

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADEMICO  
DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**Fijación ilimitada del interés convencional en los  
contratos de préstamos a título oneroso:  
¿Libertad contractual? o ¿Ejercicio abusivo de un derecho?**

**Melissa Arguedas Chacón**

**Carné A30504**

**Comité Asesor:**

**Director: Diego Baudrit Carillo**

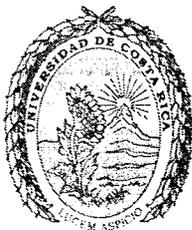
**Lector: Carlos Quesada Román**

**Lector: Carlos Gómez Rodas**

**Lector: Ana Lucía Espinoza Blanco**

**Lector: Gustavo Koutsouris Canales**

**San José, abril, 2009**



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO  
ÁREA INVESTIGACION



15 de abril del 2009.

Doctor  
Rafael González Ballar  
Decano  
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

**MELISSA ARGUEDAS CHACON**

**Titulado FIJACION ILIMITADA DEL INTERES CONVENCIONAL EN LOS  
CONTRATOS DE PRESTAMOS A TITULO ONEROSO :  
¿ LIBERTAD CONTRACTUAL ? O ¿ EJERCICIO ABUSIVO DE UN  
DERECHO?**

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

<b>Presidente:</b>	<b>DR.CARLOS GOMEZ RODAS</b>
<b>Secretario:</b>	<b>LIC. GUSTAVO KOUTSOURIS CANALES</b>
<b>Informante:</b>	<b>DR.DIEGO BAUDRIT CARRILLO</b>
<b>Miembro:</b>	<b>DR.CARLOS QUESADA ROMAN</b>
<b>Miembro:</b>	<b>DR.OVELIO RODRIGUEZ LEON</b>

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fija para el día 6 de mayo del 2009, a las 17:00 p.m. en la SALA DE REPRESENTACIONES

  
Dr. Daniel Gadea Nieto  
Director



Teléfono/Fax 2511-4089

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 12 de abril de 2009.

Señor Dr.  
Daniel Gadea  
Director del Área de Investigación  
Facultad de Derecho.

Estimado Dr. Gadea:

Le solicito tomar nota que Melissa Arguedas Chacón, egresada de esta Facultad, me ha presentado el manuscrito final de su tesis **“Fijación ilimitada del interés convencional en los contratos de préstamos a título oneroso: ¿Libertad contractual? o ¿Ejercicio abusivo de un derecho?”**.

Se trata de un estudio serio sobre la manera en que pueden fijarse los intereses en los contratos de préstamo mercantil y cómo podrían violentarse principios elementales de equidad en esa materia.

Considero que el trabajo se conforma con las exigencias de una tesis, por lo que apruebo el manuscrito para su presentación al Tribunal de graduación.

Atentamente,



---

Diego Baudrit Carrillo, catedrático.

San José, 14 de abril del 2009

Doctor  
Daniel Gadea Nieto  
Director  
Area de Investigación  
Universidad de Costa Rica  
Presente

Estimado señor Director:

Por medio de la presente, me permito comunicarle que he aprobado el trabajo final de graduación de la egresada Melissa Arguedas Chacón, intitulado: *"Fijación ilimitada del interés convencional en los contratos de préstamo a título oneroso: ¿Libertad contractual? o ¿Ejercicio abusivo de un derecho?"*, pues cumple sobradamente con los requisitos de fondo y forma exigidos por la Universidad de Costa Rica. Sin otro particular me suscribo de usted con las muestras de mi más alta consideración.



Prof. Carlos Gómez Rodas

San José, 13 de abril de 2009

**Dr. Daniel Gadea Nieto**

**Director del Área de Investigación**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de Costa Rica**

He leído el trabajo final de graduación de la egresada **Melissa Arguedas Chacón**, titulado “**Fijación ilimitada del interés convencional en los contratos de préstamos a título oneroso: ¿Libertad contractual? o ¿Ejercicio abusivo de un derecho?**”, y tengo el agrado de comunicarle que doy mi aprobación a dicha investigación, pues cumple con los requisitos de fondo y forma exigibles a este tipo de trabajos.



\_\_\_\_\_  
**Carlos Quesada Román**

**Lector**

*“A Dios, por estar siempre a mi lado y ser el responsable del logro de esta etapa en mi vida.  
A mi madre, por ser la luz de mi vida, y mi mayor razón de superación.  
A mi padre por su insuperable apoyo.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>JUSTIFICACION DEL TEMA</b>	1
<b>OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS</b>	3
<b>HIPÓTESIS</b>	5
<b>METODOLOGÍA</b>	6
<b>ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN</b>	7
<b>CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD</b>	10
<b>SECCIÓN I: GENERALIDADES</b>	11
A. Noción de la autonomía de la voluntad	11
B. Significado de la libertad contractual y sus manifestaciones	13
C. Equilibrio contractual	15
D. Función económica y social del contrato	16
<b>SECCIÓN II: ANÁLISIS DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO</b>	19
A. Principio la libertad de contratar como principio constitucionalmente protegido	19
1. La libertad contractual es una consecuencia de la inviolabilidad de la propiedad privada y de la libertad de comercio y empresa	21
2. La libertad contractual es un principio general de derecho de naturaleza constitucional	26
B. Regulación en nuestro Código Civil y Código de Comercio	28
C. Tratamiento jurisprudencial y su relación con otros principios del derecho	31
<b>SECCIÓN III RESTRICCIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL</b>	34
A. Límites intrínsecos	35
B. Límites extrínsecos	36
1. Lógicos-Jurídicos	36
2. Interés Público y Orden Público	37
3. Moral y buenas costumbres	40

4. Interés de terceros	43
C. Teorías modernas que limitan la libertad de empresa	44
1. Levantamiento del velo corporativo	44
2. Código de ética empresarial	46
3. Teoría del buen gobierno corporativo	49
<b>SECCIÓN IV: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO</b>	51
A. España	51
B. México	52
C. Paraguay	53
D. Chile	55
E. Colombia	56
<b>CAPÍTULO II: LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO</b>	58
<b>SECCIÓN I: GENERALIDADES</b>	59
A. Origen y evolución histórica	59
1. El abuso del derecho en Roma	59
2. El abuso del derecho en la época medieval	62
3. El abuso del derecho en la jurisprudencia francesa	63
B. Crítica a la terminología	65
C. Concepto	67
D. Naturaleza Jurídica: El abuso del derecho como un acto ilícito sui generis	68
<b>SECCIÓN II: PRINCIPIOS LIMITADORES DEL ABUSO DEL DERECHO</b>	70
A. Principio de razonabilidad	71
B. Principio de equidad	77
C. Principio de buena fe	78
D. Principio de seguridad jurídica	82
<b>SECCIÓN III: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO</b>	84
A. Francia	84
B. España	85
C. Colombia	86

D. Uruguay	88
E. México	88
F. Paraguay	89

#### **SECCIÓN IV: ANÁLISIS DEL LA LEY 7472 Y LA CLAUSULA DE INTERES**

<b>ABUSIVA</b>	90
A. Origen y evolución histórica del derecho del consumidor	91
B. Naturaleza Jurídica del Derecho del Consumidor	94
C. Derechos fundamentales de los consumidores	96
1. Derecho de acceso al consumo	96
2. Derecho a la educación para el consumo	97
A. Derechos sustanciales de los consumidores	98
1. Derecho a la seguridad	99
2. Derecho a la información	99
3. Derecho a la protección de los intereses económicos	100
E. Derechos instrumentales	100
1. Derecho de organización de los consumidores para la defensa tanto de sus derechos individuales como colectivos	100
2. Derecho a participar, individualmente o través de las organizaciones grupales, en los procesos de decisión de la administración, relativos a cuestiones que afecten sus intereses	101
3. Derecho al acceso a la solución de conflictos	101
F. Cláusulas abusivas	101
1. Clasificación	102
1.a Directas e indirectas	102
1.b Genéticas y funcionalmente devenidas	103
2. Características.	104
3. Controles sobre cláusulas abusivas	105
a. Control de inclusión	106
b. Control de contenido	107
c. Control de interpretación	107
4. Regulación de las cláusulas abusivas en Costa Rica	109

#### **SECCIÓN V: LA USURA**

A. Definición	112
---------------	-----

B. Repulsión social de la usura	114
C. Clasificación de la usura	116
1. Clasificación tradicional	116
a. Usura lucrativa	116
b. Usura punitoria	116
c. Usura compensatoria	117
d. Usura doble	117
e. Usura legal	119
f. Usura convencional	120
2. Clasificación moderna	121
a. Usura simple	121
b. Usura habitual	122
c. Usura encubierta	124
d. Anatocismo	126
3. Clasificación doctrinal	127
a. De crédito	127
b. Real	128
c. Social	129

## **SECCIÓN VI: ANÁLISIS DE LA USURA EN NUESTRO ORDENAMIENTO**

### **JURÍDICO** 130

A. Análisis normativo	130
-----------------------	-----

## **CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR** 136

### **SECCIÓN I: PRINCIPIOS** 137

A. Principio de protección al sobreendeudado	138
B. Principio de Prudencia, consejo y diligencia del prestamista	146
C. Principio derecho-deber de información	149

### **SECCIÓN II: BASE NORMATIVA APLICABLE** 155

A. Ley 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor	155
B. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional	158
C. Ley reguladora de empresas financieras no bancarias, y reglamento	159

<b>CAPITULO V: CLÁUSULA DE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO</b>	163
<b>SECCIÓN I: GENERALIDADES</b>	164
A. Origen histórico de los intereses en los contratos	164
B. Noción jurídica de interés	175
C. Características	180
1. Accesoriedad	180
2. Obligación principal de capital	181
3. Sujetos	182
4. Liquidez de la deuda	182
5. Tiempo	183
6. Riesgo	183
7. Deben estipularse o son pagables siempre en dinero	183
8. Tasa, medida de interés	184
<b>SECCIÓN II: CLASES DE INTERÉS</b>	185
A. Según el origen de su creación	185
1. Convencionales	186
2. Legales	187
3. Judiciales	188
B. Según la función económica	188
1. Compensatorios o lucrativos	189
2. Moratorios o indemnizatorios	192
3. Sancionatorios	194
C. Según la tasa aplicable inalterable o esta se modifique durante el plazo de la operación	195
1. Tasa fija	195
2. Tasa variable	196
D. Según la forma de percepción	197
1. Tasa de interés vencida	197
2. Tasa de interés adelantada	198
E. Según se aplique sobre capital actualizado o no	199
1. Nominal	199
2. Real	199

F. Según se calcule en forma directa o capitalizada	200
1. Compuesto	200
2. Simple	201
G. Según la forma como se calcule el interés en una operación amortizable en cuotas	201
1. Directo	201
2. Sobre saldos	201
H. En las operaciones bancarias según se trate de interés que pague el Banco o interés que cubra	202
1. Pasivo	202
2. Activo	203
<b>SECCIÓN III: FIJACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO</b>	204
A. España	204
B. Francia	205
C. Paraguay	205
D. Ecuador	206
E. Colombia	207
<b>SECCIÓN IV: FIJACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE</b>	208
A. Análisis de la tasa de interés en el Código de Comercio y nuestra jurisprudencia	208
1. Interés corriente	208
2. Interés moratorio	209
B. Facultades de los jueces	211
C. Búsqueda de un "parámetro objetivo."	216
D. Regulación a entidades privadas no bancarias	220
1. Órgano contralor	223
2. Sistema de bandas	224
<b>CONCLUSIONES</b>	225
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	228
<b>ANEXO</b>	237

## FICHA BIBLIOGRÁFICA

ARGUEDAS CHACÓN (Melissa). **Fijación ilimitada del interés convencional en los contratos de préstamos a título oneroso: ¿Libertad contractual? o ¿Ejercicio abusivo de un derecho?** Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, abril, 2009.

Director: Diego Baudrit Carrillo.

Descriptores: Intereses, Libertad contractual, Abuso del Derecho, Usura, Responsabilidad del acreedor.

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como propósito brindar un análisis jurídico actualizado tanto normativa, jurisprudencial y doctrinalmente sobre el sistema de intereses en las obligaciones de dar sumas de dinero, el cual se ha estructurado en cuatro temas, que están relacionados directamente con la temática de los intereses tanto a nivel doctrinal como a nivel de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico; éstos son libertad contractual, abuso del derecho, usura, responsabilidad por parte del acreedor y, se realizará una análisis de la figura del interés para, finalmente, brindar una propuesta al respecto.

Este trabajo pretende concienciar a los operadores del derecho, sobre la falta de importancia otorgada al tema de los intereses, el cual es muy cotidiano en el quehacer jurídico.

## JUSTIFICACIÓN

El derecho que tienen las partes para establecer una determinada tasa de interés tanto para el tipo corriente como el moratorio, se encuentra dentro del ámbito de la autonomía de la libertad entre las partes contratantes, ya que es una actividad exenta del control estatal, esto en concordancia con el artículo 28 de nuestra Constitución Política. Sin embargo, como todo derecho y su correspondiente ejercicio, se encuentra sujeto a límites que responden a la tutela de otros principios constitucionales, en este caso, el principio de proporcionalidad que debe existir en la relación acreedor-deudor y posibles terceros involucrados.

El ejercicio de un derecho aparentemente ilimitado, concedido a las partes para pactar una determinada tasa de interés dentro de un contrato, aunado al carente análisis judicial, ha conducido en la práctica jurídica a la legitimación de una situación perversa, que se traduce en un abuso del derecho mismo, en especial, en relación con la fijación del interés corriente, puesto que no se encuentra en el Código de Comercio norma jurídica alguna que estipule alguna clase de delimitación para el ejercicio de tal derecho, asimismo, respecto de la tasa de interés moratorio, a pesar de que sí existe una norma jurídica en el código mencionado, que establezca un límite superior para su legítima fijación, ya que el artículo 498 del Código de Comercio indica que el interés moratorio no puede ser superior a la tasa de interés corriente en un treinta por ciento; éste, únicamente, impide la desproporcionalidad en la transición de una situación en la que el deudor goza del beneficio del plazo, a otra en la que la obligación principal se hace exigible, mas ello no impide que esta tasa de interés sea igualmente abusiva, pues se encuentra supeditada a los términos establecidos en la tasa de interés corriente.

La fijación de ambas tasas de interés en la práctica ha estimulado por parte de sus titulares a un ejercicio abusivo de este derecho, pero para poder determinar cuándo debe catalogarse como desproporcionado o abusivo, es indispensable acudir a un parámetro objetivo y razonable que permita determinar si tal abuso se da o no, y así dar solución a una situación que podría estar violentando los principios de proporcionalidad justicia y seguridad jurídica.

Por lo tanto, al existir un vacío en nuestra legislación comercial respecto de un límite objetivo en cuanto a la tasa de interés corriente, es necesario analizar la conveniencia o no de un límite objetivo y si lo estipulado en el artículo 498 del Código de Comercio constituye un parámetro objetivo suficiente para regular la relación crediticia.

Por otro lado, resulta necesario brindarle al juzgador (quien es el que legalmente tiene el poder y la obligación de analizar la situación descrita anteriormente (artículo 22, Código Civil), parámetros objetivos para que resuelva sin caer en subjetividades, de manera que tal situación no siga siendo ignorada en nuestros tribunales, indiferencia que la jurisprudencia hace evidente.

## **OBJETIVOS**

### **GENERALES**

1. Realizar un análisis profundo del interés como elemento en los contratos de préstamos, y como un derecho comprendido dentro de la libertad contractual.
2. Sistematizar la doctrina, legislación y jurisprudencia existente respecto del fenómeno del abuso del derecho en general y específicamente en la figura del acreedor, dentro de la relación contractual, así como su posible responsabilidad.
3. Analizar la posibilidad de una regulación más adecuada para las tasas de interés, la cual se adapte a la realidad actual en el mundo financiero y legal.

### **ESPECÍFICOS:**

1. Exponer el origen del principio de la libertad contractual, analizar su noción, así como las restricciones a su ejercicio.
2. Sistematizar tanto la regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico sobre el principio de la libertad contractual como en el derecho comparado.
3. Exponer la teoría del abuso del derecho en la doctrina, estableciendo su evolución histórica y noción jurídica.
4. Determinar cuáles principios hacen evidente la doctrina del abuso del derecho.
5. Analizar la Ley 7472, y sus implicaciones en los derechos de los consumidores.
6. Comparar la regulación de la doctrina del abuso del derecho en otros ordenamientos.
7. Sistematizar la figura de la usura en nuestro ordenamiento jurídico, sus variantes, así como en otros ordenamientos.
8. Analizar los principios que justifican la responsabilidad objetiva por parte del acreedor.
9. Sistematizar la regulación en nuestro ordenamiento jurídico sobre la posible responsabilidad objetiva del acreedor.

10. Exponer los antecedentes históricos, la definición jurídica, las características y clasificación de la figura del interés en los contratos en los contratos de préstamo.
11. Analizar la regulación normativa y jurisprudencial aplicada respecto de la tasa de interés en los contratos de préstamo, tanto en Costa Rica como en el derecho comparado.
12. Investigar y analizar la posibilidad de una solución jurídica más adecuada que la actual, respecto de la fijación de la tasa de interés.

## HIPÓTESIS DEL TRABAJO

La fijación de los intereses en los contratos de préstamos mercantiles, en la actualidad, es un derecho amparado por el principio de libertad contractual; sin embargo, tal derecho entre las partes contratantes, no es absoluto, está limitado por una serie de condicionamientos jurídicos generales, las cuales, sin embargo, no están siendo observadas, en su mayoría, por su amplitud, situación que se complica a la vez, a causa del vacío de límites concretos y objetivos que regulen este tema. Hoy en día en la práctica, este derecho está siendo pervertido, en detrimento de la parte contractual subordinada, de diferentes formas, situación que se agrava por la indiferencia de nuestros jueces respecto del tema.

Tal carencia de regulación y la falta de interés por la aplicación de lo poco existente, ha conllevado a que este derecho esté siendo mal utilizado, puesto que al constituir un tema prácticamente dejado a la libertad contractual, ha desembocado en abusos por las partes al ejercerlo, principalmente por parte del acreedor, quien típicamente actúa al violentar tal facultad, estableciendo altas tasas de interés unilateralmente y condicionándole al deudor la posibilidad de concederle el crédito, puesto que es él quien tiene los recursos económicos que el deudor carece, y que lo ejerce con el único objetivo de lucrar de tal facultad, de enriquecerse desmesuradamente y en contra de las verdaderas funciones del interés en una economía, ya que éste es el punto para establecer un equilibrio entre el consumo presente y el consumo futuro, entre la oferta y la demanda de los fondos prestables, y como variable influyente en el proceso económico capaz de incentivarlo o de contenerlo.

## METODOLOGÍA

La presente investigación pretende efectuar un análisis integral respecto de la fijación de los intereses en el contrato de préstamo mercantil, abordándola desde cuatro temas indispensables para la presente investigación, en principio se analizará doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente el principio de libertad contractual, posteriormente se procederá a sistematizar la información existente respecto de la doctrina del abuso del derecho, y exponer la figura de la usura y la posible responsabilidad en la cual puede caer el acreedor como figura dominante de la relación contractual. Finalmente, se establece un desarrollo histórico conceptual del tema del interés propiamente.

Dichos temas se abordarán a partir de su análisis histórico-doctrinario, sus concepciones básicas, con el cual pretende llevarse a cabo una revisión bibliográfica extensa de lo que han aportado, sobre la materia, los autores que mayor desarrollo han dado al tema en cuestión. Se procederá a consultar libros, revistas, periódicos, así como información de la red Internet para el análisis de este contenido. Asimismo, se ubicará el tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se determinará la regulación existente en cuerpos legislativos como La Constitución Política, el Código Civil, Código de Comercio y Ley de Protección al Consumidor, leyes del sistema financiero y bancario.

Con lo anterior se procederá a analizar la jurisprudencia existente en los tribunales costarricenses sobre el tema y se entrevistará a profesionales en derecho, funcionarios de entes financieros relacionados con la aplicación práctica del tema, para obtener una visión más exacta y puntual que ayude a obtener una mayor comprensión en cuanto a la temática en cuestión. Una vez desarrollados estos ámbitos de análisis, podrá, fundamentadamente, darse respuesta a la pregunta que da origen a esta investigación, para constatar la hipótesis planteada, y brindar una propuesta respecto del tema.

## ESTRUCTURA

En los últimos años, es muy usual encontrarnos con publicidad en un poste de tendido eléctrico, un muro e inclusive en los buses, con información acerca del ofrecimiento de préstamos por medio de los cuales se asegura la más rápida entrega del dinero; sin embargo, como se verá más adelante, a costos muy elevados, es decir tal rapidez, se reflejará directamente en las tasas de intereses. Como bien lo razona Ariel Emilio Barbero, el tema de los intereses es más parte de la vida cotidiana de lo que se le cree, constituye uno de los temas menos desarrollados a nivel doctrinal e inclusive legislativo, a pesar de la gran relevancia del tema para el desarrollo de la actividad económica, y hasta en la vida de los ciudadanos corrientes.

A propósito de lo señalado anteriormente, la presente investigación tiene como objetivo brindar un análisis jurídico actualizado del sistema de intereses en las obligaciones de dar sumas de dinero, el cual se ha estructurado en cuatro temas, que están relacionados directamente con el tema de los intereses tanto a nivel doctrinal como a nivel de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

El primero hace referencia a la base por excelencia del sistema de estipulación de intereses en nuestro sistema jurídico, es decir, al estado de libertad dentro de la cual se desenvuelven las partes contratantes dentro de un contrato de préstamo, y en específico en el establecimiento de una tasa de interés, puesto que este ejercicio de un derecho aparentemente ilimitado, concedido a las partes para pactar una determinada tasa de interés dentro de un contrato, encuentra su máxima expresión en este principio constitucional; por lo tanto, es necesario realizar un estudio sobre sus bases teóricas sociales, económicas y principalmente legales, para poder dar paso a sus manifestaciones históricas, puesto que ha sido un derecho en constante evolución en el transcurso de la

historia humana, es así como aunado a un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial es posible establecer si dicho principio, en la actualidad, sustenta la amplitud del derecho a fijar una tasa de interés.

El segundo tema se encuentra orientado a la teoría del abuso del derecho, y es que como se explicó anteriormente, el derecho a fijar una tasa de interés se encuentra dentro del ámbito de la libertad contractual, es decir, conforme a derecho; sin embargo, existen conductas que a pesar de que se encuentran amparadas legalmente, pueden colisionar en el ámbito de la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Por esto, surge como se verá la Teoría del Abuso del Derecho, aunado a esto, dentro de este capítulo se desarrollará el análisis de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, con lo cual pretende sentarse las bases de ésta, en el sentido de señalar cuáles son los derechos con los que cuentan los consumidores, así como también el análisis de las cláusulas abusivas desde la óptica del derecho del consumidor y subrayar su importancia e influencia en el tema de los intereses. De igual manera, se expondrá una de las vías por medio de las cuales el sistema de los intereses se encuentra limitado, es decir, la usura, ya que la determinación de una tasa de intereses desproporcionados o abusivos en detrimento de una de las partes, puede ser subsumido de igual forma, en el tipo penal de la usura, si se cumple con condiciones, tales como la habitualidad en muchos de los casos, el aprovechamiento para tal estipulación de la necesidad, ligereza o inexperiencia del perjudicado.

Posteriormente en el capítulo tercero se abarcará el tema de la responsabilidad que puede derivarse del actuar del prestamista, es decir, la parte acreedora de la relación contractual, tratando de demostrar si media o no responsabilidad alguna por parte de los prestamistas, sean bancos públicos o privados, personas jurídicas o físicas que se dediquen de manera profesional en el otorgamiento de préstamos y, en específico, al estipular la tasa de intereses.

En la actualidad, existe una serie de regulaciones, y diferentes estudiosos hacen hincapié alrededor de los deberes de información, prudencia y diligencia profesional que deben caracterizar la actividad de los prestamistas, por medio de los cuales se evidenciará si existe o no responsabilidad en el otorgamiento de préstamos y específicamente, al estipular una tasa de interés de manera imprudente.

Finalmente, en el Capítulo IV, se realizará un análisis teórico-conceptual e histórico del tema de los intereses en concreto, con fundamento en la doctrina, jurisprudencia y normativa nacional y derecho comparado, y así como producto de la investigación de los diferentes temas desarrollados, se intentará brindar certeza en cuanto a la conveniencia del establecimiento o no de un parámetro objetivo con el cual pueda contar el juez a la hora de intervenir y calificar los casos de desproporcionalidad en la tasa de interés acordada por las partes.

## **CAPÍTULO I: PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

---

Como es sabido, nuestro Código Civil fue copiado indirectamente del Código Civil Español, el cual, a su vez, copió el francés, y la columna vertebral en la contratación dentro del Código Napoleónico radicaba en la libertad absoluta, una base falsa, que partía de la primicia de que existe un equilibrio económico y jurídico entre las partes contratantes, así su pensamiento consistía en que como soy igual, soy libre, por lo tanto puedo contratar libremente.

Así, dentro de la libertad de contratar, se encuentra la libre estipulación de los intereses en los contratos de préstamos onerosos; según nuestra legislación mercantil, mediante el convenio, ambas partes pueden fijar voluntariamente la tasa de interés respectivo, y a falta de ésta, la retribución consistirá en intereses legales. Dicha determinación puede ser mediante una tasa fija o variable en cuyo caso esta variación podrá ser pactada mediante tasas de referencia nacionales, internaciones o índices, siempre y cuando sean objetivos y de conocimiento público. Específicamente nuestro Código de Comercio permite el pacto de intereses en los numerales 496 y 497, estableciendo dos libertades: la libertad de pactar un interés y la libertad de pactar cuál será el interés, su monto o importancia económica.

Del estudio que se presentará a continuación se pretende brindar una visión clara acerca del carácter de la facultad que poseen los individuos al contratar, si es absoluta o relativa, qué papel juega el ordenamiento jurídico ante este derecho constitucionalmente reconocido.

## SECCIÓN I: GENERALIDADES

### A. NOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La palabra autonomía se conforma de la unión de dos términos de origen griego "nomos" que significa "ley", y "autos" que como elemento de composición gramatical significa "propio o por uno mismo". En otros sentidos, como puede ser "...el etimológico indica el poder de dictarse uno a sí mismo a su propia ley, en el lenguaje jurídico la palabra tiene distintos matices, según que los sujetos a quienes se atribuye la condición de autonomía sean individuos, entidades corporativas, el Estado, etc."<sup>1</sup>.

Técnicamente, es conocida como "...el poder o facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas para poder crear, regular, modificar o extinguir relaciones contractuales y, a su vez, determinar libremente el contenido del contrato"<sup>2</sup>, se habla también de autonomía de la voluntad para designar "...la potestad de autorregulación de los intereses propios por los mismos interesados, sujetos de derecho, mediante al celebración de actos jurídicos"<sup>3</sup>, Ciertamente, la noción de la autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, y como concepción filosófica jurídica, es atribuida al Individualismo Jurídico<sup>4</sup>, así Garibotto cita a Risolía quien resume perfectamente el proceso que conduce a la construcción del dogma de la autonomía de la voluntad: "...fue primero la secularización del derecho, que renunciaba a una fuente objetiva y providencial, y a la subordinación de la ley humana a la divina, superior e inmutable. Fue después del triunfo del individuo sobre el Estado, como

<sup>1</sup> LALAGUNA (Enrique). **La Libertad Contractual**. Revista de Derecho Privado, Madrid, enero, 1972. página 883.

<sup>2</sup> ALTERINI (Atilio Aníbal), DE LOS MOZOS (José Luis) y SOTO (Carlos Alberto). **Contratación contemporánea: teoría general y principios. Instituciones del derecho privado**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2000. página 380.

<sup>3</sup> GARIBOTTO (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156. Volumen 26. Argentina, 1993, página 113.

<sup>4</sup> STIGLITZ, (Rubén S.). **Contratos: Teoría General. Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato**. Volumen II. Editorial: Desalma. Buenos Aires, Argentina, 1993, página 259.

*consecuencia de las ideas políticas del siglo XVIII que a raíz del movimiento de 1789, habría de resumirse en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Fue, en fin, la evolución de las ideas económicas, con el incremento extraordinario de los negocios jurídicos”<sup>5</sup>.*

Básicamente, el principio de la autonomía de la voluntad resulta de suma utilidad para explicar en un primer término el porqué de la fuerza obligatoria de un contrato y de las correspondientes estipulaciones de las partes contenidas en él, lo cual se revela mediante su dogma que entraña los siguientes postulados:

1. Los seres humanos pueden darse leyes a sí mismos, para con ellas prescribir su obrar, resultan ser normas creadas por su propia voluntad.
2. La voluntad crea el acto jurídico y constituye su esencia, así en principio y sin existir vicios que la afecten, la voluntad de los individuos genera un negocio jurídico válido, de donde se sigue que la voluntad es el elemento principal para la formación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas.
3. La voluntad es la generadora de los efectos jurídicos, puesto que han sido queridos de la forma que los individuos han dispuesto; es, a la vez, la propia ley o medida de las relaciones que establece.

De esta forma, se llega a la omnipotencia de la voluntad individual, la cual en suma con la de los demás individuos, es llamada voluntad general, inmersa en la ley y emergente del llamado “pacto social”, por tal motivo *“...en esta formulación crudamente individualista la voluntad es la condición necesaria y suficiente para la validez y eficacia de los actos jurídicos, a condición de que opere dentro del campo de la licitud, siendo de poner de*

---

<sup>5</sup> Garibotto (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156. Volumen 26. Argentina, 1993, página 115.

*relieve que las restricciones legales han de ser las mínimas indispensables para asegurar la convivencia común*<sup>6</sup>.

Pese a lo anterior, hacia mediados del siglo XIX, es decir, unos cincuenta años después de la entrada en vigencia del Código Civil francés, el individualismo comienza a ceder ante nuevas concepciones filosóficas que hacen denotar la importancia de la solidaridad social, frente a la concepción de la autonomía de la voluntad como absoluta; corrientes diversas como las socialistas y la Escuela Social Católica, las cuales tienen en común la comprobación histórica de la ficción que encierra el "*pacto social*" y la "*voluntad general*", puesto que el individuo forma parte de agrupaciones sociales como la familia, la profesión, el Estado, cuyas reglas debe respetar, así su voluntad sólo puede producir efectos dentro del círculo limitado dejado a su iniciativa.

Asimismo, se considera que no siempre la libertad asegura la realización de la justicia y la paz social, puesto que aquélla no existiría absolutamente o se abusaría de ella, esto se verifica en la realidad social ante la posición dominante que algunos sujetos alcanzan, gracias a este irrestricto liberalismo político y económico, y es ante estas circunstancias que debe intervenir el Estado en procura del amparo de los sectores sociales más débiles.

## **B. SIGNIFICADO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y SUS MANIFESTACIONES**

La libertad contractual constituye una de las expresiones fundamentales y más genuinas de la *autonomía jurídica de la persona*<sup>7</sup>, es decir, el poder que el orden jurídico otorga a las personas para ejercitar sus facultades y someter su comportamiento a determinadas

---

<sup>6</sup> Garibotto (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156. Volumen 26. Argentina, 1993, página 116.

<sup>7</sup> LALAGUNA (Enrique). **La Libertad Contractual**. Revista de Derecho Privado, T LVI, Madrid, enero, 1972, página 871.

reglas de conducta. El encuadramiento de la libertad contractual dentro de la autonomía de la voluntad responde a un modo de proceder metodológica y habitualmente en la doctrina científica, y es que en el tratamiento de cualquiera de estos dos temas, tan íntimamente relacionados, se encuentra todavía y en mucho la influencia del individualismo jurídico.

Para Enrique Lalaguna, la libertad contractual es *"...una manifestación del poder que en el orden jurídico corresponde a la persona para ejercitar sus facultades y someter su comportamiento a determinadas reglas de conducta en su relación con los demás"*<sup>8</sup>, asimismo, el Dr. Baudrit Carrillo, de manera más práctica, la define como *"...la libertad plena consiste en la posibilidad de contratar o de no contratar, de escoger la materia del contrato, de determinar con quien se realiza el acuerdo, en fin, de fijar con toda amplitud el contenido del contrato"*<sup>9</sup>.

Por último, es importante tener presente, que aunque la libertad contractual tenga como núcleo la voluntad humana, su proyección al campo de las relaciones sociales gobernadas por el contrato implica no solamente el juego de la voluntad humana sino la entera realidad de la persona. Por esto, la significación social que en el orden jurídico tienen los comportamientos personales no pueden aislarse si pretende explicarse lo que es y representa la libertad contractual.

La Sala Constitucional en un importante voto, el número 3495-92, estableció las manifestaciones del principio de la libertad de contratación, especificando y resumiendo su contenido esencial en los siguientes cuatro elementos:

1. Libertad para elegir al cocontratante.

---

<sup>8</sup> LALAGUNA (Enrique). **La Libertad Contractual**. Revista de Derecho Privado, T LVI, Madrid, enero, 1972. página 886.

<sup>9</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No. 2, 1991, página 66.

2. La libertad en el escogimiento del objeto mismo del contrato y, por lo tanto, de la prestación principal que lo concreta.
3. La libertad en la determinación del precio contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación.
4. El equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclaman, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato.

Las anteriores manifestaciones se encuentran orientadas al ejercicio de un derecho proporcional y limitado, según parámetros objetivos establecidos legalmente para el establecimiento de un equilibrio contractual razonable; sin embargo, a su vez, de igual manera, se busca abarcar la viabilidad para las personas de decidir libremente si va a llevar a cabo un contrato, con quien contratar y, desde luego, determinar el contenido del contrato. Es dentro de estas manifestaciones de la libertad contractual, que se desarrollará el presente trabajo, se concreta la facultad de los contratantes de estipular la tasa de interés.

### **C. EQUILIBRIO CONTRACTUAL**

La celebración de un negocio jurídico destinado a producir efectos dentro del ámbito patrimonial de dos o más personas, contempla con su existencia consecuencias, como facultades, cargas, obligaciones y deberes, que juntas constituyen una situación jurídica que cubre a todas las partes del negocio y afecta el *status* jurídico de cada contratante respecto de los demás. Tales consecuencias deben encontrarse en un plano de

equivalencia y reciprocidad entre las partes que conforman un contrato, esto para que exista de por medio el equilibrio contractual, y no más bien una superposición de una de las partes sobre la otra.

La estructura o contenido de un contrato puede considerarse desequilibrada cuando las prestaciones resultan significativamente inequivalentes o cuando a pesar de existir una razonable equivalencia prestacional, es evidente un desnivel contractual que coloca a una de las partes en un estado relevante de predominio respecto de la otra, el cual puede ser ya sea jurídico o económico. Así, existen varias hipótesis de desequilibrio:

1. **Según su naturaleza**, puede ser de carácter **económico**, es decir, la existencia de una atribución patrimonial desproporcionada entre las partes; **jurídico**, cuando se refiere a una asignación desigual de las facultades y deberes contractuales o **mixto**, cuando es el producto de ambas.
2. **Según el momento de producción**, ya sea **originario**, cuando su nacimiento es concomitante a la del contrato, el cual nace desnivelado o **sobreviniente**, es decir, se da en algún momento del tracto ejecutivo posterior a la celebración del contrato, que nace equilibrado.
3. **Según la causa de origen**, puede ser **externo**, cuando es resultado de una vicisitud extraña a las partes, como puede ser la excesiva onerosidad sobreviniente; o **interno**, cuando resulta de la conducta de las partes, sea que libremente consientan el desnivel, sea que una de ellas lo acepte bajo presiones o por su estado de inferioridad, o que la admita sin pleno consentimiento.

#### **A. FUNCIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DEL CONTRATO**

En un primer término, respecto de su función económica, el contrato es un elemento primordial para el nacimiento de negocios y, además, resulta ser el instrumento jurídico

práctico por medio del cual se realizan las más variadas finalidades de la vida económica, es decir, posibilita el tráfico patrimonial, permitiendo el intercambio de bienes y servicios, y aún más, permite el intercambio de derechos y obligaciones.

Para Messineo, esta función económica del contrato se presenta como *"...un instrumento de convivencia pacífica y como instrumento de opresión económica. En cuanto al primer aspecto, señala que el contrato llena la vida económica y también la vida del derecho; el contrato llega a ser, por lo tanto, una institución jurídica: la institución jurídica más conocida y familiar a los profanos. Los cuales se sirven de él continuamente, a menudo aun sin tener conocimiento alguno de él y sin preocuparse por conocer su esencia y su disciplina, sin que esto sea, por lo demás un inconveniente, ya que a ella provee el ordenamiento jurídico. En su segundo aspecto, el contrato puede ser utilizado como un instrumento de opresión económica, especialmente cuando uno de los contratantes interviene en el contrato en situación de monopolio legal o de hecho, con el resultado de quitar al otro contratante la libertad de contratar"*<sup>10</sup>.

Para nuestros efectos, el contrato, a pesar de ser el instrumento por excelencia para la debida creación de relaciones económicas y patrimoniales, y estipulación de derechos y obligaciones, también puede transfigurarse en el instrumento dentro del cual se plasman abusos en detrimento de la parte contractual más débil, es decir, se pervertirían los verdaderos fines para el cual fue creado el instituto jurídico del contrato, puesto que sería utilizado contra derecho. Y es que el contrato cumple con esta función económica al permitir una asignación eficiente de los recursos y contribuye con la maximización de los beneficios de las partes contratantes.

---

<sup>10</sup> ALTERINI (Atilio Aníbal), DE LOS MOZOS (José Luis) y SOTO (Carlos Alberto) **Contratación contemporánea: teoría general y principios. Instituciones del derecho privado**. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2000, página 400.

Como asegura Guillermo Tinti, *"...a función del contrato como instrumento técnico de colaboración económica y cooperación social intersubjetiva supedita su eficacia a la real satisfacción de los intereses correspondientes a todos los partícipes de la relación"*<sup>11</sup>. Por tal motivo, es necesario analizar un hecho desde diversas perspectivas, pues con ellos pueden encontrarse las ventajas y desventajas, los costos y beneficios de manera multidisciplinaria; sin embargo, no basta y no sería apropiado analizar este hecho únicamente desde la perspectiva jurídica, tampoco sólo desde la económica, puesto que se requiere de las demás ciencias para encontrar soluciones integrales a los problemas que podrían plantearse, en este orden de ideas, no podría dejarse de lado presupuestos como la justicia, seguridad, el bien común, la solidaridad, entre otros.

Por lo anterior, el contrato también desempeña funciones sociales, en cuanto se estableció para procurar las condiciones para que no sólo se beneficien los individuos que contratan, sino también la sociedad en conjunto, *"...el contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes... el enfoque social dentro del Derecho de las obligaciones en general ha de partir de una visión del Derecho fundamentalmente personalista (lo que no quiere decir en modo alguno individualista), en la cual la conciliación y la armonía de los fines individualistas y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana"*<sup>12</sup>.

Es un elemento importante dentro de la función social, la armonía entre los intereses individuales y colectivos, porque a pesar de que las personas cuentan con la posibilidad

---

<sup>11</sup> TINTI (Guillermo). **El abuso en los contratos**. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, Argentina, 2002, página 88.

<sup>12</sup> ALTERINI (Atilio Aníbal), DE LOS MOZOS (José Luis) y SOTO (Carlos Alberto). **Contratación contemporánea: teoría general y principios. Instituciones del derecho privado**. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2000, página 401.

de realizar nuestras aspiraciones e intereses individuales a través de la contratación, debe hacerse necesariamente en armonía con las aspiraciones e intereses de los otros, el contrato correspondería a un medio de colaboración social, no como instrumento de explotación, de abuso o de imposición de una parte sobre la otra.

El contrato no es, en la actualidad, lo que fue en el siglo pasado o en la Edad Media, es una institución que se explica sólo de conformidad con la historia; hoy, debe ser el medio para resguardar el intercambio de bienes y servicios, agilizar el tráfico patrimonial; sin embargo, de igual manera, debe ser útil para el logro de una convivencia pacífica, que no esté en contra del orden público, las buenas costumbres o el bien común; todo esto tomando en cuenta que el contrato es ley entre partes.

## **SECCIÓN II: ANALISIS DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO**

La libertad contractual constituye una de las libertades económicas y al igual que la propiedad privada, la libertad de empresa y la libertad de trabajo forman parte del modelo económico costarricense, se reconoce la libertad de contratar como derecho constitucionalmente económico de la misma forma que el principio de protección de los consumidores.

### **A. PRINCIPIO LA LIBERTAD DE CONTRATAR COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO**

Resulta de gran importancia para el presente estudio precisar cuál es la categoría de protección jurídica de la libertad contractual dentro de nuestro ordenamiento jurídico costarricense y, específicamente, en nuestra Constitución Política.

En la Constitución Política del año 1949, no se reconoció expresamente la libertad de contratación, esta ausencia de regulación trae como consecuencia una indeterminación en cuanto a su naturaleza jurídica, a su aplicación, sus efectos, por lo cual en doctrina se enuncian los siguientes dos problemas al respecto: *"...el primero es si esta libertad es o no una libertad reconocida por la Constitución, es decir, si es una libertad constitucional, con las consecuencias jurídicas que esa afirmación conlleva (entre otras su protección mediante la acción de inconstitucionalidad y el recurso de amparo). En segundo término, si la libertad contractual es una consecuencia o una derivación de otras libertades y derechos constitucionales, en cuyo caso corre la misma suerte que ellas, en lo relativo a las limitaciones que se consideran legítimos (propiedad y libertad de empresa) o es un principio que tiene existencia propia, sin que por ello se desconozca su relación con otras libertades y derechos que forman parte del modelo económico costarricense"*<sup>13</sup>.

Existe unanimidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional en cuanto al reconocimiento de la libertad contractual como un principio constitucional. Sin embargo, en cuanto al segundo ámbito no existe íntersubjetividad, puesto que hay quienes consideran la libertad contractual como derivación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad y la libertad de comercio, mientras que otros afirman esta libertad es un principio de derecho de naturaleza constitucional; en el siguiente punto, se desarrollará con profundidad dicha cuestión.

Existen estudios profundos referentes a la libertad de contratación y su *status* jurídico dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así se encuentra la posición del constitucionalista Rubén Hernández Valle, la cual surge en relación a un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la enunciación de la libertad contractual como parte

---

<sup>13</sup> CASTILLO VÍQUEZ (Fernando). **Elementos económicos en la Constitución Política**. Editorial Juritexto, San José, 1992, página 93.

del núcleo esencial del orden público costarricense; posteriormente, se presenta la perspectiva del doctor Diego Baudrit Carrillo, la cual inicia a propósito del análisis de don Rubén Hernández, y adiciona al estudio constitucional de dicho autor, una perspectiva más amplia desde el punto de vista del derecho privado.

Pueden encontrarse, varias opciones referentes a la fundamentación de la libertad contractual protegidos constitucionalmente, las cuales se enumeran a continuación:

1. La libertad contractual es una consecuencia de la inviolabilidad de la propiedad privada y de la libertad de empresa.
2. La libertad contractual es un principio general de derecho de naturaleza constitucional.

#### **A.1 LA LIBERTAD CONTRACTUAL ES UNA CONSECUENCIA DE LA INVOLABILIDAD DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y DE LA LIBERTAD DE COMERCIO O EMPRESA.**

En el presente apartado se expondrá lo esbozado por la Sala Constitucional al respecto y, posteriormente, se debatirá lo considerado por los doctrinistas nacionales al respecto. Así, mediante la sentencia 01188, de las 21:30 horas, del 17 febrero de 1999, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se establece que la libertad de contratación supone la libertad de comercio y la propiedad privada:

*"VI- Implícita en esos valores y principios de la libertad, ocupa lugar primordial la dimensión de esta en el campo económico. En esta materia, la Constitución es particularmente precisa, al establecer un régimen integrado por las normas que resguardan los vínculos existentes entre las personas y las distintas clases de bienes; es decir, la relación de aquéllas con el mundo del tener, mediante previsiones como las contenidas o implicadas en los artículos 45 y 46, las cuales, aunque deban ceder ante*

necesidades normalmente más intensas para la existencia misma del hombre -como la vida o a la libertad e integridades personales-, no crean por ello derechos de segunda clase, sino tan fundamentales como aquéllos, y con su mismo rango -no en vano la Asamblea General de las Naciones Unidas y todos los órganos y tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos han venido invariablemente caracterizándolos como indivisibles e interdependiente"-.

**Así, la Constitución establece un orden económico de libertad que se traduce básicamente en los derechos de propiedad privada (Art. 45) y libertad de comercio, agricultura e industria (Art. 46) -que suponen, a su vez, el de libre contratación-. El segundo prohíbe de manera explícita, no sólo la restricción de aquella libertad, sino también su amenaza, incluso originada en una ley; a ellos se suman otros, como la libertad de trabajo y demás que completan el marco general de la libertad económica.**

VII- Las personas humanas, como seres libres, titulares de estos derechos fundamentales -que comparten también las personas jurídicas colectivas, al menos en cuanto actúan vicariamente intereses de aquéllas- participan de la sociedad libre como propietarias, consumidoras, empresarias, trabajadoras, contribuyentes, etc. para las cuales las leyes deben desarrollar los principios y valores primarios -categorías, por cierto, no excluyentes entre sí, aunque puedan originar peculiares situaciones jurídicas, con las responsabilidades derivadas del status fundamental de las primeras en tanto que seres libres, frente a los demás particulares, la sociedad, el Estado y los organismos distintos de éste... XIII- Partiendo del reconocimiento constitucional del principio y sistema de la libertad, en general (Art. 28), del derecho a la propiedad privada (Art. 45) y de la libertad de empresa (Art. 46), se inscribe como principio constitucional, *conditio sine qua non* para el ejercicio de ambos, el de libre contratación<sup>14</sup>.

De tal resolución se extrae el tratamiento de la Sala Constitucional de la libertad de empresa y la libertad de contratación, mediante la cual la libertad de contratación es una derivación o especie de la libertad de empresa. La libertad de empresa es un principio constitucionalmente tutelado que faculta a ejercer la actividad económica que librementeelijamos. La propia Constitución Política establece los límites bajo los cuales se ejerce esta libertad, así como los derechos que el Estado debe garantizar para su ejercicio. Así la

---

<sup>14</sup> Resolución No. 01188 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las 21:30 horas, del 17 de febrero de 1999.

empresa, amparada a su libertad contractual, regulará sus actividades privadas en razón de sus propios intereses.

Además, la Sentencia 479, de las 17:00 horas, del 11 mayo del año 1990, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a propósito de la Ley de Inquilinato, 7101, del 6 de octubre de 1988, aseguró que dicha ley violaba la Constitución Política, en este orden se realizó el siguiente razonamiento:

*"La enumeración es harto elocuente, y pone de manifiesto que el ámbito de aplicación de lo que las partes hubieren consentido en uso de la libertad de contratación de cada uno proveniente de la inviolabilidad de su respectivo patrimonio, es mínimo cuando se trata de una relación inquilinaria. El "querer entrelazante" propio de la libertad de contratación privada, que, a su vez, es fruto de la disponibilidad del patrimonio, queda muy drásticamente reducido frente a una ley que, según su decir, es de orden público y se ocupa de la casi totalidad de los aspectos que pueden darse en la relación"<sup>15</sup>.*

Nuestra Sala parte de la definición del contrato como el convenio por el cual se crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial, es esta patrimonialidad la que diferencia al contrato de otros actos jurídicos como el matrimonio o la adopción, fundamentados en la autonomía de la voluntad. Del análisis de esta sentencia, se desprende que la patrimonialidad está comprendida dentro de la propiedad privada, o es un término equivalente, el artículo 45 de la Constitución Política enuncia la inviolabilidad de la propiedad privada, principio dentro del cual se subsumiría el de la libre disposición del patrimonio.

En relación con el tema, el Dr. Hernández Valle avala tal razonamiento y señala que *"...el principio de la libertad de contratación deriva del ejercicio del derecho de propiedad y de*

---

<sup>15</sup> Resolución No. 479 de las 17:00 horas, del 11 mayo de 1990, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

*la libertad de empresa, ya que el contrato constituye el vehículo de la circulación de la riqueza privada*<sup>16</sup>.

Al respecto el Doctor Diego Baudrit enuncia la siguiente crítica: *"Entiendo la sentencia en el sentido de que la Corte dice con la Constitución, que la propiedad privada es inviolable y sólo admite las limitaciones de interés público establecidas por una ley aprobada con una mayoría calificada. Como el contrato es un instrumento para transferirla y modificarla, cualquier disposición legal que impida, limite o restrinja los alcances de un determinado contenido contractual –que siempre estará relacionado con propiedad privada–, será inconstitucional si esa ley no ha sido aprobada por la mayoría calificada correspondiente*<sup>17</sup>.

Conforme con lo anteriormente expuesto, el doctor Baudrit deja entrever algunas debilidades que él llama "inconsistencias", las cuales se enumeran a continuación:

En un primer término, la resolución de la Corte parte de una equiparación errónea entre patrimonialidad y propiedad privada, lo cual no es correcto, puesto que la propiedad es un derecho real, de disfrutar y disponer de las cosas de la forma más absoluta, es un poder jurídico pleno sobre una cosa, en cuya virtud esta sometida directa o totalmente al señorío exclusivo del propietario, consiste en el poder de someter una determinada cosa a nuestra voluntad en todos sus aspectos y poder obtener de ella toda la utilidad que pueda esta cosa prestar, por lo que el derecho de propiedad, al igual que los demás derechos reales, no se agotan en la patrimonialidad, sino que son más extensivos que la mera patrimonialidad. El artículo 45 de la Constitución Política, dice que la propiedad privada se

---

<sup>16</sup> CASTILLO VIQUEZ (Fernando). **Elementos económicos en la Constitución Política**. Editorial Juritexto, San José, 1992, página 95.

<sup>17</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No. 1991, página 57.

refiere a derechos indudablemente de naturaleza patrimonial, que un determinado individuo ha adquirido. *"pero son derechos calificados de propiedad"*<sup>18</sup>.

De manera contrapuesta, el patrimonio es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que componen una universalidad jurídica, que sean apreciables en dinero y que sean susceptibles de una valoración pecuniaria. El patrimonio abarcaría el conjunto de derechos y obligaciones disponibles de un determinado sujeto; así, esta disponibilidad es lo que podría juzgarse como patrimonialidad, es decir, el atributo de poder pertenecer a un patrimonio. Los derechos reales, los personales, los derechos intelectuales y aun en parte, los de la personalidad (en su sentido de derecho a la reparación, como producto de su lesión), los cuales son parte del patrimonio, no son todos derechos reales, ni propiedad privada en sentido riguroso, así las cosas el mencionado artículo 45, de nuestra Carta Magna, hace referencia, según el doctor Baudrit, exclusivamente al derecho real de propiedad existente sobre bienes, tanto muebles como inmuebles, no se refiere a ninguna otra situación jurídica como la presente en los derechos antes dichos.

Consecuentemente, el razonamiento esbozado por la Sala Constitucional sobre el artículo 45 de la Constitución, por medio del cual justificaba la protección constitucional de la libertad contractual no es acertado, ni suficiente, puesto que *"...las transformaciones jurídicas que pueden resultar de un contrato exceden el ámbito de la propiedad privada"*<sup>19</sup>.

De igual manera, también se ha considerado que la libertad contractual se fundamenta en la libertad de comercio, esto conforme en el análisis expresado por la Corte Plena, la cual se pronunciaba sobre un recurso de inconstitucionalidad referente a la libertad de

---

<sup>18</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No. 2, 1991, página 58.

<sup>19</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No. 2, 1991, página 60.

contratación, así la Corte la fundamentó en el artículo 46 de la Constitución, de la siguiente forma: *"...la libertad de comercio, agricultura, e industria que protege el artículo 46, no podría existir a no ser con la posibilidad de contratar, también libremente, en todo el ámbito de estas actividades"*<sup>20</sup>.

Dicha idea es acogida por el Dr. Hernández Valle; sin embargo, el doctor Diego Baudrit, se opone a dicha afirmación, en el sentido que *"...la libre contratación permite el ejercicio de la libertad de comercio, ciertamente, pero no es su consecuencia, si así fuera la libertad de comercio, libertad de empresa, no aseguraría la libre contratación en ámbitos diferentes al de la labor empresarial. El comercio y la actividad empresarial, entendidos ampliamente, son sólo uno de los dominios de la contratación privada. No puede entonces, explicarse la libertad de contratar con la libertad empresarial"*<sup>21</sup>.

Resulta muy racional y lógico, lo acentuado por don Diego, puesto que no es posible establecer una relación causal entre la propiedad privada, la libertad empresarial y la libre contratación, y sus correspondientes protecciones jurídicas, la libertad de contratar no es el resultado de que se proteja la propiedad privada o el comercio, claro está, que existe una relación como figuras del derecho privado que son, pero no es su consecuencia.

## **A.2 LA LIBERTAD CONTRACTUAL ES UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL.**

Esta tesis es sostenida y defendida por el Dr. Baudrit Carrillo, puesto que niega que la libertad contractual sea consecuencia de la tesis anterior. Por su parte, el doctor Hernández Valle, parte de la existencia de tres clases de principios constitucionales:

<sup>20</sup> Resolución de la Corte Suprema de Justicia, sesión ordinaria de las 13:30 minutos del 26 de agosto de 1882.

<sup>21</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, n.2, 1991, página 61.

1. Aquéllos que se derivan de la interpretación armónica de dos o más normas formalmente constitucionales.
2. Los principios implícitos, los cuales se derivan de la ideología que sustenta la Constitución Política, designados por la doctrina como principios institucionales.
3. Los principios derivables de normas de inferior rango a la Constitución, que suponen lógicamente la existencia de principios constitucionales que les dan sustento y fundamento jurídico.

Hernández Valle señala lo siguiente, *"El principio de contratación participa de la doble condición de ser un principio derivable de la interpretación lógico-sistemática de la Constitución, sea de sus artículos 28, párrafo segundo, artículos 45 y 46, párrafos primeros,... y de ser un principio que también se recava de la interpretación algunas normas de rango inferior, en este caso leyes, que lógicamente presuponen su existencia"*<sup>22</sup>.

De forma más completa, don Diego nos dice: *"Esas reglas son, principalmente, los artículos 1022, 1023, 1007 y 627 del Código Civil"*<sup>23</sup>, sobre los cuales nos dice, respectivamente, que los dos primeros, son constataciones, de que el contrato tiene fuerza obligatoria, y de que los contratos tienen que ejecutarse de buena fe, y los restantes son citados con referencia a la causa justa, pero que aún así, no son suficientes para explicar el carácter de principio general de la libertad de contratar, no son el fundamento, puesto que más bien, el contrato es anterior a estas leyes, puesto que se origina como respuesta a una necesidad social.

---

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). **La libertad contractual como principio constitucional**. Revista ACADEMIA, Facultad de Derecho, U. C. R., 1983, Página 9.

<sup>23</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No. 2, 1991, página 62.

El Dr. Baudrit señala al respecto lo esbozado por Ghestin, cuando el mismo comenta que la libertad contractual no explica o justifica los textos del Código Civil francés referentes al contrato, puesto que esta libertad de contratación debe conciliarse con otras figuras como son la justicia, la lealtad, la buena fe, y la seguridad que protege la confianza, noción moral, y el crédito, necesidad social y económica, así esta libertad sólo es un factor, entre otros, que no sirve de explicación única. Dicha orientación dice Baudrit es aplicable a Costa Rica, y se concilia con lo expuesto por Hernández Valle.

Es acertado el hecho de que los contratos se encuentran dentro de la actividad privada que protege el artículo 28 de nuestra Carta Magna, al establecer que *"...las acciones que no dañen la moral ni el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley"*<sup>24</sup>. El anterior expresa, tácitamente, uno de los principios generales de derecho de más uso, constituyendo el cimiento del reconocimiento de la libertad de contratación como derivación del principio de la autonomía privada.

El contrato al ser un medio eficaz para la programación de los intereses de los sujetos en la sociedad, debe cumplir con los requisitos de justicia, lealtad, la buena fe y la seguridad que protege la confianza y el crédito, necesidad social y económica, así la libertad contractual está fundada en estas ideas, es su consecuencia, lo cual explica su protección constitucional, la cual *"...es el amparo de la libertad civil"*<sup>25</sup>.

## **B. REGULACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE COMERCIO**

Puede ubicarse la libertad contractual en nuestro Código Civil, a partir del Libro IV, cuya normativa determina las pautas generales para el desarrollo de negocios jurídicos, los

---

<sup>24</sup> Artículo 28, Constitución Política de Costa Rica.

<sup>25</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No. 2, 1991, página 62.

cuales son relativos tanto al fondo (voluntad) como a la forma (aceptación) de la relación, y si estos actos observan tales requerimientos estarán revestidos de toda la validez y eficacia.

*"La libertad de contrataciones es el instrumento jurídico normal por medio del cual se produce la actividad empresarial, pero además de derivarse de la armonización de normas constitucionales, se deriva también de normas de rango legal que presuponen la existencia de una norma constitucional como norma no escrita. En el caso de la libertad de contratación encontramos que, en el Código Civil, en el Código de Comercio, la Ley de la Moneda, y otras leyes presuponen un principio de libertad de contratación como principio general (por ejemplo, artículos 1022, 1023, 1007 y 627 del Código Civil"<sup>26</sup>.*

Dentro de dicho título resultan de suma importancia para nuestros efectos los numerales 1022 y 1023. El artículo 1022, dice que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes que lo suscriben. Al respecto, el Tribunal Agrario cita un voto de la Sala Primera, en el cual se evidencia la importancia de este numeral:

*"Vale recordar lo estipulado por el ordinal 1022 y 1025 del Código Civil en cuanto a que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y no producen efecto, sino entre éstas, no perjudican a terceros, así como no les aprovechan. En dicho sentido puede verse el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 005 de las 14:15 horas del 24 de enero de 1997, que en lo de interés indica: "VIII. ... No debe olvidarse que el contrato -al igual que los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley- constituye fuente de obligaciones. Así, lo establece el artículo 632 del Código Civil. De acuerdo con principios básicos de la contratación privada, como el de la relatividad (artículo 1025 ibídem), los efectos derivados del pacto se producen únicamente con respecto de las partes contratantes. Y parte es aquel sujeto de derecho que ha participado en el concierto de voluntades del cual emanan los derechos y obligaciones.*

---

<sup>26</sup> SABALLOS CERDAS (Rainier A.) y ZONTA ARIAS (José María). **La Libertad Contractual**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986, página 31.

*Sea, no puede ser parte quien no se haya involucrado, emitiendo su voluntad, en la formación del acuerdo. En consecuencia, no cabe atribuirle efectos del contrato propios de las partes, como los referentes a la fuerza obligatoria de lo acordado, a quien no haya figurado como tal*<sup>27</sup>.

Por su parte, el Código de Comercio en el numeral 411 dice: *“Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales, cualesquiera que sean la forma, el lenguaje o idioma en que se celebren, **las partes quedarán obligadas de manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.** Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con este Código o con leyes especiales, deban otorgarse en escritura pública o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia*<sup>28</sup>.

El numeral 1023, en su inciso 1), amplía la fuerza de ley de los contratos, al afirmar que las partes se obligan no solamente a lo que se conviene en el contrato, sino también a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta, así el Tribunal Agrario al respecto ha dicho:

*“Por otra parte, al tenor del numeral 1023 del Código Civil, los contratos obligan a lo expresado en ellos y a las consecuencias derivadas de la equidad, uso, la ley, según la obligación.- Es decir, el marco de obligaciones de las partes está delimitado por la naturaleza misma de la contratación. De tal manera, en el análisis de todo contrato debe atenderse a la buena fe contractual, la equidad, a fin de establecer si entre las partes ha concurrido colaboración mutua en la ejecución de las prestaciones. En caso de existir omisión de algunos de los contratantes, que atente contra esa buena fe contractual, y se violente en forma esencial el debido cumplimiento de lo pactado, entonces debe entenderse ha incurrido en incumplimiento grave*<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Resolución No. 0104-F-08, a las quince horas seis minutos del trece de febrero del dos mil ocho, del Tribunal Agrario Segundo Circuito Judicial De San José.

<sup>28</sup> Artículo 411, Código de Comercio de Costa Rica.

<sup>29</sup> Resolución No. 0332-F-08, a las catorce horas tres minutos del treinta de mayo del dos mil ocho, del Tribunal Agrario, Segundo Circuito Judicial De San José.

Asimismo, el artículo 1025 consagra el principio de relatividad de los contratos al decirnos que los contratos no producen efectos sino entre las partes contratantes, no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo estipulado en los siguientes numerales del Código Civil.

*"No se debe olvidar que el contrato -al igual que los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley- constituye fuente de obligaciones. Así lo establece el artículo 632 del Código Civil. De acuerdo con principios básicos de la contratación privada, como el de la relatividad (artículo 1025 ibídem), los efectos derivados del pacto se producen únicamente con respecto a las partes contratantes. Y parte es aquel sujeto de derecho que ha participado en el concierto de voluntades del cual emanan los derechos y obligaciones. Sea, no puede ser parte quien no se haya involucrado, emitiendo su voluntad, en la formación del acuerdo. En consecuencia, no cabe atribuir efectos del contrato propios de las partes, como los referentes a la fuerza obligatoria de lo acordado, a quien no haya figurado como tal"<sup>30</sup>.*

### **C. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO**

El principio de autonomía de la voluntad siempre ha ostentado el título de eje fundamental del derecho de los contratos privados. No siempre fue así, ni tampoco lo es ahora. Por ello, nuestra jurisprudencia, a pesar de otorgarle el grado de principio fundamental en materia de derecho privado, y de darle una vital importancia a la voluntad de las partes al punto de considerarla ley, mantiene una serie de reservas al respecto, así:

*"La idea fundamental que la dogmática dice de él, dentro del derecho privado patrimonial, es que **las partes pueden definir sus intereses económicos en razón de un ámbito***

---

<sup>30</sup> Resolución No. 005, a las catorce horas quince minutos del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y siete, de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

**de libertad** que ha de reconocérsele como consecuencia del **principio de dignidad humana**. A lo anterior se suma la idea de **igualdad entre los contratantes**, máxima que junto a las ya dichas crean el conjunto necesario que justifica la obligatoriedad de los contratos, en un esquema tradicional. Bajo esos parámetros, el **consentimiento** juega un papel esencial pues constituye la expresión de la voluntad conjunta de los contratantes originando así el pacto -a de aclararse que lo anterior resulta ser un razonamiento válido sólo en contratos paritarios-. Sin embargo, no siempre es fácil discernir el consentimiento de los contratantes... Los contratos deben ser cumplidos en sus propios términos (*pacta sunt servanda*), por lo que la letra de la ley parece ser el mejor parámetro para determinar lo pactado. En un esquema teórico y dogmático estricto de autonomía de la voluntad como el referido, resulta lógica la aplicación de esa regla de interpretación, pues lo declarado expresa las verdaderas dimensiones de lo pretendido por las partes. No obstante la realidad presenta distorsiones que no han dejado de considerarse en la aplicación práctica del derecho. El lenguaje es poco certero o no siempre lo es en el grado pretendido. **Lo expresado no necesariamente coincide con la voluntad del declarante**, lo que ya es mucho decir... Además, en tema de contratos, la interpretación no sólo puede ser objetiva superar las dudas y ambigüedades que pueda presentar el negocio en sí, lo declarado, sino también subjetiva, en el sentido de dilucidar las voluntades concretas de las partes interpretación histórica, pero no la voluntad individual, sino la común. Sin embargo, no siempre es posible dilucidar esa verdad histórica, por ello la **teoría de la interpretación de los contratos sugiere la integración de otros principios** que a criterio del tribunal se justifican, con la idea de alcanzar un mayor grado de justicia: **el principio de conservación de los contratos y el de buena fe**. Según el primero, cuando de la interpretación resulten significados distintos, uno que deja la cláusula o el contrato sin efectos y el otro que, por el contrario, los produce, se opta por la segunda proposición, ya que si la cláusula se formuló, no lo fue porque las partes nada querían de ella. Ese razonamiento no siempre puede ser aplicable, sin embargo, tal y como se explicará parece que sí en el presente. Por otro lado, **en razón del principio de buena fe en su dimensión interpretativa, se parte de la lealtad y corrección de las partes tanto en la elaboración del contrato como en su ejecución, y de la confianza y autoresponsabilidad como elementos objetivos creados por las declaraciones de voluntad**. Ahora bien, cómo proceder cuando se alega inexistencia de un contrato escrito. Un instrumento, entre otros posibles, es el del **comportamiento de los contratantes en distintos momentos del proceso negocial**. **El estudio de las situaciones económicas, jurídicas y sociales de los**

**momentos previos y posteriores a la celebración del contrato resulta trascendental para interpretar de la manera más exacta posible el contenido contractual.** Para el caso conviene enfatizar en el comportamiento de las partes durante la ejecución. Existe algo así como **un principio de coherencia y continuidad de la voluntad contractual que se refleja en la fase de ejecución.** También se adecua al caso la interpretación finalista o funcional del tipo contractual. Para ello es trascendental incursionar en los intereses subyacentes en la contratación, lo que viene a poner en el tapete nada menos que la razón última que tuvieron las partes para contratar en determinado sentido<sup>31</sup>.

Por su parte, también nuestros juzgadores han concretado que, a pesar de ser un principio vertebral, señalan, de igual manera, que éste no es absoluto, en virtud de las implicaciones sociales que le son intrínsecas.

*"A la concepción de los derechos individuales absolutos, se opone la teoría de la relatividad, que lleva a admitir posibles abusos de los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad, cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos, su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu. Las reglas de la buena fe, equidad y la evitación del ejercicio abusivo del Derecho se presentan como principios vertebradores de los Códigos de tercera generación y en algunos países como Costa Rica se incorporan e implementan a través de reformas introducidas Título Preliminar del Código Civil, fruto de las transformaciones en el quehacer cotidiano que imponen forzosamente modificar las leyes que nos rigen, para que después de más de cien años de vigencia, sean remozadas y puestas al día. Como decía el insigne codificador argentino Vélez Sársfield: ...el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de un deber legal, no pueden constituir como ilícito algún acto; pero el derecho de cada uno concluye donde comienza el derecho de los demás, y nadie puede ejercitar sus derechos de manera anormal y abusiva, de forma tal que, sin producirle a él ningún provecho, cause a perjuicio a sus*

---

<sup>31</sup> Resolución No. 067 del TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. San José a las 9:00 horas, del 14 de marzo de 2008.-

*prójimos o vecinos. Estas actitudes antisociales y antinaturales, son condenadas por las nuevas normas incorporadas al Código*<sup>32</sup>.

Como se desprende de las anteriores indicaciones, a partir de la aplicación del principio de la libertad de contratar, puede constatarse la existencia de abusos y desequilibrios en los que tal principio podría desembocar. Por esto, todo derecho tiene su límite en los derechos de los demás. Además, el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual deben ser armonizados con otros como la buena fe, la equidad, la justicia, los cuales se analizarán mas adelante, por lo cual el carácter de absoluto, es incorrecto, puesto que como todo derecho, tendrá límites que el mismo ordenamiento a partir de su visión plena relativiza.

Por lo anterior, el derecho de las partes a fijar una determinada tasa de interés, a pesar de estar circunscrito a la institución de la libertad contractual, y de no tener norma concreta que le imponga un límite (excepto la estipulación de los intereses moratorios), dicho derecho debe ser ejercido en plenitud con todo el ordenamiento jurídico, atendiendo a los múltiples principios que sustentan la materia contractual.

### **SECCIÓN III RESTRICCIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL**

La libertad contractual como principio general del derecho tiene su más firme punto de apoyo en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad de la persona, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone por exigencia de la ley natural; sin embargo, su noción es esencialmente relativa, puesto que existen tanto limites como limitaciones que se imponen a la libertad contractual, en el primer caso se configuran de acuerdo con la intrínseca significación social de los actos jurídicos que difaman de ella, y

---

<sup>32</sup> Resolución No. 943, del TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, a las 7:50 minutos, del 14 de setiembre del año 2007.

en el segundo caso, se imponen a la libertad contractual por circunstancias externas de carácter económico, político, moral, entre otras.

### A. LÍMITES INTRÍNSECOS

Como se ha expuesto, la noción de la autonomía privada y la libertad de contratación no es absoluta, sino relativa, y está sujeta a restricciones de distinta naturaleza, sus límites internos se relacionan con el fin específico (objeto o causa) del acuerdo que no puede tener alcances diferentes a los que normalmente le asigna el derecho o la convivencia social.

Para Juan Carlos Garibotto, los límites intrínsecos de la autonomía privada *"...resultan de su función misma, porque siendo la autonomía la potestad reconocida por el ordenamiento jurídico a los particulares para regular por sí mismos los intereses propios, surge con claridad que el alcance de la autonomía se agota en la regulación de tales intereses propios de los otorgantes del acto jurídico, y que solo muy excepcionalmente podrá alcanzar a la regulación de otros intereses pertenecientes a otros sujetos"*<sup>33</sup>.

Estos límites se encuentran relacionados con el llamado principio del efecto relativo de los actos jurídicos, esto es, que los efectos de los negocios jurídicos se producen entre las partes y demás personas asimiladas a ellas y no alcanzan a terceros, como bien lo recoge nuestro Código Civil en su numeral 1025<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> GARIBOTTO (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156, Volumen 26. Argentina, 1993, página 126.

<sup>34</sup> Artículo 1025: los contratos no producen efecto sino entre las partes contratantes, no perjudican a terceros, así como no les aprovechan, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.

## B. LÍMITES EXTRÍNSECOS

### 1. LÓGICO-JURÍDICOS

La categoría bautizada por Rainier Saballos y José María Zonta como limitaciones lógico-jurídicas, hace referencia a aquellas restricciones que determina la ley de forma explícita, o de igual forma son producto de la lógica establecida por las instituciones jurídicas doctrinarias que prescriben observancia en todos los casos para las partes contratantes, porque dichos límites constituyen elementos esenciales de cada contrato, fijando sus características esenciales y naturales.

Dentro de los límites lógico-jurídicos se ubican a todas aquellas normas relacionadas con las formas prescritas para cada contrato, cuando equivalen a requisitos que señalan tanto la validez como la eficacia, o hacen referencia a la prescripción o a la caducidad, todo establecimiento en un contrato relacionado con estas normas no pueden variarse por acuerdo de las partes, puesto que el ordenamiento jurídico les otorga carácter de orden público.

Como ejemplo a lo anterior y de acuerdo con el tema en cuestión, el artículo 499 del Código de Comercio, establece que los *"...intereses se estipularán en dinero, aun cuando el préstamo no haya sido de dinero..."*, es decir, se establece una condición *sine qua non* cuando el contrato de préstamo sea retribuido, puesto que, aunque la prestación no sea dinero, sino cualquier otro objeto, siempre y en todo caso los intereses sí lo serán. Otro ejemplo dentro de nuestro ordenamiento jurídico por medio del cual se evidencia que su no cumplimiento genera ineficacia e invalidez, se encuentra en el artículo 1399 del Código Civil, en el cual se apunta la obligación de la aceptación por parte del donatario. Éstas como muchas otras normas en nuestro ordenamiento jurídico señalan pautas específicas,

que, en su defecto, su no cumplimiento conduciría a la ineficacia e invalidez de las estipulaciones libremente pactadas.

## 2. INTERÉS PÚBLICO Y ORDEN PÚBLICO

La autonomía de la voluntad y específicamente la libertad contractual objeto central de análisis en este capítulo, admite como límite el establecido por el orden público, es decir, la libertad para concertar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público e interés público. Dicho razonamiento constituye una máxima tanto en nuestro ordenamiento como en derecho comparado.

Sin embargo, tal coincidencia de opiniones, no existe al pretender concretar lo que se entiende por orden e interés público; dichas palabras, hacen referencia a definiciones indeterminadas, puesto que no se encuentran conceptos concisos en la ley ni en doctrina; por lo tanto, son objeto de controversia a la hora de su aplicación; no obstante, es en la jurisprudencia donde se establece de forma casuística el contenido de ambos términos específicamente en la esfera del derecho privado, porque en el derecho público, no cabe duda de su imperatividad jurídica.

Como los intereses sociales varían de una comunidad o país, a otro y a través del tiempo, se justifica la vaguedad e imprecisión del contenido concreto de sus conceptos, a pesar de lo anterior, se encuentra en doctrina aproximaciones respecto a la noción de orden público, quienes explican que *"...la noción de orden público se ha elaborado por la ciencia jurídica latina para cristalizar en torno a ella todas las normas de interés público que exigen observancia incondicional y no son derogables por disposición privada. De modo más preciso Llambías dice que se denominan orden público al conjunto de principios eminentes (religiosos, morales, políticos y económicos) a los cuales se vincula la digna*

*subsistencia de la organización social establecida*<sup>35</sup>. De manera concluyente, se podría afirmar que el orden público es el conjunto de principios, cuya característica corresponde a la prevalencia del interés público, general, comunitario, de la sociedad, por encima del interés de los particulares, individuales.

Sobran las remisiones que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico acerca de los términos de orden público e interés público, tanto en la ley como en las resoluciones de los jueces; en el primer caso, por medio de la frase "esta ley es de orden público", cuestiones como *"...el sexo, la edad, la nacionalidad, la pertenencia a determinado credo religioso, en su doble aspecto militante y pastoral, y en general todas las circunstancias constitutivas o modificativas de la capacidad jurídica entran en el concepto de orden público, junto a las normas de policía, administración, organización de la propiedad y régimen de publicidad de los derechos reales. Igualmente lo serían casi todas las normas relativas al régimen procesal en la sociedad conyugal y paterno filial y ciertas normas sucesorias"*<sup>36</sup>.

En el mismo sentido, en el segundo caso, la determinación de si una norma atañe o no al orden público, es una tarea minuciosa de los órganos judiciales, que la realizarán con exclusión de la calificación que a la norma le haya otorgado el legislador, atendiendo aspectos, tales como la naturaleza de la ley, la materia, los motivos que la determinan, los fines perseguidos, y al bien común en concreto, así a pesar de que los operadores jurídicos disponen de un poderoso instrumento tanto para ajustar el ejercicio de la autonomía privada a los superiores intereses sociales, como para adecuar el derecho a las exigencias cambiantes de la vida en sociedad, son incontables las veces que éstos

---

<sup>35</sup> GARIBOTTO (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156. Volumen 26. Argentina, 1993, página 126.

<sup>36</sup> SABALLOS CERDAS (Rainier A.) y ZONTA ARIAS (José María). **La Libertad Contractual**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986, página 48, **cita a Bonet Ramón**.

recurren al término en cuestión para fundamentar sus decisiones, creando márgenes muy extensos e indeterminados para calificar cuando una conducta es contraria al *orden público e interés público*.

La expresión normativa del orden público se encuentra en la imperatividad de la ley; sin embargo, es preciso señalar que existe imperatividad en sentido amplio y en sentido estricto, la primera es equivalente a la obligatoriedad y, por lo tanto, no debe ser confundida con la segunda, la cual es semejante a la inderogabilidad por la voluntad de los particulares, puesto que en sentido amplio toda ley es imperativa, mientras que en la estricta, no todas las leyes lo son, solamente aquellas que atienden al orden público.

La imperatividad de las normas es una característica específica de las leyes relativas al orden público, y de allí que éste opere como concepto límite de la autonomía privada, es importante que al respecto autores como Juan Carlos Garibotto, citando a Borda, nos dicen que todas las leyes imperativas son de orden público, mientras que Rivera asegura que hay leyes imperativas que no son de orden público, aunque si admite que todas las normas atinentes al orden público son imperativas.

Por último, Juan Carlos Garibotto, sin perjuicio de la variabilidad de su contenido concreto, advierte dos distinciones sobre el orden público: el orden público de dirección, y el orden público de protección, "*...el orden público de dirección comprende: a) El estatuto del derecho público, que abarca la organización política y administrativa del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos y habitantes de la nación. b) Los principios morales recogidos por el ordenamiento jurídico como parte integrante de él que aseguran la primacía de la regla moral en las relaciones jurídicas. c) El estatuto de la personalidad, comprensivo de la organización de los derechos personalísimos y los atributos de la persona. d) El estatuto familiar que entraña la organización y disciplina de las relaciones*

familiares y cuasifamiliares. e) El llamado orden público económico y social atinente a la organización de la estructura y del sistema económico y de las relaciones laborales. También, desde el punto de vista general el orden público de protección, abarca las instituciones tuitivas de los incapaces de hecho, ciertas normas dictadas en amparo de terceros (como las relativas a la publicidad de ciertos actos), y las que tienden a salvaguardar el equilibrio interno en los contratos y otras convenciones<sup>37</sup>.

Las anteriores distinciones denotan una gran importancia práctica, porque la transgresión de normas fundamentadas en el orden público de dirección acarrea la invalidez absoluta de los actos jurídicos en contravención, mientras que el quebrantamiento de disposiciones inspiradas en el de protección, contiene otra clase de ineficacia, como inoponibilidad o la invalidez relativa.

### 3. MORAL Y BUENAS COSTUMBRES

No son raras las remisiones que pueden encontrarse no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en todo el mundo, acerca de la moral y las buenas costumbres, como límites de validez o eficacia de la relación contractual; sin embargo, de igual manera, es bastante la indeterminación que se encuentran a la hora de conceptuar los límites morales de la libertad de contratación.

Para Saballos y Zonta, las buenas costumbres "...son las normas que rigen prácticamente en toda la comunidad, las que están contenidas en las costumbres valiosas del medio social, consecuentemente no estamos hablando de la moral teórica o de las apreciaciones puramente personales del operador jurídico. Esta idea de buenas costumbres limita por

---

<sup>37</sup> GARIBOTTO (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156. Volumen 26. Argentina, 1993, página 128.

*tanto la denominación de contratos inmorales a los que ya sea en el contenido de sus cláusulas o por el fin que persiguen, vayan en contrario de las estimaciones éticas de opinión social dominante*<sup>38</sup>. No obstante, el problema radica en la determinación de cuáles son las costumbres valiosas o de la opinión dominante y a quién corresponde hacerlo.

Como se dijo anteriormente, el concepto de libertad contractual y autonomía privada no es absoluto, sino relativo, sujeto a restricciones; así las cosas, de la misma forma que el ordenamiento positivo otorga a los individuos este derecho de igual manera establece límites a esta libertad; por lo tanto, en un primer momento la potestad la gozan los particulares para otorgar o no cualquier acto jurídico determinado y dando al negocio el contenido deseado en el momento de hacer uso de su autonomía de la voluntad, cuidándose de no pactar nada que pueda ser considerado inmoral o contrario a las buenas costumbres; porque en caso de controversia al respecto, y ya en un segundo momento, corresponde al Juez revisar el contenido del contrato, determinar *per se* la inmoralidad cometida y, consecuentemente, sancionar con nulidad lo pactado. De esta manera, el establecimiento de la moral será subjetiva, ya que depende del juicio de valor de quienes la realizan, y objetiva, en relación con el órgano competente para hacerla (partes o juez según el momento).

*“El vicio de inmoralidad en la contratación privada puede referirse, o bien, a la prestación u objeto del contrato, o bien, a los fines que persiguen los contratantes con aquél”*<sup>39</sup>.

En el mismo orden de ideas, en la primera hipótesis, la nulidad del contrato está en el contenido, su sustancia, independientemente de los fines, ya sean “malos o buenos”

<sup>38</sup> SABALLOS CERDAS (Rainier A.) y ZONTA ARIAS (José María). **La Libertad Contractual**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986, página 52.

<sup>39</sup> SABALLOS CERDAS (Rainier A.) y ZONTA ARIAS (José María). **La Libertad Contractual**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986, página 53.

establecidos por las partes, existe una absoluta independencia entre ambos elementos del convenio. En la segunda, el contrato, a pesar de ser lícito sustancialmente, es inmoral por propósito perseguido, por lo cual se tendría que aplicar la doctrina de la causa ilícita o inmoral.

En ambos casos, la consecuencia inmediata es la nulidad del contrato, ya sea porque existe en su contenido un objeto inmoral o contrario a las buenas costumbres, es decir el convenio en sí mismo, o también pese a que el contrato esté libremente pactado, y observando las prescripciones legales, cuando el fin de los suscribientes sea contrario a la moral o buenas costumbres, nulidad producto de la intencionalidad no moral de las partes.

Nuestros juzgadores, en diversas ocasiones, han limitado la libertad de contratación en el sentido de que, tanto las buenas costumbres y la moral, y el orden público, vinieron a otorgar al derecho un carácter más social, los contratos no solo son de interés para las partes, sino que cumplen una función social y de naturaleza pública.

*"La reforma operada en nuestro Código Civil en el año 1986, evidencia una modificación sustancial al Derecho Privado costarricense de enorme trascendencia social, moral y humana, al presentar como efecto interpretativo en la aplicación del Derecho, componentes anteriormente no incorporados con la misma intensidad, tales como la moral, buena fe y las buenas costumbres, adicionada, en ocasiones, con la evitación de la intención de dañar (artículos 3, 10, 11, 20 y 22 del Código Civil). La reforma operada presenta el triunfo en el ordenamiento positivo de la moral que debe penetrar en el derecho en toda su extensión y como advertía Jossierand: En verdad, el derecho no es otra cosa que la moral social en cuanto esta reviste un carácter obligatorio; es el imperativo moral obligatorio, es el gran soplo que vivifica, como un viento venido de altamar, todas las creaciones del legislador, del juez, del jurista"<sup>40</sup>.*

---

<sup>40</sup> Resolución No. 943-N- a las siete horas cincuenta minutos, del catorce de setiembre del año dos mil siete, del TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.

#### 4. INTERÉS DE TERCEROS

El derecho positivo extiende su protección en la esfera de las relaciones privadas, con el propósito de amparar los intereses de quienes no son parte de la relación contractual y que pueden verse afectados de forma directa o indirecta, actual o potencialmente; es así como puede determinarse que el interés de terceras personas también sirven de límite a la contratación privada.

El límite en cuestión se manifiesta en la ley a través de prohibiciones o mecanismos por medio de los cuales puede verse efectivamente la protección que da el derecho, como pueden ser los procedimientos de inscripción en el registro público, publicidad en el diario oficial, fechas ciertas.

*Al respecto Saballos y Zonta dicen "Las limitaciones de este tipo están concebidas, sobre todo, en beneficio de los acreedores de las partes o de los garantes de éstas, para que sus derechos no vayan a ser burlados por las partes suscribientes mediante cláusulas de los límites, restrinjan o descalifiquen de alguna manera. Las consecuencias de la infracción dependen de la sanción que la normatividad fije, a falta de norma expresa la ineficacia respecto de terceros de la cláusula es la sanción aplicable en tal caso, conservándose el acto válido en todo lo demás entre las partes."<sup>41</sup>*

En este sentido, las partes contratantes no deben ser innecesariamente restringidas en su libertad contractual, puesto que aquellas estipulaciones que pretenden claramente perjudicar al público, de alguna manera, tienen como sanción jurídica la invalidez y su correspondiente nulidad.

---

<sup>41</sup> SABALLOS CERDAS (Rainier A.) y ZONTA ARIAS (José María). **La Libertad Contractual**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986, página 55.

### **C. TEORÍAS MODERNAS QUE LIMITAN LA LIBERTAD DE EMPRESA**

Dentro de este apartado se expondrá sucintamente tres teorías de reciente aparición y aplicación en el campo de la libertad de contratación y, específicamente, la libertad de empresa o comercio, éstas representan, hoy por hoy, restricciones que, poco a poco, van teniendo más representatividad a la hora de intervenir en la revisión de lo establecido y actuado dentro de una empresa, como sujeto jurídico que cuenta a través de su personería jurídica, con autonomía de voluntad como ente individualizado separado de sus miembros, específicamente tanto de su Junta Directiva, como de sus accionistas.

#### **1. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO**

La personalidad jurídica que se le reconoce a una sociedad hace referencia a la capacidad que posee para ejercer derechos, contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros; asimismo, ser representada judicial o extrajudicialmente; todo esto como entidades independientes de los individuos que lo forman.

Las entidades a las cuáles se reconoce personalidad por el ordenamiento jurídico, obtienen desde el momento que se constituyen legalmente existencia, que no puede ser violada ni abolida en los casos determinados por las leyes que las regulan o reconocen. El hecho de crear una persona jurídica conlleva la separación de derechos y obligaciones que existe entre ésta y los miembros que la componen, y segundo la separación de uno y otro patrimonio (el de la persona natural y el de la persona jurídica).

Dichas personas jurídicas se han utilizado para justificar la independencia del patrimonio de la sociedad anónima, poniendo de relieve su concepción abstracta de la persona

jurídica de modo que se le pueda utilizar como un escudo o cortina que defiende de toda injerencia o investigación a la vida interna de las Sociedades Anónimas. Así las cosas, la peculiaridad de la persona jurídica es el aislamiento de su patrimonio, respecto del que tendrán su consideración de terceros los patrimonios de sus miembros.

Pero, ¿qué ha hecho que una institución del derecho como las personas jurídicas y, especialmente, las sociedades anónimas se hayan desnaturalizado? *"El hermetismo, la falta de transparencia del control de las personas jurídicas puestas de manifiesto fundamentalmente en las dos Grandes Guerras, por la consideración de la posible actuación del enemigo en la economía nacional a través de las sociedades y, posteriormente, el colonialismo económico al que someten las grandes empresas multinacionales a determinados países son las causas de la creación de una corriente doctrinal que se muestra partidaria de "levantar el velo" de las personas jurídicas, y no sólo en los grandes temas (intervencionismo económico), sino siempre que se lesionen por medio del fraude, abuso o quebranto de la buena fe, los derechos de terceros."*<sup>42</sup>

Estamos en presencia de esta corriente doctrinaria cuando se levanta el velo de la persona jurídica para sancionar abusos o para aplicar medidas defensivas o represivas. Sin embargo, el problema reside en saber cuando los tribunales deben o pueden aplicarla, inobservando las características anteriores de la persona jurídica para a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan, *"...aunque conceptualmente la persona jurídica está rigurosamente separada de la personalidad de sus miembros, la jurisprudencia alemana demuestra que continuamente es preciso penetrar hasta alcanzar a los hombres que se hallan tras ella, a su peculiar substrato. Sin embargo, no se trata en manera alguna de una jurisprudencia unitaria firmemente*

---

<sup>42</sup> PELLUZ ROBLES (Luis Carlos) y CRUZ MORATONES (Carles). **Teoría del velo de la persona jurídica.** Revista Electrónica del Consejo General del Poder Judicial de España.

*establecida, y con la que por tanto pueda contarse. Más bien, se manifiesta vacilante, en parte, muy precavida y, muchas veces, incluso contradictoria.*<sup>43</sup>

Entonces, básicamente el levantamiento del velo corporativo corresponde a aquella situación en la cual se descubre esa protección que da el velo, a los socios ante una vulneración al ordenamiento jurídico en su plenitud, puesto que se utiliza a la sociedad con la intención de defraudar los intereses de terceros, haciendo el ordenamiento jurídico responsables a los asociados o socios.

## 2. CÓDIGO DE ÉTICA EMPRESARIAL

La ética empresarial es una disciplina que empieza a tener un *status* propio desde la década de los 60 y 70 del siglo XX, donde surgen una serie de publicaciones y comienzan a dictarse cátedras de dicha materia. Puede ser catalogada como una ética aplicada cuya misión es pensar el sentido ético de la actividad empresarial, la cual, actualmente, ha dado frutos importantes, tales como la efectiva puesta en práctica de la Responsabilidad Social Empresarial, así aparece la preocupación por el desarrollo humano de sus trabajadores, la sensibilidad por el medio ambiente, logros que afirman la necesidad de seguir pensando y actuando en pro de empresas más éticas y humanas.

La aparición de la teoría de los stakeholders o grupos de interés (como los proveedores o acreedores) ha venido a cuestionar y replantear la forma tradicional de entender una empresa. Así, la empresa pierde su carácter de entidad cerrada e individualista, para pasar a ser una realidad que debe su existencia a los stakeholders, es decir, una entidad que solo es posible por su interrelación con otras realidades, es decir, una empresa debe

---

<sup>43</sup> PELLUZ ROBLES (Luis Carlos) y CRUZ MORATONES (Carles). **Teoría del velo de la persona jurídica.** Revista Electrónica del Consejo General del Poder Judicial de España.

su ser y actividad a la relación que tiene con los trabajadores, los accionistas, los clientes, los proveedores, la sociedad, el Estado y el medio ambiente. Si faltase uno de estos grupos, ¿podría sostenerse una empresa? Sin embargo, no son solo grupos de interés en su sentido simple, sino grupos a los cuales debe su existencia, por lo que de ese reconocimiento surge el deber de cuidado y de dar respuestas por sus acciones. Es sobre esta visión de interrelación que tiene sentido la ética empresarial y la responsabilidad social de las empresas.

Desde esta perspectiva interrelacional, la empresa redefine sus finalidades. Hasta antes de los 70's era usual creer que la finalidad de la empresa única o principal era obtener lucro. No obstante, este movimiento redefine las finalidades actuales de la empresa: 1) producir bienes y servicios, 2) aumentar el valor económico añadido para: a) atender las rentas de trabajo y de capital y b) poder invertir para garantizar la viabilidad de la empresa; pero también tiene como objetivos: 3) promover el desarrollo humano y 4) garantizar la continuidad de la empresa.

Esta manera de concebir los propósitos de la empresa expresan un sentido ético de la misma, porque, por ejemplo, la finalidad de producir bienes y servicios implica la responsabilidad que debe aceptarse por los éstos, como responder ante los clientes o usuarios por la calidad del bien o servicio dado. Según un Informe sobre el Grupo de Trabajo de ISO, la Responsabilidad Social involucra:

- a. Preeminencia del respeto por los derechos humanos fundamentales.
- b. Respeto por los instrumentos internacionalmente reconocidos.
- c. Cumplimiento de las leyes.
- d. Reconocimiento de los derechos de los stakeholders.
- e. Comportamiento ético.
- f. Desarrollo sostenible.

- g. Transparencia.
- h. Criterio de precaución.
- i. Rendición de cuentas.
- j. Respeto por la diversidad.<sup>44</sup>

Así, buena parte de las empresas establecen sus propios códigos de ética<sup>45</sup> y desean ser evaluados por estándares internacionales de calidad que permiten organizar, gerenciar y medir los impactos de las empresas en distintos rubros, como medio ambiente.

Los negocios, también, pueden tener un sentido ético, lo cual involucra pensar en el desarrollo humano de las personas que componen de la empresa, así como pensar en los proyectos personales de los consumidores y miembros de la sociedad. En términos concretos, el desarrollo económico ya no puede considerarse como primero para dejar luego el desarrollo de los valores y la cultura. Esta nueva visión lleva a integrar ambas formas de desarrollo, para poder denominarlo desarrollo humano.

Finalmente, puede encontrarse ese sentido ético de las empresas si la redefine como una organización que sostiene una actividad humana. El fin de las empresas consiste en satisfacer necesidades humanas con calidad, creando riqueza. Y tienen que hacerlo, a fines del siglo XX, percatándose de que quienes participan en ellas (empleados, accionistas, consumidores, proveedores, competidores, entorno social) son interlocutores válidos, que han de tenerse en cuenta a la hora de tomar decisiones que les afectan.

La visión de las empresas como grandes corporaciones impersonales que se autojustifican sólo por el deseo de lucro debe ceder a la visión de las empresas que se entienden como

---

<sup>44</sup> Informe sobre el Grupo de Trabajo de ISO sobre Responsabilidad Social: El desarrollo del futuro estándar ISO SR 26000. Ver: [http://www.choike.org/documentos/ISO\\_SR\\_26000\\_esp.pdf](http://www.choike.org/documentos/ISO_SR_26000_esp.pdf)

<sup>45</sup> Al respecto podría citarse como ejemplo el caso del Código Ético de ERICSSON.

partes sustantivas de un todo social y humano que les da sentido, que buscan tanto la sostenibilidad económica en el tiempo y son el sustento para el bienestar de las personas y las colectividades.

### 3. TEORÍA DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Podría iniciarse concretando que el buen gobierno corporativo es *"...el conjunto de mecanismos y normas (impuestas por el Estado y normas creadas por cada sociedad) que buscan maximizar el valor de la sociedad en beneficio de los propios accionistas sin desatender las obligaciones con los demás agentes económicos que estén vinculados a la sociedad."*<sup>46</sup>

El Gobierno Corporativo se vincula con las políticas que regulan los derechos de los accionistas y las responsabilidades de los consejos de administración, sin dejar de lado la relación de la empresa con la sociedad. Básicamente, existen dos grandes propósitos de esta teoría:

- a) Suministrar una estructura eficiente de incentivo a la administración, por medio del diseño de mecanismos alineadores que permitan la concordancia de los fines organizacionales con los fines de los gestores o administradores. Esto posibilitará una contribución apropiada al proceso de maximización del valor de la empresa, en un horizonte temporal de largo plazo.
- b) Determinar responsabilidades y otras garantías que paralicen que los administradores y accionistas controladores usen el control para extraer valor de ésta a expensas de los accionistas minoritarios. Este objetivo tiene una relevancia significativa, en aquellos casos

---

<sup>46</sup> LONCHARICH (Ivannia F.). **Gobierno corporativo: un tema que concierne a todos.** *Ivstitia*, No. 187, 188, julio-agosto, 2002.

de sociedades anónimas que son controladas por un solo accionista o grupo económico. Para asegurar un buen gobierno corporativo, entendido como la relación que establece la compañía con sus dueños o accionistas, pero, además, con la sociedad en general; es necesario de que éstos se conduzcan bajo la observancia ineludible de la transparencia, la equidad corporativa y el cumplimiento de una serie de responsabilidades éticas al interior de la empresa. En otras palabras, se materializa cuando éste puede impedir y/o solucionar los conflictos de intereses que surgen entre los administradores y los accionistas. Todos estos o marcos regulatorios, no deben descuidar el apropiado equilibrio entre la mayoría y las minorías, restringiendo al mínimo las factibilidades de abuso de los derechos que tienen los diversos participantes.

Sin embargo, también existe controversia en cuanto a que queda latente si estos principios deben ser reglamentados con la intervención del legislador, a través de específicas normas jurídicas, o si simplemente deben dejarse librados a la autonomía de la voluntad de la corporación. Si bien lo primero no se insertaría dentro del espíritu que rodea a este movimiento (según los contractualistas) dado que justamente lo que se pregona es la autorregulación a través de la incorporación de estos principios en los estatutos sociales de las compañías y en los reglamentos de los Consejos de Administración, la tendencia actual es que ciertos de estos conceptos se vayan incorporando en normas jurídicas.

Así como se desprende de los anteriores tres límites, es posible deducir como estos movimientos representan una restricción a la autonomía de la empresa como personas jurídicas y entes individualizados.

## SECCIÓN IV: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

### A. ESPAÑA

El principio de libertad puede desprenderse de los artículos 10, 16, 17, 20, 38<sup>47</sup> de la Constitución Política de Española, en los cuales expresan las diferentes manifestaciones de la libertad. Y para nuestros efectos es de relevancia, sobre todo, el numeral 38, que establece el de libertad de empresa.

---

#### <sup>47</sup> Art. 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

#### Art. 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

#### Art. 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. La ley regulará un procedimiento de "hábeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, Art. 20
4. Se reconocen y protegen los derechos:
  1. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
  2. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
  3. A la libertad de cátedra.
  4. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
5. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
6. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
7. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
8. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.
9. Por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

#### Art. 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Por su parte, en el Código Civil, artículo 1091, se equipara los contratos a la ley, entre las partes contratantes, las cuales consienten en obligarse, respecto de otra u otras dando existencia al contrato a través del establecimiento de pactos, cláusulas y condiciones siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público. (artículo 1254, 1255, y 1256). El artículo 1258 se identifica con el numeral 1023, inciso 1) de nuestro Código Civil al señalar que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes con la buena fe, al uso y a la ley.

Por último, a partir del artículo 1281, se establece una serie de reglas para la interpretación del contrato, el cual si sus términos son claros, y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas, caso contrario, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

## **B. MÉXICO**

El derecho a la libre contratación en un primer orden, se encuentra palpado en diversos numerales del Código Civil de México, así del artículo 1832, se desprende la facultad con que cuentan los individuos para determinar sus obligaciones, sin necesidad de formalidades determinadas para la validez del contrato con excepción de los casos expresamente designados por la ley. Sin embargo, en el numeral 1833, condiciona la libre contratación de las partes a las formas exigidas por ley; no obstante, vuelve a reiterar el poder de las partes al exceptuar tal supuesto si existe disposición en contrario por las partes del contrato.

En el artículo 1839, los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; sin embargo, de manera similar al anterior numeral, limita tal atribución respecto de los requisitos esenciales del contrato, se tendrán por puestas, aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley. Por su parte el artículo 1851 asevera que si los términos de un contrato son claros sin duda sobre la intención de los contratantes, prevalece el sentido literal de sus estipulaciones, y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes; prevalecerá ésta sobre aquellas.

Dentro de la regulación civil mexicana, a pesar de establecerse (artículo 1792) que el contrato es fuente de las obligaciones entre las partes, porque por medio del mismo se crean, modifican y extinguen obligaciones, no se equipara en cuanto a sus efectos con la ley, sino que más bien se reconoce formalmente el derecho de las partes a establecer relaciones jurídicas, pero tales están siempre supeditadas a las regulaciones existentes, a los impedimentos y a las formas prescritas por la ley. Lo anterior puede ser corroborado, fielmente, en artículos como 1794, 1825, 1796 y 1797, éstos dos últimos se asemejan considerablemente a los numerales 1022 y 1023 de nuestro ordenamiento civil, en cuanto a que restringe la voluntad de las partes a condiciones de validez y eficacia. De todo ello, se desprende el movimiento prácticamente universal, atribuido a la voluntad de las partes en cuanto a la libertad no absoluta de sus determinaciones.

### **C. PARAGUAY**

En la Constitución Política de la República de Paraguay, puede derivarse el principio de la libre contratación del numeral 9, el cual establece el derecho a la libertad y seguridad, apuntándonos que toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su

seguridad. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por su parte, en el Código civil, es posible encontrar de igual forma diversos numerales que hacen referencia a la libertad de contratación y autonomía de la voluntad con que cuentan las partes en dicho país. Sin embargo, dichos principios se expresan fielmente en el numeral 669, al decirnos que *"Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos que observan las normas imperativas de la ley y, en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos."*<sup>48</sup>

En todo momento, el Código destaca la importancia de la voluntad de las partes para determinar la validez, eficacia y alcances de los contratos en el artículo 708, dice *"Al interpretarse el contrato deberá indagarse cual ha sido la intención común de parte, y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes deberá apreciarse su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato"*<sup>49</sup>, de igual manera el artículo 710, *"...por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar"*<sup>50</sup>.

Tal es la importancia dada a la libre determinación de las personas en el momento de contratar que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas (artículo715).

---

<sup>48</sup> Artículo 669, Código Civil de Paraguay.

<sup>49</sup> Artículo 708, Código Civil de Paraguay.

<sup>50</sup> Artículo 710, Código Civil de Paraguay.

## D. CHILE

En la Constitución del 21 de octubre 1980, se establece el principio de libertad de las personas dentro de su nación, y de tal, de manera muy sucinta, se desprende el principio de la libertad de contratación, el artículo 1, señala "*Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*"<sup>51</sup>.

Específicamente, en materia de derecho privado, el Código Civil, enfatiza y amplía este principio constitucional al otorgarle carácter de ley a los contratos, "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*"<sup>52</sup> Le concede de acuerdo con el artículo 1437 y 1438, a la declaración de voluntad de los individuos, la facultad de creación de obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Sin embargo, le establece una serie de requisitos de eficacia y validez como lo son "*1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; 4. Que tenga una causa lícita.*"<sup>53</sup>

Finalmente, resultan importantes los artículos 1560 y 1546, en los cuales va más allá de lo establecido entre partes, puesto que si logra determinarse con certeza que la intención de los contratantes es distinta de lo establecido literalmente en el contrato, debe ser observada tal intención sobre el contenido del contrato. Además nuevamente en este ordenamiento, recoge la regla de que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

---

<sup>51</sup> Artículo 01, Constitución Política de Chile.

<sup>52</sup> Artículo 1545, Código Civil de Chile.

<sup>53</sup> Artículo 1445, Código Civil de Chile.

## E. COLOMBIA

En el ordenamiento civil de Colombia, se encuentra regulada la voluntad de las personas como una de las fuentes de nacimiento de obligaciones, según el artículo 1494, voluntad que se manifiesta en los contratos, el cual se define como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa y que es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (artículos 1495 y 1497). Dichos contratos, los cuales son la manifestación de tal voluntad individual, cuando es celebrado legalmente es LEY para las partes que lo estipularon, esto de conformidad con el artículo 1602; sin embargo, en el 1618 se le otorga un privilegio a la intención claramente conocida sobre la literalidad de este contrato.

Por su parte, el Código de Comercio, de igual manera, da preferencia a las estipulaciones contractuales válidamente celebrados por sobre las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles (artículo 4). No obstante, dichas estipulaciones, cuando son realizadas por un comerciante, tendrán la obligación de ser expresadas, según el caso de cada negocio o acto que se realiza, puesto que la ley exigirá determinadas solemnidades para que dichas estipulaciones, a pesar de ser enteramente una manifestación de su autonomía y libertad para contratar, sean válidas y eficaces (artículo 824).

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia a propósito de una acción de inconstitucionalidad sobre la *Ley 675 de 2001, la cual regula la propiedad horizontal*, ha definido el principio de autonomía de la voluntad, de la siguiente forma:

*"...La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales,*

*delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad...*

*...autonomía privada de la voluntad y aunque no existe una norma en la Constitución que la contemple en forma específica, ella se deduce de los artículos 13 y 16, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333...*

*...En el Código Civil colombiano de 1887 se consagraron tanto la visión voluntarista imperante, como los límites a la autonomía de la voluntad que por entonces se aceptaban: el orden público y la buenas costumbres; prueba de ello son, entre otros, los artículos 16, 1151, 1518, 1524 y 1532. Se puede decir, entonces, que la institución mencionada, aunque limitada, adquirió un lugar preponderante y fundamental dentro del sistema"<sup>54</sup>.*

De lo expuesto se desprende no sólo el sustento constitucional, sino también civil que se le otorga a la autonomía de la voluntad en Colombia; asimismo, el carácter relativo y no absoluto de la autonomía de la cual gozan las personas, su fundamento deriva de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

---

<sup>54</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-738/02.

## CAPITULO II: LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO

---

Como se expuso en el capítulo anterior, por medio del cual se analizó el principio de la libertad de contratación, con el cual cuentan las partes a la hora de contraer obligaciones y gozar de derechos. Tal análisis evidenció que nuestro ordenamiento jurídico, concibe de forma relativa y no absoluta tal autonomía para actuar, puesto que ésta a pesar de ser reconocida, inclusive como se demostró constitucionalmente, la historia ha demostrado que debe limitarse tal principio, puesto que el contrato está inmerso en un mundo social, en el cual existen terceros que, de alguna u otra manera podrían tener algún interés en el acuerdo, o podrían ser afectados por el éste.

Es así como conductas que se encuentran conforme a derecho, pueden colisionar en el ámbito de la moral, la buena fe y las buenas costumbres, es por esto que surge como se verá la Teoría del Abuso del Derecho, la cual no es sino un límite a la libertad de contratación, indicándonos que a pesar de existir un derecho constitucionalmente reconocido para las personas, éste no es absoluto, que constituye una facultad de la cual no puede abusarse en detrimento de la contraparte. El abuso del derecho no es una forma de restringir los derechos fundamentales, en este caso el derecho a contratar libremente, sino el límite al que deben someterse para su ejercicio. Así, poseer un derecho en el sentido jurídico del término equivale a la imposición por parte el ordenamiento jurídico de un deber jurídico correlativo y complementario a otra persona o la misma.

## **SECCIÓN I: GENERALIDADES**

### **A. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Para tener una mayor comprensión jurídica del instituto del abuso del derecho, y conocer los verdaderos alcances que dicha doctrina ha tenido, es necesario realizar un estudio histórico por medio del cual se establezca cuál ha sido su influencia, su desarrollo y, desde luego, para conocer la importancia que ha través de los años se le ha dado a la doctrina en cuestión, todo este análisis determinará las circunstancias históricas que dieron lugar a la formulación de lo que, en la actualidad, resulta ser un esencial principio del derecho.

Básicamente, el estudio histórico se basará en tres ámbitos sean estos, el primero, el abuso del derecho en Roma, posteriormente el abuso del derecho en la época medieval, para finalizar con la jurisprudencia francesa del siglo XX, la cual como veremos se verá les atribuye como los responsables del nacimiento de la doctrina del abuso del derecho como una teoría estructurada; sin embargo, como se verá de igual forma puede verificarse remotos antecedentes de ésta.

#### **1. EL ABUSO DEL DERECHO EN ROMA**

Existe en la doctrina tres posiciones diferentes respecto del tratamiento del abuso del derecho en Roma, por un lado se encuentran los que aseguran que el abuso del derecho en Roma se sancionó, se reprobaba; por el otro, los que para este entonces se ignoró cualquier teoría al respecto y, por último, los que consideraron que no se ubican ni en la primera ni en la segunda posición, sino que solo se circunscriben a indicar las múltiples contradicciones que se vislumbran en el contenido del Digesto. Lo anterior, es el

resultado de la presencia de las diferentes fuentes romanas del abuso del derecho, las cuales originaron, consecuentemente, situaciones de incerteza para la regulación de la doctrina en estudio.

Los estudiosos, identificados con el primer sector, argumentan que existió el abuso del derecho en Roma, y que aún más, esta doctrina determinaría el desarrollo de un sinnúmero de instituciones que, en la actualidad, existen y subsisten, como señala Carlos Fernández Sessarego. Uno de los máximos defensores de esta posición es Charmont, quien considera que existen claros ejemplos de la presencia de la doctrina en estudio, entre estos, la protección del esclavo frente al amo, la del hijo en relación con el padre y la represión del fraude y la introducción de la acción pauliana, puesto que los considera como controles atribuidos al ejercicio de un determinado derecho. Por otro lado, Rodríguez-Arias Bustamante, justifica la doctrina del abuso del derecho, en la *exceptio dolis generalis* (excepción de dolo) como referencia directa, es decir, el individuo que permanece dentro del ámbito de su propio derecho no comete dolo o un acto ilícito.

*"El principio general vigente en el Derecho romano es que quien actúa de conformidad con un derecho subjetivo no es responsable por el daño originado a otro. Como sostiene Puig Brutau, los textos romanos de los que se extraen las máximas de que no causa daño a nadie quien usa de su derecho proceden del Libro L, Título XVII, del Digesto"*<sup>55</sup>.

A pesar de que se considera que en el derecho romano, imperó la facultad de ejercitar abusivamente un derecho, los pretores en Roma, consideraban la equidad como un principio imprescindible para la aplicación del derecho, principio que, asimismo, se interrelaciona con otras máximas jurídicas relacionadas con la justicia, solidaridad y seguridad, puesto que *"...el derecho subjetivo se ejercita dentro del bien común, que no*

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992., página 95.

*es sólo aquel individual que corresponde al titular debidamente facultado por el ordenamiento positivo, sino a los demás miembros de la comunidad y a ésta en su conjunto*<sup>56</sup>.

Lo anterior denota la contraposición del interés individual, reflejado en el ejercicio del derecho subjetivo, con el interés colectivo, en el tanto el primero se encuentra limitado por el segundo, en razón de que, a pesar que cada ordenamiento jurídico otorga al individuo derechos dentro de su esfera individual, su ejercicio no puede ser absoluto, ya que somos seres sociales, coexistimos en sociedad, somos un conjunto al cual el ordenamiento jurídico trata de armonizar los múltiples intereses de cada quien.

No obstante lo expuesto, respecto de los pretores romanos, no debe entenderse tal, en el sentido de la existencia de una sistematización de la doctrina del abuso del derecho, sino que el sistema normativo en Roma y su consecuente aplicación por parte de los pretores se desarrollaba y se adaptaba a las circunstancias particulares de la vida, a la casuística; en dicha investidura se fusionaba los poderes legislativos y judiciales como, en la actualidad, se entienden, es decir, no sólo la creación de normas de derecho, sino que también la aplicación, la cual se ajustaba al caso en concreto, y no como la producción de un conjunto de derechos subjetivos, objetivados en un determinado ordenamiento positivo, como hoy en día sucede.

Así, al crearse un derecho con semejantes características, no se elabora una doctrina acerca de los derechos subjetivos y su ejercicio, y mucho menos una teoría del abuso del derecho; sin embargo, la influencia de esas ideas, son de gran relevancia para el entendimiento del principio del abuso del derecho, en el cual *"...es frecuente acudir al*

---

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1992, página 95.

*derecho romano con el objeto de hacer referencia a algunas específicas prohibiciones destinadas a evitar determinados actos que ejecutados sin ningún beneficio o provecho estaban destinados a dañar a otro. Entre ellas, verbigracia, la prohibición de excavar una fuente para desviarla (Ley XXXVIII, Digesto VI.1) o la desviación de un curso de agua de la propia heredad (Ley II, 9, Digesto XXXIX.3).<sup>57</sup>*

## 2. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA ÉPOCA MEDIEVAL

Durante la Edad Media, no se encuentra tampoco el abuso del derecho como un principio jurídico, con institucionalidad propia, como se conoce hoy en día; sin embargo, con la aparición del cristianismo, y su influencia a través de principios ético-religiosos, nació la teoría de lo que en doctrina se conoce como "**Actos de Emulación**", la cual constituye el antecedente inmediato en la evolución de la concepción de abuso del derecho.

Para Carlos Fernández Sessarego, "*...la emulación, del latín aemulatio, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o un bien ajeno. Se trata de una acción proyectada y ejecutada por el titular de un derecho subjetivo con el propósito de dañar, conducida con intención decididamente vejatoria, es decir, con ánimo nocendi o vexandi, según el caso.*"<sup>58</sup> Así, básicamente, con esta doctrina se reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados, puesto que se estableció el deber de no dirigirse con la única finalidad de perjudicar a otro sujeto, al ejercitar un determinado derecho subjetivo; como se desprende la noción de emulación se fundamenta en el mundo interior de los individuos, en sus intenciones, en sus aspectos psicológicos.

<sup>57</sup> PARAJELES VINDAS (Gerardo). **El Abuso Procesal**. Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 2005, página 45.

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 99.

Alcanzó su máxima aplicación en las relaciones de vecindad, porque en este entonces, eran frecuentes los problemas entre los propietarios vecinos por franjas de terreno, tales roces no estaban orientados por razones de utilidad, sino que eran motivados por el afán de causar un daño al vecino, realizando un uso antisocial del derecho de propiedad.

Simultáneamente, a la teoría de los actos emulativos, se encuentra la "**Teoría de las Inmisiones (immisio)**", la cual va dirigida al resultado de la acción de un sujeto, y no la intención de éste; como se desprende esta teoría es de planteamiento objetivo, mientras que la anterior es de corte subjetivista. Las inmisiones nocivas son el resultado de la utilización del fundo en perjuicio del vecino, como puede ser el caso de olores, humos, ruidos, calor, entre otras causas. *"Las inmisiones tienen eco en el aforismo romano: que a cada uno le es lícito hacer en su fundo lo que le plazca, con tal que no se verifique una inmisión en el fundo ajeno."*<sup>59</sup> Esta teoría puede verificarse, en nuestros días, como consecuencia del desarrollo industrial, fortalecido por la Globalización, que por ejemplo, al surgir problemáticas por contaminación ambiental, producidas por la emisión de gases, desperdicios químicos, entre otros, se produce una agresión contra la persona y la comunidad, puesto que se lesiona la salud pública. Sin embargo, es clara la orientación específica de relaciones de vecindad, que manifiesta esta teoría, la cual no se confunde con la del abuso del derecho, que es una doctrina más comprensiva y compleja.

### 3. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

Es a mediados del siglo XX, cuando el Tribunal de Colmar, mediante sentencia del 2 de mayo de 1855, determinó la génesis de la figura del abuso del derecho, cuando se limitó el derecho de propiedad, bien jurídico que para esta época era el eje sobre el cual se

---

<sup>59</sup> PARAJELES VINDAS (Gerardo). **El Abuso Procesal**. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, 2005, página 47.

fundamentaba el ordenamiento jurídico, con un pensamiento individualista, en donde la propiedad era absoluta, es decir, el titular podía no sólo usar, sino también abusar de su derecho. En ésta se discutió la construcción de una chimenea sobre una casa, la cual resultaba innecesaria y de gran tamaño, con la misma el único propósito era perjudicar al vecino impidiéndole el acceso de la luz solar, situación ante la cual se resolvió: *“si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa; sin embargo, el ejercicio de ese derecho, tiene como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo.”*<sup>60</sup>

Como se desprende de lo anterior, si bien esta acción se encuentra sustentada en un derecho subjetivo reconocido, carecía su actuación bajo estas circunstancias de un interés serio y legítimo, que no producía ninguna utilidad o beneficio al titular del derecho, por lo que el Tribunal ordenó la demolición de la chimenea, resguardando el derecho del vecino al resarcimiento.

La resolución da al juez un razonamiento para valorar y apreciar el ejercicio de un derecho subjetivo, este criterio constituye una opción; sin embargo, el juez debe realizar un análisis profundo acerca de los diferentes alcances y circunstancias de la conducta antisocial, que determina el abuso del derecho, para precisar si sus motivaciones son serias y legítimas, para lo cual debe analizar el comportamiento humano desde múltiples puntos de vista como la moral, el psicológico, el económico y el moral.

En el mismo sentido, posteriormente, en el año 1856, el Tribunal de Lyon extendió un importante antecedente para el desarrollo de la institución del abuso del derecho. En esta ocasión, se sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de propiedad

---

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 109.

para succionar el agua proveniente de una fuente, con lo cual pretendía únicamente perjudicar al vecino, impidiéndole acceso a ÉSTA, el agua no era usada por el titular malintencionado, sino que más bien la dejaba perder en un río.

El Tribunal resolvió: *"...condenar al propietario en mención en tanto se había servido, del poder de abusar de su cosa... inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar. La Corte sostuvo que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad. Se sancionaba, en consecuencia, la conducta del propietario enderezada a causar un daño sin obtener ningún provecho o beneficio a su favor."*<sup>61</sup>

En conclusión, de ambas sentencias se extrae que el surgimiento de la doctrina del abuso del derecho, propuso colocarse los intereses colectivos o sociales por encima de los intereses individuales, constituye una reacción social frente a éste, el cual era el resultado de la Revolución Francesa, movimiento que a pesar de consistir en una sublevación, en sus códigos se acentuaba la clase dominante, es decir la burguesía.

## **B. CRÍTICA A LA TERMINOLOGÍA**

Dentro de la doctrina que hace referencia al tema del abuso del derecho, existe una controversia terminológica, para unos autores, no se trata del abuso del derecho subjetivo en sí mismo, sino más bien de su ejercicio, a su actuación, razón por la cual la forma más pertinente de designársele correspondería a *"...ejercicio abusivo de un derecho subjetivo."*<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> FERNANDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 111.

<sup>62</sup> PARAJELES VINDAS (Gerardo). **El Abuso Procesal**. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, 2005, página 29.

Autores como León Barandiarán, refuerzan la idea anterior, al afirmar que el derecho y su ejercicio son diferentes, puesto que el derecho, es una atribución o facultad que corresponde a su titular y, por otro lado, el ejercicio, hace referencia a la forma en que se utiliza esa facultad. Tal idea la refuerza Rubio Correa, al señalar que el abuso del derecho es aplicable ante el ejercicio de los derechos subjetivos por los individuos; ambos autores ratifican el criterio dicho.

Resulta muy acertada lo indicado por Fernández Sessarego, al manifiestar que *"...no puede perderse de vista que no sólo se produce un abuso cuando se ejercita un derecho subjetivo de modo agravante en relación con un interés ajeno, sino que también cabe referirse a esta figura en el caso de omisión, en la actuación, de un derecho que si bien no reportaría perjuicio alguno para el titular, resultaría en cambio, lesivo para otro u otros sujetos."*<sup>63</sup>

Es por tal posibilidad, que el término de *"...abuso por el ejercicio de un derecho"*, ha sido igualmente criticado, por la no comprensión dentro de este concepto de la omisión, es decir, el no ejercicio de un derecho, podría constituirse en un abuso para un tercero perjudicado; en tal sentido, otro autor, Dabin, habla de *"abuso por el uso de un derecho"*, concepción más amplia, y para el menos inequívoca, al señalar que la abstención del titular del derecho equivale a dejar sin uso alguno ese derecho, es decir, se usa el derecho ejercitándolo o no se usa del mismo modo, omitiendo su ejercicio.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, y conforme lo reconocen importantes doctrinarios tanto a nivel internacional como nacional, la tradición y el lenguaje, hacen imperioso la designación de tal figura como *abuso del derecho*, sin embargo, debe

---

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 88.

hacerse un paréntesis al aceptar que el mencionado término no goza de gran aprobación, en el sentido expuesto.

### C. CONCEPTO

En palabras de don Gerardo Parajeles Vindas, *"El abuso del derecho es una realidad coexistente con el desarrollo humano, como un producto de las relaciones intersubjetivas. Es un fenómeno dentro de la dinámica de la vida jurídica."*<sup>64</sup> Por su parte, nuestra jurisprudencia ha establecido circunstancias prácticas que pueden verificarse cuando se está frente a un acto abusivo del derecho:

*"...se debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones: 1. La intención de dañar. 2. Ausencia de interés. 3. Si se ha elegido entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros. 4. Si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo. 5. Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres. 6. Si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y la confianza recíproca. 7. Si el comportamiento de la gente no concilia con la finalidad económica social del derecho que la ley le concede."*<sup>65</sup>

Así es en la realidad social influenciada por el derecho, el espacio en el cual se manifiestan los múltiples derechos y libertades dentro del cual se desenvuelve las más diversas relaciones jurídicas entre las personas, los cuales somos propensos a abusos, y es en estas relaciones, donde el "ser" y el "deber ser", son el punto de referencia para actuar, según lo establezca el ordenamiento jurídico, puesto que es éste, el que determina los límites de los poderes o facultades concedidos al sujeto. Los códigos en los siglos XVIII y XIX, delineados por un sistema de Derecho Civil Clásico, tienen su base en

---

<sup>64</sup> PARAJELES VINDAS (Gerardo). **El Abuso Procesal**. Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 2005, página 36.

<sup>65</sup> Resolución 2007-000775, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 9:35 minutos, del 12 de octubre del 2007.

la corriente de pensamiento individualista, con derechos de libertad e igualdad, meramente formales. Es así, como frente a lo anterior surgió la figura del abuso del derecho, como respuesta a la realidad social, por medio de la cual es el propio derecho el instrumento para limitar las libertades, a través del instituto jurídico conocido como *abuso del derecho subjetivo*.

#### **D. NATURALEZA JURÍDICA: EL ABUSO DEL DERECHO COMO UN ACTO ILÍCITO SUI GENERIS**

La teoría vigente y de mayor reconocimiento es la que considera el abuso del derecho como un acto ilícito especial, es decir, un acto ilícito sui generis. La conducta jurídica designada como "*abuso del derecho*", como se expuso, no es un simple exceso de lo que continuaría siendo un derecho subjetivo, esta conducta antisocial no puede ser calificada de lícita, deja de serlo en tanto él deviene en la violación de un genérico deber presente en las diversas situaciones jurídicas subjetivas. La conducta abusiva dentro de un ordenamiento jurídico calificada como prohibida, por ser contraria a un principio general del derecho, se convierte en un acto ilícito con características peculiares, que lo diferencian de la categoría de los actos ilícitos.

En este caso, lo que sucedería es que el acto abusivo sería ilícito, no por contradecir una disposición concreta del ordenamiento positivo (como es la regla), sino que sería ilícito por transgredir un principio general que no ampara el abuso, y en ausencia de una norma específica que tipifique la prohibición, viene a ser ilícita por violar algún otro principio general del derecho, como podría ser la buena fe o las buenas costumbres, que corresponden a principios de base moral, de los que se alimenta la ciencia jurídica.

Existen dos tipos de ordenamientos en lo que respecta a la responsabilidad civil, el primero contiene los supuestos específicos de actos ilícitos, designados para estos efectos, como sistemas cerrados o típicos (un ejemplo, lo sería el derecho penal), dispuestos en normas taxativas, fuera de los cuales los actos que ocasiona daños no son considerados como tales; el segundo, el sistema atípico o abierto, encuentra su cimiento en principios generales o cláusulas generales de responsabilidad, que ensanchan el ámbito de la ilicitud, en este caso, comprendiéndose la reparación a todas aquellas otras hipótesis de daños no advertidos expresamente en el ordenamiento.

Lo anterior deja entrever que el acto abusivo no es la típica conducta ilícita genérica, ni tampoco puede encontrarse situada (como considera Giorgianni) entre lo lícito y lo ilícito, *"...el abuso del derecho no resultaría ser, en consecuencia, un tercer género de conducta ubicada entre lo lícito y lo ilícito, en una zona intermedia o gris. Se trataría, de un acto ilícito sui generis, diferenciado, en cuanto deriva de una circunstancia particular como lo es la transgresión de un deber genérico. Deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por norma expresa, cuando el titular ejerce un derecho subjetivo."*<sup>66</sup>

Retomando el tema de la separación del la figura del abuso del derecho de la responsabilidad civil típica de los actos ilícitos, en este caso, el daño no es un elemento primordial para la configuración del acto abusivo. El daño representa tan sólo el presupuesto del efecto compensatorio, esto es comprensible, puesto que existen acciones u omisiones abusivas que no generen un daño efectivo, no serían elementos *sine qua non*, ni la culpa ni el dolo, para la manifestación de un acto abusivo.

En síntesis, el acto abusivo tiene su origen en un específico derecho subjetivo, un acto lícito, en cuyo ejercicio u omisión, se incumple un genérico deber jurídico, como es el de

---

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 154.

no agravar un interés ajeno por medio de la actuación irregular del derecho subjetivo. Es consecuencia de la actuación de un derecho que se transforma en ilícito en el momento que transgrede el genérico deber de no lesionar un interés ajeno, particularidad que no se presenta como característica necesaria en ningún otro acto ilícito. Un segundo aspecto de diferencia, es que a través del acto abusivo no se lesiona un preexistente derecho subjetivo, sino un interés patrimonial que carece de una específica protección normativa; sin embargo, esto es aparente en la medida que dicho interés puede ser tutelado a través de un principio general del derecho. *"Un genérico acto ilícito presupone la lesión de un derecho subjetivo, adquirido y definido, mientras que el ilícito derivado del uso antisocial de un derecho subjetivo u omisión se vulnera un interés ajeno de carácter patrimonial."*<sup>67</sup>

## **SECCIÓN II: PRINCIPIOS LIMITADORES DEL ABUSO DEL DERECHO**

La concepción iusnaturalista subraya la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo, y la necesidad de los intérpretes del derecho de acudir a sus principios generales ante los supuestos de tal insuficiencia, como podría señalarse para nuestro caso: la determinación de la tasa de interés dentro de un contrato de préstamo, hecho frente al cual, el juez, específicamente toma como pauta orientadora de formación jurídica, los principios de razonabilidad, equidad, buena fe y seguridad jurídica entre otros, cumpliendo éstas funciones de fundamentación, interpretación, de manera supletoria a la carencia de norma expresa para el caso en cuestión.

De manera que frente a la concepción de los derechos individuales absolutos, se opone la teoría de la relatividad, que lleva a admitir posibles abusos de los derechos. El derecho objetivo deriva su origen de la comunidad, del sentir social, así cada derecho se encamina a una finalidad, la cual no puede ser desviada por quien lo ejerce, están por encima de

---

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 160.

ellos mismos; son, pues, relativos y no absolutos. Por ello, los principios de la buena fe, equidad, razonabilidad y seguridad jurídica, son columnas vertebrales para la prevención del ejercicio abusivo del Derecho.

*"...todo ejercicio de un derecho, debe mantenerse dentro de los límites de la buena fe; siendo inadmisibile el ejercicio de un derecho cuando éste aparece con daño injusto y desconsiderado para otro. El ejercicio de un derecho siempre deberá estar en función de las buenas costumbres o la buena fe, de ahí que, los derechos subjetivos, no pueden venir a violar los fines del derecho, como lo son la convivencia humana que permiten alcanzar el bien común, el orden, la seguridad, la certeza, la paz y el fin primordial del Derecho, la búsqueda constante de la justicia. El que lleve a cabo un ejercicio abusivo de un derecho, con perjuicio para otro, debe en consecuencia resarcir los daños y perjuicios causados."*<sup>68</sup>

A continuación se realizará un breve análisis respecto a los cuatro principios generales del derecho que anteriormente se mencionaron, todos los cuales constituyen institutos jurídicos que el juzgador tiene a su disposición como pilares para fundamentar sus decisiones judiciales; así, pues, la determinación de un posible abuso en el ejercicio de un derecho y, en nuestro caso, el derecho de fijar los intereses en un contrato de préstamo, encuentra, en la actualidad al no existir un parámetro absoluto, un papel definitivo para deslindar lo lícito de lo ilícito.

#### **A. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD**

El principio de razonabilidad ha sido desarrollado, principalmente, en el campo del derecho constitucional y administrativo; sin embargo, como se verá y en atención al tema en cuestión cual es la fijación ilimitada del interés convencional, este principio al igual que los siguientes es básico para determinar si existe verdaderamente un abuso en la facultad

---

<sup>68</sup> Resolución No. 150, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA. San José, a las 10:10 minutos, del 30 de abril del 2004.

dada a las partes para establecer una tasa de interés. Es difícil encontrar una definición de razonabilidad determinada; sin embargo, es posible que esto se deba a que viene impuesta por el sentido común y, por ello, cualquiera puede captar su sentido sin necesidad de una solemne definición.

*Sin embargo, podría afirmarse que: "...lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa conforme con la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido con arreglo a lo que dicte el sentido común... no cabe duda que es difícil definir o siquiera conceptualizar, qué es lo razonable, alguien puede pensar de que se trata nada más de una pura apreciación subjetiva; sin embargo, aunque la cuestión es sutil, resulta susceptible de una estimación objetiva. En primer lugar, la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o no es conforme con la justicia, lo que tiene razón suficiente... en segundo lugar, el sentido común y el sentido racional de justicia de los hombres hace posible vivenciar la razonabilidad y su opuesto a la arbitrariedad... la razonabilidad impuesta por la Constitución en cuanto derecho positivo se extrae del valor justicia o derecho natural."<sup>69</sup>*

En su esencia, el concepto de razonabilidad encierra las ideas de justicia, ponderación, equilibrio, moderación, buena fe, prudencia, buen juicio, en fin, sentido común, cual es la nota más clara de la razonabilidad.

La obligación en este caso fijada por el numeral 22 del Código Civil, fue impuesta no sólo para la observancia del juzgador, sino también de manera general, a las personas que realicen cualquier tipo de acto o negocio jurídico; por consiguiente, las cláusulas contractuales que facultan el ejercicio abusivo de un derecho, en este caso, determinar la

---

<sup>69</sup> VÁZQUEZ FERREIRA (Roberto A.). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. La razonabilidad en el derecho de las obligaciones.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, Página 433.

tasa de interés convencional, devienen en irrazonables, por lo que en su interpretación y aplicación deben ser adecuadas a criterios razonables.

Respecto del tema Pedro Haba señala que *"...recurrir a lo razonable como complemento de lo racional, en la medida en que esto último no baste, de hecho para conocer suficientemente o para resolver en una medida adecuada los asuntos en consideración. Tal principio heurístico, si es aceptado, lleva a que antes que nada, el esfuerzo se dirija a incrementar en la mayor medida posible el control metódico de los conocimientos también en las así llamadas ciencias del espíritu. Ello no se opone para que los tipos de casos, en donde sea posible, actualmente, alcanzar una intersubjetividad racional de su tratamiento, ahí los métodos estrictos podrían ser complementados mediante consideraciones razonables sí las hay; pero esto, nada más que en la medida en que, verdaderamente, resulte imposible, o inadecuado (en vista de los fines prácticos perseguidos), obtener o aplicar soluciones propiamente metódicas."*<sup>70</sup>

Según lo expone el autor, la aplicación de criterios de razonabilidad y, por lo tanto, de proporcionalidad, deben tener un ámbito muy reducido, circunscrito a casos en donde una solución metódica (en sentido estricto), al problema no resulta viable, y esto porque, por lo general, el problema no reside en la norma por aplicar al caso concreto, sino en la incorrecta aplicación de la institución que fue pensada para ser aplicada razonablemente.

Como ejemplo de lo anterior, resulta uno de los tantos señalados por Vázquez Ferreira, en el cual el instituto de la indemnización por daños y perjuicios era la de aplicación, sin embargo, fue aplicada, apartándose de los criterios de razonabilidad: *"...en un juicio por daños y perjuicios se fija una indemnización que supera con creces los dos millones y*

---

<sup>70</sup> HABA MÜLLER (Enrique Pedro). **Elementos Básicos de Axiología General**. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2004, página 168.

*medio de pesos. Es cierto que la víctima sufre la mayor de las incapacidades, pues se encuentra completamente inmovilizada. Ahora bien, si esa suma puesta a un interés del 6% anual arroja una renta promedio mensual de \$12500, y ello sin tocar el capital. Con lo que la víctima, si llegara a fallecer, dejaría a sus deudos el capital intacto. Es cierto de que una incapacidad como la descrita es irreparable. Pero pareciera que los cálculos actuariales para fijar la indemnización deberían manejar otros parámetros. Sobre todo si se tiene en cuenta que la víctima no era productora de ingresos.*"<sup>71</sup>

Resulta para nuestros efectos muy atinente lo estipulado por nuestra Sala Constitucional, respecto de este principio como límite constitucional, dentro de la cual realiza un estudio a detalle sobre éste, exponiendo su origen, sus variantes, así como las condiciones de razonabilidad:

**IV.- DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD CONSTITUCIONAL COMO PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD** ...Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada **"razonabilidad técnica"** dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de "razonabilidad técnica" hay que analizar la **"razonabilidad jurídica"**. Para lo cual esta doctrina propone examinar: **a) razonabilidad ponderativa**, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej.: ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; **b) la razonabilidad de igualdad**, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; **c) razonabilidad en el fin**: en este punto se valora si el objetivo por alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la

<sup>71</sup> VÁZQUEZ FERREIRA (Roberto A.). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. La razonabilidad en el derecho de las obligaciones.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, Año 2001, Página 431.

índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable "**La razonabilidad como parámetro de interpretación constitucional.** Pero aún se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglonorteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial –substantive due process of law–,...constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo, a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme con la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue, entonces, entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general y, en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella y, finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la "razonabilidad" al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: **legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**:... **La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo ...

En la sentencia número 08858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, fue objeto de reciente desarrollo, resolución en la que se indicaron las pautas para su análisis, tanto de los actos administrativos como de las normas de carácter general:

Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es **necesario, idóneo y proporcional**. La **necesidad** de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable y, por lo tanto, constitucionalmente válida. La **idoneidad**, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción por ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la **proporcionalidad** nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. ...**Sobre la prueba de "razonabilidad"**: Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de

*juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad.*<sup>72</sup>

Así las cosas y según se desprende de la anterior resolución, para determinar a través de una prueba de razonabilidad, si debe limitarse un derecho, y concretamente el de libertad contractual, tiene que cumplirse con tres condiciones: que el acto limitativo sea necesario, idóneo y proporcional.

## **B. PRINCIPIO DE EQUIDAD**

El principio de equidad o igualdad concebido por la ideología liberal en la Revolución Francesa, nunca estuvo referido a la igualdad social o económica de las personas, sino a una igualdad jurídica, así concretamente se declaró que todos los hombres eran libres e iguales ante la ley y, de esta forma, se encuentran en igualdad de condiciones para negociar y celebrar sus contratos. En esta línea, todas las personas que negocian un contrato, lo hacen porque su voluntad así lo manda, por lo que presuponen la justa celebración del mismo.

Sin embargo, como señala Rubén Stiglitz, que *"...el principio de igualdad es irreal, es una ficción ignorar la existencia de confrontación entre empleadores y trabajadores, propietarios y locatarios, predisponentes y adherentes, profesionales y profanos, aprovechadores y necesitados, empresa y consumidores. Al cabo sería negar la existencia del débil.*"<sup>73</sup> Ante ello, la moderna legislación económico-proteccionista ataca el contrato cuando se presume que una de las partes es más débil, en el amplio sentido económico-jurídico, para el mantenimiento del equilibrio de la relación; por tanto, ante los contratos

<sup>72</sup> Resolución 2000-10826 de las 14:59, del 6 de diciembre del 2000, de la Sala Constitucional

<sup>73</sup> STIGLITZ (Rubén S.). **Contratos: Teoría General. Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato.** Volumen II. Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, Página 273.

entre desiguales, el legislador debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, sin distinguir si se trata del deudor o el acreedor.

Y, por lo general, la desigualdad se deriva, según el presente análisis, de la disparidad económica y cognoscitiva, la cual genera un abuso en la contratación, por lo que el Estado debe interferir regulando las relaciones para equilibrar las posiciones de los contratantes, estrechando así el campo de la autonomía privada.

*Como asegura el señor Juez Adrián Hilje, "...en la actualidad uno de los principales giros que ha tomado el Derecho Privado y en particular el de las Obligaciones, de dejar rezagada la idea de que las relaciones contractuales se dan entre iguales. Es decir, superar la noción contenida en el Code Napoleón, de que los contratantes se equiparán en sus derechos y obligaciones, pues se trata de pares. Por el contrario, en la posmodernidad se ha comprendido que no puede hablarse de igualdad entre ciudadanos comunes y las grandes corporaciones empresariales, las cuales poseen todos los recursos necesarios para subyugar contractualmente a los primeros. Por ello, la marcada tendencia a la equidad, más que a la igualdad, pretende tutelar la parte débil del negocio jurídico."*<sup>74</sup>

### **C. PRINCIPIO DE BUENA FE**

No puede hablarse de un concepto unánime en cuanto al concepto de buena fe; no obstante se hace remisión a términos como rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, entre otros; sin embargo, éstos al igual que aquél resultan indeterminados, por lo que, la buena fe tiene detractores que la consideran un principio abstracto o impreciso.

---

<sup>74</sup> HILJE QUIRÓS (Adrián). **Responsabilidad civil en la protección del consumidor**. Revista de la Judicatura, año III, número 3, marzo, Asociación Costarricense de la Judicatura. San José, Costa Rica, 2007, página 79.

La buena fe es considerada como un elemento de la relación humana que se ha incorporado al derecho, así ésta no es una creación del legislador, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los individuos, pero que ha sido preciso regular, para que sea susceptible de efectos jurídicos. Al respecto, Roxana Jiménez, cita a Luis Díez Picazo, en el sentido de *"...la buena fe puede presentarse por dos vertientes, por un lado una idea de buena fe como un supuesto de hecho normativo y, por otro, como un principio general... se trata, en rigor, de un principio, el que si bien tiene una base empírica, al mismo tiempo es un ideal de conducta, regla y precepto. No es un mero límite, su normatividad es positiva, activa e integradora."*<sup>75</sup>

Ahora bien, existe consenso considerable en considerar que la buena fe se ha plasmado en la legislación positiva en un sentido objetivo y en otro subjetivo, la cual deviene en una clasificación tradicional en doctrina, *"...desde el ángulo subjetivo, considerado en atención al individuo en sí mismo, se trata de la convicción de estar obrando correctamente, legítimamente, de allí que se le califique como buena fe-creencia; en cambio, desde el ángulo objetivo se alude a ciertas reglas objetivas, parámetros de conducta social leal, proba, honesta que cimientan la confianza base de la relación y que, por ello, se conoce como buena fe-confianza o buena fe-lealtad o buena fe-probidad."*<sup>76</sup>

Hay en lo anterior dos valores que operan, la fidelidad del sujeto de derecho a las normas morales y jurídicas que deben regir en cada caso su conducta y la confianza que esa conducta debe inspirar en los demás individuos en la comunidad. No obstante lo anterior, existen autores como Roxana Jiménez y Hernández Gil, son partidarios de una concepción

---

<sup>75</sup> JIMENEZ VARGAS (Roxana). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. El principio de la buena fe.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, página 764.

<sup>76</sup> GIAVARINO (Magdalena Beatriz). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. El deber de buena fe en las relaciones contractuales.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2001, página 700.

de buena fe unitaria, pues *"...su concepto es ético-social y general-concreto y cumple siempre una función normativa conformadota de la conducta."*<sup>77</sup>

Al respecto, el Dr. Diego Baudrit afirma lo siguiente: *"...la buena fe debe estar presente en toda la vida del contrato: tratativas preliminares, formación, ejecución y extinción. La buena fe es uno de los elementos que califica positivamente el correcto ejercicio de los derechos (y la correcta ejecución de las obligaciones) de manera que si la conducta es de mala fe, el ejercicio de los derechos sería abusivo y la ejecución de las obligaciones sería incorrecta. Al abandonarse el campo de la buena fe, se ingresa al terreno de la ilicitud, lo que provoca si hay daño, la responsabilidad civil de indemnizarlo junto con los perjuicios. El ejercicio de los derechos propios tiene un límite cierto: la buena fe. Si se ejercita ese derecho con el propósito de lesionar a otro sujeto, ese ejercicio está viciado, no puede tener amparo del sistema jurídico."*<sup>78</sup>

Este principio obliga a los contratantes a actuar con lealtad y con la real intención de que, a través del cumplimiento de la prestación, se logren las finalidades económicas, jurídicas y sociales perseguidas con la celebración del negocio jurídico; asimismo, es una guía importante para la interpretación de los contratos para de determinar su espíritu y finalidad.

Aunque nuestra legislación civil no disponga que los contratos deban ejecutarse de buena fe, la naturaleza de principio general de derecho que tiene esa regla hace imperativo su reconocimiento en derecho privado. Sin embargo, la buena fe, concebida como confianza y fidelidad, está inmersa en nuestra Constitución Política, como regla ético-moral y que se

---

<sup>77</sup> JIMÉNEZ VARGAS (Roxana). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. El principio de la buena fe.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2001, página 764.

<sup>78</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Derecho Civil IV. Volumen I, Teoría General del Contrato.** Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1990, página 68.

impone como norma jurídica, a través de los numerales 19 a 22 todos del Código Civil, la exigencia de la buena fe, de carácter objetiva, incluye el deber de lealtad y de cooperación, que abarca en éste no sólo el cumplimiento de las prestaciones, sino como instrumento esencial para la formación de una voluntad libremente manifiesta. De igual forma, puede concebirse, según el Dr. Baudrit, como obligación de lealtad y de cooperación, el primer supuesto se ejemplifica a través de los numerales "1262 del Código Civil, en donde se obliga al mandatario a abstenerse de cumplir el encargo cuya ejecución sea manifiestamente pernicioso al mandante" Siguiendo el mismo autor, afirma para nuestros efectos, "*...el acreedor debe también haber lealtad. Debe abstenerse de toda maniobra dolosa que dificulte el cumplimiento de las prestaciones del deudor. El dolo del acreedor constituye una causa de exoneración de responsabilidad civil (para el deudor) conforme con el artículo 702 del Código Civil.*"<sup>79</sup>

En el segundo supuesto, el deber de cooperación se refiere al que tienen las partes de facilitarse mutuamente en la ejecución de sus obligaciones en todo tipo de contrato, un ejemplo lo constituye "*...la obligación que tienen los contratantes de informarse recíprocamente de todas las circunstancias relacionadas con la ejecución del contrato. El desconocimiento de esa obligación podría llegar a hacer anular el contrato por reticencia (dolo por falta de información de circunstancias decisivas de la materia sobre la que se está contratando) o, en todo caso, hacer que el responsable pague los daños y perjuicios causados por su deslealtad.*"<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Derecho Civil IV. Volumen I, Teoría General del Contrato.** Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, página 69.

<sup>80</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Derecho Civil IV. Volumen I, Teoría General del Contrato.** Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, página 69.

#### D. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

En su alcance más generalizado en doctrina, la seguridad es la protección dada a los hombres y las mujeres, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques o que si éstos llegasen a suceder le serán aseguradas por la sociedad.

Para Jorge Millas, la seguridad jurídica es *"...la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de las relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado."*<sup>81</sup> Tal estatuto objetivo corresponde al derecho como sistema normativo, que es el instrumento por medio del cual la seguridad existe concretamente, sin que éste sea en cuanto tal, seguridad.

Siguiendo el mismo autor, dice que la seguridad jurídica se compone de dos elementos vivenciales, éstos son *"...saber y certeza, por una parte, y expectativa o confianza por otra. El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas de nuestro conocimiento, a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales conductas de modo impersonal y objetivo, y b) de que el orden así previsto es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento y consiste en la fundada de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico... se trata de la anticipación de lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado."*<sup>82</sup>

Asimismo, en doctrina cuando quiere definirse la seguridad se siguen dos sentidos, en un primer término, se encuentra la seguridad en sentido subjetivo que corresponde al convencimiento que tiene una persona de que la situación de la cual goza no será

---

<sup>81</sup> PACHECO (Máximo). **Los Valores Jurídicos**. Antología de Introducción al Estudio del Derecho II. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San José, Costa Rica, 2003, página 20.

<sup>82</sup> PACHECO (Máximo). **Los Valores Jurídicos**. Antología de Introducción al Estudio del Derecho II. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. San José, Costa Rica, 2003, página 22.

modificada por una acción incompatible con las máximas que imperan en la vida social. En segundo término, el sentido objetivo corresponde a la existencia de un estado de organización social, la seguridad es una relación entre la persona y un estado social objetivo en el cual ella está incluida. Sin embargo, ambos sentidos son correlativos, es una correlación entre el estado subjetivo de la persona y la realidad social objetiva.

Como se ha desarrollado en el presente capítulo existe el derecho para las personas de fijar libremente el interés convencional en los contratos de préstamos; sin embargo, tal derecho puede caer en un abuso principalmente al estipular el interés corriente, puesto que en el moratorio existe un límite de un 30%, ya que en la realidad social se conoce de casos en que una de las partes abusa del derecho dicho en detrimento del derecho del otro, creando incerteza en la institución jurídica del contrato de préstamo.

En el mismo orden de ideas expuesto, con respecto a la certeza de que nuestro ordenamiento regula la situación objeto del presente estudio, como se expondrá, la regulación es muy superficial, e inclusive los artículos en el Código Civil y el Código de Comercio son muy escasos, y vienen más bien a dejar muchas interrogantes que los jueces han venido a llenar con razonamientos algunas veces subjetivos u otras veces, amparándose en uno que otro de los principios expuestos, alegando la plenitud del ordenamiento jurídico y, en otros casos, simplemente no entran a analizar el tema.

Con todo este vacío es evidente de que, en la actualidad, existe una profunda inseguridad jurídica tanto en sus dos vertientes subjetiva y objetiva, puesto que no solamente la regulación existente es somera, y da una idea absolutamente incompleta, sino también que no se cuenta con ideas claras ni en cuanto a la aplicación de tales normas por nuestros juzgadores, ni tampoco obras jurídicas que hayan contribuido al desarrollo del tema, como bien afirma Ariel Barrero *"¿Por qué un tema tan práctico, de tanta relevancia*

*para los derechos de los ciudadanos, no motiva más trabajos y reuniones? Es que el de los intereses es un tema, casi se podría decir, un poco vergonzoso.*<sup>83</sup>

### SECCIÓN III: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

#### A. FRANCIA

Siguiendo al autor Jorge Suescún Melo, dice que la cláusula abusiva es definida en la legislación francesa como *"...la estipulación que aparece impuesta como un abuso de poder económico de la otra parte y que confiere a esta última una ventaja excesiva.*"<sup>84</sup>

Asimismo, dicho autor dice que la sanción prevista para la estipulación en un contrato de una cláusula abusiva en el derecho francés es tenerla por no escrita, es decir, se sanciona con invalidez. Se resaltan las ventajas en dicho país de combinar la acción legislativa con la judicial para llevar a cabo una efectiva lucha contra las cláusulas abusivas. Al legislador corresponde sancionar con nulidad los abusos flagrantes, permitiéndole al juez, en los demás casos, ejercer un control sobre el contrato con flexibilidad y la apreciación de matices, pues estos dos elementos que constituyen factores fundamentales para la protección del más débil contra el predominio del más fuerte.

El análisis francés respecto de las cláusulas abusivas se fundamenta en la intervención de dos criterios materiales: el abuso del poder económico y la ventaja excesiva, además en el derecho francés existe la lista de cláusulas abusivas que se refieren a la formación del contrato y otras a sus efectos, dentro de las más usuales se encuentran las siguientes:

---

<sup>83</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, página 8.

<sup>84</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo**. Tomo I. Editorial Legis, Colombia, 2003, Página 194.

1. Las relativas a la formación del contrato: determinación del precio o a la remuneración de la otra parte: se tienen por abusivas las estipulaciones que permitan a un contratante fijar el precio o remuneración de manera arbitraria, sin observar criterios específicos, razonables, que permitan un control judicial.
2. Las referidas a los efectos del contrato: son abusivas las que afectan a favor de la parte fuerte la fuerza obligatoria del contrato, las que tienden a evitar ciertas consecuencias que se desprenden de la reciprocidad de las obligaciones, las que se refieren a la tácita reconducción, las que gobiernan las garantías, las que aligeran la responsabilidad del contratante fuerte y las que agravan la responsabilidad de la otra parte.

## B. ESPAÑA

El autor Jorge Suescún Melo, asegura que *"...en el derecho español existe el principio según el cual no pueden dejarse nunca al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de las obligaciones, de manera que la determinación del precio y, en general, del contenido de las prestaciones no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."*<sup>85</sup>

De igual manera, respecto de la buena fe y el equilibrio entre las partes afirma que *"...se deben observar los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones. La buena fe se entiende como el conjunto de criterios valorativos que desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual. En este sentido, la buena fe es lo que el contratante normal*

---

<sup>85</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003, página 199.

*espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante. Es una aplicación de la regla general de confianza.*<sup>86</sup>

Es decir, en el régimen español se limitan respecto del tema de las cláusulas abusivas a hablar de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones, éstos son los fundamentos del ordenamiento civil y del consumidor, ejemplo de ello, pueden citarse los artículos 1255, 1256 y 1275 del Código Civil<sup>87</sup>, entre otros. Según la ley española, las mencionadas cláusulas son nulas de pleno derecho y se tienen por no escritas, lo que da lugar a una nulidad parcial del contrato, de suerte que se mantiene la eficacia del resto de las estipulaciones, *"...como se trata de una nulidad de pleno derecho, no requiere del ejercicio de una acción especial y puede ser propuesta tanto por la vía de acción como de excepción.*<sup>88</sup>

### C. COLOMBIA

Una sentencia de la Sala de Negocios Generales del 6 de setiembre de 1935, hizo referencia a la doctrina del abuso del derecho, al explicar que ésta tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia; asimismo, sentencia de Casación Civil colombiana, del 21 de febrero de 1938, aseguró que es abusivo todo acto que por sus móviles y por su fin es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio, de manera que lo que prevalece es un criterio funcional, deducido del espíritu

---

<sup>86</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003, página 199.

<sup>87</sup> **Artículo 1256:** La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

**Artículo 1275:** Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

**Artículo 1255:** Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

<sup>88</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003. página 201.

del derecho, de la función que le ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social comete un abuso del derecho.

El Código de Comercio en el artículo 830 dispone lo siguiente: abuso del derecho-indemnización de perjuicios, el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause. Sobre tal numeral, *"...debe interpretarse en la forma amplia señalada, vale decir, sin limitar las formas de reparación al pago en dinero de los daños generados, pues para un verdadero y efectivo resarcimiento, en muchas ocasiones, habrá de acudir a la indemnización en especie o a impedir que el acto abusivo produzca sus efectos nocivos. Con este propósito, los jueces deben gozar de un amplio margen de decisión para tomar la decisión más conveniente y ajustada a las circunstancias."*<sup>89</sup>

Lo citado es la referencia más específica del tema en la legislación colombiana, puesto que no se encuentra en el Código Civil de este país norma alguna al respecto, la jurisprudencia colombiana hace, para condenar el ejercicio abusivo de un derecho, concordar las disposiciones 8 y 2341 del último Código, el primero enuncia que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso, se aplicarán las leyes que regulen casos semejantes y, en su defecto, la doctrina constitucional y reglas generales del derecho, y el segundo reza: el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido.

---

<sup>89</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003, página 240.

Así, "...producida la hipótesis prevista en la primera... artículo 8, los jueces recurren al artículo 2341 bajo el entendido de que el abuso del derecho es una forma especial, sui generis, del acto ilícito."<sup>90</sup>

#### D. URUGUAY

El Artículo 1321 del Código Civil de 1868, resulta ser la norma principal referida al abuso del derecho, ésta consagra lo siguiente: "El que usa el derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que pueda resultar no le es imputable." Sobre este numeral se han presentado, existe controversia en el sentido de que por una parte determina como responsabilidad de un acto ilícito, la otra que trata de un caso autónomo de responsabilidad, asunto que no ha decidido de manera definitiva la Corte Suprema; sin embargo, la tesis más sostenida es la que contiene una fórmula autónoma del abuso del derecho, derivado de la simple amenaza o consumación del daño.

#### E. MÉXICO

Ni en el Código del Distrito Federal, ni en la Constitución Mexicana existe una fórmula que consagre el abuso del derecho; sin embargo, códigos civiles como el de Morelos, dispone "Artículo 2014: si se demuestra que el derecho solo se ejerce a fin de causar daño, sin utilidad para el titular, hay lugar al pago de una indemnización"; asimismo, el Código Civil del Estado de Quintana Roo señala: "...el uso abusivo que hagan las autoridades de sus atribuciones legales y todo el abuso que su derecho realice los particulares, es causa de responsabilidad civil."

---

<sup>90</sup> FERNANDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 281.

## F. PARAGUAY

El Código Civil de Paraguay de 1987, junto con el de Cuba de 1988, son dos de los códigos civiles latinoamericanos más recientes. Dicho ordenamiento señala, en su numeral 372, el abuso del derecho y el principio de buena fe de manera unitaria, al decir: *"Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente."*<sup>91</sup>

Ante tal disposición la doctrina, y en específico Fernández Sessarego señala dos críticas: la primera, la incorrecta ubicación del principio del abuso del derecho y el de buena fe, en el libro segundo: "De los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones", cuando lo correcto sería que se encontrase en el Título Preliminar del Código Civil, puesto que *"...esta clase de reglas por su extensión conceptual, abarcan y comprenden toda la disciplina civil, informan todo el sistema jurídico."*<sup>92</sup> La segunda crítica está relacionada con la salvedad presente en el último párrafo, que excluye el ámbito del abuso del derecho, por el contrario *"...se debe hacer extensivo a cualquier derecho subjetivo actuado de modo antisocial, destinado a dañar un interés ajeno o de la propia comunidad."*<sup>93</sup> Pese a ambos reproches, se denota la adecuada estrecha vinculación dada a ambos principios al contenerlos en un mismo numeral, dada su raíz ético-moral.

<sup>91</sup> Artículo 372, Código Civil de Paraguay.

<sup>92</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 279.

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 280.

#### **SECCIÓN IV: ANÁLISIS DEL LA LEY 7472 Y LA CLÁUSULA DE INTERÉS ABUSIVA.**

Otra de las posibilidades, aparte de la Doctrina del Abuso del Derecho, para el encuadramiento de los intereses, cuando éstos resulten desproporcionados, sería la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, pero su incidencia o aplicabilidad se reduciría a los consumidores; sin embargo, como más adelante se detallará, dentro de un contrato de préstamo, en el tanto el prestatario se dedique profesionalmente a esta actividad sería, el prestatario también sería un consumidor, por lo tanto la ley en cuestión aplicaría.

A continuación se expondrá la base teórica, del derecho del consumidor, dando una síntesis de su evolución a través de la historia, para, posteriormente, explicar su naturaleza jurídica, además se analizarán cuáles son los derechos fundamentales sustanciales e instrumentales del consumidor, algunos de los cuales se retomarán por la importancia que revisten para nuestros propósitos; sin embargo, con tal clasificación comienza a vislumbrarse el panorama sobre los derechos lesionados, los cuales podrían ser base para una posible responsabilidad por parte del prestamista. Luego, brevemente, se señalarán cuáles son los controles sobre las cláusulas abusivas dentro del derecho del consumidor, el cual es aplicable para nuestros efectos, partiendo desde una concepción plena del consumidor, controles realizados que deben ser realizados previamente por las partes, pero que, en la mayoría de los casos, es al juez a quien le corresponde aplicarlos y por lo tanto, deben ser incorporados en su diaria actuación judicial.

Por último, se analizará el tema en concreto de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de una doble regulación, la primera el derecho del consumidor costarricense y, la segunda, el derecho civil.

## A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

De manera previa al surgimiento de la importancia y la adecuada protección que debía brindarse a los intereses de las personas en su papel de consumidores, el sistema jurídico se encontraba cimentado en el modelo de sociedad propio del siglo XIX, es decir, en el Liberalismo, basado igualmente en la tierra, por lo cual la riqueza principal era la agricultura, siendo la industria todavía primitiva en la mayoría de los países; todo esto era proyectado en la codificación de la época, la cual giraba en torno a la idea de libertad, regulando fundamentalmente la propiedad y el contrato.

Es con el desarrollo de la sociedad industrial, que se adopta una nueva concepción de las relaciones tanto en el orden social como económico; se toma conciencia de que la mera formalidad del principio de igualdad; asimismo, de las situaciones abusivas que surgían de éste y aumentaban el desequilibrio entre las partes, e igualmente de la necesidad de corregir la desigualdad presente entre los partícipes de la relación, protegiendo a la parte más débil económicamente, pero paradójicamente con mayor fuerza a inicios del siglo XX, a través de un conjunto de normas que van a ser de orden público económico.

La sociedad de consumo surge después de la Segunda Guerra Mundial, y se caracterizó por el dominio de productores, fabricantes y distribuidores, quienes por medio de agresivos mecanismos de propaganda, publicidad y mercadeo, obtienen persuadir a los consumidores para cada día comprar cada vez un mayor número de artículos. *"Los esquemas económicos clásicos propugnaban por una total ausencia de regulación del mercado. Las leyes de la oferta y la demanda eran, en teoría, quienes dictaban las reglas necesarias para tener un mercado efectivo y justo. Estas leyes estaban llamadas a evitar problemas de desabastecimiento, ineficiencia en la producción, injusticias en la fijación de precios y otros por el estilo. Cualquier interferencia del poder público en el mundo*

*económico, se afirmaba, era creadora de graves desajustes en el sistema perjudiciales para todos. Las omnipotentes manos invisibles de la oferta y la demanda, eran capaces de crear el sistema perfecto de estabilidad social económica.*<sup>94</sup>

Sin embargo, no lejos del origen de toda esta forma de pensar, los mismos economistas que aclamaban por las virtudes del libre mercado, de la ley y la demanda, admiten que no existe ya el consumidor racional del libre mercado de la oferta y la demanda, sino el condicionamiento de los fabricantes, quienes lo inducen a conducir, seduciéndolo con promesas de calidad en combinación con bajos precios, y es, en este momento, cuando los operadores del derecho, juristas, políticos y, legisladores, evidencian un posible abuso del derecho y reconocen la necesidad de su intervención para corregir tal situación, a través de la creación de legislación específica que protegiera al consumidor.

*En este sentido, "...el derecho del consumidor surge, así en la medida en que se impone a los fabricantes e intermediarios respectivamente, la responsabilidad por la calidad de su producto y la transparencia (disclosure) de sus defectos al público y el Estado interviene para evitar que las cláusulas contractuales sean impuestas unilateralmente por los productores y vendedores a los adquirientes de bienes de consumo para uso propio.*<sup>95</sup>"

Es a partir de los años sesenta del siglo pasado, cuando se considera la importancia de tutelar jurídicamente a los consumidores, se da en los distintos Estados occidentales declaratorias para conseguir una adecuada defensa de los consumidores, y un hecho que ejemplifica la trascendencia que se le estaba otorgando al tema, fue el mensaje que el Presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy dirigiera al Congreso de su país el 15 de marzo de 1962, el cual proclamó *"Ser consumidor, por definición nos incluye a todos.*

<sup>94</sup> Alpízar Rodríguez (Ruth), Brenes Vargas (Rodrigo) y López Retana (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor.** Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 32.

<sup>95</sup> Alpízar Rodríguez (Ruth), Brenes Vargas (Rodrigo) y López Retana (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor.** Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 34.

*Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... pero es el único grupo importante, cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados." De igual forma estableció cuatro derechos básicos del consumidor: derecho a la seguridad, derecho a la información, derecho a la elección y derecho a la audiencia o a ser oído.<sup>96</sup>*

Gracias a este discurso, la iniciativa norteamericana fue rápidamente imitada en otros países del occidente, dándose, consecuentemente, manifestaciones encaminadas a proteger los derechos de los consumidores y, paralelamente, se origina la *Consumer Union* en los Estados Unidos alrededor de 1930 de la iniciativa de dos dependientes de la *American Bureau of Estandar*, los cuales organizaban pruebas comparativas de productos, difundiendo los resultados a través de los medios de comunicación; entre las principales funciones de esta clase de asociaciones consiste en la educación al consumo, en la información en el control sobre los precios y en la calidad de los productos, y en el ejercicio de presiones para la formación de organismos administrativos dirigidos a la tutela de los consumidores.

Básicamente, en el ambiente europeo, el tema en cuestión comenzará a plasmarse hasta la década de los setenta del siglo XX, puesto que en legislaciones tan importantes como los Tratados de París y de Roma no se reguló expresamente una política de protección de los consumidores, sino que, es hasta 1972, cuando se utilizó por primera vez la expresión "*Derecho del Consumidor*", en la Cumbre de Jefes de Estado, cuando los mayores responsables del funcionamiento de las Comunidades Europeas se preocuparon por el tema, y encargaron a una comisión la elaboración de instrumentos jurídicos, orientados al fortalecimiento y coordinación de las medidas de protección al consumidor, que dio como

---

<sup>96</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 35.

resultado "Programa Preliminar de la Comunidad para una Política de Protección y de Información de los Consumidores", el cual fue aprobado por el Consejo el 14 de abril de 1975, y que establece los derechos fundamentales de los consumidores, que han servido de base para los programas posteriores en materia de consumo, más adelante se profundizará sobre tales derechos. También, se ha señalado que la imposición de deberes al Estado para la defensa del consumidor es un principio universal.

A pesar de lo anterior, y de los efectos categóricos de dichos programas, el punto es que la protección jurídica de los consumidores, en la actualidad, se encuentra aún siendo sometida a constantes y profundas discusiones, día con día surgen nuevas situaciones que hay que abordar y definir, pues es claro de que los institutos jurídicos se quedan cortos con la realidad.

## **B. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

La legislación del consumidor es de carácter especial, destinada a restablecer en la sociedad de consumo la igualdad jurídica compensando la desigualdad económica, se trata de un derecho que pretende proteger la parte económicamente más débil dentro de una relación de consumo. Por ello, se define el Derecho del Consumidor como "*...el conjunto de leyes y reglamentos que protegen al consumidor, como destinatario final, garantizándole una información adecuada y asegurándole medios eficientes de defensa, que comprenden inclusive, la acción de las asociaciones y la movilización del Ministerio Público.*"<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 39.

A pesar de que las relaciones de consumo fueron consideradas en sus inicios como propias de los particulares y, por lo tanto, reguladas por el Derecho Privado, sin intervención alguna del Estado que cause desajustes en el mercado, esto cambiará, dando como resultado la combinación de normas de derecho público y privado, normas que regulan aspectos como la intervención del Estado en la fijación de precios, su obligación de fomentar la constitución de asociaciones de consumidores y establecer mecanismos administrativos de control del mercado.

Por esto, se ha afirmado que *"...no se puede hablar en principio del Derecho del Consumidor como una rama jurídica en el sentido de separación de un tronco común del Derecho Civil, pues no todas las normas del Derecho del Consumidor provienen de un mismo sector del ordenamiento jurídico, sino que éstas cortan transversalmente todo el ordenamiento, desde la Constitución hasta los decretos, desde las sentencias hasta el contrato, de las normas escritas a las no escritas, todo el ordenamiento tiene que ver con el Derecho del Consumidor."*<sup>98</sup> Por esto, esta rama del derecho no podría encasillarse en un sistema determinado, sea civil, constitucional, penal o administrativo; sin embargo, esta rama no viene a sustituir a las mencionadas anteriormente, sino que se trata de compatibilizarlo con el derecho tradicional, complementándolos y conciliándose sin entrar en contradicciones.

La existencia de un Derecho del Consumidor como una rama autónoma, se justifica en la necesidad de una protección mejor que la brindada en el pasado por el Derecho Tradicional frente al capitalismo, dejando a un lado la tendencia a privilegiar a la empresa y poniendo en evidencia los intereses de aquéllos a quienes la producción es destinada; sin embargo éste no es un derecho de clases, no comprende a todos los consumidores,

---

<sup>98</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 40.

sino sólo a quienes necesitan una protección especial: los más débiles, este derecho se aplica a actos o relaciones de consumo, y establece como propósito introducir en los mecanismos económicos de la sociedad de consumo, los correctivos indispensables para la adecuada defensa del consumidor, procurando lograr para éste una situación de igualdad con el productor. Se origina así un derecho con carácter proteccionista y limitador de la libertad de empresa, presumiendo al consumidor como la parte más susceptible dentro de una relación contractual de consumo de sufrir un abuso, para lo cual se estructura en un régimen especial, con principios, instituciones, conceptos, instrumentos y métodos de interpretación propios y, desde luego, manteniéndose en interdependencia con otras ramas, por lo cual, en Argentina, Jean Baudrillard lo califica como derecho multidisciplinario, porque incursiona en otras materias del derecho.

### **C. DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CONSUMIDORES**

Corresponden a los derechos por excelencia de los consumidores, y están orientados con el posicionamiento del consumidor como sujeto activo del mercado, enfatiza que el Derecho del Consumidor, busca proteger a las personas de los derechos del hombre de corte puramente liberal, y la garantía de cumplimiento de éstos es exclusiva del Estado, quien debe establecer políticas económicas y educativas para que al consumidor le sean respetados los derechos.

#### **C.1. DERECHO DE ACCESO AL CONSUMO**

Hace referencia a la obligación que tienen los Gobiernos para garantizar a todos los sectores de la población su participación en el mercado, y que depende del cumplimiento de los deberes y funciones irrenunciables del Estado. Este derecho se manifiesta desde tres ángulos diferentes:

**Libertad de elección:** supone un adecuado funcionamiento de las reglas de competencia y abastecimiento y la eliminación de políticas que excluyan a determinados sectores del acceso al consumo, y es que la igualdad de oportunidades significa también que todos tengan la posibilidad de acceso a bienes y servicios de calidad similar; y es que como se sabe existen alimentos para los ricos y para los pobres, lo mismo puede decirse en aspectos como vivienda, vestimenta y servicios como educación o salud. Se encuentra consagrado en los artículos 4, 13 y 17 de la Declaración de la ONU.

**No discriminación y arbitrariedad:** puede apreciarse en los artículos 2, 4 y 31 de la Declaración, y se considera un complemento del punto anterior, y consiste en el derecho de no sufrir discriminación ni arbitrariedad en el mercado, se pretende corregirlas con políticas de información y educación de los consumidores, prestando atención preferencial a las necesidades de aquellos que se encuentran en situaciones desventajosas.

**Acceso digno y equitativo:** hace referencia al acceso sin menoscabo de los atributos esenciales del consumidor como ser humano, los cuales, en múltiples casos se ven afectados no solo por tratos discriminatorios, sino también cuando el aprovechamiento menoscaba la dignidad y equidad de las personas, se trata de que el consumidor al obtener bienes y servicios no sacrifique atributos de su integridad.

## **C.2. DERECHO A LA EDUCACIÓN PARA EL CONSUMO**

Se trata de que el Derecho del Consumidor no sea solamente una clasificación de legislación, un texto, una declaración meramente formal, sin aplicación práctica; por ello, la educación en el consumo es necesaria para la concienciación a las personas sobre la importancia de su papel en el mercado, para que conozcan cómo poder actuar ante

riesgos en el consumo de productos y servicios, y de una forma inteligente ante la publicidad y comercio. Esta función tan importante fue estipulada en las Directrices de las Naciones Unidas, a través de enunciados esenciales como sanidad, peligrosidad de los productos, rotulados de los productos, legislación y organismos de protección, formas de compensación, información sobre pesas, medidas y precios, medio ambiente, entre otros.

A pesar de que en Costa Rica se han realizado grandes avances en cuanto al tema de los derechos de los consumidores, obteniéndose importantes resultados, evidentes en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la Comisión Nacional del Consumidor y, diferentes sentencias judiciales y administrativas, lo cierto es que, en nuestro país, no existe una verdadera cultura del consumidor, en el cual las personas tienen conciencia de nuestra condición como tales en los actos de consumo que se realizan todos los días, se considera que este derecho de educación debe ser mayormente reforzado, porque es por medio de la educación, que se crean patrones de conducta por medio de los cuales las personas ejercen sus derechos de manera conciente.

#### **D. DERECHOS SUSTANCIALES DE LOS CONSUMIDORES**

Para la efectividad de estos derechos como el derecho a la seguridad, a la vida, a la salud, e integridad; protección del medio ambiente; derecho de información sobre bienes y servicio y el amparo de intereses económicos, se demandan soluciones emergentes de normas de fondo dirigidas a acciones preventivas, normas de control de publicidad y régimen de garantías.

### **D.1. DERECHO A LA SEGURIDAD.**

Hace referencia a la prolongación de beneficios consagrados en los ordenamientos jurídicos que otorgan la protección de la integridad psicofísica del ser humano, a través de una serie de mandatos específicos de las Naciones Unidas, respecto de las medidas de los gobiernos para garantizar productos inocuos para el uso al que se destinan, facilitamiento a los consumidores sobre el uso adecuado de los artículos, obligación de fabricantes y distribuidores de notificar a las autoridades y público de peligros percatados con posterioridad a la introducción de los bienes en el mercado y el retiro de los productos si fuese el caso, en vista de considerable peligrosidad.

Asimismo, los consumidores deben tener acceso a los productos menos nocivos para el ambiente, en busca de un consumo sustentable, dentro del concepto de desarrollo sostenible.

### **D.2. DERECHO A LA INFORMACIÓN.**

Este derecho es un pilar fundamental en las relaciones de consumo, pues de él mismo depende, en muchas ocasiones, que el consumidor pueda tomar la mejor decisión en el momento de adquisición de un bien o servicio, significa que las personas reciban los datos adecuados para realizar una elección.

En el siguiente capítulo se profundiza en el tema, no solamente como un derecho, sino como un deber fundamental de eficacia y validez de los contratos realizados entre los productores y/o comerciantes de bienes y servicios y los consumidores. Como se verá existen dos vertientes, la información como debe ser dada por parte de la parte acreedora, y derecho por parte de los consumidores.

### **D.3. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS**

La protección va dirigida a aquellos intereses meramente patrimoniales, ligados a la pretensión de calidad de los productos y servicios, deben tener las características adecuadas y necesarias para la satisfacción de la finalidad de su origen, como son durabilidad, utilidad y fiabilidad; a la vigencia de una verdadera justicia contractual en el contenido y operatividad de las relaciones entre empresarios y consumidores; y a un sistema efectivo de compensación de daños sufridos, encaminado al aseguramiento de la disponibilidad de un servicio confiable posterior a la venta y piezas de repuesto, compensación mediante procedimientos rápidos y poco onerosos.

Este derecho se encuentra íntimamente ligado con las secciones correspondientes a la responsabilidad por parte del comerciante, acreedor o prestamista dentro de la relación, puesto que específicamente se analiza el principio de protección al sobreendeudado, que, a fin de cuentas, lo que se pretende, con su tutela, es brindarle una protección al patrimonio de aquélla de las partes contractuales más débil.

### **E. DERECHOS INSTRUMENTALES**

Los derechos instrumentales con los cuales debe contar el consumidor consisten en aquellos mecanismos para ejercer de manera válida y efectiva los derechos sustanciales, así pueden clasificarse estos derechos en tres grupos:

#### **E. 1. DERECHO DE ORGANIZACIÓN DE LOS CONSUMIDORES PARA LA DEFENSA TANTO DE SUS DERECHOS INDIVIDUALES COMO COLECTIVOS**

Las directrices de las Naciones Unidas reconocen expresamente este derecho, con el cual busca protegerse la facultad asociativa de los consumidores por medio de grupos que tengan necesidades similares.

### **E. 2. DERECHO A PARTICIPAR, INDIVIDUALMENTE O A TRAVÉS DE LAS ORGANIZACIONES GRUPALES, EN LOS PROCESOS DE DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN, RELATIVOS A CUESTIONES QUE AFECTEN SUS INTERESES**

Se reconoce a los consumidores para que ya sea individual o grupalmente se les reconozca su derecho a estar representado ante la Administración Pública, garantizándose su derecho a ser oído, así como a la importancia de una autoridad independiente.

### **E. C. DERECHO AL ACCESO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Es necesario de que los consumidores reciban el asesoramiento y asistencia con información adecuada sobre los mecanismos con que cuentan para hacer valer sus derechos, tanto en instancias administrativas en las cuales las empresas cuenten con mecanismos propios de asesoramiento, como también judiciales, e instrumentos alternos en defensa de los derechos de los consumidores.

### **F. CLÁUSULAS ABUSIVAS**

De suma trascendencia para el presente estudio, corresponden a las cláusulas dentro de un contrato impuestas unilateralmente por una de las partes de forma que perjudica inequitativamente a la otra parte o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los contratantes.

*"Las cláusulas abusivas son aquéllas que perjudican de manera desproporcionada, no equitativa a una de las partes, o bien, que introducen en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones en contra de los consumidores o usuarios. Se definen, también, como las redactadas en su beneficio exclusivo y en detrimento del consumidor."<sup>99</sup>*

En este sentido, el problema de las cláusulas abusivas consiste en la lesión al principio de la buena fe contractual que entrañan, su no observancia genera una desproporción entre los derechos y deberes entre las partes, donde una se impondrá sobre la otra.

## **1. CLASIFICACIÓN**

En la siguiente clasificación orientada en materia del derecho del consumidor, se desarrollarán cuatro tipos de cláusulas abusivas las cuales previamente pueden clasificarse de dos maneras, directas e indirectas, genéticas y funcionalmente devenidas. Esta clasificación, a pesar de estar basada en el derecho de los consumidores, ésta esencialmente se encuentra fundamentada en el derecho de los consumidores, por lo cual para nuestros fines es de vital utilidad.

### **1. A. DIRECTAS E INDIRECTAS**

Las directas son aquéllas con las cuales en forma inmediata se solucionan los posibles conflictos a favor del predisponente, por ejemplo: "...establecer un lugar de jurisdicción en

---

<sup>99</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 257.

*caso de conflicto, de imposible o difícil acceso para los consumidores, imponer una tasa exorbitante de entrar en mora el deudor.*<sup>100</sup>

Por su parte, las cláusulas abusivas indirectas permiten alcanzar los objetivos favorables a la parte contractual dominante; sin embargo, son impuestas en forma de previsión mediata, como la facultad de modificación ulterior de servicios por razones de aparente fuerza mayor o estado de necesidad.

### **1. B. GENÉTICAS Y FUNCIONALMENTE DEVENIDAS**

Esta segunda clasificación hace referencia en el momento en el cual comienza a funcionar el abuso. En las genéticas, el abuso inicia con la formación del contrato, por ejemplo, al cuantificarse el incumplimiento de la parte débil dentro de una relación contractual, y no el de la parte dominante.

Las cláusulas funcionalmente devenidas abusivas aparecen genéticamente como de aparente situación igualitaria y respetuosa del derecho del consumidor, un caso de este tipo de cláusula se da cuando se estipula la permisión de ambas partes del contrato la rescisión incausada. De forma específica se encuentra el caso en que "*...en un contrato de medicina privada tomado para un menor de diez años, donde una cláusula como la citada parecería ab initio como justa y equitativa, pero pasado el tiempo, unos veinte años después, al adherente le resultaría mucho más oneroso, en caso de que la empresa rescinda el contrato, tomar otro contrato de este tipo, pues a los treinta años de edad comienza la denominada edad de riesgo, en tanto a la empresa le resulta una situación ventajosa, porque el afiliado abonó durante mucho tiempo su cuota, sin requerir*

---

<sup>100</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 257.

*prestaciones de alto costo de su parte y cuando éstas se van a iniciar, ella pone fin al contrato.*<sup>101</sup>

## 2. CARACTERÍSTICAS

Como elemento central de las cláusulas en cuestión, se encuentra la posición dominante que ejerce una de las partes (prestamista) en detrimento de la otra (prestatario), susceptible de afectar la relación sinalagmática, valiéndose de circunstancias como puede ser la posesión de capital y su correspondiente disposición, ventaja que frente a la parte débil puede traducirse en un abuso evidente en las negociaciones realizadas en el contrato.

Se establecen dentro del derecho del consumidor como algunas de sus características más sobresalientes, las cuales pueden asimilarse dentro del derecho contractual, las siguientes:

- **No ser negociadas individualmente**, sino que más bien se suprime la discusión en torno al contenido de las condiciones que regularán el contrato; en estos casos, la persona que alegue que la cláusula objetada ha sido negociada individualmente tendrá la carga de la prueba en un eventual proceso.
- **Redacción previa**, al consumidor, o a la parte débil del contrato le es presentada la cláusula ya redactada; sin embargo, en términos generales, no interesa quién la hizo, lo importante es que se encuentra prerredactada y, de esa manera, es mostrada.
- El consumidor no ha podido participar en su contenido, trasladando este supuesto a nuestro tema, correspondería a **una de las partes del contrato de préstamo el no haber influido en las estipulaciones de éste.**

---

<sup>101</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 259.

- ***Su contenido constituye una infracción a las exigencias de la buena fe***, esto se da cuando causa un detrimento a la parte contractual, o en beneficio exclusivo de la parte dominante, causando un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes.

### **3. CONTROLES SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS**

En un primer momento, el control sobre lo estipulado en las cláusulas que rigen un contrato, lo van a ejercer o deben ser ejercidos previamente por las propias partes de éste, las prerrogativas excesivas que pretenda una de ellas serán controladas desde adentro y de forma directa por la contraparte, quien tiene dos opciones: considerar que dicha ventaja solicitado por la otra tiene justificación legítima, supuesto que aceptará, pero si estima que es exorbitante o injusto se opondrá.

Sin embargo, nuestra legislación una vez que tal control interno entre las partes haya franqueado y persista objetivamente el abuso, el parámetro de control externo al contrato y a los sujetos, por parte del juez, incorpora una prohibición de perjudicar, persigue en atención al principio de la buena fe, un resarcimiento equitativo de los intereses de las partes contractuales para reformar los efectos nocivos del desplazamiento del riesgo que declara la invalidez de las condiciones con contenido abusivo.

Existen dos medidas principales: el de inclusión y el de contenido, los cuales actúan de forma sucesiva en el tiempo, primero un control formal del clausulado y si éste se supera, un segundo control del contenido con base en el principio de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones entre los individuos. Además de estos dos controles, se encuentran otros como son: los de interpretación y de exclusión.

### 3. A. CONTROL DE INCLUSIÓN (PRINCIPIO DE LIBERTAD)

Alpízar, López y Brenes dicen que este control "*...persigue posibilitar el manejo real de las condiciones generales por el consumidor. En otras palabras, pretende la eliminación de las cláusulas que no ha podido conocer un consumidor adherente de tipo medio (véase párrafo primero del artículo 39 LPCDEC). Establece las condiciones generales deben ser redactadas en forma clara, sin reenvíos a textos o documentos no facilitados en el momento de la conclusión contractual y a los que haya que hacer referencia en el contrato.*"<sup>102</sup> De manera análoga, en materia contractual, este control corresponde a la transparencia de las estipulaciones del contrato, es decir, una redacción clara y comprensible, una cláusula oscura implica un desequilibrio que constituye un menoscabo para la parte más débil, porque no tiene conocimiento sobre cuáles son sus derechos y obligaciones contractuales, por lo que al encontrarse frente a una cláusula que revista tales propiedades de intransparencia, implica abuso.

En contratos con condiciones generales, se establece la exigencia de que tales cumplan una serie de requisitos formales con el fin de que sean conocidas y comprendidas por el consumidor; puede dividirse en:

- Las condiciones están siempre escritas y disponibles, lo cual es habitual en contratos bancarios y de seguros, lo cual tiene como propósito evadir alteraciones en el texto del contrato por parte del predisponente.<sup>103</sup>
- El texto de las condiciones esté redactado con concreción, claridad y sencillez, no se permite la abstracción, confusión, o complejidad del lenguaje.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 267.

<sup>103</sup> Artículo 39 párrafo c) Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

<sup>104</sup> Artículo 39 párrafo c) Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

### 3. B. CONTROL DE CONTENIDO (PRINCIPIO DE JUSTICIA O EQUIDAD)

Esta categoría de control busca la eliminación de las cláusulas abusivas del contrato que no cumplen con los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. Apunta a verificar la existencia de un abuso que conduzca al desequilibrio de la relación contractual y de constatarse se declara la nulidad de la cláusula abusiva.<sup>105</sup>

### 3. C. CONTROL DE INTERPRETACIÓN

El control de interpretación hace alusión a las reglas de las condiciones más beneficiosas, de la prevalencia y contra proferentem<sup>106</sup>; sin embargo, no debe confundirse éste con el control de contenido descrito anteriormente, así señalan Alpízar, López y Brenes que *"Algunos autores sostienen este control ha sido utilizado por los jueces para realizar un control indirecto de los contratos predispuestos, sobre todo, cuando no existe legislación específica sobre el tema. No obstante, es claro no es así, por cuanto la interpretación de los contratos, aún predispuestos, tiene un objeto ajeno y extraño al control de contenido, pues de la interpretación de una condición general surgirá su sentido y alcance, pero no su supresión, lo cual es propio del control de contenido."*<sup>107</sup> En efecto, el desarrollo de las reglas de interpretación consisten en:

1. **Regla de la condición más beneficiosa**<sup>108</sup>: interpretación proconsumidor, proparte débil en el caso de condiciones oscuras o faltas de claridad, es el profesional o parte

<sup>105</sup> Artículo 39 párrafos 2 y 3 Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

<sup>106</sup> Artículo 39 párrafo 4 Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

<sup>107</sup> ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005, página 269.

<sup>108</sup> Artículo 39. párrafo 4 Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

dominante, quien debe asumir los riesgos de una declaración defectuosa, ya que dispone de mayores medios para evitar estipulaciones dudosas.

2. **Regla de prevalencia<sup>109</sup>**: cuando las condiciones particulares tienen, por fin, sustituir o modificar una condición general, comúnmente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato, que, en este caso, prevalecen sobre la condición general que deviene derogada por la deliberada modificación que revela el real propósito de las partes.
3. **Regla contra proferentem<sup>110</sup>**: íntimamente relacionada con el principio de buena fe, las palabras usadas deben autoabastecer, ser idóneas, suficientes, claras y aptas, cuyo sentido objetivo sea, según el uso idiomático común o de comercio, por lo que se traslada a la parte predisponente las consecuencias y responsabilidades del caso respecto de la imprecisión en la redacción de las cláusulas.

### 3. D.) CONTROL DE EXCLUSIÓN<sup>111</sup>

La ley, en muchas ocasiones, se utiliza como control preventivo tendente a evitar la inclusión en las condiciones del contrato cláusulas abusivas que la parte dominante puedan establecer, en este caso, a través de listas negras y grises de cláusulas.

Tales controles de interpretación son altamente necesarios de ser tomados en cuenta por nuestros jueces, de manera que realicen una actividad integradora del ordenamiento jurídico, sin cambiar el contenido del contrato, el cual, a fin de cuentas, constituye la voluntad palpable de las partes, es decir, el mayor indicio para conocerla.

---

<sup>109</sup> Artículo 39. párrafo 4 Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

<sup>110</sup> Artículo 39. inciso a) Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

<sup>111</sup> Artículo 39. párrafos 2 y 3 Ley de Protección del Consumidor y Defensa Efectiva del Consumidor.

#### 4. REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COSTA RICA.

Nuestra jurisprudencia define las cláusulas abusivas de la siguiente manera:

*"...las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, p. ej., en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella)."<sup>112</sup>*

Inicialmente, debe partirse del artículo 22 del Código Civil, el cual determina de manera general el principio del abuso del derecho, al respecto nuestros juzgadores han realizado un análisis profundo acerca de los alcances de éste:

*"El numeral 22 del Título Preliminar de nuestro Código Civil (Ley número 7020 del 6 de enero de 1986), contempla de manera expresa el susodicho principio. Puede ser dividido, para su análisis, en dos partes cuya distinción es menester resaltar. La primera es "La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste... Esta enunciación contiene una declaración general y abstracta, dejándose la determinación de los supuestos de abuso en manos del juez, criterio acertado del legislador. No carece de contenido normativo, ni se trata de un mero enunciado de política legislativa. Tiene un profundo contenido normativo pues sienta una regla de hermenéutica jurídica dirigida a los jueces. La segunda parte de ese canon está referida a un supuesto específico, el abuso en el ejercicio de un derecho en la órbita contractual con daño a tercero o a la contraparte: "...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, sobrepasa 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." De esta forma se obvia, al restringir sus alcances, una regulación más general de ese principio, pues el mismo*

---

<sup>112</sup> Resolución No. 65, de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, 14.45, del 28 de junio de 1996.

*también opera en el campo de los derechos reales (fundamentalmente en lo relativo al derecho de propiedad), en el derecho de familia (patria potestad), derecho comercial (concurrencia desleal y quiebras) y en el derecho laboral.*<sup>113</sup>

Como se desprende este fenómeno de las cláusulas abusivas, se proyecta en todo los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, y el mencionado numeral, de manera abstracta da los márgenes para que sea el juez, quien determine las circunstancias de hecho que ostentan la calidad de abusiva o desproporcionada, así las cláusulas abusivas se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico a través de una doble regulación:

Inicialmente, el artículo 1023, punto segundo del Código Civil contiene un repertorio de supuestos que el legislador consideró constitutivos de cláusulas abusivas. Esta norma ha sido objeto de discusión y análisis doctrinario, en el cual se apuntan los siguientes inconvenientes, según Gino Capella: a) la no estipulación en cuanto a la relación de las cláusulas consideradas abusivas es *numerus clausus* o *numerus apertus*, b) la sanción de nulidad absoluta que cita la norma para las conductas tipificadas por ella, pues establece que esa declaratoria de nulidad debe darse a gestión de parte, con lo cual entra en conflicto con el artículo 837 del mismo cuerpo normativo (que, en principio, permite la declaratoria de oficio, tratándose de ese tipo de nulidad), c) la omisión del legislador en cuanto al ámbito de aplicación de esta normativa, para determinar si abarca los contratos de libre negociación o solamente contratos específicos como los de adhesión, d) finalmente, se considera que esta regulación quedó modificada con la promulgación de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, a pesar de que en el capítulo de derogatoria no se diga en forma expresa, se concluye que este artículo quedó derogado y sustituido por el artículo 39 de la ley que concreta las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

---

<sup>113</sup> Resolución 2007-000775, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 9:35 minutos, del 12 de octubre del 2007.

De manera contrapuesta a la síntesis del pensamiento de Capella, correlativamente se le objeta que el citado numeral del Código Civil no es propio y exclusivo de la modalidad de contratos de consumo, sino que más bien es aplicable a todos los contratos, con la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, se creó para establecer un régimen que beneficiara a los consumidores por medio de un control más riguroso de las actividades de los comerciantes y con el propósito de encontrar un equilibrio en la balanza dentro de la relación contractual, en este caso, la de consumo, entre comerciante y consumidor.

En efecto, ambos artículos deben unirse y complementarse para cumplir con tal fin, y al no haber el legislador derogado expresamente el numeral 1023 del Código Civil, permite sirva de suplemento a las disposiciones especiales de protección al consumidor, en cuanto se traduzca en un beneficio. Asimismo, artículo 39 de la LPCDEC, establece cuáles son las cláusulas abusivas absoluta y relativamente nulas, las cuales están referidas, por lo general, al menoscabo de la libertad de contratación y de la facultad de determinación del contenido del acuerdo de la parte más débil. Sin embargo, la competencia de la Comisión Nacional del Consumidor no alcanza para conocer la anulación de éstas, por lo que el afectado debe accionar ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.<sup>114</sup>

## SECCIÓN V: LA USURA

*"¿Queréis multiplicar los usureros? Prohibio indefinidamente el interés, decía Albisson."*<sup>115</sup>

Por usura se entendía ya desde Roma como se verá, todo préstamo a interés, se inventaron una y mil maneras de presentar los intereses como otra cosa, y cobrar lo mismo llamándolo de otra forma.

<sup>114</sup> Voto No. 0365-99 de la Comisión Nacional del Consumidor, 8:40 horas, del 1 de julio de 1999.

<sup>115</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, página 187.

La estipulación de intereses desproporcionados o abusivos en detrimento de una de las partes, puede ser subsumido de igual forma, en el tipo penal de la usura, si concurre como suele ser habitual, en muchos de los casos, el aprovechamiento para tal determinación de la necesidad, ligereza o inexperiencia del perjudicado. Por tales motivos, es de suma importancia para los objetivos del presente trabajo realizar un análisis jurídico nacional acerca del delito de usura, puesto que éste es una de las posibles vías para juzgar la fijación arbitraria de los intereses; sin embargo, no debemos en este caso, confundir los términos de interés y la usura, puesto que éstos difieren.

Para concretar el tema de la usura a continuación, se estructuró la presente sección, en cuatro partes, la primera se encuentra dirigida a brindar un panorama sucinto acerca de los precedentes históricos en nuestro país acerca del delito de usura.

Seguidamente, se brindará una concepción teórica del término usura y, asimismo, se destacarán las manifestaciones sociales de tal figura criminal, para luego detallar cada uno de las diferentes clasificaciones de usura existentes, para luego concluir con un análisis normativo que establecerá la regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

#### **A. DEFINICIÓN**

Puede encontrarse en los estudios económicos la siguiente definición "*La usura consiste en el cobro de tipos de interés desmesurados o excesivamente altos sobre los préstamos. El término no tiene mayor significado en economía, pues los análisis teóricos establecen que el precio del dinero se fija, como el de cualquier otro bien, de acuerdo con las fuerzas que concurren al mercado. La idea de usura, por otra parte, lleva implícita la convicción de que existe un precio justo o razonable para el dinero, independientemente de las*

*condiciones de oferta y de demanda que hayan para el mismo. Ello ha llevado a que algunos gobiernos fijen arbitrariamente tasas máximas de interés, con el propósito declarado de proteger a los prestatarios, pero con el efecto práctico de crear un mercado negro para los préstamos y créditos.*<sup>116</sup>

Si se amplía el ámbito de esta figura y se coloca entre las modernas formas, se cita lo siguiente: *"...es usura aprovecharse de la indigencia del obrero y de la necesidad que tiene de trabajar para imponerle precios que no guarden proporción con el servicio que él presta y la suma de trabajo que rinde. Es usura, aún dando un salario un salario adecuado a sí mismo, el pagarle para lucrar en mercancías, en objetos de consumo o en moneda fiduciaria, que no tiene curso, sino en los almacenes del patrono o en los de las sociedades a que pertenece éste... es usura aumentar el precio de una mercancía, prevaliéndose de la extrema necesidad del adquirente. Es usura vender a crédito, introduciendo combinaciones que no tienen más significación que el disimulo de intereses enormes y el de una indigna explotación del pobre... es usura provocar altas y bajas en los precios de los géneros, metales u otros productos, recurriendo al censurable sistema de monopolio, acaparamiento... es usura también recurrir para un enriquecimiento rápido a procedimientos de agiotaje y de especulación reprobados por la equidad.*<sup>117</sup>

Villegas y Schujman, al referirse al concepto de usura "civil", citan lo siguiente: *"Llambías nos indica que tienen carácter usurario los intereses que por su elevado monto en comparación con el capital que los produce, ofenden a la moral y a las buenas costumbres. Rezzónico, a su vez, apunta que la usura puede definirse como la actividad consistente en prestar dinero a intereses excesivos.*<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/dic/T.htm#tasa%20de%20interés>.

<sup>117</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 77.

<sup>118</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 177.

En pocas palabras, el término de usura es conocido comúnmente como aquel préstamo de dinero, a un alto interés, aprovechándose de las necesidades o situación de inferioridad de los demás y de forma más general como realizar a través de cualquier contrato un beneficio excesivo e injustificado.

## B. AVERSIÓN SOCIAL DE LA USURA

*"Antonio el personaje de Shakespeare, recrimina a Shylock usando precisamente el argumento de Aristóteles: el dinero no se aparea, y si es justo que quien prestó ovejas reclame también los corderos, no hay justificación para que se pida un interés para prestar dinero: O son tu dinero y tu plata, ovejas y carneros, dice Antonio. Pero, uno se pregunta, ¿cómo puede ser que un razonamiento tan débil, tan fácilmente refutable, tan contrario a la evidencia de la utilidad del dinero, a su carácter representativo, haya perdurado y determine las ideas de tantas personas? ¿No habrá, acaso, además del adoctrinamiento, otra razón, algo más que explique el histórico repudio al préstamo con intereses? Sí hubo otra razón: la esclavitud."<sup>119</sup>* En la antigüedad, una de las formas en las cuales podía pasarse a ser esclavo lo era por no pagar una deuda, un ciudadano podía hacerse dueño de otro, de su misma ciudad, era reclamándole un dinero que el deudor no podía pagar; y es que durante siglos el que pedía un préstamo ponía en peligro su libertad y aun su vida.

Notoriamente, el sentimiento de repulsión social hacia la percepción de las tasas de interés de manera desmesurada, abusándose de la necesidad de un préstamo de dinero, ha tenido mucha importancia para promover la sanción de la usura mediante correctivos como la devolución del exceso, la multa, e inclusive en muchos sistemas legales hasta por medio de la prisión. No es mera coincidencia histórica que existan múltiples leyes

---

<sup>119</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000, página 187.

inspiradas directamente en este sentir social, y que se haya incorporado la usura al inventario de delitos, al de conductas no sólo socialmente reprochables, sino también positivadas.

De manera expuesta, la esencia de esta figura sancionable, es la explotación de un estado de necesidad, por ello, precisamente con su regulación se manifiesta la exigencia de proteger el patrimonio más débil de la voracidad de obtener ganancias desmedidas, siendo el motivo inspirador de normas que ya tienen años de existencia en el orden jurídico de muchos países.

Entonces, a través de la historia como ha quedado constando páginas atrás, la usura ha dado pie para establecer una serie de medidas tendentes a contrarrestarla, múltiples disposiciones denotan el perjuicio social que causa, las cuales, sin embargo, esto no son suficientes, al respecto *"...para combatir eficazmente el grave mal social de la usura, aparte de las medidas represivas que se adopten, es indispensable **organizar fuentes sanas de crédito** para que todos aquéllos que carecen de otra garantía que no sea la sola remuneración de su trabajo personal no tengan que acudir a prestamistas indeseables, para satisfacer sus indispensables necesidades de crédito."*<sup>120</sup>

Lo anterior resulta de gran trascendencia, puesto que, no solamente la solución de esta conducta abusiva consiste en la regulación y su correspondiente penalización a través de sanciones como multas o prisión, como erróneamente se expresa en la creencia popular, corresponde, en este caso, al estado adoptar medidas que sean fuentes sanas de crédito que constituyan mejores soluciones para la población.

---

<sup>120</sup> DAMIANOVICH DE CERRADO (Laura). **El delito de usura**. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985, página 14.

## C. CLASIFICACIÓN DE LA USURA.

Múltiples son las clasificaciones que ha través de los tiempos, tanto la doctrina como la legislación han establecido; sin embargo, a continuación se expondrán las tipificaciones más modernas e importantes recopiladas, sin distinción de su clasificación civil o penal.

### 1. CLASIFICACIÓN TRADICIONAL

#### a) USURA LUCRATIVA

Corresponde a la determinada por el interés lucrativo, consistente en *"...la extracción de algún provecho de la cosa prestada, es decir, es aquella usura que se exige de la persona del deudor ya sea de dinero u otra cosa fungible, no por razón de daño emergente, lucro cesante o por morosidad en la devolución, sino específicamente por razón del préstamo."*<sup>121</sup> Esta clase de usura no tiene sustento, puesto que el interés se manifiesta sin contar con ninguna causa justificativa, se percibe solamente con el propósito de sacar algún provecho de la cosa prestada, por tal motivo constituye una de las figuras más atacadas a través de los tiempos, y en la antigüedad fue tolerada y, en otros casos, sometida únicamente a sanción civil.

#### b) USURA PUNITORIA

También, llamada moratoria, viene a ser una indemnización que el acreedor exige por el retraso en la devolución del préstamo; se exige cuando se impone como pena por la morosidad o tardanza del deudor en satisfacción por la deuda; sin embargo, se exigen

---

<sup>121</sup> SOSSA SANDI (Roberto). **La usura y el delito contrato**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 128.

sumas desproporcionadas. En esta categoría de usura, el interés puede llegarse a cobrar en forma legal, si se toma en cuenta de que el derecho común condena al moroso al pago de una retribución en razón del atraso, esto es lo que en nuestro ordenamiento en el numeral 496 del Código de Comercio; por lo tanto, el cobro de esta pena de manera desproporcionada es lo que la define como usura punitoria.

**c) USURA COMPENSATORIA.**

Igualmente es conocida como reparadora del daño emergente por las pérdidas que sufre el prestamista, puesto que no dispone del dinero prestado o del lucro cesante por las ganancias no percibidas, se le priva de la ganancia por causa del préstamo. Tiene su origen en el interés del mismo nombre, el cual se exige en razón de las pérdidas que el prestamista tenía que sufrir al ser privado de su dinero o mejor dicho de sus ganancias dejadas de percibir al no contar con su capital, como debió suceder. *"En la doctrina moderna se concreta como el lucro cesante y daño emergente, entendido aquél como el monto que hubiera ganado el prestamista de haber guardado su dinero o cosa para emplearlo en otro negocio. Para que este tipo de interés se considere legítimo, es necesario de que el prestamista tenga certeza o, por lo menos, probabilidad de obtener aquella otra ganancia y daño emergente."*<sup>122</sup>

**d) USURA DOBLE**

Conocida como anatocismo, usura de la usura, consistente en el cobro de intereses sobre intereses, se origina en *"...la usura doble que consiste en llevar intereses del interés, o bien, la acumulación y reunión de los intereses del interés, o bien la acumulación y*

---

<sup>122</sup> SOSSA SANDI (Roberto). **La usura y el delito contrato**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 130.

*reunión de los intereses con la suma principal, para formar de aquéllos y de ésta un capital que devengue interés.*<sup>123</sup> En términos económicos, el anatocismo o usura doble, es denominada como capitalización, para Ariel Barbero, consiste en *"...sumar los intereses al capital, convertirlos en capital."*<sup>124</sup>

En las legislaciones modernas existen dos tendencias, la primera es la prohibición, como lo es en el ordenamiento jurídico costarricense; sin embargo, tal prohibición es aparente, y también el alemán, entre otros ejemplos; y la prohibición relativa, puesto que se autoriza según concurren determinadas circunstancias, como es el caso de la regulación civil francés, el de Holanda, España y Argentina.

En nuestra legislación específicamente en el artículo 505 del Código de Comercio prohíbe y al mismo tiempo acepta el anatocismo de la siguiente manera: *"...es prohibido capitalizar intereses. Sin embargo, si hecha la liquidación de una deuda se estuvieren debiendo intereses, podrán sumarse éstos al capital para formar un solo total. Al otorgar nuevo documento o prorrogar el anterior, pueden estipularse intereses sobre la totalidad de la obligación."* Como se desprende del texto sí existe una prohibición tajante respecto de la cobranza de intereses sobre intereses; sin embargo, la excepción resulta muy amplia, en contradicción con lo anterior, puesto que la capitalización se permite cuando se efectúa una liquidación de la deuda e intereses vencidos o cuando se otorgue nuevo documento o se prorrogue el anterior, casos en los cuales las partes pueden acordar la capitalización de intereses que se deben, esto ocurre porque si el acreedor recibiere los intereses vencidos, podría colocarlos al interés con otras personas.

---

<sup>123</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 98.

<sup>124</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, página 187.

La práctica de acumular intereses con la suma principal tiene un papel relevante y deja claramente entrever que la capitalización es un modo de duplicar los intereses, logrando con esto causar un perjuicio mayor para el prestatario. Ariel Barbero señala que existen dos críticas básicas a la capitalización de intereses, en las cuales se reduce tal perjuicio *"La primera alude al ya mencionado efecto multiplicador de los intereses. La segunda señala que la capitalización introduce una compilación en los cálculos que favorece las maniobras de engaño."*<sup>125</sup>

En síntesis, el anatocismo viene a manifestarse en el hecho de que los intereses ya vencidos se incorporen al capital y produzcan en consecuencia a su vez, nuevos intereses. Puede nacer de la ley o de la convención de las partes, sin embargo este último, suele estar admitido por las legislaciones modernas con algunas limitaciones modernas, principalmente que no se establezca con carácter previo, sino por pacto posterior al vencimiento de los intereses.

#### e) **USURA LEGAL**

Aunque en principio sugiere un contrasentido si considera a la usura como una prohibición e inclusive hasta un ilícito y, por lo tanto, contraria a la ley, la forma en que los prestamistas constituyen obligaciones constata la existencia de operaciones absolutamente legales; es indudable que el pacto a interés legal no constituye usura; sin embargo, constituir legalmente una obligación, aparentando intereses legales que luego generarán más importes por ese mismo concepto, deja de ser legal y se torna en usura legal.

---

<sup>125</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000. página 18.

La usura legal es la ajustada a derecho, y se manifiesta cuando la misma ley la autoriza, *"...no puede llevarnos a engaño la denominación de usura legal por cuanto en mi concepto si el interés es legalmente cobrado no existe usura, sino un préstamo o mutuo con todas las condiciones que la ley prescribe, pero la denominación de delito es por sí sola antijurídica, razón por la cual de hecho se presupone que la casa de préstamos es un medio generador de usura y en mi concepto deben desaparecer."*<sup>126</sup>

#### f) USURA CONVENCIONAL

Desde tiempos antiguos y como se deduce de su etimología, es la establecida por la voluntad de las partes dentro de un contrato de préstamo, del cual se derivaba la ganancia excesiva.

En el mismo orden de ideas, esta usura es vista como una conquista del pensamiento liberal, al respecto Sossa Sandí considera que *"...hablar de usura convencional en mi concepto es retroceder a la época napoleónica de la libertad de tasas, por cuanto no puede ni debe utilizarse la facultad de convenir en negocios en los cuales necesidad es el elemento más importante para ambas partes; para el usurero, porque tiene la posibilidad de aprovecharse y para la víctima determina la sujeción total a las pretensiones del prestamista."*<sup>127</sup>

A pesar de lo anterior, existen dos interpretaciones de este razonamiento, el primero, el consentimiento está totalmente viciado por la necesidad de obtener el préstamo, y segundo cuando la conciencia de la posible víctima afronta el riesgo, es decir, a sabiendas de la desproporción de intereses, pero consciente de que a través de él obtendrá una

<sup>126</sup> SOSSA SANDÍ (Roberto). **La usura y el delito contrato**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 132.

<sup>127</sup> SOSSA SANDÍ (Roberto). **La usura y el delito contrato**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 134.

ganancia suficiente; de esta manera, corresponde al juez analizar ambas situaciones, tomando en cuenta el tipo de negocio, el riesgo, la garantía y la costumbre negocial.

## 2. CLASIFICACIÓN MODERNA

### a) USURA SIMPLE

*La usura simple "...puede cometerse en un contrato, aunque sea el único celebrado por el prestamista. Sirve en algunas legislaciones para deslindar la usura civil, de la penal, o sea, que cuando se trata de un único caso de usura, la sanción es civil; mientras que si la usura es repetida denunciando el hábito de la misma por parte del prestamista, se convierte en usura pena castigada por la ley penal."*

Esta categoría se opone a la habitualidad, es decir, que exige actos o contratos repetidos de usura. Constituyen numerosas las legislaciones que no exigen esta repetición para tipificar el delito como usura como, por ejemplo podría citarse la nuestra.

Demostraciones de Códigos Penales que sancionan la usura en su aspecto simple se encuentran "el italiano de 1930, cuyo artículo 644 considera *"...reo de usura quien aprovechándose del estado de necesidad de una persona se hace dar o prometer por ésta, bajo cualquier forma, para sí o para otros, en correspondencia a una prestación de dinero u otra cosa mueble intereses otras ventajas usurarias y al que procura a aquel necesitado dicha suma, haciendo dar o prometer por la mediación una recompensa usuraria; el colombiano, cuyo artículo 411 establece que el que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de las necesidades de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudique, incurrirá*

*en prisión de seis meses a cuatro años y en multa de dos a mil pesos, y si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a seis años de prisión.*<sup>128</sup>

Por otro lado, también, muchos tratadistas consideran que la represión penal es insuficiente, inútil y hasta innecesaria, por cuanto en sede civil, existen elementos suficientes para reprimir esta clase de ganancias desmedidas. Al respecto se concuerda totalmente con lo señalado por Roberto Sossa cuando afirma que: *"...dejan abierto el camino para que se consagre la habitualidad del agente y lo que es más grave se deje al sistema de prueba situaciones directamente vinculadas con la conducta ilícita del prestamista... desde esta óptica la forma manifiesta de usura no tendría ningún tipo de represión penal, lo cual es sumamente peligroso si se considera lo que dice Ure, que las formas disimuladas que utiliza el usurero para ocultar la naturaleza de la negociación, muchas veces a través de la figura del contrato son, en realidad, un tipo de usura innominada, por cuanto el disfraz que se le ponga al préstamo, llámesele compraventa u otro similar, no elimina el conocimiento que el deudor tiene, de antemano, sobre los alcances del negocio pactado.*<sup>129</sup>

## **b) USURA HABITUAL**

En contraposición con la anterior usura, esta clasificación *"...supone el individuo o empresa que se dedica por costumbre o como actividad de trabajo corriente a obtener un aumento de capital por la percepción de réditos o ganancias excesivas.*<sup>130</sup>

<sup>128</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 84.

<sup>129</sup> SOSSA SANDÍ (Roberto). **La usura y el delito contrato**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 64.

<sup>130</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 85.

Cuando se establece como necesario que la usura sea habitual para tener por cierto el delito, se presenta el problema de precisar cuando puede decirse que tiene esa peculiaridad, ante lo cual puede hablarse de una doble orientación, ya sea el caso en que la ley señala el número de casos de usura considerados como habitual, o bien, se deja a criterio de los juzgadores dentro de una amplia apreciación para determinar cuándo lo es y cuándo no; sin embargo, la segunda opción parece la más razonable y, desde luego, la mayor aceptada.

En este mismo orden de ideas, ejercen la usura en forma habitual, quienes recurren a ella como medio de vida, como su actividad principal, como recurso único, utilizando las ganancias para fortificarlo; sin embargo, quedaría a juicio del juez quien podría tomar en cuenta tan solo la práctica repetida, aunque no fuera un modo de vida o la actividad principal; en otros casos, la reincidencia puede ser el elemento constitutivo del delito o causa de una agravación de la pena.

Castro Chaves, refiriéndose a Gerardo Landrove Díaz, dice en relación con este aspecto de la usura, lo siguiente: *"...carácter de habitualidad: hemos llegado, por consiguiente, a las siguientes conclusiones acerca de la habitualidad a que se hace referencia en el artículo 542: a) No es equivalente a profesionalidad. b) No requiere la precisión formal de reincidencia, no es concepto jurídico sino meramente fáctico. c) No es necesaria la existencia de previa declaración judicial ni antecedentes registrados al respecto. d) La habitualidad no requiere el ejercicio constante de la usura. e) Exige para su estimación la existencia de, por lo menos, tres préstamos usurarios, si bien, produciéndose en este número, puede no ser apreciada en razón de las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto."*<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 92.

La habitualidad en la normativa latinoamericana, es en algunos países no más que una agravante que no encuentra mayoritariamente amparo. Sin embargo, la prevén el Código boliviano que hace referencia a "*...prestamista o comisionista usurario profesional o habitual*"<sup>132</sup>, el Código Penal nicaragüense a "*...personas que se dedican habitualmente a préstamos usurarios*"<sup>133</sup> y el ecuatoriano a, "*...el que se dedique a préstamos usurarios.*"<sup>134</sup>

### c) USURA ENCUBIERTA

La usura encubierta se manifiesta de manera más acentuada en aquellos países en que está penada como delito, constituye la forma agravada del delito, a causa del encubrimiento del préstamo usurario por medio de otra figura contractual con el propósito de evadir las responsabilidades derivadas de aquél; sin embargo, también se encuentra presente en países donde no constituye un delito, porque en el ámbito moral de la mayoría de personas les preocupa que sean calificadas de usureras y, desde luego, también sino es delito, por lo general, la operación es nula por vicio del consentimiento del prestatario o por el dolo del prestamista, por esto la usura disfrazada siempre aparecerá en el mundo de los negocios, pero es representativa en los países donde el interés está tasado para señalar el tope en que comienza a ser usurario.

Y es que corresponde una misma situación, es decir, la fijación de intereses, a dos distintas realidades, cuando se está regulado su límite y cuando no, porque las consecuencias jurídicas, económicas y sociales son absolutamente distintas. Al respecto, "*...cuando rige la libertad, aquellas operaciones en que el interés no es manifiestamente*

---

<sup>132</sup> Artículo 361, inciso 1. Código Penal boliviano.

<sup>133</sup> Artículo 304. Código Penal nicaragüense.

<sup>134</sup> Artículo 584. Código Penal ecuatoriano.

*excesivo en relación con el que rige en el mercado, indicarán la tasa real, porque al deudor le interesa que se tenga conocimiento de lo que ha pagado realmente por réditos para el efecto del impuesto de la renta y para el manejo y corrección de su contabilidad, y también el prestamista, sino resulta muy lesionado por el impuesto referido, declarará que es lo que efectivamente ha recibido por intereses... en cambio cuando la ley ha establecido la tasa del interés como medio de estructurar el delito surge la figura de la usura encubierta, la cual consiste en las muy diversas modalidades que se dan a los préstamos u operaciones para encubrir o disimular lo realmente pagado por intereses o percibido como utilidad como medio para burlar la ley, es decir, de no incurrir en las sanciones establecidas por ella en relación con la usura. En esos casos, o las operaciones aparecen realizadas al tipo legal, o bien, revisten la forma de contracciones ilícitas en las que ni siquiera se habla de intereses o ganancias.”<sup>135</sup>*

Resulta, prácticamente, imposible delimitar todas las formas de esta clase de usura, puesto que día con día surgen maniobras nuevas para burlar la ley, puesto que como es evidente a través de la historia, la imaginación humana es infinita. Entre los ejemplos más comunes de usura encubierta en el préstamo de dinero se encuentran los siguientes: compra de venta con pacto de retro, la permuta, el pacto societario, el préstamo sin estipulación de intereses corrientes, porque ya han sido deducidos por todo el término del contrato, generalmente corto para poderlos capitalizar de nuevo, el préstamo se dice hecho al tipo de interés legal y la diferencia con el tipo usurario se deduce del monto de la operación, también se presenta como venta de un inmueble con pacto de retroventa estipulado en documento público o privado, operación en la que, además de haberse deducido el interés usurario, el acreedor tiene la oportunidad de adjudicarse el inmueble por la suma prestada, otro es cuando la operación puede llevarse a cabo con bienes

---

<sup>135</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975. Página 94.

muebles con entrega al acreedor del bien dado en garantía, este minúsculo inventario a manera de ejemplo es muy corto respecto de todas las manifestaciones reales de esta figura.

La preocupación del legislador por prever el disimulo en la modalidad comisiva del delito, se advierte en casi todas las leyes de Latinoamérica, como se expondrá a continuación:

En la legislación penal de Bolivia<sup>136</sup> y de Guatemala,<sup>137</sup> se estipula de forma absolutamente general que "*En cualquier forma*", y con mayor precisión, concluyen así: "*...aun cuando los réditos se encubran o disimulen bajo otras denominaciones...*"<sup>138</sup> como, asimismo, el de Nicaragua, "*...de cualquier manera que sea*", puede leerse en el de Chile.<sup>139</sup>

Es importante denotar que en algunas legislaciones este tipo de usura encubierta encuentra autonomía como delito en sus respectivos Códigos Penales, lo cual señala Laura Damianovich De Cerrado de la siguiente manera: "*en la misma sanción incurrirá el que disimulen bajo otra forma contractual cualquiera, un préstamo usurario.*" Y también en el de Ecuador: "*...el que encubriere, con otra forma contractual cualquiera, la realidad de un préstamo usurario.*"<sup>140</sup>

#### **d) ANATOCISMO.**

Esta categoría ha sido previamente analizada como parte de la clasificación doctrinaria.

<sup>136</sup> Artículo 360, párrafo 1. Código Penal de Bolivia.

<sup>137</sup> Artículo 276, párrafo 1. Código Penal de Guatemala.

<sup>138</sup> Artículo 302 Código Penal de Guatemala.

<sup>139</sup> Artículo 472, párrafo primero. Código Penal de Chile.

<sup>140</sup> DAMIANOVICH DE CERRADO (Laura). **El delito de usura**. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985, página 114.

### 3. CLASIFICACIÓN DOCTRINAL

#### a. DE CRÉDITO

De manera general puede entenderla como *"...aquella que se origina en el otorgamiento de préstamos con lucro desmedido, siendo considerada la figura del mutuo como base para el desarrollo de este tipo de usura, no pudiendo abarcarse otro tipo de préstamo conforme lo concibe Laura Damianovich en su obra; sin embargo, Ure no comparte este punto y lo hace extensivo a cualquier tipo de préstamo."*<sup>141</sup>

La usura crediticia debe circunscribirse al caso del mutuo, no es extensiva a otro tipo de préstamo, porque sino tornaría inciertos sus límites, básicamente esta clase encuentra su fundamento en el negocio jurídico del contrato de préstamo, la conducta sancionada no se extiende a un supuesto distinto del préstamo.

La circunstancia que permite el desarrollo de la usura de esta categoría, es el préstamo, así también la exigencia de garantías o previsiones que no guarden relación con la prestación está también involucrada, siempre y cuando el antecedente sea un préstamo otorgado por el agente a la víctima; corresponde a la forma más tradicional consistente en la percepción de intereses desmesurados; sin embargo, al respecto, el mismo Sossa Sandí considera sucintamente que no siempre una operación con lucro desproporcionado es equivalente a daño para el sujeto pasivo, por cuanto, muchas veces, un préstamo usurario salva a un comerciante de la quiebra o a aquél que ha empeñado algo muy valioso y puede rescatarlo gracias a dicho préstamo, así para él no necesariamente un préstamo con intereses sumamente elevados determina una conducta criminal, ya que

---

<sup>141</sup> SOSSA SANDÍ (Roberto). **La usura y el delito contrato**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 62.

deben darse aspectos como la explotación de un estado funesto de la víctima o, por lo menos, una adecuación entre las prestaciones pactadas, a lo que personalmente Sossa le objetaría ¿a qué precio...?

Algunos autores distinguen dentro de esta primera división dos clases, éstas son la usura simple y la usura encubierta, las cuales fueron analizadas anteriormente bajo otra clasificación.

### **b. REAL**

En contraposición con el género anterior, el negocio que constituye la base fáctica de la actividad pasa a ser intrascendente, puesto que solo interesa la efectiva obtención de una contraprestación desmesurada. En este caso no atañe si el acto jurídico corresponde a un préstamo, una compraventa o una permuta, solo es significativo la desproporción notoria entre lo que se da y lo que se exige del contratante, es decir, la contraprestación desmesurada. En síntesis, consiste en el aprovechamiento de la necesidad de otro, mediante la consumación de actos no crediticios, como los señalados.

En general, reside en una simulación del acto jurídico, mediante la cual la actividad usuraria es disimulada bajo la forma de trueque, palabras de honor o juramentos. En la usura real puede distinguirse la usura propia e impropia como a continuación se explican. Respecto de la primera, corresponde a la obtención de una prestación, cesión o garantía que conlleve una ventaja desmesurada, como se desprende, esta clase de usura debe versar sobre los elementos dichos para lograr determinar por su medio y tomando en cuenta las circunstancias concomitantes la desproporción existente entre la prestación y su contraprestación; en segundo término, la impropia, llamada también de intermediación, es la obtención de una prestación, cesión o garantía o algo similar para

un tercero, obteniendo una ventaja o beneficio desmesurado, aprovechando el estado de necesidad de la persona a quien se ha procurado la prestación.

### c. SOCIAL

Hace referencia a una serie de actividades y conductas consistentes en el incremento arbitrario de precios y maniobras con incidencia en el régimen de abastecimiento en forma inmediata, y en una más mediata en el curso normal de las relaciones económicas regidas por la ley de la oferta y la demanda, ha sido calificada como usura social.

*“Resulta difícil la determinación de las actividades así denominadas, especialmente por el hecho de que se llaman en algunas leyes agiotaje, y los regímenes jurídicos prevén su represión bajo la forma de infracciones al sistema de abastecimiento... una y otra responden a expectativas diferentes del orden legal, con su respectiva connotación en los bienes jurídicos. Mientras es indudable que el agiotaje puede no afectar un patrimonio individual, menoscabando sólo, o fundamentalmente la economía del Estado, es ello discutible en cambio respecto de la usura.”<sup>142</sup>*

En efecto, mientras en las maniobras agiotistas el agente sorprende, engaña a la víctima o quebranta su creencia acerca de la vigencia de determinados costos o su presunción de que el precio exigido responde a un juego normal de las leyes económicas, en la usura explota una situación precedente concreta, en medio de la cual se encuentra el sujeto más débil: esta situación es básicamente aquella necesidad o su ignorancia. No hay en el alza arbitraria de precios la explotación de un estado de necesidad de la víctima para hacerse dar o prometer determinada prestación desproporcionada respecto de la que se le hace. Asimismo, en un caso es alzar arbitrariamente el precio sin parar, mientras en el

---

<sup>142</sup> DAMIANOVICH DE CERRADO (Laura). **El delito de usura**. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985. página 95.

otro es hacerse dar o prometer una contraprestación desmesurada, aprovechando una situación de necesidad, inexperiencia o ligereza.

Tanto la legislación penal de Argentina como la nuestra, tipifican los delitos de usura y agiotaje como formas autónomas.

## **SECCIÓN II: ANÁLISIS DE LA USURA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO**

### **A. ANÁLISIS NORMATIVO**

La necesidad de regular la usura e inclusive incriminarla como un delito, ha sido materia de profundas discusiones entre expertos, puesto que por un lado se encuentran los que propulsan por su sanción ya sea en el ámbito civil por medio de la figura de las nulidades, o en el ámbito de lo penal a través de multas o prisión, y es que esta figura esta íntimamente relacionada con nuestro tema central cuál es la estipulación de intereses dentro de un contrato de préstamo, ambas encuentran sustento jurídico basándonos en diversos órdenes de argumentos, así por un lado se encuentra la libertad de contratación, principio el cual es base indestructible de nuestro ordenamiento privado, y quienes lo invocan entienden que la usura no ha de configurar un delito, puesto que *"...es innegable que la regulación civil hace del contrato ley entre partes, y quién se somete al pago de prestaciones desmesuradas en relación con las que él mismo recibirá, de acuerdo con el vínculo jurídico creado, está dando nacimiento a una regla con validez legal plena, siempre y cuando desde luego haya concurrido a su celebración con las condiciones preceptuadas por el mismo código, esto es la capacidad, el consentimiento, los requisitos de objeto y forma, y siempre que estén excluidas las causales de nulidad de los actos*

*jurídicos de los que el contrato es una especie, o sea, que no existiera el error, la ignorancia, la simulación o el fraude.*"<sup>143</sup>

De manera contraria al argumento anterior, se encuentra la posición por medio de la cual la libertad contractual tiene límites, básicamente el abuso del derecho, y es que de igual manera tiene sustento en varios motivos, entre ellos, la relación moral-derecho, que si bien la historia enseña la división tajante lograda, la doctrina y el derecho comparado han visto la necesidad de introducir en las codificaciones la corriente moralizadora; además, la represión del actuar abusivo se inició cuando dejó de pensarse en los derechos absolutos, la libertad contractual tiene restricciones en el ordenamiento como lo son el perjuicio a terceros, la inmoralidad, el quebrantamiento de las leyes, lo opuesto a las buenas costumbres, a la libertad de la conciencia, entre otras, que en conjunto fijan los límites de aquella libertad y potestad individual para contratar.

En nuestro país, la usura se encuentra contenida en el Código Penal vigente, el cual data de 1970, en éste se califica como un delito contra la buena fe de los negocios, el cual dice:

*"Artículo 236: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años o con veinte a ochenta días multa, el que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona, le hiciere dar o prometer cualquier ventaja pecuniaria evidentemente desproporcionada con su prestación, u otorgar garantías de carácter extorsivo. La misma pena es aplicable al que a sabiendas adquiriese o hiciere valer un crédito usurario.*

*La pena será de nueve meses a tres años o de treinta a cien días multa, cuando el delito fuere cometido por quien, hallándose dedicado habitualmente*

---

<sup>143</sup> DAMIANOVICH DE CERRADO (Laura). **El delito de usura**. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985, página 10.

*al negocio de préstamo o arrendamiento de dinero con garantía personal o prendaria, sobre sueldos o salarios no llevaré libros de contabilidad conforme con las exigencias legales o no presentare para su inscripción en el Registro de Prendas, en los casos en que éstas se constituyan en documento público o en que el acreedor no renuncie al privilegio prendario, el documento en que consta la operación, dentro de un plazo no mayor de sesenta días posteriores a la fecha en que se constituyó el contrato.*<sup>144</sup>

En un primer orden, el texto de este artículo tiene la particularidad de que mientras en la mayoría de las legislaciones la propiedad es el bien jurídico proclamado en absoluto, la usura se encuentra bajo la denominación de delitos contra la propiedad, en nuestro ordenamiento se encuentra en el Título VIII, Delitos contra la buena fe de los negocios, Sección II, Usura y Agiotaje.

En segundo lugar, la estructura del artículo, prevé el aprovechamiento por parte del autor de la necesidad de la víctima como uno de los elementos fundamentales para la culpabilidad del autor del delito, esto a diferencia de otras legislaciones que prescinden del aprovechamiento de la necesidad e integran el tipo sólo con elementos objetivos, como bien señala Laura Diaminovich, en relación con este tipo de leyes últimas, de la siguiente manera:

*"Entre estas leyes pueden distinguirse, a su vez, las que fijan una pauta rígida de equivalencia entre las recíprocas prestaciones de autor y víctima y las que se refieren a la desproporción o a ventajas calificadas de algún modo en el propio tipo legal. Interés que exceda del máximo que la ley permita estipular, reza el texto de Chile tipo de interés mayor que el autorizado como máximo por las instituciones bancarias", es la letra del*

---

<sup>144</sup> Artículo 236, Código Penal de 1970.

*Código de Nicaragua, dependiendo las escalas penales de la cuantía de dicho exceso. En cambio, otras leyes optan por fórmulas genéricas que permitan al intérprete estimar circunstancias fácticas o efectuar valoraciones diferentes. Así, el Código de Colombia establece: ...intereses o ventajas usurarios, el de Ecuador:... interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias... el de Guatemala: ...un interés mayor que el tipo máximo que fije la ley o evidentemente desproporcionado con la prestación.<sup>145</sup>*

Además, resulta muy importante el término "prestación" utilizado en este artículo, puesto que es mucho más amplio que hablar de "dinero u otra cosa mueble", puesto que implica un gran avance en cuanto a la incriminación de la usura con respecto al Código Penal anterior<sup>146</sup>, puesto que son ya varios los estudios que han comprobado "*...la gran cantidad de negociaciones que no son estrictamente entregas de dinero y que en el fondo generan usura.*"<sup>147</sup>

Otra característica es la agravante respecto la incriminación a la inobservancia formal de deberes reglamentarios exigidos a los prestamistas, así se establece una pena más severa para el supuesto del párrafo segundo. Sin embargo, a tenor de la literalidad de este párrafo segundo, subsiste la duda de que si se llevan libros o presenta el documento al Registro, ¿habría delito? Al respecto, Castro Chaves asegura que "*...en realidad existe el delito, pero no se agravaría la pena, aunque el prestamista se dedique a ello profesionalmente. El prestar en forma habitual, y cometer usura, debería ser razón suficiente para agravar la pena, se lleven o no libros, se presenten o no al Registro de Prendas los documentos en su caso. Pareciera impedir este párrafo segundo la usura*

<sup>145</sup> DAMIANOVICH DE CERRADO (Laura). *El delito de usura*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985, página 113.

<sup>146</sup> Código Penal del 21 de agosto de 1941.

<sup>147</sup> SOSSA SANDÍ (Roberto). *La usura y el delito contrato*. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 108.

*encubierta, que, por otro lado, no está clara en el Código actual.*<sup>148</sup> Este razonamiento es totalmente compartido, puesto que como bien lo dice este autor, pareciera que el tipo encubierto se estuviese permitiendo y como se analizó en la encubierta, la ocultación revela malicia, dolo claro de burlar la ley.

Por otro lado, dentro de dicha Sección II, se encuentra en los numerales 237 y 238, los delitos de explotación de incapaces, y de agiotaje, respectivamente, en cuanto al primero su literalidad es muy clara, y en cuanto al segundo, el cual reza:

*"Artículo 238: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años o con treinta a cien días multa, la persona que con el propósito de obtener un lucro inmoderado para sí o para un tercero, tratase de hacer alzar o bajar el precio de mercaderías, valores o tarifas mediante negociaciones fingidas, noticias falsas, acaparamiento, destrucción de productos o mediante convenios con otros productores tenedores o empresarios.*

*La pena se elevará en un tercio si se lograre la alteración de los precios, y el doble, si en el caso se tratase de artículos alimenticios de primera necesidad, se logre o no la alteración de sus precios. A la persona jurídica responsable, de cualquiera de los delitos comprendidos en la presente sección, se le impondrá una medida de seguridad consistente en la clausura del establecimiento por un término de 5 ó 30 días.*

*El intermediario en dichos delitos será considerado como cómplice."*

Es así como el artículo citado, reprime el agio, en vista de la trascendencia para la sociedad de aquellos productos de primera necesidad para su subsistencia. Este numeral

---

<sup>148</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). *La usura en el derecho costarricense*. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 150.

es un ejemplo claro de la usura social explicada anteriormente. A pesar de que su texto es un logro, al mismo tiempo comparto su crítica respecto de que *"Falla en el momento de sancionar, por cuanto el establecimiento o persona jurídica se castiga con lo que sería una pequeña vacación, si se toma en cuenta el perjuicio que dicha actuación acarrea... es mi criterio que el delito de agiotaje daña en forma directa a la sociedad y en esas condiciones debe recibir un castigo acorde con sus efectos, de tal forma que sirva para evitar la comisión reiterada del mismo delito."*<sup>149</sup>

Siguiendo a Sossa Sandí, considera que dicho delito debe ser subsumido en los delitos contra la confianza pública, puesto que ésta es la que se deteriora y se pierde, lo cual también se comparte puesto que, en este caso, se encuentra más en juego que la buena fe en los negocios, es una cuestión de carácter social.

Por otra parte, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en su artículo 60, bajo el título de Delitos en perjuicio del consumidor, establece que las penas de los delitos como la usura, deben duplicarse cuando se cometan en perjuicio de los consumidores, en los términos estipulados en el artículo 2 de esta ley. Así, este numeral viene a ser una agravante cuando el delito de usura sea cometido en contra de una persona que la referida ley califique como tal.

Por su parte, La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 21, inciso 3, que la usura y cualquier otra forma de explotación humana por parte de otros hombres, debe ser motivo de prohibición legal, esta disposición es elocuente al calificar la usura como una de las formas de explotación de los seres humanos.

---

<sup>149</sup> SOSSA SANDI (Roberto). *La usura y el delito contrato*. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982, página 111.

## **CAPÍTULO IV: RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR**

---

Al pasar a tratar los fundamentos conceptuales y normativos de la responsabilidad del prestamista, el planteo de fondo es el contemplado por la jurisprudencia, la legislación costarricense y la doctrina, que establecen diferentes tipos de responsabilidades, según la jurisdicción aplicable y sobre la calificación del prestamista como profesional, esto con el para determinar los deberes en el ejercicio de su actividad.

Básicamente lo que se pretende con la presente sección es demostrar la presencia de responsabilidad por parte de los prestamistas, sean bancos públicos o privados, personas jurídicas o físicas que se dediquen de manera profesional al otorgamiento de este tipo de créditos.

Es a partir de los principios que se expondrán a continuación y del análisis de diferente normativa que regula la actividad, que se procede a realizar un análisis acerca de la existencia de responsabilidad por parte de los prestamistas. Así, a continuación se desarrollará la base en primer lugar teórica y posteriormente normativa de las siguientes responsabilidades:

- a. Responsabilidad por exceso, si se otorga créditos bajo la consideración de una solvencia patrimonial del prestatario que más tarde se revela que era aparente o realmente inexistente, en cuyo caso terceros ajenos pueden resultar afectados.
- b. Responsabilidad por la transparencia de las condiciones contractuales, a través de la cual se determina una serie de conductas

orientadas esencialmente a proteger a los clientes en el plano de la información clara, concreta y completa.

- c. Responsabilidad por el otorgamiento de crédito lesivo,<sup>150</sup> constituida por el hecho de que la entidad crediticia hubiera actuado, según modalidades que no se ajusten a los criterios de otorgamiento de un crédito bajo los términos de corrección, prudencia y diligencia profesional que se requieren en el desarrollo de la actividad prestacional.
- d. Responsabilidad objetiva, y extracontractual establecidas taxativamente en Legislación costarricense.

## SECCIÓN I: PRINCIPIOS

Existen una serie de principios sobre los cuales puede basarse la posible responsabilidad de la parte acreedora en un contrato de préstamo, como producto de su inobservancia, así se encuentran tres principios elementales al respecto.

En un primer término se analizará el principio de protección al sobreendeudado, para luego dar paso al de prudencia, diligencia y consejo y, finalmente, se concluye con el principio deber-derecho de información; todos los cuales están orientados en obligaciones del prestamista, que de no cumplirse, dan origen a un sistema de responsabilidad, en unos casos contractual, y en otros inclusive objetiva o extracontractual.

---

<sup>150</sup> GERSCOVICH (Carlos Gustavo). **Derecho bancario y financiero moderno. Responsabilidad Resarcitoria de la banca por los ilícitos cometidos en el otorgamiento del crédito.** Editorial Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, página 636.

## A. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN AL SOBREENDEUDADO

*"Las tasas de interés por préstamos personales registraron diferencias de hasta un 38% dependiendo de la entidad crediticia en la que se solicite el empréstito, según un estudio realizado por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC)".<sup>151</sup>*

*"La firma estimó que el panameño promedio destina un 70% de sus ingresos netos a pagar cuotas de deudas financieras (bancos, financieras, cooperativas, mueblerías, comercios y otros rubros)."<sup>152</sup>*

*"Durante los últimos cuatro años se reporta un alto endeudamiento personal en rubros como vivienda y consumo, los cuales tuvieron fuertes aumentos con respecto a años anteriores."*

*"La rama de vivienda creció un 494% de 1996 a 1999, mientras que el consumo lo hizo en 194%, lo cual implica que, en conjunto, pasaron de representar un 26% a más de un 40% de la cartera total del sistema bancario del país. Esta situación, según Luis Liberman, presidente de la Asociación Bancaria Costarricense (ABC), es preocupante, ya que las personas serían muy sensibles a los cambios en tasas de interés."<sup>153</sup>*

*"Lo grave es que su abusiva utilización provoca a corto plazo un empobrecimiento que deben enfrentar los hogares ante el debilitamiento acelerado del poder adquisitivo. Esto obliga a que los asalariados opten por el endeudamiento mediante la transacción electrónica, en pos de mejores condiciones de vida ...No basta hoy con el salario, se*

---

<sup>151</sup> Periódico El Financiero: **"Diferencias de hasta 38% en intereses de créditos personales"**. 9 de Enero del 2006.

<sup>152</sup> Periódico El Financiero: **"Hasta un 70% del salario de los panameños se destina al pago de las cuotas de créditos"**. 11 de febrero del 2009

<sup>153</sup> Periódico El Financiero: **"Alto endeudamiento personal"**. 30 de julio del 2000.

*vuelve necesario un crédito paralelo ...Es así que hoy miles de trabajadores con empleo formal se ven obligados a destinar más de la mitad del salario al pago de deudas.*<sup>154</sup>

Como puede deducirse de las anteriores publicaciones, a través de los años el sobreendeudamiento ha constituido un problema social, económico, político y jurídico, el cual se verifica cuando las personas contraen más deudas de las que puedan pagar.

Este problema puede ser ubicado en el ámbito del derecho del consumidor, en el cual se da la intervención de dos partes, por un lado el acreedor, quien es un profesional dedicado de forma habitual a brindar todo tipo de contratos de préstamo, es decir, es profesionalmente acreedor y, por otro lado, frente a este, se encuentra los particulares endeudados. Respecto de lo anterior, la Sala Constitucional ha dicho: *"...el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello, su relación, en esa secuencia comercial, es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos de que precio a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permiten expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos.*<sup>155</sup>

Sin embargo, como señala el Dr. Baudrit, *"...las deudas consideradas deben tener la característica de ser no profesionales, es decir, deudas de un sujeto que no tienen*

---

<sup>154</sup> Periódico El Financiero: **"Endeudamiento ciudadano."** 8 de noviembre, 2002.

<sup>155</sup> Resolución número 1441-92, de la Sala Constitucional. A las 15:45 minutos del 2 de junio de 1992.

*relación con su actividad profesional o comercial*<sup>156</sup>, así deudas contraídas para tener el último modelo de carro, de computadora o celular, televisión de plasma, casa en propiedad, entre otras. Muchas familias disfrutaban de todos estos bienes, adquiridos mediante un préstamo; sin embargo, los pagos se acumulan y el salario obtenido cada fin de mes no alcanza, cada vez son más las personas que asumen excesivas deudas, y no pueden hacer frente a ellas y en un momento dado, tienen tal consistencia que el deudor se ve en la imposibilidad de cumplirlas, porque sobrepasan las posibilidades reales de pago por parte del prestatario, lo explicado resulta ser un problema masivo, en la actualidad, calificado por el mismo autor como "Sobreendeudamiento." En términos resumidos *"...son dos las causas inmediatas del sobreendeudamiento de los consumidores: la asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) y la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas (sobreendeudamiento pasivo).*"<sup>157</sup>

La situación de vulnerabilidad del consumidor sobreendeudado es lo suficientemente grave como para que, en la actualidad, ya se hubiera adoptado una protección legal para prevenir posibles dificultades de pago, o para disminuir los efectos derivados de las acciones de los acreedores; sin embargo, son pocos los ordenamientos que se han encargado de este problema, son los países desarrollados los que han avanzado a través de instrumentos que prevengan y remedien el sobreendeudamiento de los consumidores, un ejemplo de este último puede citarse el procedimiento de insolvencia del consumidor, el cual se encuentra supeditado a la existencia de la buena fe del consumidor.

---

<sup>156</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Endeudamiento excesivo e incumplimiento del deber de información.** Democracia, Justicia y Dignidad humana. Editorial Jurídico Continental. San José, Costa Rica, 2004, página 597.

<sup>157</sup> TRUJILLO DÍEZ (Iván Jesús). **EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES.** (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Universidad de Castilla-La Mancha.

En el derecho comparado, siguiendo el ejemplo estadounidense de los últimos diez años, los países escandinavos, Alemania, Austria, Suiza, Holanda y Francia que implantaron un plan de rehabilitación de los consumidores fallidos que toma en cuenta la creciente cantidad de consumidores superendeudados en estos países, a través de una liberación de sus deudas, en especial cumplidos cuatro años en Alemania y siete en Austria; sin embargo, esta dispensa judicial se considera como último recurso para otorgar al deudor muy comprometido cierto poder de negociación frente a sus acreedores. *"El objetivo general, aparte del plan austriaco, es que el deudor con la ayuda del asesor financiero, diseñe un plan de pagos de cierta duración que cubra parte de las deudas y que deberá ser aprobado por sus acreedores. El Juez puede hacer cumplir este plan aun cuando algunos deudores no presten su consentimiento. La diferencia con el plan de los EE.UU. que concede liberalización inmediata se evidencia en la responsabilidad que asumen los estados para rehabilitar a los deudores a la vida económica normal."*<sup>158</sup>

De modo contrapuesto a lo anterior, la legislación costarricense no prevé protección legal ante las posibles dificultades de pago, o en la labor de aminorar las consecuencias producidas de las acciones de los acreedores, no se cuenta con instrumentos específicos de protección al consumidor que incurra de buena fe en una situación de sobreendeudamiento, o medidas preventivas para evitarlo. En este sentido, podría ser adecuado un sistema de prevención del sobreendeudamiento, o en caso de que éste se haya producido, un sistema de protección extrajudicial y judicial de los consumidores que, con un determinado procedimiento que concilie los intereses del consumidor y del acreedor, el pago ordenado de las deudas.

---

<sup>158</sup> GERSCOVICH (Carlos Gustavo). **Derecho bancario y financiero moderno**. Editorial Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, página 202.

Asimismo, podría ser importante establecer el grado de responsabilidad que correspondería a las entidades de crédito o acreedores, por la concesión de créditos de alto riesgo de forma deliberada, sin la adopción de mínimas medidas preventivas con respecto a su falta de pago.

Agrupando los prestatarios en dos grandes grupos generales, sean éstos los bancos (nacionales o privados) y particulares (personas físicas, jurídicas), puede desprenderse lo siguiente:

La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, establece en múltiples numerales, que los bancos adscritos a su regulación deben tomar en cuenta la capacidad de pago del deudor, no sólo para el otorgamiento del crédito,<sup>159</sup> sino también para la determinación de la cancelación o amortización del crédito,<sup>160</sup> los plazos de vencimiento de los préstamos,<sup>161</sup> las garantías,<sup>162</sup> entre otras, imponiendo una regla de acatamiento general por medio de la cual, en la concesión del crédito, resulta esencial el análisis sobre la capacidad de pago del deudor, éste es según el ingeniero Marcos Flores,<sup>163</sup> el elemento primordial para el otorgamiento de los contratos, este factor hace a la banca pública diferenciarse de aquellos prestamistas privados, en los cuales este factor esencial para conceder un préstamo, consistirá en una buena garantía por parte del prestatario, la capacidad de pago es utilizada para conocer el riesgo de devolución del dinero; sin embargo, no influye directamente para su otorgamiento, e inclusive mi entrevistado conoce de casos en los cuales los prestamistas lo menos que les interesa es la capacidad

---

<sup>159</sup> Artículo 81 Ley Orgánica Sistema del Bancario Nacional.

<sup>160</sup> Artículo 70 Ley Orgánica Sistema del Bancario Nacional.

<sup>161</sup> Artículo 111 Ley Orgánica Sistema del Bancario Nacional.

<sup>162</sup> Artículo 127 Ley Orgánica Sistema del Bancario Nacional.

<sup>163</sup> Entrevista con Ingeniero Marcos Flores Stoviac, Director de Políticas de Crédito Nacional, Banco Nacional de Costa Rica, realizada el 12 de enero del 2009.

de pago, puesto que lo que verdaderamente les interesa son los bienes como muebles e inmuebles que se encuentran de por medio.<sup>164</sup>

De esto, puede desprenderse, que los bancos deben otorgar sus préstamos, previendo si el posible deudor, se encuentra en esta situación de sobreendeudamiento, la cual no debe amplificar, sino más bien evitar, tanto para la salud financiera de su sistema, como por la responsabilidad en la cual incurriría de inobservar dichos preceptos.

Básicamente, el otorgamiento de crédito, según los datos analizados del Banco Nacional de Costa Rica, Banco Nacional y bancos privados, dependerá de cuatro elementos:

1. La naturaleza del crédito.
2. La capacidad de pago del deudor.
3. La garantía ofrecida.
4. Historial de pago.

Sin embargo, tales elementos son invertidos en los casos de los prestamistas privados, e inclusive la garantía ofrecida, en algunos casos, queda como único elemento decisorio de un préstamo. Es así como esta conducta pone en evidencia uno de los abusos usuales, como lo es el abuso de la garantía, puesto que, por lo general, se comprometen garantías sumamente superiores a los montos prestados.

*Particularmente, sobre la asignación de la tasa de interés en las operaciones crediticias, el Banco de Costa Rica, asigna las tasas de interés según el riesgo de la operación. Dicho riesgo es determinado con base en la información financiera del cliente y de acuerdo con otros parámetros como la naturaleza de la garantía, el riesgo comercial de la empresa,*

---

<sup>164</sup> Entrevista con Alexis Robles Villalobos, prestamista e intermediario privado, realizada el 29 de enero del 2009.

*etc. Por su parte, las tasas en dólares parten de la Tasa Prime Rate y en colones parten de la Tasa Básica Pasiva que establece la División Económica del BCCR. Situación similar sucede en el Banco Nacional, en donde el interés es determinado con base en tres elementos, el costo de los recursos, el costo administrativo, la prima por riesgo y la utilidad o ganancia,<sup>165</sup> así cada operación se determinan sin excepción respecto de tasas públicas como lo son la Tasa Básica Pasiva, en el caso de préstamos en colones, y la Libor o Prime Rate, si se establece en dólares, y a partir de esta se le suman puntos porcentuales fijados de manera previa para todos los casos, de esta forma lo que varía es el porcentaje de las tasas públicas referidas, puesto que los puntos porcentuales adicionales son estáticos. Estas políticas adquieren cierta legitimidad, al ser generales, públicas, y son el resultado de criterios de profesionales destinados a evaluar los posibles riesgos que existen en las operaciones de crédito.*

En contraposición al panorama del sistema bancario nacional y privado, se encuentran otro totalmente distinto, puesto que es en este ámbito en el cual las personas más vulnerables, acuden a solicitar préstamos, puesto que al no calificar para créditos por parte de los bancos, van donde prestamistas privados, o pequeños establecimientos, como lo son las casas de préstamos, que no acatan leyes de este orden, ni poseen políticas en atención a la responsabilidad derivada por el establecimiento irresponsable de las estipulaciones contractuales, sino que más bien, todo su aparato se encamina a valerse de cualquier objeto del patrimonio del prestatario, e inclusive llegan a estipularse condiciones abusivas como reparo por el riesgo asumido por ellos, de tal manera no sólo se afecta el patrimonio del particular, sino que tal actuación se encuentra directamente relacionada con el bienestar de la colectividad. Al respecto, se dice que "*...se considera que existe otorgamiento abusivo de créditos cuando una entidad bancaria otorga créditos*

---

<sup>165</sup> Entrevista con Ingeniero Marcos Flores Stoviac, Director de Políticas de Crédito Nacional, Banco Nacional de Costa Rica, realizada el 12 de enero del 2009.

*a una persona jurídica o física insolvente, aún cuando no se encuentre en cesación de pagos, creando de tal forma una apariencia de solvencia de quien recibe el crédito, lo cual puede perjudicar tanto a terceros como a la misma entidad receptora del crédito.*<sup>166</sup>

Así las cosas, se encuentran en los supuestos de dos tipos de responsabilidad: a) *contractual*, derivada de la relación prestamista-prestatario, el daño que podría sufrir la persona receptora del crédito, resultaría en crearle una situación económica financiera ficticia, que prolongaría su agonía. b) *extracontractual*, es la derivada por los daños que el actuar del prestamista provoque a terceros damnificados, que no tienen una relación crediticia con el prestamista.

Estudios profundos acerca del sobreendeudamiento aseguran que *"...debe trasladarse a las entidades de crédito parte de la responsabilidad en la situación de sobreendeudamiento del consumidor, obligándoles a comprometerse en las medidas que se estimen adecuadas para la superación de la crisis de la economía doméstica del deudor. Siendo la morosidad y la insolvencia el riesgo típico de la actividad crediticia, incumbe, principalmente, a los profesionales del crédito el prevenirse frente a estas situaciones, bien aminorando el riesgo, bien aceptándolo mediante su internalización. Cargar exclusivamente al deudor con las consecuencias perjudiciales de su sobreendeudamiento supone atribuirle en exclusiva un riesgo estadístico previamente conocido y valorado. Además, ello atentaría contra la confianza que el deudor depositó en la entidad crediticia, desde el momento en que, sin prevenirle del riesgo concreto, aceptó su solicitud de crédito. Sólo haciendo al acreedor parcialmente responsable del sobreendeudamiento del consumidor, se le incentivará para que ponga mayor cuidado a la hora de conceder el crédito y en la valoración del riesgo concreto que la operación*

---

<sup>166</sup> ANÍBAL ALTERINI (Atilio), DE LOS MOSOS (José Luis), SOTO (Carlos Alberto). **Contratación contemporánea: teoría general y principios**. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Volumen I, 2000, página 149.

conlleve.<sup>167</sup> Todo lo anterior viene a reforzar lo expuesto acerca de la responsabilidad existente por parte de los prestamistas para no incrementar tal problemática social.

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece al igual que la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, todo un régimen de responsabilidad, el cual es aplicable a todas las situaciones de consumo, comprendiendo, también, aunque no esté expresamente señalado, el sobreendeudamiento del prestatario.<sup>168</sup>

## **B. PRINCIPIO DEBER DE PRUDENCIA, DE CONSEJO Y DILIGENCIA DEL PRESTAMISTA**

Sobre la responsabilidad de un banco por la mala gestión en el otorgamiento de un crédito se comenzó a hablar en el ambiente jurídico italiano hacia mediados de la década de 1970, recogiendo ecos de acontecimientos registrados en Francia<sup>169</sup>, especialmente, donde el tema en cuestión era objeto de debate desde fines del siglo pasado; sin embargo, no fue hasta 1993, cuando por primera vez la Corte de Casación<sup>170</sup> establece la posible responsabilidad de un banco por otorgamiento imprudente de un crédito.

Estos principios se encuentran íntimamente relacionados, e inclusive podría decirse que el valor de la prudencia, consejo y diligencia es esencial para la verdadera protección al sobreendeudado.

---

<sup>167</sup> TRUJILLO DÍEZ (Iván Jesús). **El sobreendeudamiento de los consumidores**. (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Universidad de Castilla-La Mancha.

<sup>168</sup> BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Endeudamiento excesivo e incumplimiento del deber de información**. Democracia, Justicia y Dignidad humana. Editorial Jurídico Continental., San José, Costa Rica, 2004, página 598.

<sup>169</sup> Sentencia de la Corte de Casación Francesa. En esta se permitió al síndico de la quiebra actuar frente al banco responsable de haber sostenido en forma abusiva al empresario fallido.

<sup>170</sup> Sentencia No. 343, 13 de enero de 1993.

Suescón Melo, al referirse a las obligaciones profesionales, puntualiza el principio de prudencia, de la siguiente manera: *"La prudencia, por lo demás ha de inspirar todas las acciones del profesional, pues se trata de una condición de buen juicio, indispensable para la eficacia de su gestión. La prudencia debe entenderse como la capacidad de decidirse a actuar, tomando y midiendo los riesgos."*<sup>171</sup>

La prudencia, por parte de los acreedores, debe estar presente en todo el plazo del crédito; sin embargo, ésta, debe ser palpada, principalmente, en la etapa precontractual, durante la cual se determina la viabilidad o no del crédito, la fijación del monto por conceder, los intereses que cobrar, el plazo, la existencia de obligaciones correlativas como garantías, entre otras.

El acreedor o prestamista en este caso debe *"...proceder al efecto con el grado de previsibilidad, cuidado y diligencia a que está sometido y emplear todos los medios razonables a su alcance para lograr el objetivo buscado al contratar... debe actuar con los medios y el propósito necesario para que su cliente alcance la finalidad social, económica o jurídica que persigue."*<sup>172</sup>

Asimismo, el prestamista, como un profesional dentro de su actividad, tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los bienes o servicios, o de las prestaciones que se le encomiendan, así como de las limitaciones técnicas de tales servicios o bienes si fuera el caso, o de los riesgos que conllevan, así como también que el deudor debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos, inclusive, esta obligación del profesional en general, se extiende hasta el no dudar de aconsejar a su posible cliente (deudor) de obrar de la manera que pretende hacerlo,

---

<sup>171</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003, página 455.

<sup>172</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003, página 447.

teniendo el deber, si fuese el caso, de rechazar la prestación que se le propone cuando esta sea excesiva, por ejemplo, si el prestamista desprende que el posible prestatario no cuenta con capacidad de pago, y más bien su condición es de sobreendeudamiento, el prestamista tiene el deber de disuadir a su cliente.

En el mismo sentido, Franco Anelli, dice que *"...el motivo que justifica el deber del banco de actuar con prudencia al otorgar un crédito, considerando inclusive los posibles efectos indirectos del propio comportamiento, se revela al tener en cuenta la calidad especial de la actividad desarrollada por los bancos, que impone a estos un papel selectivo en el ámbito del sistema económico, debiendo favorecer la correcta distribución de los recursos financiero: deber que por cierto no se cumple en el caso de que se quemen los recursos al prestar apoyo a una empresa irreversiblemente en crisis"*<sup>173</sup> o incluso a una persona en estado de insolvencia.

Por lo anterior, se agrega que un deber de prudencia en el ejercicio de la actividad crediticia, incluso para proteger los derechos de terceros que pueden resultar lesionados por la mala gestión del prestamista.

Debe advertirse que el deber de consejo es doctrinalmente distinto del información, puesto que el consejo tiene un mayor contenido obligacional que la mera información, y dependiendo del contrato este deber será una obligación accesoria o principal, y en doctrina se asegura que existen ciertos contratos bancarios en los cuales dicha obligación es implícita; sin embargo, personalmente se considera que el deber de información, en ciertos casos, resulta insuficiente, y es en éstos en donde se tiene que ir más allá, explicando no solamente las condiciones contractuales, sino, además, dando un consejo

---

<sup>173</sup> GERSCOVICH (Carlos Gustavo). **Derecho bancario y financiero moderno. Responsabilidad Resarcitoria de la banca por los ilícitos cometidos en el otorgamiento del crédito.** Editorial Ad hoc. Buenos Aires, Argentina, 1999, página 636.

al respecto, puesto que son numerosos los casos en los cuales las personas no prestan atención a la información, y lo único que les interesa es ¿cuánto y cuándo tienen que pagar?<sup>174</sup>

*Y es que "...la obligación de consejo exige del profesional una apreciación fundamentada sobre los servicios que se le encomiendan, o sobre el negocio, operación o actividad que piensa llevar a cabo su cliente, se trata con ello, de que el profesional ilustre a su contratante respecto de las distintas alternativas con que cuenta; que lo oriente en sus decisiones y escogencias y lo incite o trate de persuadirlo a adoptar la solución que parece más conveniente, incluso sino es la más barata. Esta prestación suele denominarse asesoría, o incluso asistencia técnica. Esta obligación puede llegar hasta ayudar al cliente a realizar o a concretar la operación o el negocio en cuestión."*<sup>175</sup>

Así las cosas, se concluye que el prestamista profesional, no solamente tiene la obligación de prudencia, diligencia y, en la mayoría de los casos, de consejo, por la normativa existe al respecto, sino que, además, es posible desprender tales deberes de su condición de profesional en la actividad económica prestacional, situación fáctica que sirve de base para acreditar tales obligaciones.

### **C. PRINCIPIO DERECHO-DEBER DE INFORMACIÓN.**

Para nadie es un secreto el valor que puede adquirir la información relevante en el momento de contratar, todo acuerdo debe ser el resultado de un determinado número de hechos asumidos por las partes en el momento de realizarlo, y si una de las partes sabe algo que la otra no conoce, podrá usar esa información en su provecho, y en detrimento

<sup>174</sup> Entrevista con Ingeniero Marcos Flores Stoviac, Director de Políticas de Crédito Nacional, Banco Nacional de Costa Rica, realizada el 12 de enero del 2009.

<sup>175</sup> SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo II. Editorial Legis, Colombia, 2003, página 450.

de la otra. La obligación de informar debe revalorizarse en las etapas: precontractual, de formación del contrato, y aun en etapa de ejecución puesto que con ellas puede evitarse daños, y es que *"...la obligación de informar de origen legal se funda en el principio general de buena fe y tiene por cometido o función el equilibrio de los contratantes y la prevención de daños."*<sup>176</sup>

De acuerdo con el autor Lohmann, existe un *"...deber genérico de informar y revelar la información relevante a la otra parte... si bien es cierto de que pueden existir obligaciones legales de no guardar silencio, también es cierto que hay obligación de no actuar de mala fe y que el ordenamiento jurídico del negocio está afincado en un deber de lealtad y de seriedad que excluye toda conducta perniciosa hacia el declarante."*<sup>177</sup>

Tanto en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del consumidor, como la reforma constitucional al artículo 46 de nuestra Constitución Política, se incluye el llamado derecho de información, cual es uno de los derechos más importantes para la protección de los intereses del consumidor y, en este caso específico, el prestatario.

El concepto base de las disciplinas que se ocupan de la información, entienden que esta se refiere a la transmisión o difusión de mensajes, de saberes, desde un polo emisor hasta otro receptor, o que circulan entre polos igualmente activos que se enriquecen mutuamente. Este derecho es el resultado de la necesidad de que el consumidor cuente con las herramientas necesarias para que su decisión de consumo sea la mejor, constituye el derecho a la obtención de los datos necesarios para tomar una decisión o realizar una elección informada; la importancia de este derecho radica en poder contar

---

<sup>176</sup> VAZQUEZ FERREIRA (Roberto A.) **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. La razonabilidad en el derecho de las obligaciones.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, página 963.

<sup>177</sup> ANÍBAL ALTERINI (Atilio), DE LOS MOSOS (José Luis), SOTO (Carlos Alberto). **Contratación contemporánea: teoría general y principios.** Editorial Temis, Bogotá, Colombia, Volumen I, 2000, página 297.

con la información necesaria en el momento y lugar idóneos, es una de las mejores formas de equiparar la condición del prestatario con el prestamista, pudiendo gozar de protección firme frente a la difusión de informaciones, publicidad, condiciones del crédito, o cualquier práctica que pueda ser fraudulenta o engañosa. *"La información debe ser clara, entendiéndose por tal la que se exterioriza de forma transparente para que cualquier persona de mediana inteligencia pueda comprenderla, debe ser suficiente y apropiada a los datos, funciones y características del producto o servicio."*<sup>178</sup>

En un primer término, es importante señalar que a pesar de que el análisis que se realizará en este apartado, constituye, en su mayoría, una adaptación de la doctrina relacionada con el derecho del consumidor a las relaciones de préstamo, esto porque, en principio, el término de consumidor, generalmente, se refiere a una persona que compra bienes y servicios con múltiples propósitos, esta definición es muy sucinta, además se reduce solo al supuesto del contrato de compraventa, y es más que esto, puesto que *"...la palabra consumidor tiene un significado amplísimo que excede a la idea de que es sólo la persona que adquiere cosas consumibles... así las cosas consumidor podría ser un comprador, un inquilino, un locatario de un servicio o de una obra, **un mutuario**, etc., sin que esto implique que deba pertenecer a una clase social, profesión, o situación económica particular,"*<sup>179</sup> por lo anterior cada vez que haga referencia a la palabra consumidor debe ser aparejada a la del prestatario, ya que éste es uno de los tantos ejemplos de consumidor que existe.

Como es conocido, el principal problema se encuentra en la situación de desventaja en que se encuentra el consumidor, pues al negociar con las empresas este nunca va a tener

---

<sup>178</sup> VÁZQUEZ FERREIRA (Roberto A.). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. La razonabilidad en el derecho de las obligaciones.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001, página 962.

<sup>179</sup> GUIDO ORTEGA (Álvaro). **El derecho a la información del consumidor.** Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1998, página 42.

el conocimiento, la capacidad, ni los recursos para defenderse de circunstancias que le puedan afectar o causar un perjuicio. En este sentido, resulta muy oportuno lo observado por Cranstón y citado por Guido Ortega al decir que *"...la competencia trabaja para beneficiar al consumidor, pero nosotros sabemos que muy a menudo el balance del poder está a favor de los comerciantes, con expertos consejeros en las relaciones legales, comerciales y públicas; con organización de comerciantes y con profesionales pagados para representar su punto de vista en cada diálogo con el gobierno u otras organizaciones. Los comerciantes pasan todo el día de trabajo en sus negocios. En contraste gastar dinero es sólo una parte de la vida de la mayoría de las personas. Trabajos, hijos, educación y recreación pueden requerir de más tiempo e interés."*<sup>180</sup>, y es que, por lo general, es el empresario quien posee los medios económicos para su asesoramiento en cuanto a los puntos que pueda desconocer, además, por ejemplo, las personas que se dedican a realizar préstamos a otros, día con día se especializan en esta actividad, mientras que en cada caso particular, el prestatario no presenta esa habitualidad con que cuenta el prestamista, el mismo caso sucede en financieras, casas de préstamo e inclusive los bancos, quienes cuentan con personal altamente calificados para el puesto, mientras que, por otro lado se encuentran los consumidores de sus créditos, ante los cuales existe una gran brecha en cuanto a la información y conocimiento con que cuentan a la hora de solicitar un préstamo, porque un gran porcentaje de estos no tienen ni la mitad de la preparación y comprensión que sus contrarios.

Por lo anterior, gran parte de la disparidad existente en la relación prestamista o empresario y prestatario o consumidor, es el resultado de la brecha de información ocasionada por la especialización y los avances tecnológicos; es evidente de que el

---

<sup>180</sup> GUIDO ORTEGA (Álvaro). **El derecho a la información del consumidor**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1998, página 63.

prestatario se encuentra en desventaja desde la etapa precontractual, puesto que es imposible para él conocer todos los términos, palabras y conceptos algunos oscuros por su alto tecnicismo utilizados en las negociaciones y contratos, los cuales si bien es cierto son manejados, no siempre se conoce de ellos más que su superficialidad, y es que *"...el hecho de no contar con una información adecuada produce un cierto oscurantismo social ideal para el abuso por parte de aquellos que ostentan el poder y, por lo tanto, tienen acceso a la información."*<sup>181</sup>

El derecho de información se encuentra plasmado desde dos puntos de vista: como derecho del consumidor y como obligación del comerciante conforme con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y de forma fundamental en sus numerales 29 y 31.

En este sentido, en el primer artículo mencionado evidencia los diferentes ámbitos de protección del derecho a la información, constituyendo un derecho instrumental dirigido a la protección de los derechos fundamentales del consumidor como lo son salud, intereses económicos y sociales, seguridad, medio ambiente y normas de calidad; sin embargo, para autores como Guido Ortega el derecho de información es más que una herramienta, es un verdadero derecho subjetivo, cuya tutela corresponde en primer lugar a la Administración Pública y, en última instancia, al Poder Judicial.

De dicho numeral se desprende que la información debe ser veraz, en relación con las aseveraciones dichas, las cuales deben ser siempre ciertas, además no se debe omitir ningún dato esencial o no excederse en cuanto a ésta. Es necesario de que sea oportuna, es decir, ser suministrada en el momento en que le sea útil, principalmente anterior a la

---

<sup>181</sup> GUIDO ORTEGA (Álvaro). **El derecho a la información del consumidor**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1998, página 93.

decisión de consumo, brindando los elementos de juicio necesarios para llevar a cabo una decisión de consumo racional. Así, los prestatarios resulta muy importante para el propósito del presente estudio que estarán obligados a "*...dar a conocer al público, según criterios y modalidades uniformes establecidos por la autoridad administrativa del sector, las condiciones económicas (tasas de interés, precios, gastos, etc.), relativas a las operaciones y los servicios ofrecidos, inclusive los intereses por mora y los valores aplicables para la imputación de los intereses.*"<sup>182</sup>

El artículo 31 desarrolla el derecho a la información desde el punto de vista de los comerciantes, productores y empresarios, imponiéndoles una lista taxativa de obligaciones que deben observar en atención a los elementos que influyan directamente en la decisión de consumo de manera libre y bien informada acerca de los bienes y servicios que va a contratar, inclusive sin existir requerimiento del consumidor.

Pese a todo lo anterior, el principal problema reside según el ingeniero Marco Flores, en que las mismas personas no hacen uso de este derecho, es decir, que a pesar de que se les trata de explicar a las personas los términos de sus contratos y de aclarar sus dudas, son las mismas personas las que parece no importarles, reducen su derecho de información a saber cuánto y cuándo tienen que pagar. Al mismo tiempo, agrega el señor Alexis Robles, porque las personas que acuden a los préstamos privados se encuentran prácticamente, en la mayoría de los casos, en estado de necesidad extrema o sobreendeudamiento, no ponen atención a la información suministrada al otorgársele el préstamo.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> GERSCOVICH (Carlos Gustavo). **Derecho bancario y financiero moderno. Responsabilidad Resarcitoria de la banca por los ilícitos cometidos en el otorgamiento del crédito.** Editorial Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, página 160.

<sup>183</sup> Entrevista con Alexis Robles Villalobos, prestamista e intermediario privado, realizada el 29 de enero del 2009.

## SECCIÓN II: BASE NORMATIVA APLICABLE

### A. LEY 7472 DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR

El artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece el régimen de responsabilidad en el derecho de consumo, de la siguiente manera:

*"Artículo 35: Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.*

*Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.*

*Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta ley en perjuicio del consumidor."*

En lo que respecta a la responsabilidad objetiva desde la visión estrictamente del derecho al consumidor, el comerciante podrá relevarse de dicha responsabilidad solamente en los casos en que demuestre que ha sido "ajeno al daño", es decir, cuando logre probar ante la Comisión Nacional del Consumidor, o bien, ante el respectivo órgano jurisdiccional que el hecho sucedido se dio por culpa del consumidor, en estos casos, el

consumidor no tiene que demostrar la culpa del comerciante, sino que el comerciante deberá probar que es ajeno a ésta.

En la mayoría de ordenamientos y entre éstos, el nuestro, este tipo de responsabilidad se imputa vía excepción en casos taxativos en la ley, acreditados previamente como razonables, y el tema en cuestión es uno de ellos, este régimen se basa en la teoría del riesgo creado, de tal manera que si una persona ya sea física o jurídica, crea un riesgo que sobrepasa los patrones normales admisibles, obteniendo beneficios de la actividad riesgosa, debería cargar con los daños que ella produzca.

A nivel jurisprudencial, la Comisión Nacional del Consumidor ha establecido este tipo de responsabilidad en casos por mal etiquetado, ya sea por falta de información o de cumplimiento de obligaciones técnicas. Por su parte, existen varios casos en que los jueces han reconocido este tipo de régimen de responsabilidad, entre éstos están, la obligación atribuida a un hotel de pagar a una persona que acudía a una actividad dentro de éste, los daños sobrellevados a su vehículo estacionado en el estacionamiento del hotel, daños que, aunque fueron realizados por terceros, se estableció que al ser el estacionamiento parte del servicio que brindaba el hotel, los mismos deben ser pagados por dicho negocio, dado que no logró demostrarse que el hotel era ajeno al daño<sup>184</sup>. También, conocieron el caso de la explosión de una botella gaseosa que al abrirla hirió al comprador en una córnea<sup>185</sup>, y de una mujer que al ingresar al servicio sanitario del establecimiento resbaló por mayonesa esparcida en el suelo.<sup>186</sup> Estos tres casos han venido a equilibrar las fuerzas de ambas partes, rompiendo el paradigma de la

---

<sup>184</sup> Caso José Rafael Marín Fonseca contra Corporación Algard Sociedad Anónima. Sentencia No. 460-f de las 10:45 horas, del 31 de julio de 2003.

<sup>185</sup> Caso Érick Rojas Vásquez contra Embotelladora Tica Sociedad Anónima. Sentencia No. 646-f de las 6:45 horas, del 22 de agosto del 2001.

<sup>186</sup> Caso María Gamboa Aguilar contra Costa Rica Fast Food Service Sociedad Anónima. Sentencia No. 575-f de las 10:00 horas, del 17 de octubre de 2003.

responsabilidad objetiva en el ámbito del consumidor, dejando de lado la culpa como elemento por considerar.

Es importante, por último, señalar, que este tipo de responsabilidad objetiva existirá, aunque el prestamista hubiese ejecutado con la diligencia y prudencia debida su actividad, su responsabilidad frente al usuario del servicio, viene a ser imputada, porque los elementos subjetivos no entran en discusión en este caso, solamente es necesaria la coexistencia de tres elementos, a saber: 1) la existencia del hecho, 2) un daño sufrido por el consumidor, 3) la relación causal entre ambos.

Como se vio existe jurisprudencia que dan fe de este tipo de responsabilidad en el ámbito de bienes y servicios, sin embargo, no se encontró referencia alguna que acreditara la responsabilidad objetiva en los casos en que se haya otorgado un crédito y se comprobará que la falta de información generara un daño en el prestatario como consecuencia directa de la insuficiencia, o inexactitud de la información, así como la correspondiente imprudencia por parte del acreedor. Sin embargo, entrelazando el principio del sobreendeudamiento expuesto con esta legislación, podría citarse a manera de ejemplo un caso en que existiese responsabilidad del prestamista en el caso de otorgar un crédito a una persona sobreendeudada, sin haber tomado la debida prudencia.

## **B. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA BANCARIO NACIONAL.**

De conformidad con el artículo 2, de la ley en cuestión, los bancos del Estado tendrán responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, con lo cual se impone a los integrantes de la junta directiva la obligación de actuar en la dirección y administración del banco, conforme con la Constitución, las Leyes, reglamentos y principios de la técnica, así como la obligación de responder por su gestión, en forma total e ineludible.

Los numerales 27, 28 y 73 especifican esta responsabilidad de los bancos, la cual recae en cada Junta Directiva, así en el primer numeral, se establece que los miembros de la Junta Directiva, ejercerán sus funciones con absoluta independencia y libertad para proceder, por lo cual pesará sobre ellos cualquier clase de responsabilidad (contractual, extracontractual, objetiva) por su gestión conforme con las leyes pueda atribuírseles por dolo, culpa o negligencia, respondiendo, inclusive, hasta con sus bienes personales, este numeral es esencialmente importante, puesto que el régimen de responsabilidad, en este caso, es sumamente amplio, por no decir que completo a favor de los usuarios o consumidores. Por su parte, en el segundo numeral, el artículo 28 viene a reforzar el anterior, estableciendo que todo acto, resolución u omisión de una Junta Directiva que contravenga las disposiciones legales y reglamentarias o que signifique empleo de los fondos del banco en actividades distintas de las inherentes a sus funciones, hará incurrir a todos los presentes en la sesión respectiva en responsabilidad personal y solidaria para con el Banco, el Estado y terceros afectados, por los daños y perjuicios que con ello se produjeren. Por último, el 73, hace referencia a las prohibiciones de los bancos comerciales, es decir, operaciones de crédito que en cualquier forma contravengan los preceptos legales y reglamentarios, salvo las que, sin estar prohibidas, fueren compatibles con la naturaleza técnica de los bancos comerciales, o necesarias para el debido cumplimiento de sus deberes y funciones.

Corolario al régimen de responsabilidad descrito anteriormente, el artículo 65 establece el principio de prudencia en el otorgamiento de los créditos, por lo cual para la existencia de certeza de la capacidad de pago del cliente para el cumplimiento de su obligación, los bancos podrán solicitar toda clase de medios como declaraciones de bienes, ingresos y egresos, expedida por un contador público; y sobre la veracidad de la información serán responsables los declarantes

El artículo 70 puntualiza la libertad contractual presente en el establecimiento de las tasas de interés, facultándoles a los bancos, para que las fijen de manera variable y ajustable periódicamente en todos sus departamentos, siempre y cuando sean conformes con las políticas del Banco Central de Costa Rica.

Resulta de suma importancia lo establecido por el numeral 111, de la ley en cuanto a que los bancos comerciales deben tomar en cuenta necesariamente la capacidad técnica y de trabajo, así como las cualidades personales del dueño de la empresa, y no solamente las garantías que pueda ofrecer. Esto lo señala en orientación con los fines sociales que debe estar presente en la actividad financiero-bancaria, y no sólo con fines económicos.

Según el Director de Políticas de Crédito Nacional, el ingeniero Marco Flores Stoviac<sup>187</sup>, este fin social perseguido por la banca nacional en concreto, es lo que la diferencia en su mayoría de las entidades bancarias prestamistas, puesto que priva la capacidad de pago sobre las garantías ofrecidas por los clientes, a diferencia del empresario privado, carece de la intervención de otros fines no solamente económicos, sino sociales, por lo cual, muchas veces, en este ámbito el prestatario otorga los préstamos en función de la garantía.

### **C. LEY REGULADORA DE EMPRESAS FINANCIERAS NO BANCARIAS, Y SU REGLAMENTO.**

Como se detalla en el numeral primero de la presente Ley, para los efectos de esta, se considera empresa financiera no bancaria, la persona jurídica distinta de los bancos u otras entidades públicas o privadas reguladas por ley especial, que realicen

---

<sup>187</sup> Entrevista con Ingeniero Marcos Flores Stoviac, Director de Políticas de Crédito Nacional, Banco Nacional de Costa Rica, realizada el día 12 de enero de 2009.

intermediación financiera en los términos definidos en la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica. Según información suministrada por el Banco Central de Costa Rica, como ejemplos de estas instituciones podría citarse las siguientes: Financiera Cafsa, S. A., Financiera Acobo, S. A., Corporación Financiera Miravalles, S. A., Financiera Desyfin S. A.

Esta regulación resulta de suma trascendencia para nuestros efectos, ya que las personas jurídicas llamadas legalmente financieras, tienen una normativa especial que regula muchos de los aspectos anteriormente analizados, concretamente en cuanto al derecho de información y la responsabilidad en la cual podría incurrir a propósito de sus actividades.

El artículo 11 establece el deber de información que tienen estas sociedades para con sus clientes, de todos los aspectos y cláusulas definidoras del correspondiente contrato, así nos dice que *"...las sociedades financieras están obligadas a informar a sus clientes sobre el costo financiero de los servicios que prestan, con indicación del monto total que deban pagar por concepto de intereses y otras cargas, en el término de la respectiva operación. Las cláusulas o condiciones del crédito deberán ajustarse a la información suministrada al cliente, la cual deberá constar en el contrato respectivo."* Esta información debe, necesariamente, constar en el contrato, de lo cual se deduce una posible nulidad, por la inobservancia de esta disposición. No obstante, al hacer referencia sobre el monto total de los intereses y otras cargas, sólo se limita a que el mismo sea comunicado al cliente, pero no sobre su posible desproporción, además en su reglamento, artículo 25, sólo hace referencia sobre tales respecto de que de se fijarán en forma anual, pudiéndose variar sólo en casos especiales.

De la misma forma, este derecho y deber de información se encuentra reforzado en su respectivo reglamento de la siguiente manera: "*Artículo 29: Las empresas financieras están obligadas a **informar a sus clientes de las condiciones del crédito** que pueden ofrecerles, para lo cual en lugares visibles de sus oficinas **información amplia y precisa sobre los plazos, tasas de interés sobre saldos, comisiones y demás cargas financieras.** Esta también figurar en su literatura de promoción y propaganda."*

Posteriormente, en su artículo 23, hace alusión en el caso de infracción a la presente ley y reglamento por parte de las sociedades financieras, las cuales en un primer término se le impondrá un apercibimiento mediante carta certificada por parte de la Superintendencia General de Entidades Financieras en la que deberán exponerse las razones por las cuales se considera que existe la infracción y se dará un plazo improrrogable no mayor de cuarenta y cinco días naturales, a partir del envío de la respectiva comunicación, para subsanarla o para que el inculpado demuestre, a satisfacción de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que está a derecho.

A pesar de lo escueto de la regulación anterior, en el numeral 34 de su reglamento apunta que "Para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo con la ley y este reglamento, la Auditoría General de Entidades Financieras podrá: **Ordenar la suspensión inmediata de la propaganda o información publicitaria de cualquiera de las entidades bajo su fiscalización, o su decomiso, si correspondiere, cuando considere que es engañosa o que en ella se hacen afirmaciones que no son verídicas, o que se presentan datos o cifras falsas.** También, le corresponderá aplicar las sanciones que procedan en caso de reincidencia de la entidad en cuestión, **las que incluso, podrán llegar a la revocatoria de la licencia para operar, todo sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan al infractor, conforme con la legislación vigente y, en particular, de acuerdo con la ley N° 7091 del 12 de febrero de 1988.**

Finalmente, pero no menos importante lo es el artículo 14, el cual habla de las operaciones activas que están esta clase de sociedades facultadas para realizar, como lo son: Conceder préstamos o créditos, comprar, descontar y aceptar en garantía, pagarés, prendas, letras de cambio, hipotecas y, en general, toda clase de títulos valores e instrumentos comerciales, recibir bienes en pago de obligaciones a su favor o que le fueren adjudicados en remates judiciales.

Pese a lo anterior, se establece un límite de suma trascendencia para nuestros fines, el cual está dirigido a establecer que antes de conceder un crédito, las empresas financieras **deberán cerciorarse de que las personas responsables están en capacidad financiera de cumplir su obligación dentro del plazo respectivo.** Los créditos que concedan deberán ser asegurados con garantías que a juicio suyo, sean satisfactorias. De esto, es posible deducir cierta responsabilidad por parte de este tipo de entidades cuando concedan operaciones pasivas a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que no tengan la capacidad económica para cumplir con la obligación, con lo cual se deduce la protección a los deudores o prestamistas, como parte débil dentro del contrato, que como se ha analizado, en la mayoría de los casos, también recurre a este tipo de financiación para solventar sus deudas, lo cual constituye un origen del principio de protección al sobreendeudado.

## **CAPÍTULO IV: LA CLÁUSULA DE INTERESES EN LOS CONTRATOS DE PRESTAMO.**

---

Finalmente, en el presente capítulo se abordará el tema de los intereses en concreto, abordando inicialmente el tema desde una perspectiva histórica, con el propósito de conocer sus orígenes y desarrollo a través de las diferentes etapas históricas de la humanidad. Posteriormente, se determinarán los aspectos teórico-conceptuales básicos sobre la figura económica jurídica de los intereses, como lo es su noción y características esenciales.

En la segunda sección, se expondrá una detallada clasificación de los diferentes tipos de interés según distintos parámetros de agrupación. Seguidamente, en la sección tercera, se establecerá un estudio de derecho comparado a nivel europeo, en los países como España, Francia e Italia y en América Latina, para luego, en la sección cuarta, analizar de manera profunda la figura jurídica de los intereses en nuestro ordenamiento jurídico, en este caso, se estudiará la regulación prescrita para los casos del interés corriente y moratorio en nuestro Código de Comercio; asimismo, se distinguirán las facultades del juez respecto del tema, para adentrarnos en la conveniencia sobre el establecimiento de un parámetro objetivo, con el cual pueda contar el juez a la hora de intervenir y calificar los casos de desproporcionalidad en la tasa de interés acordada por las partes.

Por último, producto de la investigación exhaustiva tanto en doctrina, legislación nacional, como en derecho comparado y criterios de expertos en la materia, se brindará la propuesta específica referente a regulación de las entidades privadas no bancarias, en nuestro sistema legal, puesto que como se evidencia, carece de regulación a diferencia de las demás entidades prestatarias.

## **SECCIÓN I: GENERALIDADES.**

### **A. ORIGEN HISTÓRICO DE LOS INTERESES EN LOS CONTRATOS.**

Como se desarrollará, es posible comprobar que desde tiempos antiguos la estipulación de intereses sobre un préstamo ya fuese de dinero o de algún bien, tenía ciertas limitaciones, y que, por supuesto, no era un tema que se dejaba al libre arbitrio de las personas, además desde las civilizaciones antiguas se le identificaba con el fenómeno de la usura, lo que conlleva a establecerse límites concretos en cuanto a su tasa. Es importante destacar la influencia del papel jugado por la iglesia Católica respecto del tema en cuanto a que durante siglos mantuvo una posición social más que económica respecto del tema, y el carácter de foráneo que se le otorga al cobro de intereses.

En el mismo sentido, en la Edad Media la Iglesia intensifica sus labores con la revolución monetaria, y el reconocimiento del *status* de profesionalismo alcanzado por la actividad del banquero. Asimismo, con la Edad Moderna, poco a poco, se fue desarrollando la idea de que el interés es lícito siempre y cuando buscara compensar al prestamista de algún daño o riesgo sufrido con motivo del préstamo.

Por último, se verá como con la Edad Contemporánea se deja de lado el tema de la prohibición del cobro de intereses en un contrato de préstamo, para quedarse hasta la actualidad, el tema de la limitación en cuanto a la fijación de la tasa de interés.

#### **A.1 EDAD ANTIGUA**

Mediante las leyes mosaicas, los conciudadanos hebreos debían prestarse entre sí cuando alguno lo necesitase, constituía prácticamente una prohibición, puesto que se impedía el

cobro de intereses entre los hebreos, no prestaban en usura ni dinero, ni granos o cualquier otra cosa; no obstante, esta regla exceptuaba a los extranjeros.

En Babilonia, vistió una actividad bancaria significativa, desplegada de forma monopolizada por el clero y el monarca, además tres mil años antes de la era cristiana se conocían los depósitos y los préstamos y se practicaba también la mediación en los pagos. Asimismo, más adelante en el Código de Hammurabi, llega a distinguirse entre los préstamos de trigo, sobre los cuales se estipulaba un 33,30% anualmente, y el 20% anual a los préstamos de dinero, y aquellos quienes cobrasen intereses más elevados a los anteriores perdía todo derecho no solo a ellos, sino que además perdía todo el capital.

Contrario a lo anterior, en la antigua Grecia, a pesar de que de igual manera la actividad bancaria fue muy importante, y que en sus inicios estuvo monopolizada por los sacerdotes, posteriormente, se desplegó la profesión de banqueros y cambistas profesionales, lo cual se evidenciaba a través de las leyes de Solón, por medio de las cuales era posible tanto el cobro como la exigencia de cualquier tipo de intereses.

Un precedente importante fue lo regulado en Egipto, donde se limitó como interés más alto que podía pedirse del 30%, con otra limitación orientada a que los intereses acumulados no debían sobrepasar el doble del capital original.

Por otro lado, en Roma, el mutuo (*mutum*) era un contrato real, en principio gratuito, por medio del cual determinada persona le transmitía dinero amonedado (*pecunia numerata*), vino, trigo o cualquier bien fungible, en propiedad a otra, quien estaba obligada a devolver no los mismos objetos prestados, sino otros de igual naturaleza, lo cual hace

evidente lo dicho por Gayo, "Es por esto que se llama mutuo, porque lo que yo te he dado, cesa de ser mío para ser tuyo."<sup>188</sup>

De lo anterior, se deduce que al ser el mutuo un contrato gratuito en Roma, no se debían intereses, era necesario para tal condición, establecer una *stipulatio usurarum*, para cobrar intereses, o bien, una *estipulatio* por el mutuo que comprendiera el capital (*sors*) y los intereses (*usurae*), es decir, la *stipulatio sortis et usurarum*, de modo de poder reclamar el capital y los intereses en forma conjunta.

Contrario al significado actual generalizado, en el Derecho Romano, la palabra "usure" representaba más que el fruto de un capital, el precio por el riesgo que asumía el mutuante, el cual en ciertos tipos de préstamos, podía exigir intereses sumamente elevados, como se da en el caso del préstamo especial como el "*foenus nauticum*", (*préstamo de dinero a un armador de un barco que iba a comerciar mercaderías*) donde el mutuante tomaba para sí el riesgo de la travesía, se admitía que podía exigir intereses adecuadamente altos, de acuerdo con el riesgo que asumía.<sup>189</sup>

Sin embargo, esta fijación de tasas de interés muy altas, era una preocupación constante para los romanos, quienes buscaban opciones para limitarlas; por ejemplo, en la Ley de las XII Tablas, se fijó el límite máximo en la *uncia*, de lo cual deriva el nombre *fenus unciarum*, lo que equivalía a un 1/12 del capital, sobre la cual en principio se interpretó que era una tasa anual; no obstante, otros autores aseguran que dicha tasa era mensual, de un 8,33%, así se duplicaba el capital al término de un año. Situaciones de usura como la anterior, suscitaban estacionarias protestas de los plebeyos contra los patricios

<sup>188</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 50.

<sup>189</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 51.

prestamistas, lo cual contribuyó a tomar mayor conciencia de la necesidad de que tales situaciones fueran reguladas.

Es así como en Roma, se dictaron múltiples leyes para regular la estipulación de intereses, entre las leyes *Licinius Sextias* del año 367 a. C., una ley transitoria ordenó el cómputo de los intereses ya pagados en el capital, en el año 357 una *lex Dulia Menenia* reconfirmó el límite del *fenus usurarium*, explicado anteriormente; en el año 347 un plebiscito de *fenore simiunciario* habría reducido el interés a la mitad (50% anual).

Posteriormente, en la época de crisis republicana, la usura fue aplicada también por los hombres más importantes y representativos, a tasas impresionantes, realizadas a través de fraudes. En la época de Cicerón, llegó a cobrarse intereses del orden del 12% por año, lo cual equivalía a un 1% por mes, denominado como *centesima usurae* o *kalendariae*, puesto que se cobraban el día primero de cada mes (*kalendae*), generando la *actio kalendarii*.

Seguidamente, en la época clásica, se determinó que los intereses no podrían llegar a superar el doble del capital, lo cual fue reiterado por Justiniano, quien, estableció tasas máximas variables; así para las personas más representativas, era del 4%, y la tasa ordinaria era del 6%, y para los comerciantes del 8% anual, específicamente los banqueros. Un dato importante, a su vez, es que estaba prohibido el anatocismo (capitalización de intereses), prohibiéndose en principio la capitalización mensual y, luego, la anual.

La Iglesia Católica prohibió el préstamo a intereses durante muchos siglos, esto sustentado en las enseñanzas de Jesús en el Sermón de la montaña, en San Lucas, Capítulo VI, versículo 35, "...prestad sin esperanzas de recibir alguna cosa por eso". Sin

embargo, en el Evangelio de San Mateo, capítulo XXV, versículos 26.27 se menciona la parábola de los talentos, donde Jesús evidencia la falta de dedicación, puesto que un siervo dejó improductivo un capital que le había confiado su señor, quien a su regreso le dice: *"...siervo malo y perezoso... debías haber dado a los banqueros mi dinero para que yo a la vuelta recobrase mi capital con los intereses"*.

La doctrina de la Iglesia Católica fue contraria a toda forma de interés convencional, para algunos autores es con el Concilio de Arlés del año 314, y para otros el Concilio de Nicea del año 325, el que prohibió a los clérigos el préstamo con interés, prohibición que se hizo bajo pena de destitución.

La usura hizo su advenimiento desde tiempos inmemorables, son múltiples las referencias a la usura en los textos bíblicos, son altamente ilustrativos respecto de la tendencia del pueblo hebreo a la represión del préstamo a interés y de todas las formas posibles de la usura, puede citarse entre ellas las siguientes: El Éxodo, en el Capítulo XXII, versículo 25 dice concretamente *"No les impondrás usura..."*, en el Levítico y el Deuteronomio asemejan la usura a un verdadero robo, prohibiendo en forma expresa que se proporcionen en préstamo granos, dinero, entre otras, con intereses, "El Éxodo (capítulo XXII, versículo 25) recomienda a los acreedores que no sean rigurosos en el trato con los prestatarios pobres. Se dice, también, en el Deuteronomio: *"Si a tu prójimo haces un préstamo, no entrarás en su casa para apoderarte de la prenda, esperarás afuera y él mismo te traerá la prenda. No oprimirás al mercenario pobre e indigente, etc."*<sup>190</sup> En igual sentido, los textos religiosos de los judíos presenta diversos preceptos al respecto, El Talmud expone lo siguiente: *"En el caso del préstamo a interés -se dice en el libro de Babá Metsuá-, el crédito es nulo; están considerados como cómplices del escribano que*

---

<sup>190</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 2.

*hace el acta y el fiador. Si das dinero prestado, se dice en una sentencia del mismo libro, no impondrás usura, porque los usureros son como derramadores de sangre. Es igual pecado –tomar usura de un judío como de un no judío. Una sentencia del libro Sanedrín expresa: los usureros no pueden ser testigos ante la justicia. En otra parte, se dice: El usurero es parecido al criminal, ni uno ni otro pueden reparar el mal que han hecho.”<sup>191</sup>*

Quedó expuesto que con el Cristianismo se incrementaron los ataques a la usura por parte de los líderes de la Iglesia hasta llegar a imponer una prohibición absoluta, como se expuso en el capítulo primero, para la percepción de intereses, esta influencia será acogida en adelante en las legislaciones civiles.

En el siglo V, el Papa San León I, el Magno, amplió tal impedimento a todos los cristianos, lo que ratificaron los Concilios de Tarragona en el año 516, de Constanza del año 814, de París del año 829 y de Letrán de 1139. En este mismo orden de ideas en el Concilio Ecuménico de Lyon, el Papa Gregorio X, renovó la interdicción a toda corporación o sociedad que tolere a los prestamistas.

Sin embargo, resulta esencial conocer el motivo del repudio de la Doctrina Católica para la posibilidad de cobrar intereses, puesto que se justificaban en las especiales circunstancias económicas de aquellas épocas, donde eran solamente las personas necesitadas las que acudían al crédito, y debían aceptar las imposiciones de los acreedores, así las cosas el préstamo de dinero era el objeto de una actividad contraria al interés social, pilar de la Doctrina Católica, porque este dinero prestado era otorgado para satisfacer necesidades básicas y vitales del deudor, resultaba improductivo, ya que el dinero se consumía sin generar ganancia.

---

<sup>191</sup> CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense**. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975, página 2.

Una manera de esquivar la oposición de cobrar intereses fue el préstamo en especie y los contratos de asociación o sociedad; el préstamo de ganado o de semillas muy empleado en Babilonia, encontraba en el hecho de la reproducción del capital prestado, en los frutos multiplicados, la justificación al cobro de un plus. El préstamo marítimo, analizado anteriormente, era otra forma de asociación, en la cual el prestamista se asociaba a la persona que armaba el barco y asumía el riesgo de que el barco regresara al puerto de salida.

Carlos Villegas y Mario Schujman, resumen muy bien el espíritu del interés en la antigüedad, citando a Max Weber, el cual sostiene que *"...el interés en la antigüedad es un fenómeno de derecho aplicable al extranjero. Dentro de la comunidad de tribu, pueblo o linaje no existe el interés ni el préstamo, porque son desconocidas las prestaciones onerosas. Cita como ejemplos el caso israelita y el mutuum romano y agrega que también la prohibición de cobrar intereses es corriente respecto del hermano en el Islam primitivo y en el brahmanismo."*

## **A.2 EDAD MEDIA**

El equilibrio económico de la antigüedad se derrumbó por la invasión islámica y su dominio del Mediterráneo, quedando bloqueado Occidente en los siglos IX al XI, Carlomagno solamente pudo impedir que el dominio islámico se extendiera a Europa, no así el mar, por lo cual su imperio fue puramente agrícola, la tierra se convirtió en la única fuente de subsistencia y la única condición de la riqueza; este acontecimiento desembocó en la necesidad de un nuevo orden económico.

En el nuevo orden económico de la Edad Media Primitiva, desapareció el comercio como consecuencia de la imposibilidad de usar el Mediterráneo como arteria de comunicación.

El más fiel ejemplo de del nuevo orden consistió en el reemplazo del numerario de oro por la moneda de plata.

Con el inicio de dicha economía monetaria y el *status* profesional alcanzado por la actividad bancaria, la Iglesia Católica prosiguió el combate en contra de la usura, en manos de los padres franciscanos, creó los "*montes pietatis*", en las ciudades italianas, obra de los padres franciscanos; entre ellos, los Montes Perusa (1462), Gubbio (1463) y Verona, los cuales no cobraban intereses o los cobraban en forma muy reducida.

Así las cosas, la prohibición de la Iglesia provocó que la actividad banquera fuese ejercida por los judíos, por lo cual fueron expulsados de una ciudad a otra, y de un país a otro, ejemplo de ello, puede citarse la expulsión de judíos de Inglaterra en el año 1290, en Francia en 1306 y 1311 y, nuevamente, fueron expulsados en 1344.

De la misma forma, se le impusieron a los banqueros judíos, regulaciones especiales, es así como en el año 1206, en Francia, se ordenó que los pagarés relativos a los créditos otorgados por banqueros judíos debían llevar un nuevo sellado, luego en 1223, Luis VIII, estableció un mayor control sobre dichos banqueros y se les suspendió el derecho para exigir intereses; dicha situación se extendió a países como Alemania e Italia, en los cuales los banqueros debían abonar al señor territorial y a las municipalidades sumas por concepto de impuestos, a cambio de realizar operaciones como compraventas, cambio de monedas, comercio con dinero, entre otras.

Otra manifestación son los famosos banqueros los lombardos o *cahorsins*, quienes eran prestamistas que utilizaban prendas en garantía, "*...usureros que practicaban el préstamo*

de consumo a corto plazo"<sup>192</sup>, tales préstamos eran a plazo de uno, dos, tres o seis meses, con garantía de prenda sobre objetos personales, vajillas, ropas, herramientas, armas, etc.

### A.3 EDAD MODERNA.

La prohibición de la usura se desvaneció en el norte de Europa, con el protestantismo, poco a poco, Calvino expresó en la "*Institutio Chirstianae*", que la prohibición de interés solo perseguía la protección de los pobres contra la falta de amor al prójimo, pero no así a la protección de los ricos que hacían operaciones con dinero prestado; no obstante, fue Claudio Salmasio, exponente de la filosofía calvinista clásica, quien en su obra "*De Usuris*" (1638) enterró la fundamentación teórica de la prohibición del interés.

Siguiendo este orden de ideas, Dumolin, jurista que atacó la prohibición canonista en su "*Tratado de Usura*", en París, en 1546. Poco a poco, se fue desarrollando la idea de que el interés es lícito siempre y cuando buscara compensar al prestamista de algún daño o riesgo sufrido con motivo del préstamo, puesto que el desarrollo de la economía monetaria, fue dejando de lado la prohibición. Finalmente, las manifestaciones de préstamos con destino a la inversión comercial, donde el prestatario esperaba obtener un beneficio del dinero recibido, hacía evidente la licitud del cobro de un precio por el uso del dinero prestado.

### A.4 EDAD CONTEMPORÁNEA

El crédito para este entonces, es el gran instrumento del desarrollo capitalista, en manos de los bancos comerciales, quienes hacen del préstamo a interés a su actividad típica,

---

<sup>192</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 57.

tomando del público dinero con interés y lo prestan a interés. Este capitalismo va a convertir al empresario en el principal deudor, puesto que necesita en un primer momento del préstamo.

Para este entonces, la regulación prohibitiva de los intereses, fue suplantada en Europa por leyes que delimitaban su estipulación mediante intereses máximos.

Específicamente en Francia, con la Revolución de 1789, se suprimieron los intereses máximos; sin embargo, fueron nuevamente establecidos por ley en 1807. Poco a poco, los límites establecidos para el cobro de los intereses en los países de Europa, fueron desapareciendo en Alemania, Italia e Inglaterra.

*“En un arranque de liberalismo económico, estas leyes fueron abolidas en la gran mayoría de los países europeos durante la segunda mitad del siglo XIX, en Inglaterra, en 1854; en Alemania, en 1867 y, en Italia, mediante la no inclusión de límites al interés en el Código Civil de 1865. En 1866, Francia abrogó los intereses máximos en materia comercial, pero recién en 1918, la abrogación fue general.”*

También, se emitieron otras regulaciones tendentes por ejemplo, a requerir la forma escrita para la validez del convenio de intereses, como fue en algunos estados norteamericanos y en el Código Civil italiano de 1865; asimismo, se sistematizó en Alemania situaciones de admisión al deudor rescindir el contrato después de transcurrido determinado lapso, igual razonamiento se reguló en Italia, Francia y en Massachussets, en sus respectivos Códigos Civiles.

Posteriormente ya en el siglo XX, la Ley Francesa de 1935, concretaba como usurario *“...el tipo de interés superior en una vez y medio la tasa promedio cargada por acreedores*

*bona fide en circunstancias que involucraran riesgos idénticos.*"<sup>193</sup> Dicha estipulación de intereses usureros era punible, se sancionó con multa y si se reincidía podría penarse incluso hasta con prisión, además el deudor podía repetir contra el acreedor la parte proporcional de interés que hacía al préstamo usurario.

Un antecedente de suma importancia consiste en la sanción que en el año 1900, Inglaterra establece por medio de la Money Lenders Act, la cual hacía referencia a prestamistas profesionales, puesto que se preveía la revisión de las operaciones comerciales ante los tribunales en el caso en que el interés fuera excesivo, ante tales circunstancias el tribunal tenía facultades para reformar el contrato.

Sin embargo, es en el Código Penal alemán del año 1880, sancionó con nulidad absoluta el pacto que cayera en usura, de forma que el deudor terminaba sin pagar intereses, incluso se planteó la pérdida total del capital dado en préstamo, mientras que el acreedor, podría sancionarse con prisión y multa y, en algunas ocasiones, de forma muy severa hasta con la pérdida de los derechos civiles.

Sin lugar a dudas, se dio una expansión punitiva para el cobro de los intereses que se etiquetaran como usureros.

Estados Unidos y Canadá dictaron leyes que fijaban topes máximos a los intereses, en este segundo país, en el año 1927, se estableció una tasa máxima del 12% para los convenios; asimismo, se faculta al tribunal para "remediar" al deudor de cualquier demasía.

---

<sup>193</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 59.

En el Código Federal suizo, se autoriza al deudor en el caso de un préstamo usurario, el derecho de rescindir el contrato y reclamar lo que hubiese pagado de más; no obstante, dicho derecho prescribía en un año desde la terminación del contrato. Ante tal situación delimitadora, en contraposición, en los Estados Unidos, la regulación fue más condescendiente respecto de las tasas máximas, en los supuestos de operaciones bancarias.

## **B. NOCIÓN ECONÓMICA Y JURÍDICA DE INTERÉS**

En principio, es importante tener presente que los intereses se desenvuelven en la sociedad como un fenómeno central para la economía de un país, la importancia a grandes rasgos del establecimiento de las tasas de interés radica en la regulación que efectúan en el flujo de fondos entre ahorradores y deudores, en la determinación de las cantidades efectivas de fondos prestables y las cantidades de instrumentos financieros que se comerciarán en los mercados financieros, entre otras; sin embargo, también es un tema regulado por los ordenamientos jurídicos en vista de la importancia y consecuencias sociales que reviste, puesto que es imprescindible no dejarlo, totalmente, en manos del mercado, para tratar de establecer una cierta igualdad entre las partes, y evitar una posible desviación o abuso para la parte más débil de la relación contractual.

Económicamente hablando, es el beneficio del capital prestado o invertido en forma que dé un rédito fijo. En su sentido más estricto, es el pago por el uso de dinero ajeno, pero también se llama interés al rendimiento de una inversión cualquiera. El economista Carlos Palma Rodríguez lo define como *"...variación porcentual que debe pagarse por uso de un servicio de crédito o el obtenido por un ahorro en una cuenta bancaria. No existe una tasa de interés única, sino que está diferenciada según la utilización que se le vaya a dar al*

*dinero. Es el precio que equilibra el deseo de conservar la riqueza en forma de efectivo, factor que equilibra la demanda de las inversiones, con inclinación al ahorro.*"<sup>194</sup>

Mediante un análisis histórico-económico, es posible deducir importantes aportes que realizaron grandes pensadores, los cuales a través de los años lograron sentar las bases para lo que es hoy en día la institución de los intereses, así "...el término fue acuñado en la Edad Media para sustituir al de usura, condenada por la moral canónica. Los griegos lo llamaban tokos, que significa fuente o manantial y de ahí la reprobación de Aristóteles, cuando afirmaba que 'el dinero no procrea'. Josiah Child, en el siglo XVII, emitió la teoría de que la riqueza de un país era la causa y no el efecto de los bajos tipos de interés del dinero. El filósofo Locke opinaba que la tasa de interés era determinada por la proporción de dinero disponible en relación con el comercio total del país. También, John Law sostenía que si la suma de dinero disponible aumentaba, la tasa de interés disminuiría. William Petty, al oponerse a las restricciones impuestas a la tasa de interés, decía que ellas variaban de acuerdo con la cantidad de dinero disponible, cosa que estaba por encima del control del Parlamento.

David Hume sostenía también el criterio de que la oferta y demanda de dinero regulaban automáticamente las tasas de interés. Si una comunidad está integrada por individuos muy pobres, el tipo de interés será elevado, mientras que, si sus componentes son ricos, el dinero buscará colocación al interés que pueda. Turgot expuso ya un concepto mucho más elaborado aunque aceptaba el principio de la oferta y la demanda, añadiéndole que 'la riqueza mueble' se nutría de los intereses y los ahorros previamente acumulados, y cuanto más aumentasen éstos, más bajo sería el tipo de interés.

Adam Smith, al referirse a los réditos del capital, sostenía que parte de ellos tenía que ser considerada como remuneración a la dirección y otra parte como compensación de riesgo

---

<sup>194</sup> PALMA RODRÍGUEZ (Carlos). **Tasas de interés Costa Rica, período 1990-2000**. Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Economía. Noviembre 2004.

*de capital, pero que el interés difería de ambos conceptos. John Stuart Mill, que creía que los beneficios se originan en el hecho de que el trabajador produce más de lo que recibe y de lo que consume, también hizo la distinción entre la compensación por riesgo en el sentido de una prima de seguro, y el interés o renta pagado por el uso de capital ajeno. Otra de las teorías que hizo temporalmente fortuna, fue la de la productividad indirecta, o sea, que los préstamos de capital permiten al trabajador o al industrial producir en mayor cantidad y el prestamista tiene derecho a compartir los aumentos de beneficio. Lauderdale fue el campeón de esta idea, a la cual Von Thünen oponía la objeción de que la competencia en las ofertas de capitales determinaba el mayor o menor tipo de interés independientemente de los beneficios que pudieran derivarse de su inversión y que cuanto mayor era la producción, más bajos eran los beneficios marginales.*

*Lo más particular del interés es que no es una renta que se paga por el uso de propiedad, sino por el uso de dinero y, por ello, toma la forma de un número abstracto, de una relación porcentual. Según W. H. Dubberstein, el tipo de interés en Babilonia era, ordinariamente, del 20 por ciento; en el Egipto de la era ptolemaica oscilaba alrededor del 2 por ciento mensual; en Grecia en los tiempos de Solon era, aproximadamente el 16 por ciento anual; en Roma, según Mommsen, era del 10 por ciento en tiempos de la Monarquía y del 4 al 6 por ciento en tiempo de la República. Los Reyes Católicos españoles pagaban el 10 por ciento por el dinero que recibían a préstamo. Con un mercado de capitales ya organizado, las tasas de interés en Amberes durante el siglo XVI oscilaban entre el 8 y 12 por ciento. Hoy, las tasas de interés predominantes oscilan alrededor de 4 por ciento.*<sup>195</sup>

El concepto de interés que surge de la Ley es mucho más restringido que el utilizado en la ciencia económica, diferencia que no es un defecto en sí, sino una consecuencia de la finalidad disímil de ambas nociones. El capital es el fondo permanente de bienes que se

<sup>195</sup> [http://www.eumed.net/cursecon/dic/T.htm#tasa%20de%20interés.](http://www.eumed.net/cursecon/dic/T.htm#tasa%20de%20interés)

separan del actual consumo para utilizarlos en la producción, existe un mercado en el cual se negocian las posibilidades abstractas de disponer de capital; así, constituye el precio que se paga por esa disposición de capital. A medida que son más productivas las inversiones, mayor será el capital de que pueda disponerse y, asimismo, más fuerte será la tendencia en el movimiento de los intereses para su respectiva elevación; en palabras sencillas, el interés correspondería a la retribución por el capital, así como el factor trabajo recibe salario, la ganancia del capital se llama interés.

Como tal fenómeno económico-financiero se desarrolla en la sociedad, es decir, cuando las personas entre sí se agrupan para realizar diversas clases de actos, de transacciones económicas, es cuando surge la necesidad de que el derecho regule esta situación, y los posibles conflictos que puedan surgir a la hora de establecer las diferentes pautas que lo constituyen, es en este momento que el derecho, interviene como un tercero neutral, quien regulará jurídicamente estas relaciones económicas que se establecen en nuestro entorno social.

Así las cosas, ubicando esta manifestación económica en el ámbito jurídico, pueden definir los intereses, de forma general como los frutos que generan la utilización del capital ajeno, es el precio que se paga por el uso del dinero; con tal concepción, parten la mayoría de autores tanto a nivel nacional como en derecho comparado.

Sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación existente en los ordenamientos jurídicos objeto de análisis, existen distintas concepciones para tal figura, pero aún así, la anterior definición encierra los aspectos fundamentales del concepto de interés.

Para Fernando Montero Piña, el interés "*...según Díez-Picazo como el precio que ha de ser pagado por la utilización de bienes de capital... para Albaladejo, los intereses consisten*

*normalmente en una cantidad de cosas de la misma especie que las debidas proporcional con la cuantía de éstas y a la duración de las deudas.*<sup>196</sup> Asimismo, para este autor, concretamente, el interés se fija según el volumen del capital y el tiempo durante el cual se está privando de la utilización del mismo propietario del dinero y se pondera con la tradicional fórmula que consiste en multiplicar el capital, que corresponde a la suma adeudada, por el rédito, expresado por el porcentaje pactado o legal, por el tiempo que es el plazo de duración de la obligación dineraria.

En nuestro país, Evelyn Salas y Jaime Barrantes, consideran el interés como *"...el precio que se paga por el uso del dinero o por la posposición de su consumo inmediato, desde el punto de vista jurídico, la obligación de pagar intereses es accesoria a toda deuda dineraria.*"<sup>197</sup>

Pueden encontrarse definiciones más completas como las citadas por Carlos G. Villegas y Mario S. Schuman, *"...concepto de Messa, dice este autor que hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o de otra cantidad de cosas genéricamente designadas, está obligado a pagar al acreedor, sobre aquella cantidad, una compensación por la privación de uso en cosas de igual género y calidad o en su equivalente pecuniario y en proporción con la cantidad debida, principalmente, y a lo que haya durado la privación del uso".*

Sin embargo, en su obra, es posible encontrar otra definición, aún más completa que la anterior, *"...concepto de Mariconde, obligación de intereses es la **obligación accesoria** consistente en dar una cantidad de cosas fungibles, que **es rendida por una obligación***

---

<sup>196</sup> MONTERO PIÑA (Fernando). Antología de Obligaciones I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, página 84.

<sup>197</sup> BARRANTES GAMBOA (Jaime) y SALAS MURILLO (Evelyn). La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S. A., San José, 1997, página 178.

*de capital y que se mide en proporción al importe o al valor del capital, y al tiempo de indisponibilidad de dicho capital para el acreedor.*"

Ariel Emilio Barbero menciona la definición de interés de Jorge Llambías, la cual, a pesar del lenguaje metafórico utilizado por el autor, la considera como la más adecuada, esta es, "...son los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero en razón de su importe y del tiempo transcurrido, prorrata temporis. No brotan íntegros en un momento dado, sino que germinan y se acumulan continuamente a través del tiempo"<sup>198</sup>; sin embargo, de igual manera, asegura la necesidad de agregársele a la anterior noción, el supuesto excepcional del interés por cosas fungibles que no son dinero.

Como se ve, diferentes son las concepciones de lo que significa el interés; no obstante, podrían sintetizarse en que el interés es el rédito, ganancia o beneficio que produce un capital; vista desde la posición del acreedor, pero en la posición del deudor corresponde a la suma de dinero que se debe, por el uso de una determinada suma de dinero.

## C. CARACTERÍSTICAS

### 1. ACCESORIEDAD.

Los intereses, como frutos civiles, son accesorios. Este atributo es muy importante por las consecuencias jurídicas que de tal derivan, como pueden ser las siguientes:

- a) La extinción del capital, hace cesar el curso de los intereses.
- b) Los intereses adeudados de un crédito quedan comprendidos en la cesión que de él se haga.

---

<sup>198</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000, página 14.

- c) El pago del crédito no se considera íntegro si no comprende los intereses, además del capital.
- d) El acreedor puede negarse a recibir el capital si no se incluye el pago de los intereses.
- e) El pago de los intereses interrumpe la prescripción de la deuda, porque esto significa el reconocimiento tácito de la existencia de una obligación.
- f) Los privilegios y garantías que amparan el capital, amparan también a los intereses.
- g) No llega a formar un todo único con el principal del que procede.
- h) Puede subsistir el crédito de intereses aun cuando se extinga el derecho principal, siempre y cuando con las reservas expresas de ley.

Esta condición de accesoriedad debe distinguirse cuando se habla de intereses compensatorios convenidos por las partes entre sí, los cuales sí pueden ser separados, contrario a lo que sucede con los moratorios o legales que siempre integran una unidad con el principal.

## **2. OBLIGACIÓN PRINCIPAL DE CAPITAL**

Debe existir una entrega de dinero u otra cosa fungible del acreedor al deudor, por un tiempo determinado, es decir, un capital debe estar disponible para el deudor por un tiempo acordado, así, el interés supone previamente una obligación principal de capital.

Si bien es cierto de que la existencia de la obligación del capital precede a la de los intereses por ser esta obligación accesoría a la misma, al nacer la deuda por un determinado capital, los correspondientes intereses pactados como utilidad para el acreedor adquirirán dicha sustantividad propia, la cual es necesaria, puesto que, de esta manera, de no pagar el deudor tales intereses, podría esta obligación subsistir a la del capital, para ser cobrada o ejecutada por el acreedor en caso de incumplimiento.

### 3. SUJETOS

Como se desarrolló anteriormente, los intereses constituyen una obligación accesoria a la del capital, es consecuencia de esta última, y en dado caso adquiere sustantividad propia solamente con tal condición de existencia previa de la deuda por el capital.

Por lo tanto, las partes, acreedor y deudor de una determinada relación obligacional principal, resultan usualmente ser las mismas personas que intervendrán en la obligación accesoria de los intereses; sin embargo, podrían existir variantes, producto del pacto expreso de las partes comprendidas en la obligación principal entre ellas, por ejemplo, se establece que los intereses deberán ser pagados a una tercera persona, o la situación en la cual el acreedor cede el derecho a cobrar intereses a un tercero en la relación; circunstancias que no modifican, en modo alguno, el carácter accesorio de la obligación.

En el presente estudio se agrupó a los acreedores o los prestatarios en dos grupos, los bancos públicos y privados y los prestamistas privados (a través de personas físicas y jurídicas), esta distinción como se verá tiene implicaciones, en la actualidad, de suma importancia en el tema de investigación, puesto que su tratamiento es muy distinto.

### 4. LIQUIDEZ DE LA DEUDA

Las deudas líquidas por cantidad cierta y determinada de cosas fungibles o dinero, son las únicas jurídicamente capaces de generar intereses compensatorios. Sin embargo, los mismos Villegas y Schujman no ven esta característica como absoluta, puesto que aseguran que *"...las deudas ilíquidas pueden generar intereses moratorios o punitorios..."*

*pero no intereses compensatorios o retributivo*<sup>199</sup>, se dice que lo que se requiere es que se trate de una deuda cierta.

## **5. TIEMPO:**

La determinación de un periodo de tiempo en el cual el deudor pueda disponer del capital es un requisito para la existencia de la obligación de los intereses, puesto que éstos se calculan en relación con el tiempo. Este tiempo con que cuenta el deudor, hace posible la existencia de los intereses, ya que si la transferencia del capital por el acreedor al deudor se diera sin mediar este factor, no podrían fijarse los intereses, así el tiempo es un elemento indispensable, junto con la cantidad de capital, para el correlativo convenio del quantum de los intereses. Tanto el capital como el plazo, determinan forzosamente la tasa de interés que se pagará por la disposición del capital.

## **6. RIESGO**

*"El interés como beneficio o ganancia lleva implícito el riesgo natural de toda operación onerosa y de todo crédito. Si el crédito es el cambio de un bien presente por un bien futuro, ello exhibe el riesgo del mutuante o prestamista que transfiere capital. Por ello, se ha dicho que el interés es el precio del riesgo que corre el acreedor."*<sup>200</sup>

## **7. DEBEN ESTIPULARSE O SON PAGABLES EN DINERO**

Constituye una regla aceptada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el hecho de que los intereses sean cubiertos o pagados por medio de una suma de dinero, tal y como

<sup>199</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 89.

<sup>200</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 90.

en nuestro Código de Comercio expresa en el artículo 499; así, la obligación de intereses se determinará en dinero, aun cuando el préstamo no haya sido de dinero.

Sin embargo, Carlos Villegas y Mario Schujman, en cuanto al punto en cuestión, nos dicen que *"...respecto de los intereses compensatorios legales corresponden exclusivamente a deudas que consisten en sumas de dinero, en tanto que los intereses compensatorios convencionales reconocen algunas excepciones, lo mismo respecto de intereses moratorios."* Esto, resulta lógico, puesto que los intereses legales se imponen supletoriamente a falta de convenio entre las partes, y el mismo se aplica de forma unitaria a todo tipo de relación mercantil, siendo la misma tasa para todas las operaciones.

De igual forma, concuerda con el artículo mencionado, que dice lo siguiente, *"...los intereses se pagarán en los términos del convenio y, en su defecto, en los mismos plazos y condiciones en que haya de pagarse el capital"*; de esta forma, si mediase acuerdo entre deudor y acreedor de estipular el pago de los intereses de cualquier clase, a través de otra modo no existiría impedimento alguno para tal convenio, porque priva el acuerdo entre las partes, y de no existir tal, en cuanto a la manera en que se pagarán los intereses, subsidiariamente se aplicará la tasa legal.

## **8. TASA, MEDIDA DE INTERÉS**

Así como la distancia se mide por medio del metro, el valor de los intereses se mide habitualmente por su tasa, que equivale a un porcentaje de unidades de interés por cada cien unidades de capital, expresada por un tiempo determinado. De lo anterior se formula que el interés es igual al capital, por la tasa, por el tiempo de uso del capital, dividido entre cien:

$$(i = c \times r \times t)$$

---

100

## SECCIÓN II: CLASES DE INTERÉS

Conforme con la regulación del Código de Comercio, el contrato de préstamo será mercantil, siempre y cuando sea oneroso, es decir, genere frutos civiles producto de la utilización de un capital dado por el prestamista. *"Artículo 495: El contrato de préstamo se reputará mercantil cuando sea otorgado a título oneroso, aunque sea a favor de personas no comerciantes."*<sup>201</sup>

En esta sección se realiza una descripción acerca de la clasificación existente en doctrina acerca de los intereses que pueden existir en los créditos o mejor dicho en los diferentes contratos de préstamos onerosos, tratando de dar un panorama jurídico amplio en cuanto a las clases de intereses más comunes en la realidad tanto económica como legal.

Existen diferentes criterios que permiten realizar una clasificación de los intereses, de acuerdo con características especiales, o circunstancias que determinan que éstos puedan ser circunscritos en uno u otro tipo de interés, lo cual resulta sumamente importante por las consecuencias jurídicas que implica tanto en el negocio jurídico, sea éste el contrato de préstamo, así como para las partes de la relación contractual.

### A. SEGÚN EL ORIGEN DE SU CREACIÓN

Existen tres diferentes fuentes de creación de los intereses, el acuerdo, la ley y la orden de un juez; sin embargo, tiene que diferenciarse el origen del negocio jurídico y su

---

<sup>201</sup> Artículo 495. Código de Comercio.

consecuente relación contractual, del origen de creación de los intereses, ya que no siempre coinciden. Fernando Montero Piña, dice al respecto que "...esta obligación de satisfacer intereses se constituye, sea por negocio jurídico, o bien, por disposición de la ley"<sup>202</sup>; sin embargo, es omiso en cuanto a los intereses judiciales.

## 1. CONVENCIONALES

"Son los que surgen del contrato o convención, es decir, del acuerdo de partes."<sup>203</sup> Se considera intereses convencionales a aquellos intereses pactados por las partes dentro de un contrato o negocio jurídico.

Una necesidad social que se hizo evidente hasta con el Capitalismo, permitió que el acreedor y el deudor dentro de una relación jurídica, pediesen voluntariamente determinar una tasa de interés, éste era un acto prohibido para el pueblo, puesto que el préstamo de dinero no podía producir intereses, porque era considerado como se explicó, un acto ilícito e inmoral.

Según nuestro Código de Comercio, en su artículo 497, se denomina interés convencional, el que convenga las partes, el cual podrá ser fijo o variable.

La posibilidad que tienen las partes para establecer una determinada tasa de interés, encuentra fundamento en el principio del derecho privado por excelencia, la autonomía de la libertad, y más específicamente, la libertad contractual, por medio del cual las partes, pueden hacer todo aquello que no les está prohibido; el alcance de este principio será

---

<sup>202</sup> MONTERO PIÑA (Fernando). Antología de Obligaciones I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, página 85.

<sup>203</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

profundizado en el siguiente capítulo, por el momento se hace énfasis en el convenio de las partes como manifestación de dicho principio a la hora de la determinación de los intereses.

## 2. LEGALES.

Corresponde al tipo de interés fijado o consagrado por la misma ley, en su monto, operan siempre que las partes contratantes no han convenido la tasa convencional en cuyo caso se aplica supletoriamente los intereses legales y su porcentaje se establece en el artículo 1163 del Código Civil, los cuales consisten en la tasa que se pague en ese momento el Banco Nacional de Costa Rica en los depósitos a plazo fijo a seis meses y en el artículo 497 del Código de Comercio, que consisten en la tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica, para las operaciones en moneda nacional, pero para las operaciones en dólares estadounidenses consisten en la tasa *prime rate*, la cual es de carácter internacional, por estar determinada por los bancos más prestigiosos y de mayor envergadura de los Estados Unidos, los cuales son los más grandes y estables del mundo, y que, además, no es fija, sino que puede variar diariamente.

Montero Piña los define de la siguiente manera *"...son aquellos que difaman directamente de una disposición normativa expresa, cuando no existe convenio al respecto"... el que los intereses tengan su fuente directamente de una disposición contenida en la ley, no significa que de manera automática se produzcan esos intereses, sino que simplemente el acreedor tiene derecho a pedirlos con arreglo a la ley, sin necesidad de apoyarse en pacto o convenio alguno.*"<sup>204</sup>

---

<sup>204</sup> MONTERO PIÑA (Fernando). Antología de Obligaciones I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, página 85.

La tasa de interés legal puede aplicarse, aunque no haya omisión de la voluntad de las partes en la contratación del porcentaje y ocurre cuando se conviene en que se apliquen los intereses legales para los retributivos o los moratorios, lo anterior como producto de la libertad contractual, por medio de la cual a las partes se les autoriza convenir esa misma tasa para ambos tipos de interés.

### **3. JUDICIALES**

Son aquellos intereses fijados por los jueces y que se derivan de la facultad otorgada por ley a éstos.

Esta variante no se encuentra regulada taxativamente ni en el Código de Comercio, ni en el Código Civil; sin embargo, en este último, su artículo 22, establece como una especie de sanción en el caso de que el ejercicio de un derecho (en este caso, la facultad de fijar una tasa de interés), sobrepase los límites establecidos por ley, e inclusive sobrepase la equidad o proporcionalidad en una relación entre partes. Sin embargo, tal artículo será analizado más profundamente en el capítulo sobre el abuso del derecho.

#### **B. SEGÚN LA FUNCIÓN ECONÓMICA**

Este grupo va dirigido a evidenciar cómo en cada caso se da una variación de las formas y modos por los cuales estos intereses comienzan a correr o se extinguen. Carlos Villegas y Mario Schujman, siguiendo a Jorge Joaquín Llambías, distinguen entre intereses compensatorios, moratorios y sancionatorios.

## 1. COMPENSATORIOS, RETRIBUTIVOS O LUCRATIVOS.

El término compensatorio es una denominación histórica, tradicional, que no expresa con claridad la función de esta clase de intereses, conceptualizada como la ganancia del capital, compensatorios es una denominación ligada al concepto de "compensar" de resarcir el daño o perjuicio que se causó, y se vincula con la idea de "privación de uso".

El interés compensatorio es aquél en el cual *"...se cumple la función económica, es el reflejo en el derecho, de esa retribución que se da al capital, el pago que compensa el diferente valor que tiene el derecho disponible hoy, del que sólo podrá ser usado en el futuro."*<sup>205</sup> Es decir, su función va dirigida a restablecer el equilibrio patrimonial e impiden que se verifique un enriquecimiento injusto de una persona en perjuicio de otra.

En consecuencia, si se habla de intereses compensatorios, se llevaría implícitamente una idea de resarcimiento de un perjuicio, y frases como que el interés compensatorio es "el precio del dinero", no es de la mayor claridad, ya que el dinero es la medida para medir el valor de los bienes y con esa frase parece que se aplica la medida a sí misma, todo lo cual, desde luego es incorrecto. Igualmente no retribuyen el uso de un capital.

Podría concluirse que este género de intereses tiene por función otorgar un beneficio, un lucro al capital transferido; por lo tanto, la designación correcta jurídicamente correspondería a intereses lucrativos en vez de compensatorios.

En este sentido, para algunos autores como Villegas y Schujman, la designación que expresa mejor la naturaleza de estos intereses correspondería a lucrativos, sin embargo ellos mismos aceptan que el uso ha impuesto esta designación y, por lo tanto, la

---

<sup>205</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000, página 18.

respetan, asimismo para otros autores los términos no son mucho menos idénticos, sino que expresan conceptos distintos. Fernando Montero Piña nos dice *"...se les conoce también como lucrativos por ser el fruto o renta del capital y es el precio que paga el deudor prestatario por la utilización del dinero ajeno, así como la ganancia que obtiene el acreedor. Estos intereses los devenga el capital a favor del acreedor desde que se inicia la relación obligacional y hasta que se extingue por pago o por alguna de las formas de extinción de las obligaciones y la tasa, así como la periodicidad de su cancelación dependen de la voluntad de los contratantes, para lo cual no existe ninguna limitación en la ley y pueden estar constituidos por dinero o por cosas de otra especie"*.

La tasa de intereses compensatorios puede ser convencional o legal, pero, por lo general, se origina por acuerdo de partes y excepcionalmente por ley, cuando las partes no hayan acordado al respecto.

De esta manera, a continuación se expondrán algunas elaboraciones doctrinales dirigidas a distinguir los intereses llamados lucrativos, de los compensatorios, que como se analizará, esta diferenciación no es procedente.

- a) La antigua terminología del Derecho Español:** El autor Ariel Barbero, haciendo referencia a Alberto Molinario, nos dice que *"...en la vieja terminología del derecho hispano, se entendía por interés compensatorio al que se pagaba al acreedor por el daño emergente y el lucro cesante causado por el incumplimiento, estos daños debían ser probados por el acreedor."* Así, básicamente, se trataba del interés moratorio, con la única peculiaridad de que debía probarse el daño, y en este orden de ideas el mismo Molinario consideraba que dicha terminología del interés compensatorio era mayormente

precisa y que, a su vez, lo mejor era llamar lucrativos a los intereses que se pactan como retribución al prestamista.

Sin embargo, don Ariel Barbero, señala que dicho razonamiento lo único que conduce es a la confusión, puesto que llama compensatorios a los intereses moratorios, y que a pesar de ser bastante preciso se aplica exclusivamente al derecho civil español medieval, por lo cual pierde vigencia en la actualidad, en donde no es necesario la prueba para demostrar el daño emergente y el lucro cesante para reclamar el interés moratorio ni en Argentina ni en Costa Rica.

**b) La pretendida diferenciación respecto de los compensatorios:** Por otra parte, Ariel Barbero, cita a López de Zavalía, quien pretendía distinguir entre el interés lucrativo y el compensatorio; para este autor correspondería a interés compensatorio aquél que existe en los contratos bilaterales con obligaciones diferidas, por ejemplo, la venta a crédito y que en cambio solo sería lucrativo el interés del mutuo, diferenciación que se remonta de previo a la Revolución Francesa, en que el préstamo a interés estaba prohibido, y que tiene como base al igual que el anterior criterio, una confusión, puesto que es cierto de que en el interés compensatorio hay un lucro, pero, en este sentido, hay lucro también en la compraventa, y en todo contrato oneroso.

De esta manera, Ariel Barbero, advierte del error sobre la ganancia en las transacciones económicas, las personas usualmente consideran que si en un acuerdo una parte gana, la otra ha perdido, en igual medida, sin embargo, tal argumento constituye una falacia, y da el siguiente ejemplo: si tengo dos mesas y necesito solamente una puedo vender la que me sobra, así por la venta obtengo el beneficio del precio, gano en el sentido de que estoy mejor

que si no hubiera vendido y, desde luego, quien compra la mesa también gana. En síntesis, el lucro como simple ganancia, existiría en todos los contratos onerosos.

## 2. MORATORIOS O INDEMNIZATORIOS

La mora se produce cuando se vence el plazo de la obligación, sin que haya cumplimiento y es a partir de ese momento en que la deuda dineraria empieza a generar los intereses moratorios.

Fernando Montero Piña, citando a Borda, nos da una noción de esta categoría, comenta, *"...son moratorios los que se pagan en concepto de perjuicio sufrido por el acreedor por el retardo incurrido por el deudor en el incumplimiento de sus obligaciones."* Además, señala que, *"...el acreedor no está obligado a justificar la pérdida para cobrar esta clase de intereses, porque se parte del supuesto de que nadie tiene los capitales infructíferos, y que la mora del deudor que siempre es generada por la culpa de éste, produce siempre al acreedor un perjuicio, que debe ser resarcido."*<sup>206</sup>

Este tipo está encauzado a resarcir al acreedor el daño producido tanto por el incumplimiento o por el mal cumplimiento del deudor, no equivalen a una indemnización sustitutiva del incumplimiento total, sino más bien una remedio integral en vista del incumplimiento tardío, que, en cierta medida, es una forma de incumplimiento. En nuestro sistema jurídico, cuando la obligación cumplida tardíamente es de pagar una suma de dinero, la única reparación debida por la mora, es el interés moratorio por la

---

<sup>206</sup> MONTERO PIÑA (Fernando). **Antología de Obligaciones** I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005, página 85.

circunstancia de falta de pago del capital en la fecha en la cual se había estipulado su entrega, es decir, es una consecuencia del incumplimiento por parte del deudor.

Su exigibilidad surge cuando el prestatario no cancela su obligación de forma oportuna y estipulada previamente, se atrasa en el pago y entra en estado de mora, y en los casos en que la obligación se declara en sentencia, los moratorios empiezan a partir del fallo.

Para que exista eficacia en el cumplimiento de la función compulsiva en los intereses moratorios, es necesario que excedan de forma manifiesta a la tasa de intereses debidos por el uso del dinero ajeno, es decir, a los compensatorios, en nuestro país correspondería a los intereses corrientes.

Es importante expresar con claridad que la liquidez no es un requisito para el curso de los intereses moratorios, porque el deudor una vez que haya caído en mora, no puede excusarse en la ausencia de liquidez de la prestación para privar al acreedor del goce del capital, lo substancial es la certeza de la obligación, es decir, que el deudor tenga conocimiento de la existencia y legitimidad de dicha obligación. Igualmente, es importante tener presente que esta clase de interés, no necesita ser pactado para que resulte debido por el deudor moroso.

En síntesis, según la función económica que cumplen el interés compensatorio y al moratorio, existen ciertas diferencias generales entre los intereses moratorios y compensatorios, los cuales tienen excepciones específicas en los diferentes ordenamientos jurídicos:

- a) El interés moratorio se debe, por el incumplimiento, mientras que el interés compensatorio forma parte del cumplimiento.

- b) El interés moratorio se debe, aunque no se haya pactado, el interés compensatorio sólo se debe si se lo ha pactado.
- c) El moratorio es aplicable a todas las obligaciones. El compensatorio sólo a las contractuales.
- d) La facultad de los jueces de suplir la omisión de las partes, y fijar un interés se refiere a un moratorio, esta facultad no es aplicable al compensatorio.
- e) La facultad de los jueces de suplir la omisión de las partes, y de fijar un interés se refiere al moratorio, esta facultad no es aplicable al compensatorio.

### 3. SANCIONATORIOS

Son aquéllos que la ley consagra con el propósito de penar una conducta maliciosa del deudor, con independencia del daño o perjuicio sufrido por el acreedor, dicho propósito de sancionar es lo que lo diferencia de los intereses moratorios, puesto que éstos tienen un fin indemnizatorio.

Para Ariel Barbero, este tipo de interés es otro caso de interés moratorio, el cual, sin embargo, tiene una función adicional: *"El castigo de la conducta procesal maliciosa del deudor tendente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago del dinero."*<sup>207</sup> Es decir, su noción se identifica al de una multa, pena que se gradúa conforme la gravedad de la falta cometida.

---

<sup>207</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, página 29.

## **C. SEGÚN LA TASA APLICABLE MANTENGA SU CUANTÍA INALTERABLE O ÉSTA SE MODIFIQUE DURANTE EL PLAZO DE LA OPERACIÓN**

### **1. TASA FIJA**

La tasa fija es la manera más tradicional para pactar los intereses dentro de una relación contractual y en principio responde mejor a los intereses de las partes, quienes, por lo general, prefieren convenir una tasa y ajustarse a ella.

Es el establecimiento de un porcentaje de interés que se ha de cobrar por el capital, entonces hay una tasa fija; sin embargo, su utilización es propia de los períodos de estabilidad económica, de baja inflación, de precios equilibrados, todo lo cual permite realizar una evaluación que brinde certidumbre sobre el futuro, y así pueda fijarse una tasa que compense al prestamista y pueda ser soportada por el prestatario.

### **2. TASA VARIABLE**

De forma antagónica al supuesto anterior, la tasa variable es usada en situaciones donde no existe tal estabilidad económico-financiera, razón por la cual las partes recurren al acuerdo que prevé la variación de la tasa pactada, fijándose una tasa que podrá modificarse, tomando como referencia la evolución de otras tasas representativas o índices que permitan variar la adoptada inicialmente de forma imparcial.

En este tipo de tasa, el interés no se fija de modo directo, sino que se remite a las sucesivas tasas fijas que se apliquen en otras operaciones a lo largo del plazo de la operación, es decir, no se remite a la tasa de una operación, sino a la serie de tasas que

se fijan para las operaciones que se pacten durante todo el tiempo en que se devengan los intereses.

En la aplicación de esta clase de intereses, no es válido el pacto que se deje la cuantía al arbitrio de la voluntad excluyente de una de las partes "...porque se trata de una prestación esencial a cargo del deudor".<sup>208</sup> De tal modo, la fijación de las tasas en esos contratos debe responder a pautas objetivas e igualitarias del mercado, y no depender de la mera voluntad del acreedor, por esto no es admisible que después del contrato se seleccionen grupos de deudores a los que se le aumenta la tasa. Mientras se les mantiene a otros que también contrataron a tasa variable, eso sería variar la tasa de modo no objetivo, en detrimento de deudores determinados.

Esta clasificación es, usualmente, aplicable en los mercados internacionales, generalmente en los préstamos de cierta duración como, por ejemplo, podrían citarse los préstamos con cláusulas de tasa Libor o Prime Rate.

La forma correcta de calcular intereses a tasa variable, implica que la tasa ha de variar cada vez que cambia la tasa de referencia, por ejemplo, se pacta que los intereses de mi préstamo se calcularán según la tasa de los créditos hipotecarios de tal banco, para eso no es preciso que mi crédito sea hipotecario, ni que contrate con ese banco, solamente se ha decidido aplicar esa tasa, la cual al variar, también se cambiará mi tasa.

Al respecto nuestros juzgadores han señalado lo siguiente: **"IV-** *El contrato fue suscrito el 31 de julio de 1997 y los bancos del Estado fueron autorizados para pactar intereses ajustables o variables hasta el 22 de noviembre de 1988, pero como ya se indicó no es aplicable esta autorización a los particulares, pues no la necesitan, pues está permitida al no estar prohibida y más bien constituye una práctica común que se pacte así, pues la*

---

<sup>208</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 102.

*fluctuación de los intereses responde a un problema económico de desvalorización de la moneda en procesos de inflación, por ello, el interés es ajustable cada cierto tiempo, esta cláusula de interés variable no es abusiva ni roza con el numeral 1023 del Código Civil, tampoco es un contrato de adhesión, pues los términos del mismo son acordados por ambas y la fijación de la tasa se varia de acuerdo con criterios objetivos como es el caso, ya la Sala Constitucional ha dispuesto que eso es parte de una contratación válida entre las partes que lo acuerdan en forma libre, como una manifestación de la libre contratación de las partes, que estos intereses variables lo que hacen es asegurar al prestamista que su deuda va a tener su valor original y que no va a verse afectado por las depreciaciones del dinero, en este sentido, puede consultarse la Resolución No. 2784-94 de la Sala Constitucional de las 9:45 horas, del 10 de junio de 1994. V- La libre fijación de los intereses encuentra respaldo en el numeral 497 del Código de Comercio, ya que el interés variable es una modalidad del interés convencional, pues las partes libremente así lo pactan, además de que a partir de 1990, el legislador lo incorporó expresamente a nuestro ordenamiento en la norma dicha, además dichas tasas se varían con criterios objetivos y justos y, por ello, las cláusulas que las contemplan no son nulas, ni abusivas ni rozan el numeral 1023 del Código Civil, en este mismo sentido, ya este Tribunal ha resuelto casos similares a este, pudiendo consultarse la sentencia No. 125 Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera, dictada a las ocho horas veinticinco minutos, del cuatro de abril de 1995. Por lo expuesto, se revoca la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar sin lugar en todos sus extremos esta demanda.<sup>209</sup>*

## **D. SEGÚN LA FORMA DE PERCEPCIÓN**

### **1. TASA DE INTERÉS VENCIDA**

Se manifiesta cuando los intereses se liquidan al tiempo de la amortización del capital, o en el supuesto de vencimientos sucesivos o préstamos en cuotas, simultáneamente con estas últimas. El interés vencido, corresponde a aquél que se paga al vencimiento del préstamo u operación.

---

<sup>209</sup> Resolución número 8, del Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, a las 8:05 horas, del 15 de enero del año 1999.

## 2. TASA DE INTERÉS ADELANTADA

El interés adelantado es el que se cobra, al inicio de la operación del préstamo, esta clasificación puede encontrarse en determinadas operaciones bancarias, en las cuales la liquidación y recaudación de los intereses se realiza en forma adelantada.

Se habla, en este caso, de tasa de descuento, concretamente porque el interés se descuenta del capital prestado, quien presta el capital resta (descuenta) el interés del capital antes de prestarlo y, de esta forma, el deudor deberá así al vencimiento de la operación solamente el capital. La tasa de descuento tiene como función determinar el valor actual de un bien futuro, para una mayor comprensión puede remitirse el ejemplo del autor Ariel Barbero, quien da el siguiente ejemplo: *"Dentro de un año habré de recibir un capital de US\$1000. Pero ¿cuánto valen actualmente esos mil? La proporción que hay que restarle o descontarle al capital, a los \$1000 del ejemplo, para tener su valor actual, es la proporción que indica la tasa de descuento."*<sup>210</sup>

Como ejemplo, Carlos Villegas y Mario Schujman, narran el ejemplo del descuento, el cual se da cuando una persona (descontatario), entrega a un banco (descontante) títulos valores u otro tipo de documentos comerciales quien los compra con cláusula de buen fin y le acredita el importe de los documentos deducidos el interés correspondiente al plazo que falta para el vencimiento de los mismos (descuento).

Una referencia más específica se encuentra en la legislación argentina, en la cual como única excepción a la regla del pago de los intereses vencidos, están las operaciones de vencimiento único y a un plazo que no exceda de 180 días en las que puede cobrarse interés por adelantado.

---

<sup>210</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000, página 31.

## E. SEGÚN SE APLIQUE SOBRE CAPITAL ACTUALIZADO O NO.

### 1. NOMINAL

Corresponde al interés que se cobra en las operaciones convenidas sin ajuste de capital, por lo cual deriva un interés más elevado, puesto que contiene una fuerte previsión por depreciación de la moneda, buscando esquivar la inflación.

### 2. REAL

Conocido como interés puro, cual es aplicado a obligaciones de préstamos ajustables por medio de la utilización de alguna cláusula de estabilización del capital; sería puro porque ya no contiene la previsión de la depreciación monetaria. El rendimiento del capital, su fruto civil, es decir, el interés real, solamente se refleja al apartar al interés nominal no sólo la previsión por la depreciación monetaria, sino también los restantes conceptos que compensan costos sin retribuir ganancias para el prestamista, así cuando se hace referencia a la tasa activa es *"...la que cobran los bancos y otras instituciones financieras que colocan su capital en préstamos a las empresas y los particulares."*<sup>211</sup>

Ariel Barbero hace con relación a la tasa efectiva, definiéndole como *"...la tasa que produce el mismo monto final, pero capitalizando de modo simple, es decir, solamente al final de la operación... En nuestro país se ha generalizado la costumbre de usar esas denominaciones también para una cosa enteramente distinta, se habla de tasa efectiva, aludiendo al interés que se cobra en moneda actualizada... pero llamar a esa tasa "efectiva" es confundir las cosas."*<sup>212</sup>

<sup>211</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/dic/T.htm#tasa%20de%20interés>.

<sup>212</sup> BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000, página 31.

En el mismo orden de ideas, Barbero nos asegura que la primera definición señalada por él es la matemática financiera, sin embargo en la práctica, es común que se use también para algo distinto, haciendo referencia a la incidencia de la depreciación monetaria en el significado económico real de una operación.

## F. SEGÚN SE CALCULE EN FORMA DIRECTA O CAPITALIZADA

### 1. COMPUESTO

*"Se trabaja a interés compuesto cuando los intereses producidos al cabo de un período se capitalizan y, a su vez, siguen produciendo intereses hasta el final del plazo... Cuando la tasa se expresa en términos iguales a los del período de capitalización se habla de tasa efectiva: tasa anual y período de capitalización anual, tasa mensual y período de capitalización mensual, de lo contrario, por ejemplo, si la primera es anual y la segunda mensual, se habla de tasa nominal."*<sup>213</sup>

La clasificación en cuestión, tiene en cuenta la "capitalización" periódica de los intereses, previendo una reinversión del capital en un lapso establecido. En el interés compuesto, se suman periódicamente los intereses al capital, y la tasa se aplicará en el próximo período sobre ese nuevo capital, "...se obtiene cuando al capital se le suman periódicamente los intereses producidos. Así, al final de cada periodo el capital que se tiene es el capital anterior más los intereses producidos por ese capital durante dicho periodo."<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 104.

<sup>214</sup> <http://www.monografias.com/trabajos58/tasa-interes/tasa-interes2.shtml>

## 2. SIMPLE

El interés simple es el producido de manera fielmente proporcional al capital, tiempo y tasa, y calculado en forma directa desde del inicio del término de la operación hasta su finalización "...se obtiene cuando los intereses producidos, durante todo el tiempo que dure una inversión, se deben únicamente al capital inicial."<sup>215</sup>

Es decir, en el interés simple, el capital no varía siempre se aplicará la tasa que corresponda, pero sobre el capital inicial. Puede decirse que en el caso del interés simple el período de capitalización coincide con el de la operación: solo se capitaliza al finalizar ésta.

### G. SEGÚN LA FORMA COMO SE CALCULE EL INTERÉS EN UNA OPERACIÓN AMORTIZABLE EN CUOTAS

Esta clasificación deviene del supuesto en el cual en las operaciones comerciales y en las financieras pueda acordarse que el capital se amortice en cuotas periódicas, manifestándose de las siguientes dos maneras.

#### 1. DIRECTO

Es aquél que se determina sobre el total del capital adeudado, y no tiene en cuenta las amortizaciones de capital que se van efectuando; es decir, es la tasa que se denominará directa cuando se aplica durante todo el plazo sobre la deuda inicial.

---

<sup>215</sup> <http://www.monografias.com/trabajos58/tasa-interes/tasa-interes2.shtml>

## 2. SOBRE SALDOS

Inversamente, esta tasa se cobra sobre el monto adeudado en cada período, se calcula tomando en cuenta los saldos de capital después de cada amortización, computándose sobre un capital que, poco a poco, se va reduciendo.

### H. EN LAS OPERACIONES BANCARIAS SEGÚN SE TRATE DE INTERÉS QUE PAGUE EL BANCO O INTERÉS QUE CUBRA

Entidades financieras, y más concretamente los bancos toman depósitos a plazo y en cuentas de ahorro para las personas que pagan intereses. De esta manera, existen operaciones pasivas y activas, en el primer supuesto, porque corresponde a cuentas del pasivo en su balance, en el segundo, se cobran intereses por los préstamos que realizan, contabilizadas en cuentas del activo de sus balances.

#### 1. PASIVO

Corresponde a los intereses que paga el banco por las transacciones de depósito tanto a plazo como en cuentas de ahorro. También, es conocida en la legislación colombiana como interés de captación. Una operación pasiva, es aquella que capta ahorro del público. Económicamente, se entiende como el *"...rendimiento por retener un instrumento financiero en vez de dinero, es el promedio ponderado de las tasas de interés brutas que rigen en los bancos comerciales del Sistema Bancario Nacional (excluye departamentos hipotecarios) y en las empresas financieras no bancarias, para las operaciones pasivas en*

*colones a seis meses plazo y de las que reconozcan el Banco Central de Costa Rica y el Ministerio de Hacienda por los títulos que coloquen en colones a ese mismo plazo.*<sup>216</sup>

## 2. ACTIVO

El interés activo es aquél que cobra una entidad por operaciones de préstamo en general, como es el caso del mutuo, descuentos, aperturas de crédito, anticipos, entre otras, es decir, se llaman operaciones pasivas a aquéllas por las que se presta dinero a un cliente de bancos o entidades financieras, corresponde a la que cobran los bancos y otras instituciones financieras que colocan su capital en préstamos a las empresas y los particulares.

Es importante destacar que las pasivas son más altas, ya que con los intereses ganados con ellas se pagan los percibidos por las activas y, además, en esta especie va incluido el interés de captación, resulta obvio que la tasa cobrada sea superior a la de captación. Asimismo, esta clase se denomina también interés de colocación.

Para Ariel Barbero, respecto de esta categoría, hay que aclarar que no existe la tasa activa o la tasa pasiva, por la razón de que no existe la operación activa o la operación pasiva; la denominación de activa o de pasiva es genérica y corresponde a múltiples operaciones de distinto tipo y que pueden ser llevadas a cabo por distintas instituciones financieras.

En este sentido, también se afirma que *"...es el precio que un individuo paga por un crédito o por el uso del dinero, sin embargo no es en sí el precio del dinero.*<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> <http://www.auladeeconomia.com/MERCADOS%20FINANCIEROS.ppt>.

<sup>217</sup> <http://www.auladeeconomia.com/MERCADOS%20FINANCIEROS.ppt>.

### SECCIÓN III: FIJACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO

#### A. ESPAÑA

El Código Civil Español, en el numeral 1108, señala lo siguiente: *"Si la obligación consistiera en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, y a falta de convenio en el interés legal. Mientras no se fije otro por el Gobierno, se considerará como el legal el interés del seis por ciento por año."*

En este sentido, en el artículo 1755, relativo al mutuo, dice que no se deberán intereses cuando no se hubieren pactado. Además, el numeral 1109, admite que devenguen intereses legales los intereses vencidos que son reclamados judicialmente.

Por otro lado, el Código de Comercio, artículo 314, dispone que el pacto de intereses se debe hacerse por escrito y, luego, en el numeral 315, se define el interés como toda prestación pactada a favor del acreedor y se autoriza a pactar el interés sin tasa ni limitación de ninguna especie.

Como se ve dicha legislación otorga a las partes amplia libertad para establecer la tasa de interés dentro de un contrato de préstamo; sin embargo, dicha libertad fue demarcada por ley posterior del año 1908, la cual reprimía la usura, puesto que declaraba nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. *"Si bien en un principio el Tribunal Supremo sentó la doctrina de que esta ley no era aplicable a los*

*préstamos mercantiles rectificó posteriormente esa posición en sentencia de 1941 confirmada en 1944.*<sup>218</sup>

En relación con los intereses moratorios se prevé que el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación de restituir, le obliga al pago de intereses moratorios, conforme con lo pactado o, en su defecto, del interés legal.

A diferencia del artículo 1109 citado anteriormente, el numeral 317 del orden mercantil, los intereses vencidos y no pagados no devengan intereses líquidos y no satisfechos, que como aumento del capital, devengarían nuevos réditos.

## **B. FRANCIA**

Del Código Napoleón de 1804 se desprende en su artículo 1905 la doctrina de la libertad en materia de intereses, evidentemente como consecuencia de la ideología de libertad de la Revolución Francesa. Sin embargo, poco después, específicamente en 1807, se fijaría un límite a la tasa de interés, en este caso, 5% anual en materia civil y 6% anual en materia comercial.

## **C. PARAGUAY**

Recientemente, el Código Civil paraguayo, el cual entró en vigencia desde el 1987, unificó la legislación civil y comercial, estableciendo lo siguiente:

---

<sup>218</sup> VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 104.

En las obligaciones de dar sumas de dinero, no se podrán acordar intereses compensatorios o moratorios, ni ningún tipo de comisión que sea superior a las tasas máximas establecidas por el Banco Central del Paraguay, bajo pena de nulidad de la cláusula respectiva, cualquiera que sea la denominación que se asigne a la prestación accesoria a cargo del deudor. Como se desprende, se establece la prohibición no solo para la prestación de intereses, sino para cualquier otra obligación colateral que en la mayoría de los casos se acuerdan para cometer el abuso, formas supuestas de usura civil.

Asimismo, los intereses se deben por el hecho de la mora, aunque no se justifique el perjuicio. El acreedor no puede exigir mayor indemnización en virtud de haber sufrido un perjuicio superior a la inexecución de la obligación y, en ningún caso, el interés compensatorio sumado al moratorio podrá exceder la tasa máxima.

Al regular específicamente el contrato de mutuo, este código en su numeral 1294 establece en su párrafo final que, salvo pacto en contrario, el mutuario debe abonar intereses al mutuante. Y el artículo 1297 prescribe que si el mutuario no cumple la obligación de pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato.

#### **D. ECUADOR**

El Código Civil de este país, al regular el contrato de mutuo señala en su artículo 2135 en concordancia con el 2126, que el interés convencional civil o comercial, no podrá exceder los tipos máximos establecidos por ley, y en lo que excediere, serán reducidos por los tribunales aun sin solicitud del deudor. Asimismo, en este último artículo, denominan al interés corriente como aquél que se cobra en plaza, siempre que no exceda del máximo del convencional, y si en el pacto de los intereses no se estipula la cuota, se entenderán los intereses legales, los cuales, a su vez, corresponden a los determinados por

organismo competente del Estado. Además, en el artículo 2140, se prohíbe taxativamente la capitalización de intereses.

El artículo 2142 resulta muy interesante en cuanto a que señala que el acreedor que pactare o recibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aun cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el 20% de su crédito que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se presumirá que existe usura cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento, relativas a la obligación sin determinar concretamente el monto del valor recibido.

Por otro lado, el Código de Comercio, en los numerales 557 y 561, respectivamente, asevera que, el préstamo mercantil devenga intereses, salvo pacto en contrario, tal estipulación de intereses distintos de los legales deben ser hechas por escrito. Asimismo, no se deben réditos de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en otra especie de deuda comercial, sino desde que liquidados éstos, se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital o desde que de común acuerdo o por declaración judicial se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces, lo cual no podrá tener lugar, sino cuando las obligaciones de que preceden estén vencidas y sean exigibles de contado.

## **E. COLOMBIA**

El Código de Comercio de Colombia, en su artículo 884, prescribe que cuando en los negocios mercantiles haya que pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente y si las partes no han acordado el

interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses.

## **SECCIÓN IV: FIJACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE**

### **A. ANÁLISIS DE LA TASA DE INTERÉS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**

Se vio anteriormente todo el marco teórico acerca de los intereses en un contrato de préstamo, con tal estudio general se cuenta con todos los elementos necesarios para realizar un análisis particular acerca de la regulación dada a la tasa de interés en nuestro ordenamiento jurídico. En un primer orden, se analizará la normativa relacionada con la tasa de interés corriente y, posteriormente, la del interés moratorio en el Código de Comercio vigente.

#### **1. INTERÉS CORRIENTE**

La tasa de interés corriente se encuentra regulada someramente en los numerales 496 y 497 del Código de Comercio, de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 496.-** *Salvo pacto en contrario, el préstamo mercantil será siempre retribuido. La retribución consistirá, a falta de convenio, en intereses legales calculados sobre la suma de dinero o el valor de la cosa prestada. Los intereses corrientes empezarán a correr desde la fecha del contrato, y los moratorios desde el vencimiento de la obligación.*

**ARTÍCULO 497.-** *Se denomina interés convencional el que convenga las partes, el cual podrá ser fijo o variable. Si se tratare de interés variable, para determinar la variación podrán pactarse tasas de referencia nacional o internacional o índice, siempre que sean objetivos y de conocimiento público.*

*Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual a tasa básica pasiva del Banco Central de Costa Rica para operaciones en moneda nacional y a la tasa 'prime rate' para operaciones en dólares americanos. Las tasas de interés previstas en este artículo podrán utilizarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluyendo las documentadas en títulos valores.*

**(Así reformado por el artículo 167, inciso h), de la Ley No. 7558, del 3 de noviembre de 1995)**

Sin embargo, tal regulación va muy acorde con el sistema de libertad contractual, sin establecer mayor limitación a su establecimiento, esto sin perjuicio de toda la regulación existente que ya se ha analizado, la cual viene a ser el sistema de freno a tal regulación.

## **2. INTERÉS MORATORIO**

Por otro lado, se encuentra muy escuetamente regulado la tasa de interés moratorio en el numeral 498, el cual dice:

**ARTÍCULO 498.-** *Los intereses moratorios serán iguales a los intereses corrientes, salvo pacto en contrario.*

*Cuando se pacten intereses corrientes y moratorios, estos últimos no podrán ser superiores en un treinta por ciento (30%) de la tasa pactada para los intereses corrientes.*

*Cuando no se pacten intereses corrientes, pero sí moratorios, éstos no podrán ser superiores en un treinta por ciento (30%) a la tasa de interés legal indicada en el artículo anterior.*

***(Así reformado por el artículo 167, inciso h), de la Ley No. 7558, del 3 de noviembre de 1995)***

Respecto del tema en cuestión, en un primer término, si no existe convenio entre partes los intereses moratorios equivalen a los corrientes; sin embargo, si acordare sobre tal, de manera contrapuesta a lo anterior, el legislador estableció un límite de un 30% superior a la corriente, el cual debe ser observado por las partes. De manera taxativa, se limita el establecimiento de las partes acerca de la tasa de interés cuando el deudor no paga su contraprestación en el tiempo acordado.

*"En realidad, la queja del impugnante se circunscribe a la posibilidad de impugnar judicialmente la tasa de interés aplicada por la sociedad acreedora en el documento de crédito base de la demanda cobratoria. Si bien no existe norma expresa en el Código Civil ni en materia mercantil salvo lo relativo en esta disciplina en que sólo se limita el interés moratorio en el sentido de que no pueden superar un 30% respecto de los réditos corrientes artículo 498."<sup>219</sup>*

*"...pero no aprueba la tasa de interés moratorio pactada por las partes, en virtud de que la misma sobrepasa en mucho, dice, el límite que establece la ley. Concede entonces la obligación de pagar réditos moratorios a la tasa legal más un treinta por ciento."<sup>220</sup>*

---

<sup>219</sup> Resolución N° 943, TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, a las 7:50 minutos, del 14 de setiembre del 2007.

<sup>220</sup> Resolución N° 201, TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA. San José a las 9:15 minutos, del 15 de julio del 2008.

"II °.- Los intereses corrientes fueron convenidos en el 2,75 % mensual y los moratorios al 3,75 % mensual. La letra se libró el seis de diciembre de mil novecientos noventa y seis para ser pagada el seis de enero de mil novecientos noventa y siete. En consecuencia, los intereses corrientes corren por el plazo de un mes.

III °.- De conformidad con la Ley 7558, del 3 de noviembre de 1995 que es la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, cuya Sección IV del capítulo V regula las Disposiciones Generales y Reformas de otras leyes, fue reformado el artículo 498 del Código de Comercio, en cuya virtud los intereses moratorios, serán iguales a los corrientes, salvo pacto en contrario como ocurre en este caso, pero no pueden exceder del 30% de los corrientes que se convinieron. El 30% de 2,75 es 0,825. Al sumar 2,75 más 0,825 el resultado es 3,575. De manera que al convenirse los intereses moratorios en 3,75 % mensual, eso excede el 30 % que prevé y limita la ley mencionada.<sup>221</sup>

Así, en un primer término, las partes y los jueces encuentran en este artículo un parámetro objetivo por medio del cual se determina la desproporcionalidad de una tasa de interés

## **B. FACULTADES DE LOS JUECES**

**"ARTÍCULO 28.-** Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

---

<sup>221</sup> Resolución 558, del Tribunal Primero Civil de las 7:45 horas del 28 de abril del 1999.

*No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.*<sup>222</sup>

**"ARTÍCULO 22.-** *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.*<sup>223</sup>

De los anteriores artículos de nuestra Carta Magna y el Código Civil, bases medulares del presente estudio, se desprende la facultad otorgada a los jueces para intervenir cuando se encuentran ante una situación que contenga circunstancias de abuso, como la específicamente el caso en estudio, sea este la fijación de la tasa de interés por las partes contratantes, para que, de esta manera, se impida la subsistencia del abuso.

El cobro de una determinada tasa de interés con ocasión del préstamo de una suma de dinero es un tema ubicado en el ámbito de la libertad contractual de las partes, como derivación de los anteriores artículos, en el sentido de que toda actividad humana que no esté comprendida dentro de las excepciones previstas en el numeral 28, están fuera del dominio de control estatal.

---

<sup>222</sup> Constitución Política, artículo 28.

<sup>223</sup> Código Civil, artículo 22.

Sin embargo, este derecho de las partes de pactar una determinada tasa de interés, como todo derecho se encuentra sujeto a límites, ello con el propósito de que con su ejercicio no se vulnere el contenido de la norma constitucional anteriormente citada. Estos límites pueden ser establecidos por el juzgador, atendiendo diferentes criterios deducidos en capítulos atrás, teniendo que tomar en cuenta, la doctrina del abuso del derecho, los principios generales del derecho, la regulación financiera bancaria, la regulación existente del Derecho del Consumidor y, desde luego, el Código Civil y de Comercio, cuando esté frente a casos en que exista de por medio un litigio referente a la fijación del interés en los contratos de préstamo.

Nuestra jurisprudencia reconoce y fundamenta las facultades del juez en materia de fijación de intereses de la siguiente manera: *"La reforma operada en nuestro Código Civil en el año 1986, evidencia una modificación sustancial al Derecho Privado costarricense de enorme trascendencia social, moral y humana, al presentar como **efecto interpretativo en la aplicación del Derecho**, componentes anteriormente no incorporados con la misma intensidad, tales como **la moral, buena fe y las buenas costumbres**, adicionada en ocasiones con la evitación de la intención de dañar (artículos 3, 10, 11, 20 y 22 del Código Civil). La reforma operada presenta el triunfo en el ordenamiento positivo de la moral que debe penetrar en el derecho en toda su extensión y como advertía Jossierand: "...en verdad, el derecho no es otra cosa que la moral social en cuanto esta reviste un carácter obligatorio; es el imperativo moral obligatorio, es el gran soplo que vivifica, como un viento venido de altamar, todas las creaciones del legislador, del juez, del jurista."* (Louis Jossierand, "Del abuso de los derechos y otros ensayos", Editorial Temis, Bogotá, 1982, Pág..28). Del contexto de los artículos de cita, se evidencia por su contenido una elocuente **ampliación de las facultades de los jueces, dejando un marco más amplio para la incorporación de los principios de equidad, en lugar de ajustarse a soluciones excesivamente rígidas previstas de antemano**. No se

trata con ello de fomentar la discrecionalidad judicial de manera ilimitada, sino que **la ley brinda al juzgador un arma dúctil, que deberá ser manejada con prudente arbitrio, para llegar a la solución más justa posible.**

**IV.- Lo referente a la posibilidad de revisión o modificación de tasas de intereses excesivas o abusivas representa una materia de evidente contenido social y de orden público. Particularmente la facultad de la justicia para reducir un interés que se considere abusivo y excesivo se funda en el principio de que nada contrario al orden público y a las buenas costumbres puede tener amparo judicial, puesto que el costo del dinero es una cuestión que atañe a toda la comunidad y además, no escapa a las limitaciones impuestas en nuestro orden jurídico que facultan a los juzgadores a la aplicación de las normas previstas en el Código Civil: Artículo 3º: "El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resultan contrarios a la moral o al orden público o una norma de carácter prohibitivo". Por su parte el ordinal 11 ejúsdem dispone: "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita." Las anteriores disposiciones legales facultan a los jueces para controlar la justicia o razonabilidad de los porcentajes de intereses sustentados en las disposiciones legales de carácter general aludidas y, desde luego, aplicables a materia mercantil por disposición expresa del artículo 2 del Código de Comercio, siempre que se evidencia la contrariedad a las exigencias de la buena fe y se atente el orden público y las buenas costumbres. La mayoría de la Cámara estima que lo relativo a intereses corresponde a un tema de enorme significación y sensibilidad social. El pago de intereses abusivos reduce sensiblemente el poder adquisitivo del damnificado, que en el supuesto caso de poseer algún bien, puede llegar a que se lo ejecuten.**

***Las disposiciones comentadas e introducidas al Título Preliminar del Código Civil en el año 1986, suponen una cortapisa al principio de la libertad contractual en cuanto se aprecie la existencia de un porcentaje de interés pactado notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado, lo cual contrasta con la moral, buena fe, orden público y máximas de equidad. Es de recibo, pues, las alegaciones del apelante, en el sentido de que las disposiciones de orden público prohibitivo de los actos contrarios a la moral y buenas costumbres, admitan la facultad judicial ante reclamo de parte de reducir o morigerar los intereses que excedan del límite de la ganancia lícita, para convertirse en un enriquecimiento injusto.***<sup>224</sup>

La anterior resolución es elocuente respecto de las facultades del juez para intervenir en la fijación de la tasa de interés en un contrato de préstamo, lo cual como se vio es tratado a nivel jurisprudencial como materia de orden público, conforme con la moral, buenas costumbres y la equidad, principios que fundamentan la intervención del juez en aras de proteger un sistema contractual equilibrado.

Por otro lado, a pesar de que nuestro sistema contractual corresponde al de libertad de las partes, según se desprende del capítulo quinto del Código de Comercio, dedicado exclusivamente, al préstamo mercantil, de los mismos numerales es posible deducir las facultades que poseen los jueces al respecto. El juez posee facultades tanto para la revisión de establecido por las partes como para lo omitido por las mismas en el contrato, en aras de la observancia de nuestro sistema normativo.

---

<sup>224</sup> Resolución N° 943, del Tribunal Primero Civil. San José, a las 7:50 horas, del 14 de setiembre del 2007.

### C. BÚSQUEDA DE UN "PARÁMETRO OBJETIVO."

El derecho de las partes por establecer una determinada tasa de interés tanto para el tipo corriente como el moratorio, como se ha visto se encuentra dentro del ámbito de la autonomía de la libertad entre las partes contratantes, ya que es una actividad exenta del control estatal; sin embargo, como todo derecho y su correspondiente ejercicio, se encuentra sujeto a límites que responden a la tutela de principios que debe existir en la relación acreedor-deudor y posibles terceros involucrados. Sin embargo, el ejercicio de un derecho aparentemente ilimitado, concedido a las partes para pactar una determinada tasa de interés dentro de un contrato, aunado al carente análisis judicial, ha conducido en la práctica jurídica a la legitimación de una situación perversa, que se traduce en un abuso del derecho mismo.

En este sentido, existe a nivel doctrinal gran controversia en cuanto a la posibilidad de establecer límites o topes al establecimiento del interés por los contratantes, puesto que se encuentran autores que señalan tanto la importancia de la fijación de un límite imparcial, objetivo y general, como también los que critican tal posición.

En pro del establecimiento de límites a las tasas de interés, Eduardo Favier y Lucía Spagnolo sostienen que *"...por su relevancia macro y macroeconómica, las tasas bancarias de interés deben tener límites fijados por la ley. El pacto sobre tasas bancarias no puede remitir a la que fije unilateralmente el banco, ni puede inferirse de resúmenes no impugnados. En ningún caso, puede admitirse una tasa usuraria. El concepto de tasa usuraria no debe establecerse en comparación con otras tasas bancarias, públicas o privadas, sino con el rendimiento general de las actividades económicas en el mercado. Toda vez que los gastos incurridos por el banco para atender sus operaciones, en tanto*

*costos, forman parte de la tasa de interés aplicada, no corresponde adicionar a los intereses cargos por servicios ni comisiones.*<sup>225</sup>

Como respaldo de sus argumentos, dichos autores ponen como ejemplo el caso de Estados Unidos y su país, Argentina, en relación con la relevancia macroeconómica, en el primer país, la fijación de las tasas de interés por la Reserva Federal es un instrumento de política económica vinculado al control de los precios y al fomento del empleo, en atención a estos fines y desde enero del 2001, la tasa fue reducida del 6,5% al 1,75% anual para luego subir hasta el 3,5% anual. Por su parte, en Argentina, el Banco Central no fija la tasa de interés para el sistema bancario, como sucede igualmente en nuestro país. Y es que cuando la relación nace de un contrato y existe tasa pactada la regla es que es ella la que debe aplicarse, pero aseguran que el término "pactada" debe ser interpretado en forma restrictiva, y no puede comprender situaciones en las cuales se deje librada a la voluntad del banco la fijación de la tasa.

Siguiendo el mismo autor en relación con el tema también dice que las tasas pactadas pueden cuestionarse vía usura; sin embargo, enfatizan que *"...el concepto de desproporcionados debe ser juzgado en cada caso sin que sea suficiente su relación con las tasas del mercado bancario, ya que ello implicaría excluir a priori a los bancos como autores del delito penal o civil."*<sup>226</sup> Esto último resulta muy importante, porque a pesar de que nuestro sistema bancario y, en especial, el público encuentra sus actividades reguladas, nuestros tribunales en algunos casos, utilizan promedios de tasas establecidas por los bancos para tratar de establecer un parámetro objetivo con el cual a partir del mismo, determinar el exceso o desproporción en la tasa de interés en un contrato

---

<sup>225</sup> FAVIER DUBOIS (Eduardo M.) y PÉREZ LOZANO (Néstor O). **Contrataciones empresarias modernas. Las tasas de interés en las operaciones bancarias.** Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 2005, página 137.

<sup>226</sup> FAVIER DUBOIS (Eduardo M.) y PÉREZ LOZANO (Néstor O). **Contrataciones empresarias modernas. Las tasas de interés en las operaciones bancarias.** Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina, 2005, página 137.

sometido a controversia judicial, sin embargo como bien señala dicho autor, éste es una consideración poco razonable.

De forma opuesta a la anterior posición, los economistas Hassanali Mehran y Bernard Laurens, dicen en relación con la liberalización de las tasas de interés, que, para que el mercado pueda fijarlas y ampliar las actividades y para una asignación del crédito sea más eficiente; que *"...la liberalización de los intereses tal vez no produzca los beneficios esperados si la ocasión, el ritmo y la secuencia no son correctos."*<sup>227</sup> Es decir, debe decidirse cuando empezar y la velocidad con que se avanzará, luego la secuencia se refiere al orden en que podrán liberarse las tasas de los distintos instrumentos financieros sin poner en peligro el sistema bancario, por último la entidad encargada tiene que elaborar una estrategia que permita guiar una política monetaria en el marco de un sistema financiero liberalizado. Se hace la advertencia de que *"...las fuerzas del mercado podrían determinar la asignación de los recursos financieros, los países deben crear un mercado monetario eficiente y las autoridades deben estar preparadas para las innovaciones financieras que seguirán inevitablemente a la liberalización."*<sup>228</sup>

Hector Masnata y Enrique Bacigalupo, al respecto, señalan que *"...se sujeta el dinero a la ley de la oferta y la demanda, rechazándose la intervención legislativa, sosteniéndose que todo intento de estabilizar una tasa determinada está condenado al fracaso."*<sup>229</sup>

A. Quintano Repolles, al hacer referencia a una ley, nos señala el siguiente ejemplo: *"La ley de 1908, bien que abandonó el régimen de libertad de la usura, sentando el de su ilicitud, no lo hizo conforme con los clásicos patrones de la imposición cuantitativa de*

<sup>227</sup> MEHRAN, (Hassanali) y LAURENS (Bernard). (1997) **"Finanzas y desarrollo."** Volumen 34, número 2: páginas 31-33. Junio.

<sup>228</sup> MEHRAN, (Hassanali) y LAURENS (Bernard). (1997) **"Finanzas y desarrollo."** Volumen 34, número 2: páginas 31-33. Junio.

<sup>229</sup> BACIGALUPO (Enrique) y MASNATE (Héctor). **Negocio Usurario. Ilícito civil y delito de usura.** Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos., Buenos Aires, 1972., página 41.

*tasas de interés, tan desacreditado por su ineficacia y sujetos y, además, a continuas fluctuaciones determinadas por las existencias del tráfico, realidad reñida con los propósitos que informaron dicha ley, bien acreditada a través de más de un medio siglo de vigencia.*<sup>230</sup> Con tales declaraciones, es evidente la crítica que realiza el autor en torno al establecimiento de límites a las tasas de interés y la usura, el cual califica de falta de eficacia, y de sustento en la realidad.

Siguiendo este orden de ideas y en nuestro país el ingeniero Marco Stoviac, alrededor de dicho tema resalta la importancia de dejar a las partes la libre asignación de la tasa de interés dentro de un contrato de préstamo, puesto que considera que las personas como los legisladores y los mismos jueces al intervenir en un conflicto al respecto, no conocen verdaderamente cuáles son los factores que intervienen en el establecimiento de las tasas, por lo que sus propuestas son, por lo general, muy vagas económicamente hablando, e inclusive muchas veces, resultan en detrimento del sistema financiero; además, considera que las leyes existentes al respecto en la normativa costarricense es amplia y buena, y más bien una ley que venga a fijar un límite a las tasas en un contrato, no sería conveniente puesto que el sistema económico es altamente cambiante, y el establecimiento de las tasas responden a múltiples elementos económicos y a su correspondiente interrelación, los cuales no son tomados en cuenta por los juristas.

Tales perspectivas como se ha visto tienen sus pros y sus contras e inclusive no dejan ni una ni la otra de tener argumentos de peso; sin embargo, esta investigación pretende mostrar ambas posiciones y abrir un portillo para su profundo análisis, más que dar la solución al respecto, u otorgar la etiqueta de veracidad y certeza a algunas de las dos posiciones, esto, principalmente, porque ambas posiciones tienen bases distintas, la

---

<sup>230</sup> QUINTANO RIPOLLES, A. (1965). "Revista de derecho privado" **Usura Civil y Usura Penal**. Tomo XLIX, página 18. Enero-diciembre.

primera constituye una visión legal, social, la segunda se encuentra orientada en su mayoría de manera económico-financiera; por lo tanto, resultaría temerario conferirle la razón a alguna de las dos.

#### **D. REGULACIÓN A ENTIDADES PRIVADAS NO BANCARIAS**

En un principio esta investigación se encontraba dirigida a ofrecer un parámetro como se señaló anteriormente objetivo, imparcial y razonable con el cual se viniera de manera generalizada a regular el establecimiento de una tasa de interés dentro de un contrato de préstamo, principalmente respecto de los intereses corrientes, puesto que no existe norma alguna que determine un tope como sí sucede en el caso de los moratorios, tasa limitada por medio del artículo 498 del Código de Comercio, al señalar que cuando se pacten intereses corrientes y moratorios, éstos últimos no podrán ser superiores en un 30%, de la tasa pactada para los intereses corrientes.

En este sentido, la pretensión en un principio consistía en el establecimiento de un límite para los intereses corrientes, no sólo para los contratos entre prestatarios y prestamistas como personas físicas, sino también jurídicas como lo son los bancos y entidades crediticias privadas, todo lo cual se encontraba encaminado de darle al juez una herramienta por medio de la cual definir cuando estábamos ante un abuso en el establecimiento de una tasa de interés, no realizando un análisis particular del caso, sino que dispusiera de uno o de varios parámetros objetivos con los cuales justificar sus decisiones de manera objetiva y generalizada.

Sin embargo, como fruto de esta investigación, la cual no sólo consistió en un análisis de nuestra normativa, sino también de jurisprudencia, doctrina, y la opinión de tres expertos en el ámbito financiero y crediticio, los señores Pablo Villalobos Gonzalez, Banco Central,

Marcos Flores Stoviac, Banco Nacional y, el señor Alexis Robles Villalobos, dedicado a la actividad crediticia a nivel privado, pude acentuar la existencia de una gran controversia en cuanto al tema, puesto que la división es muy marcada en cuanto a establecerle límites a las tasas de interés.

Por un lado, encontraba como se expuso, autores que establecían la conveniencia de la fijación de límites y, por otro lado, los que defendían la posición de la libre estipulación de intereses; en el primer caso, la mayoría de los propulsores constituyen estudiosos jurídicos, en el segundo, estudiosos económicos.

Realizado un análisis exhaustivo acerca de las opiniones de los entrevistados y la normativa actual, además de comparar las tasas de interés tanto en bancos públicos como privados para diferentes tipos de créditos, pudo concluirse que existen tres límites a la actividad bancaria nacional, tanto privada como pública, dándole un mayor énfasis a la última:

1. Ley del Sistema Bancario Nacional.
2. Ley Orgánica del Banco Central.
3. Actividad y normativa de la Superintendencia General de Entidades Financieras, y su respectiva regulación a través de directrices.

De igual manera, a pesar de no existir parámetros objetivos dados a los prestatarios bancarios, públicos y privados, a los mismos se les aplica tales normativas, en concordancia con leyes como el Código de Comercio, Código Civil, Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, todas las cuales establecen, según lo analizado en el desarrollo de mi investigación, una regulación para mi concepto aceptable en la actividad bancaria nacional.

Sin embargo, pude comprobar que existe un vacío legislativo en cuanto a la regulación de los prestamistas, sean personas físicas o jurídicas, dedicados de manera privada a la actividad crediticia. Y es que como es posible verificar, en la actualidad, ha proliferado el ofrecimiento de créditos, principalmente hipotecarios y prendarios, una serie de personas que dicen llamarse "prestamistas", los cuales proporcionan dinero con las siguientes características:

1. Préstamo a tasas sumamente altas, abusivas y desproporcionadas en comparación con el capital prestado.
2. Entrega del dinero prestado en lapsos que van desde 1 hora hasta 24 horas.
3. Cobro de sumas de dinero como condición previa a la aprobación del crédito, que en el caso de no aprobarse, las personas pierden el dinero.<sup>231</sup>
4. Dirigidos en su mayoría a personas que no han calificado para la obtención de un préstamo a nivel bancario; principalmente, corresponde a las personas económicamente menos favorecidas.
5. Evidentes abusos en la tasa de interés, en el plazo del préstamo, y en la garantía.

Dichas formas de actividad están, día con día, aumentando, en la actualidad, se encuentran anuncios publicitarios hasta en los autobuses, papeles en donde se resalta las aparentes bondades de la adquisición de un préstamo, y se especifica un número de teléfono, por lo general de teléfono celular, sin ningún tipo de regulación, o control, esto como consecuencia del vacío normativo existente para tales prestatarios.

Por lo tanto, como consecuencia del análisis de todo lo expuesto, se considera necesario la regulación de la actividad de manera específica para tales prestamistas, puesto que no

---

<sup>231</sup> Como ejemplo puede citarse lo señalado por el Señor Alexis Robles Villalobos, quien asegura que conoce de prestamistas, quienes establecen como condición el depósito de hasta cien mil colones, para "trámites varios" previo a la aprobación de un crédito.

existe parámetros que determinen de forma general los límites en su obrar como prestamistas; ni la Sugef, ni el Banco Central realiza ningún tipo de vigilancia a tales prestamistas. En este sentido, es imperioso además destacar el hecho de que son las personas con menos recursos los que resultan más vulnerables en recurrir a esta clase de personas para solicitar un crédito, o también personas en caso de necesidad extrema y extraordinaria, los cuales llegan inclusive a perder sus casas.

## **1. ORGANO CONTRALOR**

En la actualidad, no existe ningún órgano específico que se encargue de regular o de alguna manera supervisar la actividad prestacional de manera privada no bancaria, por lo cual, las personas físicas y jurídicas que se dedican a esta actividad, de manera contraria al sistema financiero bancario privado y nacional, en donde sus actividades encuentran límites establecidos, ejercen sus actividades sin tener que observar normativa alguna, en la cual se establezcan sus límites, sus responsabilidades frente a los usuarios de sus servicios; y es a partir de esta realidad verificada que puede apuntarse que existe un vacío evidente al respecto en nuestro país, el cual ha desembocado en una actividad en su mayor porcentaje abusiva.

Personalmente, se considera muy oportuna la intervención que podría ejercer la Sugef, como órgano contralor de la actividad prestataria en sujetos privados no bancarios, como lo hace en los bancos nacionales y privados, e inclusive de manera más estricta.

Como primera medida sería muy conveniente establecer un registro de prestatarios autorizados, por medio del cual solo las personas de índole privado enlistados puedan proporcionar préstamos a las personas.

## 2. SISTEMA DE BANDAS

Específicamente en relación con el tema de las tasas de intereses en el contrato de préstamo, resultaría de mucha utilidad, la "adopción de un sistema de bandas" alrededor de una tasa promedio para las tasas activas, con este modelo se permite que las tasas varíen en un rango o banda que tiene un valor máximo y otro mínimo alrededor de un valor central promedio. Es decir, una tasa activa promedio con un valor central, de manera simbólica, por ejemplo, de 15% con una variación hacia arriba igual a 5% como máximo, y un porcentaje mínimo hacia abajo de menos 5%.

Este modelo debería ser examinado periódicamente para adaptarlo a los cambios de la economía, como la inflación, entre otros indicadores económicos, de manera semestral. Un período de seis meses, es el más conveniente en razón de que otros períodos como podría ser menos meses volvería muy tedioso y muy cambiante el sistema de bandas; además, necesitaría todo un aparato físico y personal con el cual disponer; una cantidad mayor como podría ser un año, podría no responder a los diferentes acontecimientos económicos que, día con día, se suscitan y, por lo tanto, no producir los efectos deseados, e inclusive más bien profundizarlos.

## CONCLUSIONES

Finalizado el presente Trabajo de Investigación, han logrado obtenerse las siguientes conclusiones respecto del tema de los intereses en los contratos de préstamo:

- a) El principio de libertad de contratación constituye uno de los ejes primordiales que permiten la libre determinación de la tasa de interés dentro de un contrato de préstamo. Sin embargo, este principio intrínsecamente no es absoluto, sino relativo, las personas cuentan con el derecho de fijar la tasa de interés a la hora de acordar sus relaciones contractuales; sin embargo, esta facultad propia del derecho privado, debe responder a la realidad del individuo como miembro de la sociedad, es decir, la libertad contractual es el principio base de la estipulación de intereses en el tanto no se dé un traslape con la aplicación de otros principios de carácter social, que, de alguna u otra manera, lo moldean.
  
- b) Existen en nuestro ordenamiento jurídico diferentes vías a través de las cuales el tema de la estipulación abusiva o desproporcionada de la tasa de interés, puede ser abordado y aplicado, en especial por nuestros operadores del derecho, los jueces; la primer vía, la constituye la Doctrina del Abuso del Derecho, la cual es toda una institución jurídica basada inclusive en una serie de principios de orden constitucional y generales del derecho; la segunda se trata de la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, la cual es posible aplicar en las situaciones de consumo, en las cuales exista desproporción o falta de aplicación en el ejercicio de los derechos que reconoce tal normativa; por último, pero no menos importante, la vía reconocida dentro de la jurisdicción penal, nuestros juzgadores, basándose en el Código Penal, han sancionado a aquella parte contractual que abusa de su derecho de estipulación de intereses en detrimento de la otra; sin embargo, esta vía se encuentra bastante

circunscrita al tipo penal que la contiene, aplicable solamente cuando exista de por medio los requisitos establecidos en el articulado. Tales recursos no están siendo utilizados conscientemente no solo por los juzgadores, sino también por las partes, así como sus abogados asesores, lo cual evidencia la falta de valor otorgado al tema, el cual puede desembocar en la persona más desprotegida, serias consecuencias.

- c) El acreedor o prestamista dentro de la relación de préstamo con su contraparte, tiene una serie de responsabilidades que cumplir ante éste, nuestra normativa es elocuente al establecer consecuencias en el caso que el deudor incumpla con sus obligaciones, sin embargo, no se encuentran normas expresas que le brinden al actuar del acreedor consecuencias directas, en cuanto al abuso de su posición y, en muchos casos, de su superioridad, conllevando a un estado de desequilibrio que desvirtúa la libre contratación, puesto que ésta supone el equilibrio contractual, así las cosas es posible identificar diferentes responsabilidades, según se incumplan principios de derecho, así como normativa específica.
- Responsabilidad por exceso, si se otorgan créditos bajo la consideración de una solvencia patrimonial del prestatario, que más tarde se revela que era aparente o realmente inexistente, en cuyo caso terceros ajenos podrían resultar afectados.
  - Responsabilidad por la transparencia de las condiciones contractuales, a través de la cual se determina una serie de conductas orientadas, esencialmente, a proteger a los deudores en el plano de la información clara, concreta y completa.
  - Responsabilidad por el otorgamiento de crédito lesivo, constituida por el hecho de que, la entidad crediticia hubiera actuado según modalidades que no se ajusten a los criterios de otorgamiento de un crédito bajo los términos de corrección, prudencia y diligencia profesional que se requieren en el desarrollo de la actividad prestacional.
  - Responsabilidad objetiva y extracontractual.

Estos tipos de responsabilidad contractual, objetiva y extracontractual, tiene sustento en una serie de normativa como lo es la Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor, la Ley del Sistema Bancario Nacional, la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias, y su Reglamento, así como amplia doctrina al efecto.

- d) Al agrupar a los prestamistas en dos ámbitos: bancos públicos y privados, y entidades crediticias privadas de naturaleza física o jurídica, es posible concluir que en cuanto a la estipulación de intereses, el primer ámbito se encuentra regulado no solamente por la Ley del Sistema Bancario Nacional, y la Ley Reguladora De Empresas Financieras no Bancarias, y su Reglamento, así como supeditadas a lo dispuesto por la Superintendencia General de Empresas Financieras (Sugef). A pesar de que existen diferencias en cuanto a tasas de interés por parte de los Bancos Privados y Financieras, lo cierto es que mantiene una línea similar en razón de estar sujetas a regulaciones concretas y mediadas por intervención del Estado. En contraposición con éstas se encuentran entidades crediticias privadas de naturaleza física o jurídica, las cuales se demostró que no son reguladas directamente por ningún órgano, ni se encuentran supeditadas a norma concreta que observar, ni tienen parámetros para establecer un límite a la tasa de interés.
- e) Ante la anterior situación, una opción viable lo constituye el establecimiento de un sistema de bandas por medio de la cual se determine alrededor de una tasa promedio las tasas activas, permitiendo que las tasas varíen en un rango o banda que tengan un valor máximo y otro mínimo alrededor de un valor central promedio. Dicho sistema debe ser examinado periódicamente para adaptarlo a los cambios de la economía de manera semestral a través de la intervención de la Superintendencia General de Empresas Financieras (Sugef), quien al mismo tiempo, tendría una lista de prestamistas privados activos.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

1. ALPÍZAR RODRÍGUEZ (Ruth), BRENES VARGAS (Rodrigo) y LÓPEZ RETANA (Ana María). **La contratación desde la perspectiva del consumidor**. Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica, 2005.
2. ALTERINI (Atilio Aníbal), DE LOS MOZOS (José Luis) y SOTO (Carlos Alberto) **Contratación contemporánea: teoría general y principios. Instituciones del derecho privado**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 2000.
3. BACIGALUPO (Enrique) y MASNATE (Héctor). **Negocio Usurario. Ilícito civil y delito de usura**. Editorial Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos., Buenos Aires, 1972.
4. BARBERO (Ariel Emilio). **Intereses monetarios**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
5. BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Endeudamiento excesivo e incumplimiento del deber de información**. Democracia, Justicia y Dignidad humana. Editorial Jurídico Continental, San José, Costa Rica, 2004.
6. BAUDRIT CARRILLO (Diego). **Derecho Civil IV. Volumen I, Teoría General del Contrato**. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990.

7. BARRANTES GAMBOA (Jaime) y SALAS MURILLO (Evelyn). **La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito.** Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S. A., San José, 1997.
8. CASTILLO VÍQUEZ (Fernando). **Elementos económicos en la Constitución Política.** Editorial Juritexto, San José, 1992.
9. DAMIANOVICH DE CERRADO (Laura). **El delito de usura.** Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.
10. FAVIER DUBOIS (Eduardo M.) y PÉREZ LOZANO (Néstor O). **Contrataciones empresarias modernas. Las tasas de interés en las operaciones bancarias.** Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2005.
11. FERNÁNDEZ SESSAREGO (Carlos). **Abuso del Derecho.** Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
12. GERSCOVICH (Carlos Gustavo). **Derecho bancario y financiero moderno. Responsabilidad Resarcitoria de la banca por los ilícitos cometidos en el otorgamiento del crédito.** Editorial Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999.
13. GIAVARINO (Magdalena Beatriz). **Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI. El deber de buena fe en las relaciones contractuales.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.

14. HABA MÜLLER (Enrique Pedro). **Elementos Básicos de Axiología General.** Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2004.
15. JIMÉNEZ VARGAS (Roxana.) **Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI. El principio de la buena fe.** Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.
16. MONTERO PIÑA (Fernando). **Obligaciones Pecuniarias.** Antología de Obligaciones I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005.
17. PACHECO (Máximo). **Los Valores Jurídicos.** Antología de Introducción al Estudio del Derecho II. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, San José, Costa Rica, 2003.
18. PALMA RODRÍGUEZ (Carlos). **Tasas de interés Costa Rica, período 1990-2000.** Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Económicas, Escuela de Economía, 2004.
19. PARAJELES VINDAS (Gerardo). **El Abuso Procesal.** Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 2005.
20. SUESCÓN MELO (Jorge). **Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo.** Tomo I. Editorial Legis, Colombia, 2003.
21. STIGLITZ, (Rubén S.). **Contratos: Teoría General. Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato.** Volumen II. Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

22. TINTI (Guillermo). **El abuso en los contratos**. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, Argentina, 2002.
23. VÁZQUEZ FERREIRA (Roberto A). **Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XXI. La razonabilidad en el derecho de las obligaciones**. Homenaje al Profesor Roberto López Cabana. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.
24. VILLEGAS (Carlos Gilberto) y SCHUJMAN (Mario S.). **Intereses y tasas**. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

## REVISTAS

1. BAUDRIT CARRILLO (Diego). **El principio general de la libertad de contratar**. Revista de Derecho Constitucional, No.2, 1991.
2. GARIBOTTO (Juan Carlos). **La autonomía privada**. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. No. 154-156.Volumen 26. Argentina, 1993.
3. HILJE QUIRÓS (Adrián). **Responsabilidad civil en la protección del consumidor**. Revista de la Judicatura, año III, número 3, marzo, Asociación Costarricense de la Judicatura. San José, Costa Rica, 2007.
4. LALAGUNA (Enrique). **La Libertad Contractual**. Revista de Derecho Privado, Madrid, enero, 1972.

5. LONCHARICH (Ivannia F.). **Gobierno corporativo: un tema que concierne a todos.** Ivstitia, No. 187-188, julio-agosto, 2002.
6. MEHRAN, (Hassanali) y LAURENS (Bernard). **"Finanzas y desarrollo."** Volumen 34, número 2: páginas 31-33. Junio, 1997.
7. PELLUZ ROBLES (Luis Carlos) y CRUZ MORATONES (Carles). **Teoría del velo de la persona jurídica.** Revista Electrónica del Consejo General del Poder Judicial de España.
8. QUINTANO RIPOLLES, A. **"Revista de derecho privado" Usura Civil y Usura Penal.** Tomo XLIX, enero-diciembre, 1965.

#### **TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN**

1. CASTRO CHAVES (Carlos Enrique). **La usura en el derecho costarricense.** Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1975.
2. GUIDO ORTEGA (Álvaro). **El derecho a la información del consumidor.** Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1998.
3. SABALLOS CERDAS (Rainier A.) y ZONTA ARIAS (José María). **La Libertad Contractual.** Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1986.

4. SOSSA SANDI (Roberto). **La usura y el delito contrato.** Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, 1982.

## SITIOS WEB

1. [http://www.choike.org/documentos/ISO\\_SR\\_26000\\_esp.pdf](http://www.choike.org/documentos/ISO_SR_26000_esp.pdf).
2. <http://www.eumed.net>.
3. <http://www.monografias.com>.
4. <http://www.auladeeconomia.com>.
5. <http://www.juridicas.unam.mx/publicalibrevrevjuridcont32prpr20.pdf>
6. TRUJILLO DÍEZ (Iván Jesús). **EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES.** (Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha). Universidad de Castilla-La Mancha.

## LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de Costa Rica.
2. Código de Comercio costa Rica.
3. Código Civil Costa Rica.
4. Código Penal Costa Rica.
5. Código Penal del 21 de agosto de 1941.
6. Ley Orgánica Sistema del Bancario Nacional.
7. Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias.
8. Reglamento a la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias.

9. Ley de Promoción y Defensa Efectiva del Consumidor.
10. Constitución Política de España.
11. Constitución Política de Paraguay.
12. Código Civil Mexicano
13. Código Civil Español.
14. Código Civil Francia.
15. Código Civil Paraguayo.
16. Código Civil Uruguayo.
17. Código Civil Chileno.
18. Código Penal Boliviano.
19. Código Penal de Guatemala.
20. Código Penal Nicaragüense.
21. Código Penal Ecuatoriano.

## **ARTÍCULO DE PERIÓDICOS**

Periódico El Financiero: **"Alto endeudamiento personal"**. 30 de julio del 2000.

Periódico El Financiero: **"Endeudamiento ciudadano."** 08 de noviembre, 2002.

Periódico El Financiero: **"Diferencias de hasta 38% en intereses de créditos personales"**. 9 de enero del 2006.

Periódico El Financiero: **"Hasta un 70% del salario de los panameños se destina al pago de las cuotas de créditos"**. 11 de febrero del 2009.

## **ENTREVISTAS**

1. Entrevista con Alexis Robles Villalobos, prestamista e intermediario privado, realizada el 29 de enero del 2009.

2. Entrevista con Ingeniero Marcos Flores Stoviac, Director de Políticas de Crédito Nacional, Banco Nacional de Costa Rica, realizada el 12 de enero del 2009.
3. Entrevista con Pablo Villalobos González, Banco Central de Costa Rica, realizada el 12 de enero del 2009.

#### **JURISPRUDENCIA UTILIZADA**

1. Resolución No. 01188 a las 21:30 horas, del 17 de febrero de 1999. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
2. Resolución sesión ordinaria de las 13:30 minutos, del 26 de agosto de 1882. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
3. Resolución No. 0104-F-08, a las 15:06 minutos, del 13 de febrero del 2008, del TRIBUNAL AGRARIO SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.
4. Resolución No. 0332-F-08, a las 14:03 minutos, del 30 de mayo del 2008, del TRIBUNAL AGRARIO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.
5. Resolución No. 005, a las 14:15 minutos, del 24 de enero de 1997 de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
6. Resolución No. 067 del TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA. San José a las 9:00 horas, del 14 de marzo de 2008.

7. Resolución No. 943, del TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José, a las 7:50 minutos, del 14 de setiembre del año 2007.
8. Resolución C-738/02. SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.
9. Resolución No. 2007-000775, a las 9:35 minutos, del 12 de octubre del 2007. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
10. Resolución No. 150, a las 10:10 minutos, del 30 de abril del 2004. TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA.
11. Resolución No. 2000-10826, de las 14:59 horas, del 06 de diciembre del 2000. SALA CONSTITUCIONAL.
12. Resolución No. 65, de las 14.45 horas, del 28 de junio de 1996. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
13. Resolución No. 2007-000775, de las 09:35 minutos, del 12 de octubre del 2007. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
14. Voto No. 0365-99 de las 8:40 horas del 1 de julio de 1999. COMISIÓN NACIONAL DEL CONSUMIDOR.
15. Resolución No. 1441-92, de las 15:45 minutos, del 02 de junio de 1992. SALA CONSTITUCIONAL.

16. Voto No. 460-f de las 10:45 horas, del 31 de julio de 2003. COMISIÓN NACIONAL DEL CONSUMIDOR.
17. Voto No. 575-f de las 10:00 horas, del 17 de octubre de 2003. COMISIÓN NACIONAL DEL CONSUMIDOR.
18. Voto No. 646-f de las 6:45 horas, del 22 de agosto del 2001. COMISIÓN NACIONAL DEL CONSUMIDOR.
19. Resolución No. 8, de las 8:05 horas, del 15 de enero del año 1999. TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA.
20. Resolución No. 943, de las 7:50 minutos, del 14 de setiembre del año 2007. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL. San José.
21. Resolución No. 201, de las 9:15 minutos, del 15 de julio de 2008. TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN SEGUNDA.
22. Resolución No.558, de las 7:45 horas, del 28 de abril de 1999. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.
23. Resolución No. 943, de las 7:50 horas, del 14 de setiembre del año 2007. TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.

**ANEXO****ENTREVISTA**

1. ¿Conoce usted la normativa que regula la actividad prestacional en el país?
2. ¿Considera que tales normas son suficientes?
3. ¿Qué elementos toman en cuenta al otorgar un préstamo?
4. ¿Cuál es el procedimiento por seguir al otorgar un crédito?
5. ¿Qué tipo de garantías utilizan?
6. ¿Cómo se fijan las tasas de interés para cada préstamo?
7. ¿Cómo calificaría la intervención del prestatario en la fijación de la tasa de interés?  
¿Nula, baja, alta?
8. ¿Considera que el sistema de libertad contractual es el más conveniente para la fijación de la tasa de interés?
9. ¿Qué debilidad podría señalar respecto de la regulación de las tasas de interés en nuestro país?
10. ¿Considera que la información dada a los prestatarios sobre las ventajas y desventajas del préstamo, así como los derechos y deberes que como deudor tiene es completa?
11. ¿Considera usted que la entidad cumple con sus deberes de información, consejo, y prudencia al otorgar un crédito?
12. ¿Considera usted que la entidad podría incurrir en algún tipo de responsabilidad si incumple alguno de los deberes anteriores?
13. ¿Ha incurrido la entidad en algún tipo de responsabilidad por el otorgamiento de un crédito?
14. ¿Han sido cuestionados, en algún momento, los intereses establecidos en sus diferentes créditos?