lo cierto es que no encuentra esta Sala que exista una razón que justifique la actuación del Banco recurrido. Por lo anterior, el recurso debe acogerse, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva de la sentencia."<sup>2</sup>



### 3. Fijación arbitraria de interés fluctuante

"VI.- Por otra parte, como bien ya se indicó por este Tribunal en el Voto No. 35 de 1999 dictado en este proceso, de acuerdo con la obligación que se ejecuta si los intereses han de pagarse por adelantado, no podrían establecerse intereses variables o ajustables, ya que como el pago de los mismos es por adelantado, la variación se daría cuando ya debieron pagarse. No se comparte lo esgrimido por la Juzgadora de Instancia en la resolución recurrida, en cuanto a que el parámetro de variabilidad es claro y objetivo, puesto que por el hecho de haberse pactado los intereses a pagar en forma futura no podría ni ser claro ni objetivo el fluctuante si los mismos no pueden por adelantado fijarse en el quantum al ser a futuro la fluctuación. Si bien como se indica en el Voto dictado por este Tribunal de reiterada cita y visible a folio 130, si bien la hipoteca que se ejecuta en este proceso, se suscribió estando vigente ambas leyes y es obvio, que si el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, reformado, autorizó un interés variable y ajustable periódicamente, debe de ser en relación con un punto de partida, como está expresamente estipulado en el artículo 497 del Código de Comercio reformado, porque la variante debe de darse en relación con el acontecimiento de un hecho y si es ajustable debe serlo también en relación con un suceso, en ambos casos futuros, pues el ajuste o la variante son a futuro y no al presente que es cuando se fija la tasa de interés en la obligación, según se convenga. En el certificado de hipoteca se estipula: "...la deuda devenga intereses corrientes del quince por ciento anual, pagaderos por trimestres anticipados, variables y ajustables periódicamente de acuerdo a las variaciones que se den en la Tasa Básica interbancaria a seis meses plazo del Banco Central de Costa Rica y los procedimientos y periodicidad del ajuste se realizara de acuerdo a la reglamentación que el Banco Nacional de Costa Rica utiliza para las colocaciones con las diferentes fuentes de recursos que el Banco maneja. ...". [...]. Es un hecho conocido que las fórmulas usadas en este tipo de documentos son previamente elaboradas por el Banco acreedor a su gusto y que el usuario del crédito tiene que aceptarlas porque de lo contrario, éste no se le otorga, constituyen así condiciones abusivas impuestas, que no pueden ser amparadas por la Ley por constituir un abuso de derecho. Al respecto el artículo 22 del Código Civil, dispone: "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la



contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso." [...]. Es obvio que con cláusulas como la transcrita, donde una sola parte de la relación contractual, la más poderosa, se reserva unilateralmente modificar las tasas de interés a futuro, sin existir un punto de partida y un porcentaje a partir de éste, es una cláusula abusiva en perjuicio de la parte más débil, la deudora. Y en consecuencia el Tribunal debe de adoptar las medidas judiciales correspondientes para impedir la persistencia del abuso del derecho. La variación o fluctuación, que puede acontecer, debe de conocerla la parte deudora en forma clara a efecto de saber a qué atenerse y a cuánto asciende el interés que debe de pagar por su obligación. No puede la acreedora, a su antojo, fijar esa variación o fluctuación unilateralmente. Si ello es así, la única forma de evitar el abuso es tener por no puesta la cláusula que se considera abusiva. No es cierto que el Banco Central de Costa Rica dejara a entera libertad de los Bancos del Sistema Bancario Nacional la fijación de las tasas de interés que cobren a los usuarios del crédito, pues debe el Banco acreedor, demostrar que la fijación de los intereses, está acorde con las condiciones exigidas por el Banco Central de Costa Rica, todo con el objeto de que, tanto el Tribunal, como los ejecutados, estén en capacidad en determinar si los intereses que se cobran están correctos y para que éstos puedan ejecutar su defensa, si no se exige esa demostración se estaría violando el principio fundamental de defensa en juicio. Como de acuerdo con la hipoteca que se ejecuta, los intereses han de pagarse POR ADELANTADO, NO PODIA LEGALMENTE ESTABLECERSE INTERESES VARIABLES O AJUSTABLES; ya que como el pago de los mismos es por adelantado, la variación se daría cuando ya debieron pagarse. Por ende, lleva razón en este embate el recurrente, toda vez que en efecto, lo es para la deuda como un todo y no sólo para cierto período de ella. Como la hipoteca que se ejecuta establece un interés del 15% anual, es a ese tipo de interés que deben calcularse los mismos."<sup>3</sup>

#### **4. Análisis normativo sobre el contrato de tarjeta de crédito**

"II.- La señora Jueza, en forma impecable, brindó a la demanda el curso de estilo. En puridad de verdad la tesis que sostiene la accionada, con el respaldo de la defensa técnica letrada, es asaz errónea. El artículo 611 del código de Comercio, con el aditamento de un segundo párrafo impuesto por la Ley Número 7558 de 3 de noviembre de 1995, dispone: "También tendrán el carácter de título ejecutivo las certificaciones de los saldos de sobregiros en cuentas corrientes bancarias y de líneas de crédito para el uso de



tarjeta de crédito, expedidas por un contador público autoriza..." De la forja de esa norma se estima que los títulos ejecutivos en tal situación pueden ser dos: adveración del saldo de sobregiro en una cuenta corriente bancaria o el que se corresponde a un crédito autónomo, limitado o ilimitado, para el uso de tarjeta. Eso es así porque al mencionar el vocablo "saldos" en la primera sección del ordinal precitado y luego expresarse "y de líneas de crédito para el uso de tarjetas de crédito", esta última frase está referida a los saldos y no a los sobregiros. De lo contrario se hubiese escrito "y de los saldos de sobregiros en líneas de crédito". En consecuencia es incuestionable que la certificación que descalifica doña Ana Isabel Matamoros Calderón si tiene robustez ejecutiva. Entonces escrutando el referido precepto del Código de Comercio no se nota que se conculque el principio de reserva legal que consagra el artículo 438, inciso 7 ° , de la ley de enjuiciamiento civil que nos rige, 425 de la hoy abrogada. "4

"III.- La certificación de contador público autorizado, para cobrar saldo de tarjeta de crédito, es título ejecutivo a tenor de lo dispuesto en los numerales 438 inciso 7° del citado cuerpo de leyes y 611 del Código de Comercio. La reforma a ésta última disposición legal se produjo mediante ley número 7558 del 3 de noviembre de 1995. Desde entonces, su aplicación no ha sido fácil. El primer problema abordado fue los alcances de la norma, concretamente si cubría saldos y sobregiros o únicamente éstos últimos. Por vía de jurisprudencia se dispuso la posibilidad de reclamar ambos y, entre otros antecedentes, se pueden consultar los siguientes de este Tribunal: números 15-M de las 8 horas 05 minutos del 5 de febrero, 508-M de las 7 horas 50 minutos y 512-M de las 8 horas 10 minutos; ambos del 18 de junio y los tres de 1997. Además, el número 676-E de las 9 horas del 10 de junio de 1998 y 599-N de las 7 horas y 55 minutos del 23 de julio del 2002. Luego hubo discusión en cuanto a la naturaleza del acreedor y se extendió tanto a los bancos públicos como privados. Votos número 184-E de las 8 horas y 194-L de las 8 horas 55 minutos, ambos del 18 de febrero de 1998. Un tercer punto fue definir los responsables y, en la resolución número 324-E de las 8 horas 10 minutos del 18 de marzo de 1998, se fijó respecto a cualquier obligado incluido en la certificación por el contador, salvo prueba en contrario. Quizás el más complicado se refiere a los requisitos del documento y todavía no se ha agotado, verbigracia, los agravios del apelante. Sobre el punto se resolvió: "I.- Este Tribunal, al conocer en apelación del auto que despacha ejecución, ha reiterado que es título ejecutivo la certificación expedida por contador público autorizado a tenor del artículo 611 párrafo segundo del Código de Comercio. Un pronunciamiento en ese



sentido consta en este mismo expediente, como se aprecia del voto número 539-L de las 8:10 horas del 25 de junio de 1997 (folio 15). Hasta ese momento, la labor del Tribunal se limitaba a la condición ejecutiva del documento, y por supuesto su competencia restringida a ese debate interlocutorio. Es ahora al resolver sobre el fondo el momento oportuno para analizar los alcances de la norma de comentario, todo con el propósito de dimensionar las facultades del certificador. La disposición legal le concede fuerza ejecutiva a la certificación de los saldos, ya sea de sobregiros, como los derivados por el uso de una tarjeta de crédito. Sin embargo, la norma no expresa la forma o estructura que debe tener la certificación, defecto legislativo que debe ser integrado con los principios constitucionales de la igualdad ante la ley y el debido proceso. Artículos 33 y 39 de la Constitución Política. Es evidente que todo ente que coloca tarjetas de crédito tiene derecho a cobrar lo adeudado mediante certificación de contador público autorizado, pero no basta con certificar el saldo a una determinada fecha, como sucede en el caso que nos ocupa. La parte demandada (deudor), tiene el derecho constitucional de defenderse por los medios legales de la pretensión material que se le exige, derecho que se vería seriamente afectado al no contar con el desglose específico de los diversos rubros que componen el saldo cobrado. El debido proceso y la lealtad entre los sujetos que intervienen, obliga a la parte actora aportar una certificación detallada y precisa de todos y cada uno de las sumas que componen el saldo. De tratarse únicamente de un saldo de sobregiro, así debe indicarse junto con otros cargos e intereses; o bien, si son saldos dentro del límite del crédito de igual manera debe desglosarse la suma por concepto de capital, cargos varios e intereses respectivos. Todo ello es importante para una defensa plena del accionado, sobre todo cuando alega la prescripción del capital e intereses. El obligado debe tener pleno conocimiento de los distintos rubros que se le reclaman, y a partir de ellos ejercer la oposición que estime necesaria. La falta de ese desglose, como sucede en el subjuicio, impide analizar debidamente la prescripción. Al certificar un saldo, no es posible presumir que se trata del principal, pues lo certificado supera el límite de la línea de crédito. De existir réditos incluidos, se desconoce su monto y el conceder intereses sobre el saldo certificado podría ocasionar un anatocismo al aprobar intereses sobre intereses. Se podría pensar en muchas otras objeciones, pero resultan innecesarias para los fines de este pronunciamiento. Lo que se quiere resaltar son las consecuencias de la falta de un desglose detallado y preciso. No se duda de la certificación aportada, pero la omisión de desglosar los diversos rubros que componen el saldo cobrado impide pronunciarse adecuadamente sobre el fondo del



asunto, lo que tampoco podría hacer el Tribunal en única instancia" Voto número 505-R de las 8 horas 20 minutos del 6 de mayo de 1998.

IV.- La lista de omisiones descritas por la parte demandada, avaladas por el a-quo, no tienen como finalidad desnaturalizar el título creado por el legislador. El primer intento para cuestionar el título se realizó mediante los recursos contra el auto inicial, pero el Tribunal en el voto número 614-L de las 8 horas 10 minutos del 23 de mayo del 2001 de folio 335 sostuvo que no habían elementos para revocar el despacho de ejecución, desde luego sin perjuicio de lo que se resolviera en sentencia. No obstante, una vez agotada la etapa del contradictorio, la situación se mantuvo igual y por esa razón no se comparte el fallo desestimatorio. En efecto, la accionada únicamente propuso dos pruebas. En el auto de folio 381 de las 8 horas del 18 de junio del 2002 se admitió la pericial contable y confesional del apoderado de la actora, pero éste no llegó a la hora y fecha señalada según constancia de folio 392. La pericial no se pudo agregar a los autos porque el perito no tuvo a la vista la documentación respectiva. En la sentencia recurrida el a-quo tiene por confeso al apoderado de la sociedad actora con el pliego de preguntas de folios 482 y 483 y en forma inesperada declara sin lugar la demanda por falta de requisitos de la certificación. Se califica de esa manera porque el Juzgado se refiere acertadamente a la confesión ficta como relativa y no absoluta, pero de inmediato le concede mucho valor probatorio para desvirtuar la fuerza ejecutiva. Por el contrario, le corresponde a la demandada la carga de la prueba para desvirtuar los datos y montos certificados. En autos se carece de elementos probatorios idóneos en ese sentido, sin que la confesión en rebeldía sea suficiente, menos aun cuando es la única probanza. Era preciso apreciarla en conjunto con otras pruebas, entre ellas la pericial pudo ser relevante, pero no se logro evacuar. La certificación cumple los requisitos mínimos impuestos por el Tribunal en voto 505/98 citado en el considerando anterior, por cierto mencionado por el a-quo. Incluso, luego de las dos resoluciones interlocutorias del Tribunal, no hay prueba para decir cosa distinta al confirmar el auto inicial. Tampoco hay prueba de una supuesta cesión de derechos de la tarjeta, ello para cuestionar la legitimación activa. Sin más consideraciones por innecesario, en lo que es motivo de inconformidad, se revoca el fallo apelado. En su lugar, salvo la prescripción de intereses, se rechazan las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación en sus dos modalidades e inejecutividad del título. Se declaran prescritos los réditos anteriores al 5 de enero del 2000. Se acoge la demanda ejecutiva, confirmándose el auto que despachó ejecución y decretó embargo en lo interlocutorio. Continúese con el procedimiento hasta



que la demandada le pague a la sociedad actora la suma de tres mil ciento sesenta y cuatro dólares con nueve centavos de capital, los intereses moratorios del 6 de enero al 20 de setiembre del 2000 en novecientos veintiocho dólares con cuarenta y cinco centavos, los posteriores hasta su efectivo pago al tres punto noventa y tres por ciento mensual y ambas costas del proceso."<sup>5</sup>

## 5. Contrato de Cuenta Corriente

"V.-En el caso bajo estudio, el actor era miembro de la Junta Directiva del Banco Crédito Agrícola de Cartago, además de socio y representante de la empresa "Gabi de Turrialba S.A.". Esta última hizo efectivos cheques contra la cuenta corriente que tenía en esa entidad bancaria, pese a no tener fondos suficientes, o contar con un contrato de crédito o derecho especial de giro o sobregiro a su favor. El señor Gamboa Pereira era el único autorizado para firmar los cheques, algunos de los cuales se cambiaron sin endoso. Según consta a folio 1 del expediente administrativo, la SUGEF en el oficio No. 4400-96 denominó esta transacción como "sobregiros operativos" ocasionados por "el pago de cheques con fondos insuficientes girados contra la precitada cuenta corriente...".

VI.- En relación con la cuenta corriente, esta Sala en sentencia No. 552 de las 14:15 hrs. del 16 de setiembre de 1999, dispuso: "IV.- La cuenta corriente bancaria regulada en el artículo 612 y siguientes del Código de Comercio, es una institución de Derecho Comercial, en la cual un banco recibe de una persona el depósito de dinero u otros valores o le otorga un crédito para girar contra aquella generalmente por medio de cheques. Se trata de una relación de derecho privado. Con base en este contrato los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo, y sólo el saldo resultante a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible. Este contrato permite al cuentacorrentista limitar o disminuir sus pagos en efectivo. Es de naturaleza consensual, su celebración no requiere formalidad alguna, basta el consentimiento. Existiendo entonces fondos suficientes en la cuenta el librado debe empezar a girar contra ella, claro está, bajo algunas restricciones legales o convencionales, pues no podría hacer efectivo un cheque si antes no lo ha "valorado" o "bastanteado". El cheque es un título de crédito nominativo o al portador, contiene la orden incondicional de pagar a la vista una suma determinada de dinero, expedido a cargo de una institución de crédito, por quien tiene fondos disponibles para ello. Sin embargo, el pago mediante cheque no produce los mismos efectos jurídicos del realizado en moneda de curso legal. Los títulos de crédito dados en pago, se presumen recibidos bajo condición "salvo buen cobro". Ello es así por el principio



contenido en la frase: "el pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo". En otras palabras, el débito se extingue hasta el pago del título por el librado. Sobre el particular, esta Sala indicó en sentencia número 117 de 14:15 horas del 16 de diciembre de 1994, lo siguiente: "III.- ...en el ámbito del Derecho Comercial, existe el contrato de cuenta corriente, del cual es una modalidad el de cuenta corriente bancaria e íntimamente ligado a él, aunque de manera accesoria, el contrato de cheque. El contrato de cuenta corriente bancaria es una convención por la que un banco recibe de una persona dinero u otros valores, acreditables de inmediato en calidad de depósito, o les otorga un crédito para girar contra él. Los giros contra los fondos se deben hacer exclusivamente por medio de cheques, sin perjuicio de notas de cargo que el cuenta-correntista pueda emitir cuando exista estipulación expresa en tal sentido. El contrato de cheque tiene, entonces, como razón de ser la obligación de pago que impone al librado; siempre que el librador, al girar el cheque, haya respetado las condiciones pactadas expresa o tácitamente por la institución bancaria.". En análoga dirección, la sentencia número 210-91 de 14:30 horas del 27 de noviembre de 1991, señala: "El contrato de cheque tiene entonces como razón de ser, la obligación de pago que impone al librado, siempre que el librador, al girar el cheque haya respetado las condiciones pactadas expresa o tácitamente por la institución bancaria de que se trate, esas condiciones son de dos clases, las de índole formal que abarcan las menciones y forma que debe llevar el documento (artículo 803 del mismo cuerpo legal) y las materiales que se reducen a que se debe contar con los fondos necesarios para cubrir el cheque.". VII.- El sobregiro bancario o crédito a cuenta corriente, según lo dispone el artículo 632 bis del Código de Comercio consiste en: "un contrato por medio del cual un banco abre un crédito a un cuenta corrientista, para sobregirarse en su cuenta por un monto mayor a sus haberes". Esta figura presupone la existencia de una cuenta corriente y de un contrato, mediante el cual, a diferencia de lo que ocurre con aquella, el cuentacorrientista puede girar cheques sin que existan fondos que le den respaldo. Se trata de un caso de excepción en donde el Banco, al finalizar el contrato, podrá exigir el saldo mediante la garantía acordada o por la vía ejecutiva. "Gabi de Turrialba S.A.", según consta en el informe de inspección y la certificación expedida por el Banco Crédito Agrícola de Cartago, Sucursal de Turrialba, a folio 68, 283 y 284 del expediente administrativo, carecía del respaldo necesario para utilizar la modalidad del sobregiro. De manera entonces que, independientemente de la denominación que se de, lo cierto es que hizo uso indebido de la cuenta corriente y cada vez que hacía efectivo un cheque sin



contar con fondos suficientes para ello, generaba un crédito a favor del Banco Crédito Agrícola de Cartago, que aunque posteriormente recupera el dinero, no por eso pierde su naturaleza de crédito. Si bien el contrato de cuenta corriente establece una sanción para quien así proceda, ésta, como bien apunta el casacionista, es de orden contractual-mercantil y por lo demás, ajena al tema objeto de este proceso. Lo que aquí interesa es la incidencia que ese hecho tiene, dada la condición del actor de representante de la empresa y miembro de la Junta Directiva de la entidad bancaria. VIII.- De conformidad con el artículo 24 de la LOSBN, el Consejo de Gobierno sólo podrá revocar el nombramiento de director con base en la información suministrada por la SUGEF. El artículo 25 *Ibidem* dispone, que "...cesará de ser miembro de la Junta del Banco:...4) El que infringiere alguna de las disposiciones contenidas en las leyes, decretos o reglamentos aplicables al banco o consintiere su infracción.". Por su parte, el numeral 117 *Ibidem* prohíbe expresamente a los bancos comerciales del Estado "...efectuar operaciones de crédito, directa o indirectamente con:...b) Las sociedades mercantiles...de las cuales los miembros de la Junta Directiva...sean representantes legales, o bien que posean acciones...iguales o superiores al 50%...". Con base en estas disposiciones normativas al ser el actor representante de una sociedad que hizo uso indebido de la cuenta corriente y obtuvo crédito bancario mediante la emisión de cheques sin fondos suficientes, infringió lo dispuesto en el artículo de última cita, incurriendo con ello en la causal prevista en el artículo 25 de la LOSBN, sancionada con la revocatoria de nombramiento del cargo de directivo bancario. Está debidamente justificado y regulado el motivo y cumplido el fin perseguido por la norma. Como consecuencia de ello, al no estar viciado de nulidad lo actuado por el Consejo de Gobierno, el Tribunal no infringió por desaplicación el artículo 158 de la Ley General de la Administración Pública."<sup>6</sup>

## **6. Operaciones con divisas**

**"IV.-** En lo que a operaciones con divisas se refiere, al momento de los hechos, el Banco Central gozaba de monopolio, según lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la entidad, N° 1552 de 22 de abril de 1953, reformada por la Ley N° 6789 de 3 de agosto de 1982, de modo tal que este tipo de contrataciones sólo podrían tramitarse por esa institución o sus autorizadas. La autorización era otorgada por la Junta Directiva del Banco a los integrantes del Sistema Bancario Nacional (ordinal 94 *ibídem*). Si bien es cierto, en su carácter de contralor de la actividad, podría emitir toda la reglamentación y establecer los controles que estimara necesarios, el límite de su responsabilidad estaba



claramente delimitado y no abarcaba las contrataciones puntuales celebradas entre los bancos autorizados y los particulares. Así, el artículo 94 relacionado disponía "...Una vez autorizados, la participación de los bancos en el mercado libre la harán de manera directa y **por su propio riesgo, y exclusivamente, como intermediarios entre compradores y vendedores de divisas**, bajo la supervisión y en las condiciones que determine el Banco Central...". (El destacado es suplido). De igual modo, en ejercicio de la potestad reglamentaria que el control de la actividad le confería, el numeral 34 del Reglamento para las Operaciones con Divisas del Mercado Intercambiario, aprobado por su Junta Directiva en la sesión N° 4411, artículo 5, celebrada el 3 de mayo de 1990, el cual fuere modificado en la sesión N° 4227, numeral 14, del 8 de agosto de 1992, en su ordinal 34 exponía: "**Sin perjuicio de su condición de intermediario, los resultados financieros y los riesgos propios de las operaciones de compra y venta de divisas del mercado cambiario correrá por cuenta exclusiva de cada Banco**". (La negrita no proviene del original). En la especie, según los hechos probados expuestos en el primer Considerando, el negocio dentro del cual se produjo el menoscabo de los intereses patrimoniales de la actora, fue en una típica actividad de intermediación con divisas, a cargo del extinto Banco Germano, de allí que la responsabilidad sea exclusivamente suya, pues según el recuento normativo realizado, no es dable trasladarla al B.C.C.R. que ninguna ingerencia podía tener sobre los contratos celebrados entre las entidades financieras autorizadas a realizar este tipo de contrataciones y sus clientes. En idéntico sentido ha sido resuelto por la Sala en dos precedentes. En el fallo 946-F-01 de las 16 horas 20 minutos del 28 de noviembre del 2001 dispuso: "**VIII.-** El gran tema sobre el que giran todos los reproches es la presunta responsabilidad del Banco Central en el negocio directamente convenido entre la actora y el Banco Germano. La demandante la sustenta en dos motivos. El primero, en culpa propia, por fallar el Central en su deber de selección y control. El segundo, en responsabilidad solidaria. En punto a éste, argumenta que si el BGC actuó en el negocio de divisas por cuenta y a nombre del Central, como agente suyo, debe responder solidariamente por los actos lícitos e ilícitos de ese agente.**IX.-** Está fuera de cuestión que el conflicto se suscita en una actividad propia de la operación con divisas del mercado interbancario realizada por un banco privado. Por lo menos algunas de las pretensiones de la actora parten de que sus derechos y las consiguientes responsabilidades del Banco Central derivan precisamente de un nexo contraído dentro de ese giro. (...). El primer artículo es el 106 de la Ley Orgánica del Banco Central.



Según el texto vigente al ocurrir los hechos objeto de examen, en él se disponía que todas las operaciones con divisas realizadas por los bancos autorizados serían hechas por cuenta exclusiva de aquél Banco, pero también preceptuaba que debían efectuarse de absoluto acuerdo con sus disposiciones, resoluciones y recomendaciones. Por su parte el 109 del mismo cuerpo normativo, en lo que interesa, normaba: "Correrán por cuenta de los bancos autorizados los riesgos inherentes al incumplimiento de las letras por ellos adquiridas y de los contratos correspondientes, así como el riesgo de que sus depósitos en divisas no fueren reembolsados por sus corresponsales **y cualesquiera otros riesgos típicamente comerciales o bancarios que afecten las divisas que hubieren comprado, las hubieren traspasado al Banco Central o no**", y luego agregaba: "Correrán por cuenta del Banco Central los mismos riesgos en relación con sus propias compras y tenencias de monedas extranjeras, y además, los riesgos correspondientes a las eventuales modificaciones de los valores externos de las monedas. En el numeral siguiente, sea el artículo 110, se establecía a su vez la obligación de los bancos autorizados de **informar diariamente** al Departamento de Comercio Exterior del Banco Central, sobre todas las operaciones con divisas que hubieren efectuado. Finalmente, en el Reglamento para las operaciones con Divisas del Mercado Interbancario, aprobado por la Junta Directiva del Banco Central, en Sesión No 4411-90 de 3 de mayo de 1990, en su artículo 34, se disponía: "Sin perjuicio de su condición de intermediario, los resultados financieros y los riesgos propios de las operaciones de compra y venta de divisas del mercado cambiario correrán por cuenta exclusiva de cada banco". (Ver certificación de fs.364 a 394). **X.-** El negocio realizado entre el BGC y la actora se inscribe, desde luego, y así se concibe en la demanda, como una operación de compra de divisas, frustrada ciertamente por la conducta de ese banco, quien incumplió sus obligaciones no solo frente a la actora sino también frente al Banco Central, porque ese negocio, al no concretarse, nunca fue del conocimiento del Central y de toda suerte se hizo desatendiendo las normas legales y reglamentarias impuestas para ese tipo de transacciones. El Central no participó directa o indirectamente en ese negocio, porque la adquisición de divisas no se concretó. Resulta absurdo que si este banco del Estado, por disposición de los artículos 109 y 34 antes mencionados, ni siquiera es responsable frente a los riesgos inherentes a las letras o divisas adquiridas formalmente a través de las instituciones privadas, deba, sin embargo, asumir esa responsabilidad cuando la transacción ni siquiera ha llegado a concretarse. Lo anterior lleva a concluir que esas normas no fueron mal actuadas, porque al menos a fortiori eran pertinentes al caso.



El primer cargo por violación directa no es, por consiguiente, admisible. Valga en todo caso agregar, como bien lo entendieron los juzgadores, que los sucesos acreditados ponen de manifiesto un riesgo típicamente comercial o bancario, que desgraciadamente sufrió la actora. Este entregó dinero a un banco privado, para adquirir divisas, que dicho banco nunca aplicó a ese propósito. El riesgo, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, es solamente del cliente de ese banco y por él debe responder la persona que incumplió la obligación asumida, vale decir en este caso el BGC." En igual sentido, en su sentencia N° 143-F-03 de las 11 horas 15 minutos del 19 de marzo del 2003, reiteró la posición, al señalar: "V.- (...) El artículo 106 de la derogada Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 1552 de 23 de abril de 1953, aplicable al sub-júdice, disponía: "Los Bancos Autorizados para operar con divisas extranjeras harán todas las operaciones de compra y venta de las mismas por cuenta exclusiva del Banco Central y de absoluto acuerdo con las disposiciones, resoluciones y recomendaciones que reciban de la Junta. En consecuencia, los Bancos podrán traspasar en cualquier momento al Banco Central las divisas que hubieren comprado, y éste podrá en todo tiempo requerir a los Bancos que efectúen el traspaso a su favor de las divisas compradas.". Esta norma era complementada por el derogado artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, número 1644 de 26 de setiembre de 1953, también aplicable a la especie, al preceptuar: "Los Bancos Comerciales podrán efectuar todas las operaciones con divisas extranjeras que de acuerdo con las prácticas bancarias y los principios técnicos de la materia ejecutan usualmente las instituciones de su índole, siempre que de acuerdo con la Ley Orgánica del Banco Central hubieren sido autorizados para actuar como agentes y por cuenta de dicho Banco Central en las operaciones y negocios correspondientes.". Por su parte, el Reglamento para las Operaciones con Divisas del Mercado Interbancario, aprobado por la Junta Directiva del ente emisor en sesión número 4411, artículo 5, celebrada el 3 de mayo de 1990, modificado en sesión número 4227, artículo 14, celebrada el 8 de agosto de ese año, en su numeral 22 párrafo primero, en lo conducente, señala: "Las Entidades Autorizadas para negociar las divisas deben remesar directamente los pagos al exterior a fin de garantizar el destino de aquéllas, ya sea en los casos de cobranzas o en los de remesas directas. ...". En el numeral 27 se dispone: "Con base en la legislación vigente sólo podrán dedicarse a la compra y venta de divisas las entidades que se citan de inmediato: a) El Banco Central de Costa Rica; b) Los Bancos Comerciales del Estado; y, c) Los Bancos Privados que expresamente autorice para ello el Banco Central. Para intervenir en el mercado cambiario las



citadas entidades deberán apegarse estrictamente a las disposiciones que el Banco Central dicte sobre la materia.". El artículo 33 establece: "Las entidades indicadas en los incisos b) y c) del artículo 27 de este Reglamento, sólo podrán participar en el mercado cambiario como intermediarios entre compradores y vendedores en ese mercado. A efecto de asegurar tal condición, la Administración del Banco Central establecerá los saldos máximos de divisas que los Bancos Comerciales podrán tener al final de cada día, así como la forma y el período en que se computarán esos saldos.". Por otro lado, tocante al tema de las responsabilidades de los bancos autorizados en la compra y venta de divisas, el ordinal 109 de la Ley Orgánica del Banco Central antes citada, en lo que interesa, indicaba: "Correrán por cuenta de los Bancos autorizados por riesgos inherentes al incumplimiento de las letras por ellos adquiridas y de los contratos correspondientes, así como el riesgo de que sus depósitos en divisas no fueren reembolsados por sus corresponsales y cualesquiera otros riesgos típicamente comerciales o bancarios, que afectaran las divisas que hubieren comprado, las hubieren traspasado al Banco Central o no. ..."(Lo subrayado no es del original) ... Al socaire de lo preceptuado en las normas indicadas, se colige con meridiana claridad que el Banco Central de Costa Rica está exento de cualquier tipo de responsabilidad respecto a terceros, como lo es la empresa actora. (...) De lo expuesto, se concluye que el Banco Germano Centroamericano S.A. fue debidamente autorizado para fungir como intermediario en el mercado de divisas. (...) La responsabilidad por dicha omisión, a la luz de lo señalado por el artículo 109 de la derogada Ley Orgánica del Banco Central y, el 34 del Reglamento para las Operaciones con Divisas del Mercado Intercambiario, antes transcritos, se repite, no le puede ser endilgada al ente emisor, sino, exclusivamente, al Banco Germano Centroamericano S.A., conforme fue resuelto por los juzgadores de instancia.". En consecuencia, por los motivos señalados, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad de la falta de pago de la operación en divisas concertada entre la actora y quien en su momento operara como Banco Germano, corresponde a éste último, y no al Banco Central de Costa Rica. "<sup>7</sup>

## 7. Préstamos bancarios comerciales

"IX.- Que resta en consecuencia analizar, la nulidad de la variación de las tasas de interés que también se invoca, punto que está definitivamente resuelto por la Sala Constitucional desde que ya emitió pronunciamiento respecto a situaciones como la de que se ha hecho mérito determinando, que cuando un Banco estatal no opera con fondos propios en su condición de institución



autónoma sino como fideicomisario de empresas privadas, como banco privado, está facultado para imponer tasas de interés ajustables, al tratarse de relaciones de derecho privado, y lo que así se disponga, no implica abuso del derecho. Pueden consultarse al efecto, entre otros, las sentencias de la Sala Constitucional número 3393-94 y 7483-94. Para mejor comprensión de la inconforme, este órgano colegiado se permite transcribir el último de los votos de ese Tribunal Constitucional -7483-94 de 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 1994-, en el que se dispuso: "... PRIMERO. En el presente caso, los accionantes suscribieron contrato de préstamo mercantil con el Banco Nacional de Costa Rica en su condición de Fiduciario mediante la Sección Fiduciaria de dicha entidad bancaria, lo cual constituye un patrimonio autónomo, cuya administración le es confiada al Fiduciario. En dichas operaciones se pactó la cláusula de intereses de forma tal que serían "ajustables según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero, con respecto a las tasas pasivas, de tal manera que haya una concordancia entre las tasas activas y las tasas pasivas que sustentan el Programa de Certificados de Inversión Hipotecaria, concretamente el Fideicomiso citado"; o bien, los intereses "pueden ser variados por el Banco a fin de ajustar las tasas activas con la situación prevaleciente en las tasas pasivas del mercado financiero nacional, dado que los recursos de este tipo de créditos (Informe del Banco a Folio 39). SEGUNDO. Del análisis del expediente se desprende que el Banco Nacional de Costa Rica no ha operado aquí ni con fondos propios, ni como institución autónoma, sino en su calidad de fideicomisario, es decir, como Banco privado en los términos del artículo 4 (sic) de la Ley General de Administración Pública. Asimismo, las cláusulas del contrato de compra-venta y constitución de hipoteca, preveen (sic) un mecanismo objetivo y razonable que permite ajustar la tasa de interés activa ante las variaciones de la tasa de interés pasiva que rige para los títulos valores, que son la fuente de financiamiento del fideicomiso; títulos valores que por ser de vencimiento a corto plazo serán afectados por las tasas de interés del mercado al momento de constituirse. De manera que no existe una potestad unilateral del banco de variar la tasa de interés pactada sino que esto ocurre objetivamente conforme a los cambios en el mercado. Conforme a lo expuesto y tomando en cuenta que al tratarse de un contrato de naturaleza privada entre dos sujetos de derecho privado, corresponde a la jurisdicción común y no a la constitucional dilucidar los conflictos que de él se deriven, el recurso resulta improcedente y así debe declararse...".- X.- Que visto así el panorama jurídico y, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción



Constitucional, en cuanto dispone que los pronunciamiento de esa Sala son vinculantes para los tribunales, el criterio del Juzgado, en este aspecto, está ajustado a derecho y por ende debe mantenerse." <sup>8</sup>

## 8. Contrato de línea de crédito

**IV.-** En el segundo agravio, el casacionista censura tanto al Juzgado como al Tribunal por haber realizado una interpretación errónea de los hechos, en tanto eximió al actor de la comprobación del aviso al endosante, invirtiendo la carga de la prueba, y creando un contrato de crédito bancario inexistente. Lo referente a la falta de aviso al endosante, como se indicó en el considerando precedente, es un argumento inútil para casar la sentencia. Ahora bien, en cuanto a la interpretación de lo sucedido, es claro que el actor ejerció dos acciones estrechamente vinculadas a efectos de cobrar su crédito, las cuales consisten en la *acción cambial* y la *acción causal*. La primera de ellas surge del título, concretamente del cheque N° 2027 que se le entregó a la actora en pago del giro bancario. Sin embargo, tal acción no podía prosperar porque ya se había indicado en el proceso ejecutivo que el documento no tenía validez como cheque, al carecer de un requisito esencial, como lo es el lugar de expedición. Así las cosas, el Tribunal actuó correctamente al rechazar la pretensión principal que se orientaba al pago del cheque. De ahí se desprende la irrelevancia de la notificación al endosante, pues a la demandada se le imputó responsabilidad, no por ostentar esa condición, sino porque fue quien pidió la emisión del giro. La *acción causal*, nace en el negocio subyacente por el cual se recibió el cheque. En este caso la constituye el contrato acordado para la emisión del giro bancario por parte del actor a solicitud de la demandada a favor de un tercero. Tal convenio impuso obligaciones a ambas partes, al Banco le correspondió brindar la garantía como emitente del título, y a la demandada como tomador del giro le correspondió su pago. El **Banco** cumplió con su compromiso, no así la demandada, por cuanto el cheque con el que pretendió cancelar no pudo cobrarse, por ende al no operar el pago, incumplió su prestación, derivando de allí su responsabilidad, no del Banco Germano Centroamericano pues fue Johnson & Johnson Costa Rica. S.A. quien ordenó la operación. Consecuentemente, lleva razón el Ad quem cuando señala " *se deduce sin ninguna duda que la operación bancaria de crédito dada entre las partes litigantes, no ha sido honrada por parte de la demandada; de ahí que la excepción de falta de derecho interpuesta por la demandada fuera bien rechazada...*" (folio 481 vuelto). Por consiguiente el reproche debe denegarse. **V.-** Resta abordar el tema de la prescripción. Como



punto de partida debe tenerse presente que el sustento de ésta se encuentra en la seguridad jurídica, en tanto, procura eliminar situaciones de incerteza generadas ante el no uso del derecho por parte de su titular en el transcurso del tiempo. Procede analizar si la prescripción había operado al momento de interponerse este proceso como cree el recurrente. Las interpelaciones judiciales notificadas a la deudora en el proceso ejecutivo, efectivamente interrumpieron la prescripción, pues existe una íntima relación entre la acción cambial y la causal, en ambas se cobra mediante distintas vías el servicio prestado por la entidad bancaria. Lleva razón el Tribunal al señalar " *el ejercicio del derecho en el proceso ejecutivo simple está relacionado con el ejercicio de la relación subyacente y sus obligaciones, por lo que los actos interruptores de dicho proceso benefician a la relación subyacente que ahora se cobra...*" (folio 477 vuelto). Sobre la tesis del casacionista, de que al rechazarse el ejecutivo, la prescripción corre a partir de la presentación de esa demanda, no es de recibo, pues no se está en el caso de que el proceso se haya declarado desierto (artículo 977 Código de Comercio) para considerar que la prescripción no fue interrumpida. Por consiguiente, el reproche debe desestimarse."<sup>9</sup>

## 9. Crédito bancario

"III.- Mediante la presente demanda, manifiesta el actor que, atendiendo a un anuncio publicitario aparecido en el periódico La Nación, la sociedad demandada ofreció al público consumidor casas en venta en residencial Villas del Roble, localizada en el cantón de Moravia; que dentro de los ofrecimientos que en dicha propaganda hacía la demandada, figuraban las facilidades para un financiamiento bancario; que fue así como se interesó en adquirir una de las viviendas ofrecidas dentro del Residencial.- Que en esa oportunidad se hizo acompañar por su esposa María Alejandra Blanco Rodríguez y fueron atendidos por el señor Juan Carlos Amador Chacón, como Ejecutivo de Ventas de la firma demandada, quien en nombre de dicha empresa les propuso el siguiente plan de inversión: "...Contra el plano que consta en el brochour o panfleto publicitario...se me ofreció el modelo de casa indicado como "Villa número 3", el lote marcado con el número 26, lote con un frente a calle de 10.74 metros y con una medida de 391.240 metros cuadrados y el siguiente plan de financiamiento: El valor de la casa y el lote se fijó en C22.500.000 de colones, de ese monto se me ofertó que pagara una prima de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL COLONES, de los cuales debía pagar el tanto de SEISCIENTOS MIL COLONES como reservación de la



casa dicha y el saldo, sea la suma de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL COLONES, el quince de enero de 1998, ofreciéndoseme financiarme la diferencia con el Banco Crédito Agrícola de Cartago con la modalidad de "Compra de lote y construcción" hasta por la suma de dieciocho millones novecientos mil colones.".- Agrega que de acuerdo a esos términos procedieron a firmar con fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, entre la demandada y el actor, una promesa recíproca de compra venta, en virtud de la cual él se comprometía a comprar y la demandada a vender el lote número 26.- Que ese contrato estableció las bases de la futura compra venta y que en ese acto y de acuerdo a lo convenido procedió a cancelar la suma de seiscientos mil colones.- Que con la intención de cumplir con el pago pactado para el quince de enero de mil novecientos noventa y ocho, gestionó y obtuvo un préstamo en el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y que al presentarse en esta última fecha indicada, a pagar el dinero convenido, la demandada no había conseguido el financiamiento con el Banco Crédito Agrícola de Cartago y así fue como se le pidió que esperara a que el préstamo saliera y así ellos recibirían ambas sumas simultáneamente.- Que posterior a ello se le indica que el Banco Crédito Agrícola no estaba en disposición de financiarle la totalidad del monto establecido y es así como le ofrecen otras modalidades de financiamiento totalmente distintas y en términos más gravosos para él que la posición original.- Que como el Precontrato de Promesa Recíproca de Compra Venta, establecía las condiciones del segundo futuro contrato, él no estaba obligado a aceptar variaciones de ningún tipo y menos tan sensibles y onerosas como las que corresponden a monto de prima, mensualidades y plazo del crédito.- Que ante el cambio abrupto de las condiciones pactadas, él le solicitó a la demandada la devolución de lo pagado y obtuvo un no por respuesta y cuando les pidió que lo pusieran por escrito manifestaron que no tenían porqué hacerlo.- Que adicionalmente a lo que es el aspecto financiero existe otro motivo de incumplimiento, porque a él se le ofreció un lote ubicado en un lugar y con medidas distintas a las que finalmente encontró, de manera que esta es otra variación inaceptable.- Es así como pretende que en sentencia se declare, que la demandada incumplió en forma grave las prestaciones que le eran propias de la Promesa Recíproca de Compra Venta suscrita entre ella y él; que siendo esa Promesa Recíproca de Compra Venta un contrato bilateral y oneroso, ante el incumplimiento de la demandada deberá declararse su resolución, condenándola a pagar los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento, que consisten en la devolución de los seiscientos mil colones que pagó en cumplimiento de la Promesa



Recíproca de Compra Venta; todos los gastos en que incurrió a raíz del préstamo solicitado al Banco Popular y de Desarrollo Comunal y que suman cuatrocientos setenta y nueve mil doscientos setenta y dos colones con ochenta y cinco céntimos, más el daño moral que estima prudencialmente en la suma de un millón de colones y a título de perjuicios intereses sobre las sumas referidas; además de las costas procesales y personales de la demanda. La sociedad accionada contestó la demanda negando los incumplimientos que señala el actor y afirma que es cierto que el anuncio publicitario ofreciendo casas en venta en Residencial Villas del Roble e informando la disponibilidad de financiamiento bancario se dió, pero que ni en el anuncio, ni en ninguna otra manifestación verbal o escrita, se promete que el financiamiento sería efectivamente obtenido, que la oferta era la disponibilidad de fuentes bancarias que eventualmente otorgarían el financiamiento.- Agrega que no es cierto que la casa se le ofreció contra el "brochure" o folleto publicitario que se adjuntó, el cual data de fechas muy anteriores a la negociación con el actor, siendo que el diseño de proyecto sufrió modificaciones mucho antes de que el actor llegara a la residencia, que la casa se ofreció contra el diseño mencionado en el artículo primero párrafo dos del contrato, de manera que ella no puede alegar ningún error o vicio en el consentimiento, si en realidad conocía a cabalidad las condiciones, ubicación y medidas del terreno que examinó con sus propios ojos y con documentación de respaldo.- Señala que tampoco es cierto que ella ofreciera el financiamiento con el Banco Crédito Agrícola de Cartago, que el contrato de opción dice clara y expresamente que el objeto de ésta es que el comprador obtenga el financiamiento, que posteriormente, al establecer las condiciones del precio y forma de pago, señala el financiamiento que se solicitaría, pero no indica que ésto sea su obligación ni tampoco promete que ese financiamiento sería otorgado y que si ayudó con su tramitación es porque está en su interés que se otorgue y así la venta se realice, pero no porque fuese su obligación, así que ella nunca ofreció ni prometió el financiamiento.- Por otra parte señala que la firma efectivamente se dió el 25 de noviembre de 1997 por cuarenta y cinco días naturales, por lo que la Opción ya caducó.- Rechazan cualquier reclamo proveniente del alegado préstamo con el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, señala que ese préstamo no guarda relación alguna con la opción y que inclusive fue solicitado cinco días antes de firmar el contrato de opción y que entonces cómo es posible pretender ahora que el actor solicitó el préstamo para cumplir con un contrato que todavía no existía, por lo que el actor pidió ese préstamo para otros fines y ahora pretende achacarlo a la demandada.- Niega también que ellos hayan rechazado el pago y



manifiesta que el actor más bien se presentó a sus oficinas a decir que no les iba a pagar hasta que obtuviera el préstamo porque si no lo obtenía no podría comprar la casa y sabía que perdería todo pago hecho en señal de trato y como abono a la prima.- Que aquí el actor fue el que incumplió sus obligaciones y que si hubiese tenido voluntad de cumplimiento, perfectamente hubiese realizado un pago por consignación o por lo menos una oferta real de pago.- Agrega que ellos lo que procuraron fue buscarle otras alternativas al actor y que no fue la demandada la que introdujo modificaciones al financiamiento, sino un tercero cuyo comportamiento nunca prometieron ni garantizaron.- Es así como opone las excepciones de caducidad, falta de interés legítimo y actual, falta de derecho, non adimpleti contractus (contrato no cumplido) y la genérica de sine actione agit y solicita por lo tanto se declare sin lugar la demanda interpuesta por el actor, a quien se le deberá condenar en costas. V.- A su vez la sociedad accionada formuló reconvencción en contra del actor alegando, que según contrato de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, le concede opción al actor reconvenido para que adquiriera la casa N° 26 de la Urbanización Villas del Roble y que ese día y por concepto de reservación de la casa el señor Borbón canceló la suma de seiscientos mil colones.- Que en el artículo tercero del contrato, se compromete el actor-reconvenido a pagar a la sociedad ahora reconventora la suma de cuatro millones ochocientos cincuenta y cuatro mil colones, como saldo de la prima, pago que se haría el quince de enero de mil novecientos noventa y ocho.- Que en dicho contrato, se concede al señor Borbón el derecho de retirarse de la negociación y no adquirir la vivienda por su propia voluntad, siempre y cuando indemnice a la sociedad la suma de un millón quinientos setenta y cinco mil colones.- Que igualmente el incumplimiento de cualquiera de los pagos pactados en el artículo tercero del contrato tendría igual consecuencia.- Que el quince de enero de mil novecientos noventa y ocho, el señor Borbón no pagó el monto líquido adeudado, constituyéndose en deudor moroso, por lo que en aplicación del artículo 427 del Código de Comercio, debe cancelar la pena contractual establecida.- Es así como pide que en sentencia se declare ese incumplimiento y que el reconvenido adeuda a la reconventora la suma de un millón quinientos setenta y cinco mil colones y que como sobre dicho monto opera una compensación parcial, debe cancelar un saldo de novecientos setenta y cinco mil colones, más los intereses legales al día del pago y ambas costas de la demanda y la reconvencción. VI.- El actor reconvenido contestó negativamente la contrademanda, oponiendo las excepciones de falta de derecho, caducidad, falta de interés actual, prescripción y la genérica de sine actione agit. Señala que uno de



los presupuestos básicos más elementales para solicitar del contrario el cumplimiento de una cláusula penal, es el de que quien reclama se encuentre en una situación de parte no incumplidora, y como, afirma, la reconvencional incumplió las prestaciones a su cargo, no tiene legitimación ni derecho para reconvenir, por lo que solicita que en sentencia se declare sin lugar la contrademanda en todos sus extremos, con lugar las excepciones interpuestas y se condene a la reconvencional al pago total de las costas personales y procesales sobre el monto de la contrademanda. VII.- El señor juez de primera instancia en la sentencia ahora apelada, declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos y acogió parcialmente la reconvenición y de lo así resuelto apelan ambas partes.- La parte actora en cuanto manifiesta que la demanda debió haberse declarado con lugar en todos sus extremos y la contrademanda sin lugar y que así lo solicita expresamente.- La parte demandada respecto a lo resuelto en cuanto a la reconvenición.- Pide que se revoque la sentencia para condenar al actor reconvenido al pago de la multa contractualmente convenida, menos los seiscientos mil colones que ya pagó, para un saldo de novecientos setenta y cinco mil colones, más los intereses moratorios sobre dicho saldo, y que como el actor sería vencido en todas sus pretensiones, debe tenerse como litigante de mala fe, por lo que solicita que se le condene en ambas costas. VIII.- De conformidad con los hechos tenidos por demostrados, ha quedado debidamente acreditado que la sociedad accionada promociona sus proyectos mediante publicidad en la prensa, mostrando la casa modelo o un croquis o plano constructivo y haciendo vallas publicitarias que se colocan en la zona, tienen un "brouchure" o folleto publicitario donde se habla del proyecto, donde está ubicado, tipos de acabado y otros aspectos.- Es así como la empresa aquí demandada a través de una oferta publicitaria aparecida en el periódico La Nación, el día veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y siete, ofreció al público consumidor casas en venta en residencial Villas del Roble, localizado en el cantón de Moravia, publicación en la que se consignaba: "Financiamiento bancario disponible."- En virtud de ello el señor Armando Enrique Borbón Flores se interesó en adquirir una de las viviendas ofrecidas dentro del residencial y acudió con su esposa, doña María Alejandra Blanco Rodríguez a ver la Urbanización, donde se les entregó un "brouchure" o panfleto informativo, se les mostró el posible lote, el número veintiseis, y se les dijo que pagando la prima ellos se encargaban del resto.- El valor de la casa y el lote sería de veintidós millones quinientos mil colones, de los cuales la prima sería por cinco millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil colones y de ello se



les solicitó por concepto de reservación para la compra, la suma de seiscientos mil colones, que fueron cancelados el día veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete.- Así se procede a firmar a las catorce horas de esa misma fecha, entre la empresa Fomento Urbano S.A., en adelante La Vendedora y el señor Armando Enrique Borbón Flores, en adelante La Compradora, un documento denominado "OPCION", de acuerdo con el cual, según el ARTICULO PRIMERO: "LA VENDEDORA da un plazo de 45 (CUARENTA Y CINCO) días naturales a partir de esta fecha, 25 de noviembre de 1977 por la exclusividad a favor de LA COMPRADORA, para que en el precio de C22.500.000,00 (VEINTIDOS MILLONES QUINIENTOS MIL COLONES EXACTOS), adquiera la casa que presenta las siguientes características: Casa N° 26 Urbanización VILLAS DEL ROBLE Matrícula de folio real N° \_\_\_\_\_ Tipo de casa VILLAS N° 3, adjunto se encontrará el diseño correspondiente a esta casa, el cual forma parte integral de esta opción y debe ser firmada por LA COMPRADORA".- De conformidad con el ARTICULO SEGUNDO: "El objeto de esta opción es para que dentro del plazo indicado LA COMPRADORA obtenga el pago mencionado en el ARTICULO PRIMERO, por medio del financiamiento que tenga debidamente identificado en las Instituciones estatales y/o privadas y que declara conocer..."- Según el ARTICULO TERCERO: "LA COMPRADORA entrega en este acto la suma de C600.000,00 (SEISCIENTOS MIL COLONES EXACTOS) como reservación de la casa mencionada en el ARTICULO PRIMERO, cuyo precio final es la suma indicada en ese mismo ARTICULO. Como condición para la posterior Compra Venta, LA COMPRADORA se obliga a los siguientes pagos los cuales serán aplicables al precio final de compra venta, si se cumple con la presente opción: PRIMA TOTAL C5.454,000,00 (CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL COLONES EXACTOS), DEPOSITA EN ESTE ACTO LA SUMA DE C600.000,00 (SEISCIENTOS MIL COLONES EXACTOS), SALDO DE PRIMA C4.854.000,00 (CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL COLONES EXACTOS) LOS CUALES SE CANCELARAN EL DIA 15 DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO. EL FINANCIAMIENTO SERA CON EL BANCO CREDITO AGRICOLA DE CARTAGO CON LA MODALIDAD DE COMPRA DE LOTE Y CONSTRUCCION, EL FINANCIAMIENTO A SOLICITAR SERA DE C18.900.000,00 (DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS MIL COLONES EXACTOS) El no cumplimiento de uno de estos pagos, da por vencida la misma, y LA COMPRADORA acepta de inmediato la ejecución del ARTICULO CUARTO de esta opción."- Se prevé en el ARTICULO CUARTO siguiente que: "Por concepto de daños y perjuicios, si llegara a retirarse expresa o tácitamente de esta opción, voluntariamente o por vencimiento del plazo, LA COMPRADORA reconoce pagar la suma de C1.575.000,00 (UN MILLON QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MIL COLONES EXACTOS), lo cual justifica: comisiones, gastos administrativos y costo de oportunidad en que ha



incurrido LA VENDEDORA. Además reconocerá el pago de todas las extras que hubiese solicitado y pagado a LA VENDEDORA, así como cualquier cambio que a instancia de LA COMPRADORA y/o por su medio se realicen en la casa que promete comprar, en cualquier momento previo a la firma de la escritura pública...".- En el ARTICULO DECIMO se estipuló: "Ambas partes convienen que los acabados de la casa que se vende por este instrumento, son similares a los de la casa modelo, mostrada en esta fecha 25 de noviembre de 1997, si a la casa modelo se le realizaran algunos cambios en sus acabados posterior a la firma de esta opción, los mismos no se aplicarán a la casa adquirida por LA COMPRADORA." En el ARTICULO DECIMO PRIMERO se acuerda: "De común acuerdo se definen las siguientes condiciones especiales: - El cliente desea que las puerta corredizas de la sala, se trasladen al termino de la terraza. Dejar prevista, en tapia del fondo, para poner lamparas...". IX.- El primer motivo de incumplimiento que achaca el actor a la empresa demandada, es en cuanto afirma se variaron las condiciones del financiamiento ofrecido por la demandada, brindándole otras modalidades totalmente distintas y en términos más gravosos que la posición original.- La parte accionada rebate esta manifestación del actor, señalando que si bien es cierto en el anuncio publicitario ofreciendo en venta casas en Residencial Villas del Roble, se informa sobre la disponibilidad de financiamiento bancario, no se promete que el mismo sería efectivamente obtenido y que aunque ayudó en la tramitación para que el financiamiento se otorgara, indica al contestar el hecho tercero de la demanda y según se ve a folio 49, que: "...Así, nuestra representada NUNCA ofreció ni prometió el financiamiento.".- Esta afirmación de la parte demandada no resulta cierta, porque con solo ver la publicación en el periódico La Nación de fecha veintinueve de noviembre de 1997, ahí se consigna : "Financiamiento Bancario disponible." Ello significa ni más ni menos, que la empresa Fomento Urbano S.A. está ofreciendo financiamiento bancario, lo cual es un factor que viene a atraer al consumidor, máxime si se señala que es disponible.- Esta situación se viene a corroborar con la gestión, que luego de firmada la Opción, y en fecha 15 de diciembre de 1997 hace el señor Gustavo Espinoza Selva, Asistente Administrativo de la empresa demandada, al Jefe de la Sección de Crédito, Departamento Hipotecario del Banco Crédito Agrícola de Cartago, señor Miguel Sánchez Leandro, informándole acerca de la opción otorgada al señor Armando Enrique Borbón Flores y el crédito solicitado por dieciocho millones novecientos mil colones. Esta solicitud refleja la intención de la accionada de cumplir con el financiamiento bancario ofrecido. Resulta que el valor del inmueble que pretendía comprar el actor era, según el documento que contiene



la opción o promesa de venta que la demandada le hizo al actor, de veintidós millones quinientos mil colones y la parte a financiar era de dieciocho millones novecientos mil colones y que según se indica en el artículo tercero del documento citado: "...EL FINANCIAMIENTO SERA CON EL BANCO CREDITO AGRICOLA DE CARTAGO, CON LA MODALIDAD DE COMPRA DE LOTE Y CONSTRUCCIÓN, EL FINANCIAMIENTO A SOLICITAR SERA DE C/ 18.900.000,00...". De lo anterior se infiere que el financiamiento que estaba ofreciendo la parte demandada era por lo tanto con el Banco Crédito Agrícola de Cartago. De otra parte y luego de que el citado Banco informara que no estaba en disposición de financiar el monto total solicitado, es cuando se le ofrecen al actor otras opciones de financiamiento, una con el Banco Nacional de Costa Rica y otra con el mismo Banco Crédito Agrícola de Cartago, de las cuales se desprende variación en las condiciones de las ofrecidas originalmente, en la del Banco Nacional en cuanto al plazo, que lo era de dieciseis años y en la del Banco Crédito Agrícola de Cartago en lo que al monto se refiere, pues solamente financiaban diecisiete millones ochocientos mil colones, modificaciones que vienen a hacer más gravosa la situación del adquirente, de manera que desde este punto de vista tampoco cumplía la empresa demandada con lo prometido. X.- En cuanto al incumplimiento alegado por el actor en lo que respecta al frente del inmueble que se le iba a vender, que de acuerdo con el "brouchure" que se le entregó tenía un frente de 10.74 metros y la defensa de la parte demandada en el sentido de que el entregado corresponde a un anteproyecto que fue modificado antes de que el actor mostrase interés por el Residencial; cabe destacar que ese argumento de la parte accionada no es de recibo, porque quedó debidamente acreditado que al actor se le entregó el "brochure" o folleto publicitario de comentario y solamente ese, en el que el lote N° 26 tenía un frente de 10.74 metros, de manera que si aquél correspondía a un anteproyecto que luego fue modificado, según el dicho de la parte demandada, por qué se lo seguían entregando a los clientes?, quienes si fuera cierto lo del cambio indicado, eran en consecuencia inducidos a error y aquí debemos recordar que la Ley N° 7472 del 20 de diciembre de 1994, que es la ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, tiene como objetivo precisamente y según se dispone en el artículo 1º, entre otros aspectos, proteger de manera efectiva los derechos y los intereses legítimos del consumidor y la tutela y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia y en el artículo 31 de la citada Ley, que establece las obligaciones del comerciante y el productor, con el consumidor, prevé en el inciso b) la de: "Informar suficientemente al consumidor, en español, de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa



sobre su decisión de consumo..." De manera que el cambio que ahora pretende hacer valer la parte demandada, y del que no se acredita fuera debidamente informado el actor, por supuesto es un factor que podía incidir en su decisión de adquirir el inmueble tantas veces citado y la ley no ampara ese ejercicio abusivo del derecho, como lo prevé nuestro Código Civil en el artículo 22. Consecuentemente, según lo analizado en el anterior Considerando y en el presente, no se puede considerar cumpliente a la parte demandada, de manera que la excepción de contrato no cumplido por ella interpuesta y que se infiere del artículo 692 del Código Civil, no resulta de recibo por esta razón y porque a mayor abundamiento en el asunto en estudio no se está pidiendo la ejecución forzosa del convenio, por lo que se revocará la sentencia apelada en cuanto acoge la excepción de comentario y en su lugar se rechazará. XI. De lo que viene expuesto y analizado, se vislumbra la procedencia de la demanda aquí planteada en cuanto el actor pretende se le reintegren los seiscientos mil colones que entregara como reservación de la casa que pretendía adquirir, en virtud de los incumplimientos de la parte accionada, parte más fuerte de la contratación, que hicieron que se frustrara la venta del inmueble.- Ahora bien la sociedad demandada alega por el contrario, un incumplimiento de parte del actor al no pagar el saldo de la prima el día pactado para ello, el quince de enero de mil novecientos noventa y ocho.- Según se desprende del expediente en esa fecha el pago no se realizó y al respecto el actor señala que ese día él se presentó a pagar y se le manifestó: "...que el Banco Crédito Agrícola había tenido un atraso en la tramitación del préstamo y que mejor esperara a que el préstamo saliera y así ellos recibirían ambas sumas simultáneamente...".- Sin embargo, independientemente de que esa manifestación se le haya hecho o no, lo cual no logró acreditarse dentro del expediente y a pesar de que en la citada fecha el pago no se efectuó, sin que el actor procediera a hacer una oferta real de pago o consignara judicialmente la suma a pagar, con posterioridad a ello se da una situación que viene a modificar en la realidad la relación contractual que se venía dando entre las partes, variando las condiciones inicialmente pactadas, pues mediante nota de fecha 5 de marzo de 1998, dirigida por el señor Gustavo Espinoza Selva, Asistente Administrativo de la empresa Fomento Urbano S.A., al señor Armando Borbón Flores, pretendiendo plantearle una solución favorable para la compra de la casa N° 26 de Villas del Roble, se le ofrecen otras opciones de financiamiento, con lo que el Tribunal estima que si en la fecha recién indicada la empresa demandada todavía contemplaba la posibilidad de concretar el negocio con el señor Borbón Flores, el hecho del no pago del resto de la prima en la fecha acordada, no es



un factor que venga a configurar un incumplimiento grave de su parte, pues en todo caso fue tolerado.- Así las cosas y por todo lo expuesto, el reintegro de la suma de seiscientos mil colones, solicitada por el actor y que entregara por concepto de reservación para compra de casa, considera el Tribunal es de recibo, pues al no haberse concretado la venta de la casa de comentario, la sociedad demandada no tiene derecho a la suma que le entregara el actor, pues ello significaría un enriquecimiento sin causa.- Es por ello que en cuanto a este extremo procederá revocar la sentencia venida en alzada, en cuanto acoge la excepción de falta de derecho y deniega la demanda, para en su lugar rechazar dicha defensa, pues esta pretensión del actor ha encontrado amparo en las normas jurídicas previstas al efecto y se acogerá la demanda, por lo que se declara que la empresa accionada está en la obligación de devolverle al actor la suma de seiscientos mil colones que le entregara por concepto de reservación por compra de casa el veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete- Ahora bien en cuanto al extremo reclamado por el actor por concepto de los gastos en que incurrió a raíz del préstamo solicitado al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, se mantendrá el rechazo de la demanda en ese particular, puesto que la empresa vendedora no tiene porque asumir los gastos en que incurra un eventual comprador con el propósito de pagar ya sea la prima o inclusive el precio del bien a vender, porque esa suma él se la debe procurar en momento en que se interesa en adquirir un bien, salvo que se hubiere pactado expresamente, lo que no ha ocurrido en este caso. De otra parte en lo que se refiere al monto solicitado por concepto de daño moral, sobre el particular se ha dicho que es: "El que se infiere en la consideración, el honor, la reputación, o en las afecciones de una persona..." (Diccionario Jurídico. Juan D. Ramírez Gronda. Editorial Claridad. Buenos Aires. 7ª Edición. 1974. Pág. 107). Escribe a su vez el auto español Antonio Borrell Maciá, que: "Los daños morales afectan a la personalidad física o moral del hombre o a ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y sentimientos del alma humana. Puede decirse que lo es, todo atentado que prive al hombre de algún miembro o facultad; toda mutilación, sea más o menos esencial; ...todo atentado a nuestra libertad, a nuestro desarrollo, a nuestra personalidad; a la dignidad humana en toda la amplitud de esferas que puedan establecerse." (Antonio Borrell Maciá. Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958. Segunda Edición. Pág. 211). Estima el Tribunal que el disgusto o contrariedad que pueda haberle ocasionado al actor el no poder adquirir el inmueble a que se refiere este proceso, no configura un daño moral, pues no toca su



honor, ni tampoco sus afecciones, no provoca un dolor, una afrenta, una aflicción física o una sensación dolorosa, que deba por lo tanto repararse económicamente.- Así las cosas se mantendrá la sentencia apelada en cuanto al declarar sin lugar la demanda en todos sus extremos, quedó denegada por ende la partida liquidada por concepto de daño moral.- Por último en lo que respecta a los intereses reclamados por concepto de perjuicios, se concederán sobre la suma aprobada de seiscientos mil colones, a partir de la firmeza de esta sentencia y hasta la total cancelación de lo adeudado, de acuerdo con la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para las operaciones en colones, que rige al momento del efectivo pago, según se prevé en el artículo 497 del Código de Comercio. XII.- En lo que atañe a la reconvenición, respecto a la cláusula penal que se pretende hacer valer en este proceso, fue prevista como ya se expuso, en el artículo cuarto del documento suscrito entre las partes, para el caso de que si "la compradora" se llegare a retirar expresa o tácitamente de la opción, voluntariamente o por vencimiento del plazo, reconoce pagar la suma de un millón quinientos setenta y cinco mil colones, lo cual justifica: "...comisiones, gastos administrativos y costo de oportunidad en que ha incurrido LA VENDEDORA. Además reconocerá LA VENDEDORA, así como cualquier cambio que a instancia de LA COMPRADORA y/o por su medio se realicen en la casa que promete comprar, en cualquier momento previo a la firma de la escritura pública." En el caso en estudio no se ha dado ninguno de los dos supuestos para los que se previó la citada cláusula penal, pues en la realidad no se llegó a dar un retiro por vencimiento del plazo, porque como ya se expuso en los considerandos anteriores, luego de la fecha que se había pactado para que el actor pagara el resto de la prima y en virtud de que el financiamiento que se había ofrecido con el Banco Crédito Agrícola de Cartago, resultó que se otorgaba en condiciones diferentes a las inicialmente ofrecidas, se le ofrecen al actor mediante nota de fecha cinco de marzo de mil novecientos noventa y ocho, otras opciones de financiamiento, que conllevaban modificaciones en cuanto a plazo o monto a financiar, todo lo cual refleja una modificación a lo acordado en un principio.- Y mucho menos puede hablarse de retiro voluntario, porque al variarse las condiciones del financiamiento, que fueron modificadas en cuanto a plazo o monto a financiar, fue en virtud de ello que no se pudo concretar la venta. En estas circunstancias y por lo expuesto, la cláusula penal prevista entre las partes no se puede hacer valer y en consecuencia la contrademanda formulada no resulta de recibo. A mayor abundamiento el Maestro Alberto Brenes Córdoba en su Tratado de las Obligaciones al referirse a la cláusula penal, nos enseña: "...que lo estipulado en la cláusula



penal sólo es exigible en los casos y cuando ocurran las circunstancias en que, aun faltando ella, habría derecho a reclamar daños y perjuicios; de ahí, que si el incumplimiento hubiese dependido de caso fortuito o fuerza mayor, no es exigible la pena. Y es la segunda, que cuando exista dicha cláusula, no es lícito demandar cosa distinta o fuera de lo estipulado con carácter penal, a no ser que el deudor hubiese procedido con dolo, caso en que es exigible suma mayor de la convenida en concepto de pena, si el acreedor llegase a justificar que los daños y perjuicios excedieron de aquélla." (Alberto Brenes Córdoba. Tratado de las Obligaciones.

Editorial Juricentro S.A., 1977, San José, Costa Rica. Págs. 80 y 81). Y resulta que en el presente caso, la reconventora, en caso de no haberse previsto la cláusula penal de comentario, tampoco tendría derecho a reclamar daños y perjuicios, puesto que fue en virtud de su incumplimiento que la venta del inmueble a que se refiere este litigio no se pudo concretar.- Consecuentemente la cláusula penal prevista entre las partes no es exigible y así las cosas en este particular no se comparte lo resuelto por el a-quo, al reconocer una suma prudencial del monto total pactado y por lo tanto se revocará la sentencia apelada en cuanto rechaza las excepciones de falta de derecho, falta de interés actual y la genérica de sine actione agit y declara parcialmente con lugar la reconvencción y en lo que a intereses y a costas se refiere y en su lugar se acogen las citadas excepciones, la de falta de derecho, porque la pretensión de la parte reconventora no ha encontrado amparo en las normas jurídicas previstas al efecto, la de falta de interés actual, porque no se ha quedado demostrado un perjuicio evidente en virtud del cual se esté formulando la contrademanda y la genérica de sine actione agit que comprende las dos defensas anteriores, así como la falta de legitimación activa y pasiva, que también se acogen, la activa porque a la reconventora no le asiste su derecho como tal y la pasiva porque la contrademanda no fue correctamente dirigida en contra del actor, la cual por lo tanto rechaza en su totalidad."<sup>10</sup>

"V.- El meollo de este proceso radica en determinar la procedencia o licitud de incorporar cláusulas de interés variable en los contratos de préstamo, suscritos por la sociedad actora y el ente demandado, antes de la reforma al artículo 70 párrafo 3ero. de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, operada por medio de la Ley de Modernización del Sistema Bancario Nacional, de 4 de noviembre de 1988. Con esta reforma se faculta a los Bancos Comerciales, expresamente, a incluir este tipo de clausulado en todas las operaciones que realicen. VI.- El artículo 2 de la Ley número 1644 del 26 de setiembre de 1953 dispone: "Los Bancos del



Estado enumerados en el artículo anterior serán instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia y la autonomía administrativa y funcional establecida por la Constitución Política. Dicha autonomía confiere a cada Banco completa independencia en materia de gobierno y administración; las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia solo podrán emanar de su respectiva Junta Directiva; y ninguna podrá serle impuesta por el Poder Ejecutivo ni desconocida por éste; su funcionamiento se ceñirá exclusivamente al mandato de la Constitución, de las leyes y al de sus reglamentos internos. De acuerdo con lo anterior, cada Banco tendrá responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, lo cual impone a los miembros de la Junta Directiva, la obligación de actuar conforme a su criterio en la dirección y administración del Banco, dentro de las disposiciones de la Constitución, de las leyes y reglamentos pertinentes y de los principios de la técnica, así como la obligación de responder por su gestión en forma total e ineludible, de acuerdo con los artículos 27 y 28 de esta ley" [...]. Esta disposición es complementada con la promulgación de la Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978 -Ley General de la Administración Pública-artículo 3. El inciso 1 establece que el derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. De acuerdo con el segundo, "El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes". En esta norma se cristaliza una de la potestades de imperio que asisten a la Administración Pública: la de estar regida por el derecho público; pero, a la vez, realizar actos, dentro del giro normal de su actividad, regulados por el derecho privado. A esto denomina la doctrina la "doble personalidad de la Administración Pública". Conforme con lo preceptuado por las normas citadas, los Bancos pertenecientes al sistema Bancario Nacional -artículo 1 de la Ley número 1644- son entes públicos, y por ende, sujetos al Derecho Público; sin embargo, dentro del giro normal de sus funciones, realizan actividades amparadas al Derecho Privado. Esto ha sido recogido por esta Sala, entre otras, en la resolución número 35 de las 14:55 Hrs. del 8 de marzo de 1995, en donde se estableció: "IV.- Contrastada la cláusula del convenio crediticio, que fijó los intereses fluctuantes, con la normativa aplicable al caso, encuentra la Sala que resultan improcedentes los quebrantos legales que acusa el recurso, toda vez que la institución demandada, como pública que es está sujeta no solo a las normas del derecho privado aplicables, sino, también, a los principios y limitaciones del derecho público, concretamente los establecidos en la Ley General



de la Administración Pública. Consiguientemente, no lleva razón el recurrente cuando alega que el Banco podía contratar libremente con sus clientes ..." [...] (Ver en este mismo sentido, resolución número 2784 de la Sala Constitucional). De consiguiente, al Banco Nacional de Costa Rica, como ente público autónomo integrante de la denominada "administración pública descentralizada", le es aplicable el principio de legalidad consagrado en el párrafo 1 del artículo 11 de la Constitución Política, así como en los artículos 11 y 13 de la Ley General de la Administración Pública. Por ende, solo puede realizar aquello expresamente permitido por el bloque de legalidad. El Banco Central de Costa Rica, al integrar el Sistema Bancario Nacional -artículo 1 inciso 1 de la Ley 1644- debe, igualmente, acatarlo. Esto lo confirmaba el artículo 3 de su Ley Orgánica, número 1552 del 23 de abril de 1953, al disponer, "En virtud de lo prescrito en el artículo anterior, el Banco Central tendrá responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, lo cual impone a los miembros de la Junta Directiva la obligación de actuar conforme a su criterio en la dirección y administración del Banco, dentro de las disposiciones de las leyes y reglamentos respectivos y de los principios de la técnica, así como la obligación de responder por su gestión, en forma total e ineludible" [...]. VII.- La posibilidad de pactar intereses fluctuantes o variables, en nuestro ordenamiento jurídico, es de reciente regulación. Por medio de la ley 7107 del 4 de noviembre de 1988, Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República, la cual entró en vigencia el 22 de ese mes y año, se introduce en el ámbito bancario. Con ella se reforma el párrafo 3ero. del artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, y se preceptúa: "... Los bancos comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variables y ajustables periódicamente en todos sus departamentos, conforme con las políticas del Banco Central de Costa Rica" [...]. Posteriormente, por medio de la Ley 7201 del 10 de octubre de 1990, Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, se reformó el artículo 497 del Código de Comercio, para permitirlo, expresamente, en el ámbito del Derecho Privado. (En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las resoluciones 6515-93, de las 15:30 Hrs. del 19 de diciembre de 1993 de la Sala Constitucional y la número 49 de las 15 Hrs. del 19 de mayo de 1995 de esta Sala). De lo anterior se colige que antes de la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, ningún banco del Estado, podía lícitamente aplicar intereses fluctuantes en los contratos de crédito. Esto es corroborado por la Sala Constitucional, entre otras, en la resolución número 2774 de las 9:15 Hrs. del 10 de junio de 1994, al señalar: "III.- Dicho todo lo anterior y siendo que el crédito que



obliga los recurrentes (sic) se formalizaron (sic) en fechas anteriores al día cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (ver respuesta a los hechos en los informes correspondientes), resulta entonces evidente que la estipulación de la norma contractual que permitiera la variación de los intereses, es anterior a la reforma legal que permite tal aplicación y en consecuencia, no podía el Banco recurrido variar la tasa de interés, aunque así se hubiere convenido en los documentos públicos respectivos. Es por lo señalado y conforme a lo ya expresado por la Sala en la Sentencia antes referida, criterio que se confirma en el presente asunto, que procede declarar con lugar los recursos, por violación de los principios contenidos en los artículos 11 y 45 de la Constitución Política, con las implicaciones que ello conlleva." [...]. VIII.- Ha quedado debidamente demostrado que los dos primeros créditos, otorgados a W. S.A., son anteriores a la reforma del artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. El primero es de fecha 25 de noviembre de 1986. El segundo de 26 de junio de 1987. El tercero, en cambio, sí es de data posterior a la reforma, 27 de noviembre de 1989. Con base, pues, en lo expuesto, se arriba a la conclusión que a los dos primeros no le era lícito, por parte del Banco demandado o cualquier otro integrante del Sistema Bancario Nacional, aplicar intereses fluctuantes o variables, aunque así se hubiere estipulado en la correspondiente escritura pública. Mas al tercero, por ser de fecha posterior, sí le era posible. Por otro lado, el recurrente, a folio 4 fte. de su memorial, al recriminar que "... el Tribunal incurre en una errónea apreciación de la prueba, ya que llega a la equivocada conclusión, en el punto VI.- de que ...", es menester aclarar, en realidad, esa afirmación corresponde a la cita de la resolución número 35 de las 14:50 Hrs. del 8 de marzo de 1995 de esta Sala, con la que el Tribunal, entre otras, respalda su criterio. En ese proceso se impugnaba la cláusula contractual que permitía el interés fluctuante, la cual difiere con la del sub-júdice. Empero, en esa oportunidad, la Sala llegó a la misma conclusión que en el presente, es decir, el Banco demandado no podía ejecutarla, por cuanto no estaba expresamente autorizado. Con base en lo dicho, no se dan, en la especie, las violaciones achacadas a los cánones 497 del Código de Comercio; 3 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública; 3, 34, 35 inciso 5 de la Ley No. 1552 del 23 de abril de 1953; 61 de la Ley No. 1644 del 26 de noviembre de 1953; y, 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. IX.- Los juzgadores de instancia, al establecer que la institución bancaria no podía ejecutar la cláusula de interés variable, respecto a los dos primeros créditos, por no estar legalmente autorizada, resolvieron que a la sociedad actora le asistía el derecho de



repetir lo pagado. En consecuencia, el Banco Nacional debe reintegrar las sumas recibidas indebidamente, por la aplicación de las tasas de interés superiores a las originalmente pactadas. Este monto habrá de definirse en ejecución de sentencia. Con apego a lo regulado en el artículo 706 del Código Civil, se le condena, además, a reconocer intereses, al tipo legal, sobre la suma que en definitiva se fije. Asimismo, se dio por debidamente demostrado que por la aplicación de las tasas de interés fluctuante, así como por la negativa de la Junta Directiva del Banco accionado de reconocer el reclamo administrativo interpuesto, se le irrogaron a la actora una serie de daños y perjuicios, independientes de los dineros pagados de más. Al tener que acudir al Banco Crédito Agrícola de Cartago, para formalizar un crédito con el objeto de cancelar la deuda con el demandado, hubo de cubrir comisiones administrativas para el otorgamiento de éste, gastos por la constitución de la hipoteca, así como honorarios profesionales. De acuerdo con la normativa correspondiente: artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, en donde se plasma la responsabilidad objetiva; artículos 2 párrafo 2do. y 28 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en donde se regula la responsabilidad de los Bancos, al igual que la solidaridad de los miembros de las Juntas Directivas, en la ejecución de sus funciones, procede la condenatoria al pago de los daños y perjuicios causados por este motivo. Como corolario de lo expuesto, no se produce la alegada violación del artículo 706 del Código Civil. X.- Al no darse en la especie los quebrantos legales aducidos por el recurrente, se impone desestimar el recurso interpuesto, con sus costas a cargo del ente demandado."<sup>11</sup>

## FUENTES CITADAS

- <sup>1</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 35 de las catorce horas cincuenta minutos del ocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco.
- <sup>2</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2006-07999 de las nueve horas dos minutos del dos de junio de dos mil seis.
- <sup>3</sup> TRIBUNAL AGRARIO. - Goicoechea. Resolución N° 198 de las diez horas treinta minutos del veintiocho de abril del dos mil.
- <sup>4</sup> TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Resolución N° 86-E de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de enero del año dos mil uno.



- 
- <sup>5</sup> TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. Resolución N° 1159-F de las siete horas treinta y cinco minutos del cuatro de agosto del año dos mil cuatro.
- <sup>6</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 703-F-01 de las quince horas veinte minutos del cinco de setiembre del año dos mil uno.
- <sup>7</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 564-F-04 de las once horas treinta y cinco minutos del siete de julio del año dos mil cuatro.
- <sup>8</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. II Circuito Judicial. San José, Resolución N° 168-2000 de las quince horas del diecinueve de junio del año dos mil.
- <sup>9</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 59-F-2004 de las nueve horas quince minutos del treinta de enero del año dos mil cuatro.
- <sup>10</sup> TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA . Resolución N° 351 de las catorce horas veinte minutos del diez de setiembre del dos mil uno.
- <sup>11</sup> SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 10 de las quince horas cuarenta minutos del seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.