



8 de mayo, 2008  
C-152-2008

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministra  
Ministerio de Justicia y Gracia

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio No. DMJ-1796-11-2007, de fecha 07 de noviembre de 2007, recibido en esta Procuraduría en fecha 9 de noviembre de 2007. Previo a referirnos al fondo de lo consultado, sírvase aceptar nuestras disculpas por la tardanza en la tramitación de su solicitud, motivada en el volumen de trabajo que atiende esta Procuraduría.

## I. **Planteamiento.**

Por medio del citado oficio, la consultante solicita emitamos nuestro criterio legal sobre los siguientes puntos:

- *¿Cuál es el plazo de prescripción aplicable a las deudas por consumo de agua con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados?*
- *¿Cuál es la forma de realizar el cálculo de la multa por mora establecida en el artículo 13 de la Ley General de Agua Potable (1634), concretamente lo referente al periodo sobre el que se debe aplicar la misma?*
- *¿Cuál es el monto máximo a pagar por concepto de tales multas?*

## II. **Sobre los temas consultados.**

### 1. **Plazo de prescripción aplicable a deudas por consumo de agua con el A y A.**

Esta Procuraduría ha determinado que el servicio de distribución de agua potable constituye un servicio industrial y comercial y que su remuneración ocurre



Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 2

mediante un precio público, y ha sido criterio que al ser una actividad mercantil, se rige por el Derecho Comercial y en ese mismo sentido, le resulta aplicable el artículo 984 del Código de Comercio, que establece un plazo de prescripción de cuatro años.

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 3

Respecto al anterior punto, se han emitido los siguientes dictámenes:

**"2- LA CONTRAPRESTACION DEL SERVICIO: TASA O PRECIO PUBLICO ?**

*El término de prescripción está íntimamente ligado con la naturaleza jurídica de la contraprestación económica que reciben el Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia por la prestación del servicio público que brindan.*

*Ello es así, por cuanto, si dicha contraprestación se pudiera conceptualizar como una tasa, el término de prescripción de las facturas correspondientes al cobro del servicio público, estaría regulado por el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en tanto, que si se tratara de un precio público (tarifa), al estarse en presencia de la comercialización de un servicio, habría que recurrir a otras ramas del derecho (derecho privado), a fin de resolver la cuestión.*

*Desde el punto de vista doctrinario, las tasas son aquellos tributos, cuyo hecho imponible constituye la utilización del dominio público o la realización por la administración de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, pero exigiéndose en todo caso que su solicitud o recepción sea obligatoria para éste, y que no sea susceptible de ser desarrollada por el sector privado.*

*Por su parte, los precios públicos deben entenderse como aquellas contraprestaciones satisfechas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, así como por la prestación de servicios o realización de actividades administrativas cuando no es obligatoria su solicitud ni su recepción, o cuando sean susceptibles de prestarse por el sector privado, al no implicar ejercicio de autoridad.*

*Si bien desde el punto de vista conceptual, la tasa aparece muy cercana a la categoría de los precios públicos, dado el carácter de la contraprestación que se le reconoce, para Héctor Villegas ( Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Depalma, Buenos Aires, 1972 ), la diferencia entre ambos institutos radica, en el hecho, de que la ejecución de actividades inherentes a la soberanía, sólo pueden dar lugar a tasas, y que todas las otras sumas que exija el Estado como contraprestación por la prestación de servicios no inherentes a la soberanía, dan lugar a un precio, que podrá ser un precio público.*

*Bajo esta concepción, las sumas de dinero que se exigen, por ejemplo, con motivo de servicios postales, telegráficos, telefónicos, de agua corriente y de servicios cloacales, de instrucción pública, de transportes estatizados, son precios públicos, cuya característica principal es que la contraprestación económica, no es fijada por el solo poder de imperio de la administración, sino que se encuentra sujeta más que todo a criterios de tipo económico, pero*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 4

*respetando los principios generales del servicio público aplicables tanto en la prestación directa por parte del Estado, como por el concesionario particular, de suerte, que la fijación de las tarifas procuran más que todo la recuperación del costo del servicio prestado.*

**En el caso que se analiza, teniendo en cuenta que el suministro de agua potable es un servicio público no administrativo, que bien puede ser brindado por un ente estatal - como es el caso del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados - o bien por entidades particulares, y siguiendo la tesis sustentada por esta Procuraduría en Dictamen C-073-92 de 28 de abril de 1992 al afirmar que " ...las tarifas por servicios públicos concesionales en general..., no constituyen el tributo denominado " tasa "; sino la clase de exacción que en doctrina se conoce como precio público ", tendríamos que concluir, que la contraprestación económica que pagan los usuarios por el servicio de agua potable, es un precio público.**

*En consecuencia, al no tener carácter tributario este tipo exacción, no pueden aplicarse las disposiciones, que al respecto contiene el Código de Normas y Procedimientos Tributarios en cuanto a la prescripción de la acción para cobrar los montos facturados.*

### **3- REGIMEN JURIDICO APLICABLE:**

*Como bien se ha dicho, la distribución de agua potable, es un servicio público que puede ser brindado tanto por entidades públicas como por entes públicos no estatales - tal es el caso del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia - mismas que de acuerdo a nuestra legislación se encuentran sujetas al control tarifario por parte del Servicio Nacional de Electricidad en virtud de la naturaleza del servicio público que brindan, a saber un servicio público de naturaleza comercial.*

*Es por ello que las instituciones que brindan servicios públicos de naturaleza comercial o industrial están sujetas a una doble regulación.*

*Por tratarse de un servicio público, están sujetas a las regulaciones del Derecho Público en cuanto a su organización y control, y deben someterse en su conjunto a los principios fundamentales que inspiran el servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia. Pero por el giro de su actividad, no pueden sustraerse a las regulaciones de otras ramas del derecho.*

*Sobre el particular, el artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública, prevee esta situación y establece:*

*"1- El derecho público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario.*

*2- El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes."*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 5

*Bien podría afirmarse, que lo dispuesto en el aparte 2) del artículo 3º no está referido exclusivamente a empresas públicas organizadas como sociedades mercantiles, sino a todos aquellos entes públicos que en razón de su actividad constituyan empresas públicas, de modo tal, que el legislador no solo sometió a la regulación del Derecho Público la organización y el control del servicio público, sino que sujetó las relaciones que resulten de la prestación del servicio - considerando su naturaleza - al régimen del Derecho Privado, a menos que se esté en presencia del ejercicio de una potestad de imperio.*

*Lo anterior tiene importancia, por cuanto al darse la comercialización de un servicio, entre el titular y el administrado quien paga por el disfrute del mismo, tal relación y sus derivaciones quedan sujetas al ámbito del derecho privado, concretamente al derecho comercial.*

*Es por ello, que esta Procuraduría estima, que en lo que refiere a la prescripción de la facturación por el pago del servicio brindado, independientemente que dicho servicio público sea prestado por una entidad estatal o por un particular, deben aplicarse las normas que al efecto establece el Código de Comercio.*

*Así, el artículo 968, en lo que interesa dispone:*

*" Las acciones que se deriven de actos y contratos comerciales, prescriben con arreglo a las disposiciones de este capítulo. La prescripción se opera por el no ejercicio del derecho respectivo dentro del plazo legalmente indicado. "*

*Por su parte, el artículo 984 del Código de Comercio, establece:*

*" Salvo lo expresamente dispuesto en otros capítulos de este Código, todo derecho y su correspondiente acción prescriben en cuatro años, con las siguientes salvedades que prescriben en un año. (...) " ( la negrilla no es del original ).*

***En este orden de ideas, debe concluirse entonces, que el término de prescripción de las facturas por concepto de servicio de agua potable, es de 4 años. Término que debe de ser computado a partir de la fecha de la facturación". (Dictamen C-185-95 del 25 de agosto de 1995. El resaltado es nuestro)***

Y en el mismo sentido:

***"A-. LA PRESCRIPCIÓN SE RIGE POR EL CODIGO DE COMERCIO***

*Este Organismo Consultivo se ha referido anteriormente al problema de la prescripción de las facturas por concepto de servicios públicos de agua, según dictamen N. C-185-95 de 25 de agosto de 1995, del cual se le adjunta copia.*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 6

*Criterio que es absolutamente aplicable en relación con el servicio eléctrico, de alumbrado público, servicio de alcantarillado y servicio telefónico.*

*En efecto, tanto respecto del servicio público de agua como del servicio de electricidad o telefónico, se está en presencia de servicios prestados fundamentalmente por empresas públicas o por concesionarios.*

*Entidades que en el tanto en que su actividad pueda ser considerada mercantil, se rigen por el Derecho Comercial, a tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley General de la Administración Pública. De forma tal que las relaciones entre el Ente y el usuario del servicio pueden ser conceptualizadas como comerciales, por lo que se les aplicará el Derecho Comercial, salvo disposición en contrario del ordenamiento.*

*Puesto que la relación entre empresa pública y usuario se rige por el Derecho Comercial, debe considerarse que la venta del servicio es de índole comercial y no civil, por lo que va de suyo que el Código Civil sólo será aplicable en el tanto no exista una disposición expresa en el Código de Comercio. Situación que no se presenta respecto de la prescripción, ya que este último cuerpo normativo contiene disposiciones propias y diferentes de la normativa civil. Ello excluye, de principio, que el término de prescripción para el cobro de los servicios prestados por una empresa pública sea el decenal, dispuesto por el Código Civil.*

*En el dictamen de mérito, la Procuraduría se refirió también a la naturaleza de la contraprestación que se exige al usuario por la prestación de servicio, indicándose que ésta es una tarifa o precio público y no un tributo. Naturaleza que redundaría en la aplicación de las disposiciones sobre prescripción contenidas en el Código de Comercio.*

#### **B-. EL TERMINO DE PRESCRIPCION ES CUATRIENAL**

*En el dictamen de mérito se concluye que el término de prescripción aplicable es el de cuatro años, dispuesto por el artículo 984 del citado Código de Comercio, "término que ha de computarse a partir de la facturación". No obstante, la Asesoría Jurídica de ese Ente sostiene que el término de prescripción es de un año, sin que del texto de las opiniones remitidas puedan derivarse las razones que justifican tal afirmación.*

*Dispone el artículo 984 del Código de Comercio, en lo conducente:*

*"Salvo lo expresamente dispuesto en otros capítulos de este Código, todo derecho y su correspondiente acción prescriben en cuatro años, con las siguientes salvedades que prescriben en un año.*

*(...).*

*e) Las acciones derivadas de ventas hechas al por mayor y al detalle a otros comerciantes o al consumidor directamente".*

*El principio es, pues, la prescripción cuatrienal. Principio que cede en los supuestos taxativamente establecidos, entre los cuales se encuentran las*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 7

*acciones relativas a ventas al por mayor y al detalle, realizadas respecto de otros comerciantes o al consumidor directamente.*

*Para que opere la excepción contemplada en ese inciso e) se requiere, pues, que estemos en presencia de "ventas al por mayor" o "al detalle", expresiones que sólo pueden ser aplicables a mercancías susceptibles de una venta en esas condiciones. Lo que nos permite afirmar que ese supuesto legal no se adecua a la relación de prestación de servicio público que nos ocupa. En efecto, en relación con los servicios públicos a que se refiere la consulta no puede considerarse que la producción, distribución y venta que realizan las empresas públicas concernidas constituya una mercancía ni tampoco que esa venta se realice al "por mayor" y "al detalle". La empresa pública pone al servicio de los potenciales usuarios un servicio público que está informado no sólo por criterios comerciales sino fundamentalmente, por principios particulares que determinan la especificidad del servicio público; el uso que los usuarios hagan de ese servicio y en las cantidades que lo hagan determinará el consumo y el monto correspondiente de la facturación. Pero el usuario del servicio no adquiere el servicio ni al por mayor ni al detalle, desde luego que su "compra" esta referida a las necesidades y al consumo efectivo que realice. Como no se trata de un producto que pueda ser revendido, no tiene objeto hablar de una venta al por mayor, término que designa una venta de una determinada cantidad a un mismo consumidor, que le da derecho a obtener un precio especial en razón de la cantidad adquirida. Y consecuentemente tampoco puede hablarse de una venta al detalle (por unidades), término que sólo cobra relevancia si se le contrapone a la venta al por mayor (venta por grandes cantidades). Y es claro que el usuario no compra una o dos unidades de medida de electricidad, agua, impulsos telefónicos.*

*La sola excepción que podría encontrarse a lo anterior está dada por los combustibles distribuidos por RECOPE. Conforme a la ley que la regula, RECOPE comercializa a "granel", "distribuye al mayoreo" el petróleo y sus derivados, actividad que se considera de servicio público y que incluso ha sido asumida por el Estado con carácter de monopolio, lo que, en criterio de esta Procuraduría, impide considerar que las ventas que realiza RECOPE puedan enmarcarse en el supuesto del inciso e) del artículo 984 antes transcrito.*

*Por otra parte, dado que se está en presencia de un servicio público, que obliga a que la gestión comercial sea realizada en función del interés público, el beneficiario del servicio público constituye un usuario del servicio y no un simple consumidor. Este último término no da cuenta, en efecto, de la particular situación del usuario del servicio público y, por ende, de los derechos de que es titular; derechos derivados de la naturaleza misma de servicio público de la actividad en cuestión. Por demás, el término usuario designa a todo*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 8

*beneficiario del servicio, incluyendo a los que en razón del giro de su actividad son "comerciantes" y al público en general.*

*Por consiguiente, dado que las excepciones del artículo 984 del Código de Comercio no contemplan la venta de un servicio público a un usuario, sino la venta de mercancías al por mayor y al detalle entre comerciantes o a un consumidor, resulta aplicable el término general de prescripción: sea la prescripción cuatrienal.*

**CONCLUSION**

**Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que la prescripción de las facturas por concepto de prestación de los servicios públicos de electricidad, alumbrado público, telecomunicaciones, agua y alcantarillados y distribución de combustibles a granel se rige por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 984 del Código de Comercio. Por consiguiente, las acciones dirigidas a cobrar las sumas facturadas por concepto del servicio prestado prescriben en cuatro años"** (Dictamen C-082-96 del 27 de mayo de 1996. El resaltado es nuestro)

A pesar de la posición asumida, esta Procuraduría, mediante dictamen C-397-2003 del 17 de diciembre de 2003, se vio en la necesidad de hacer un cambio de criterio, en atención a lo que se había resuelto en estrados judiciales<sup>1</sup>. En esa oportunidad, se indicó que:

*"1-. Los servicios de agua potable y alcantarillado a cargo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados constituyen servicios públicos de naturaleza industrial y comercial, financiados mediante precio público.*

*2-. No obstante, ha sido criterio de tribunales de justicia que el término de prescripción de las sumas adeudadas a los concesionarios de dichos servicios es el decenal establecido en el artículo 868 del Código Civil. Por lo que en aplicación de la opinión de este Órgano Consultivo ha mantenido sobre prevalencia de los criterios judiciales sobre los administrativos, el Instituto debe regirse por lo que dispongan los tribunales de justicia".*

Para ese entonces, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía pendiente por resolver un recurso de amparo en donde expresamente se consultaba sobre el plazo de prescripción de las deudas por el servicio de agua. Dicho recurso de

<sup>1</sup> Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, resolución No. 523 de las 13 horas 10 minutos del 12 de mayo de 2003. Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, resolución No. 616-M-03 de ñas 11 horas del 4 de julio de 2003. Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, resolución de las 15 horas 20 minutos del 30 de mayo de 2003.

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 9

amparo, que se gestionó bajo el expediente 03-010870-0007-CO, fue resuelto mediante sentencia No. 12523 de las 16 horas 28 minutos del 9 de noviembre de 2004, lamentablemente sobre lo que nos interesa, la Sala resolvió:

*"Finalmente, las manifestaciones del recurrente en relación con la prescripción del monto adeudado, no pueden ser dirimidos en esta sede, sino que deben ser ventilados ante el Instituto recurrido o en su caso en la vía judicial".*

Cabe señalar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió de esa manera teniendo conocimiento de lo resuelto por esta Procuraduría en dictámenes C-185-95 del 25 de agosto de 1995 y C-082-96 del 27 de mayo de 1996.

Siendo que ha sido criterio de este Órgano dar prevalencia a la interpretación jurídica que derive de lo que los tribunales de justicia estimen es la glosa correcta de una norma, nos hemos dado a la tarea de buscar jurisprudencia sobre este particular, en donde se haya resuelto en un sentido distinto –es decir, que haya adoptado nuestra tesis del plazo de prescripción de 4 años- sin embargo, no encontramos ningún criterio en este sentido. Por el contrario, y a modo de ejemplo, nos permitimos transcribir dos pronunciamientos recientes donde se confirma la tesis de que la prescripción, para el caso que nos ocupa, es decenal:

*"Básicamente la prescripción está compuesta por tres elementos fundamentales como lo son el transcurso del tiempo, el abandono, inercia o desinterés del titular del derecho que se ejercita y por último la voluntad del favorecido de hacerla valer en el proceso respectivo. Teniendo claro el instituto de estudio importa ahora determinar la legislación aplicable, el término prescriptivo y finalmente los actos interruptores a fin de determinar si es procedente o no la defensa formulada. Cuál es la legislación aplicable? Se impone entonces hacer un análisis sobre la naturaleza de la obligación que se cobra y con ello establecer la normativa aplicable y el plazo prescriptivo. Surge el concepto de "Servicio Público" de la doctrina francesa, en donde en un principio no se estableció el alcance de la misma. Existía entre los doctrinarios y pensadores de la época, consenso en cuanto a la necesaria prestación de un servicio o actividad por parte de la Administración pero se disentía en el régimen aplicable si era derecho público o privado. Evoluciona el concepto, y este se desarrolla entre los criterios objetivos (solo podrían prestarse y asegurarse su cumplimiento por medio de la autoridad) a los subjetivos (importa la autoridad o la empresa que prestaba el servicio), culminando la evolución al conceptualizarse que debía aplicarse un régimen especial distinto del derecho privado "un régimen exorbitante" o "excepcional" integrado por normas y*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

*procedimientos de derecho público. Es en esa época que la Escuela Clásica define tres criterios del Servicio Público son ellos: 1. Existencia de una necesidad pública. 2. Satisfacción de la misma a través de la prestación de un servicio y 3. Intervención necesaria de una autoridad u organismo público en la prestación. Surge posteriormente en ese proceso evolutivo que tienen las ideas y las concepciones la Teoría de las "Leyes o Principios de Servicio Público", a saber mutalidad (sic), continuidad y regularidad e igualdad. Al acontecer las crisis de la teoría clásica supra señalada surge el concepto de "Servicios públicos prestados por empresas privadas por medio del sistema de concesión". Al respecto el estudioso de la materia Virgilio Calvo comenta "La evolución de la actividad prestacional que ha sufrido el Estado ha hecho ver que la denominada noción clásica del servicio se ha tornado vaga, imprecisa e incompatible con la realidad actual" (Teoría del Servicio Público, Revista Judicial Año XXII, N° 74) Interesa para estos efectos determinar la naturaleza de la obligación aquí íncita. La doctrina indistintamente denomina precio, tasa, tarifa o canon para referirse a la retribución en el servicio público. Se trata de contraprestaciones por los bienes y servicios que el Estado presta en el campo económico. Desde el punto de vista jurídico se fundamentan en el consentimiento del obligado (verbigracia para utilizarlo se requiere de una solicitud expresa para su instalación) y el motivo de los mismos es la ventaja o provecho que a este le proporciona la prestación estatal. En los precios públicos predominan finalidades de tipo público y, el precio es solo un instrumento para la obtención de aquellas. Su cobro se hace con un criterio político por el alto grado de interés público involucrado en el servicio respectivo. Sin embargo debe indicarse como elemento importante que existe libertad del obligado de usar o no el servicio que da lugar al cobro. El Servicio que presta la actora surge por la solicitud que al efecto hace el usuario y esta está antecedida por una contratación en la que figuran como partes de la relación contractual el instituto actor y el cliente o usuario en la que determinan los derechos y obligaciones de ambas partes. Como vemos se establece una obligación civil pura y por lo tanto para efectos de determinar el plazo prescriptivo de (sic) debe recurrir a esa legislación en la que se señala que es el de diez años, según los establecen los artículos 867, 868 y 870 del Código Civil." (Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, Sentencia N° 60 de las catorce horas del diecinueve de enero del dos mil siete)*

*"Sobre la prescripción: Este órgano jurisdiccional ha estimado, desde vieja data, que por tratarse el adeudo al cobro, proveniente de un servicio público, remuneradamente por medio de tarifas, se debe aplicar el artículo 868 del Código Civil, ante ausencia normativa (sic) especial, cuerpo que establece el plazo de prescripción en diez años, esto en cuanto al principal cobrado, y el*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

*artículo 870, cuya prescripción se establece en un año, para las multas e intereses, al tratarse el servicio que se conoce de los llamados de tracto sucesivo de continuidad mensual. Asimismo, el numeral 879 del mismo código, establece que "La prescripción negativa se interrumpe también por cualquier gestión judicial o extrajudicial, para el cobro de la deuda y cumplimiento de la obligación", siendo que la demanda fue requerida judicialmente de este proceso el día 23 de setiembre de 2004; es por lo anterior, que resulta obvio, que el plazo decenal de la prescripción no ha afectado el principal reclamado puesto que las emisiones facturadas por períodos data de facturaciones al 11 de agosto de 1999, al 10 de octubre de 1999 y al 09 de noviembre de 1999, eso sí, los intereses y multas pretendidos hasta el 29 de agosto de 2002 (fecha de la liquidación de la cuenta cobrada según informe visible a folio 3) por la suma de ciento treinta y cinco mil doscientos diez colones deben declararse prescritos." (Juzgado Civil de Hacienda de Asuntos Sumarios, Sentencia N° 170-2008, de las ocho horas del cinco de febrero del dos mil ocho)*

Con vista en los extractos expuestos, así como su fecha de reciente emisión, es claro que debamos reafirmar el criterio vertido mediante dictamen C-397-2003 de fecha 17 de diciembre de 2003, supra transcrito.

## 2. Forma de realizar el cálculo de la multa por mora.

Como bien se indica en el criterio jurídico adjunto a la presente consulta, respecto a la multa aplicable por atrasos en el pago del servicio de agua, existen dos normas vinculantes.

La Ley General de Agua Potable No. 1634 de publicada en la Colección de Leyes y Decretos Año 1953 Semestre 2 Tomo 2 Página 173, dispone en su artículo 13 lo siguiente:

*"Todo atraso en el pago de los servicios de agua potable, tendrá una multa del 2% mensual sobre el monto de la deuda."*

Aunado a lo anterior, el artículo 91 del Reglamento de Prestación de Servicios al Abonado del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados No. 96, emitido por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, publicado en la Gaceta

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

No. 131 del 10 de julio de 1996 (*y que fue reformado mediante sesión ordinaria N° 176 celebrada el 17 de julio de 1997*) establece que:

*"Todo recibo vencido podrá ser cancelado en cualquiera de los agentes recaudadores debidamente autorizados por AyA para tales efectos, con un recargo del 2% mensual sobre el pendiente, (artículo 13 Ley General de Agua Potable)."*

Ambas normas establecen que, por el atraso del pago de un servicio de agua potable, se pagará una multa del 2% mensual sobre el monto de la deuda.

Con el fin de determinar que fue lo que quiso plantear el legislador en el artículo 13 de la Ley General de Agua Potable, esta Procuraduría se dio a la tarea de revisar el respectivo expediente legislativo; no obstante no se encontró referencia alguna que ayudará a interpretar el artículo en cuestión, razón por la cual consideramos que debemos dar una interpretación literal al mismo.

Si los citados artículos establecen que se deberá pagar un 2% mensual por concepto de multa, que se determinará sobre el monto de la deuda, y no hace ninguna otra acotación, consideramos que lo correcto es interpretar que dicho 2% puede ser cobrado de forma completa, independientemente del día del mes en que se realice el pago, ya que la norma no establece expresamente que dicho 2% deba de cobrarse proporcionalmente a los días de atraso, y evidentemente no podemos hacer distinciones que la norma no hace.

En la misma línea de razonamiento que se expone en el párrafo anterior, no está de más recordar la naturaleza de la multa dentro del sistema jurídico costarricense, como de índole sancionatoria, frente al cobro de intereses sobre sumas adeudadas, que tiene una naturaleza indemnizatoria. Así, esta Procuraduría ha indicado:

### ***"I.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES Y LAS MULTAS***

*El artículo 57 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, establece en lo que interesa:*

*"Artículo 57.-  
Intereses a cargo del sujeto pasivo:*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

*Sin necesidad de actuación alguna de la Administración Tributaria, el pago efectuado fuera de término produce la obligación de pagar un interés, junto con el tributo adeudado. Mediante resolución, la Administración Tributaria fijará la tasa del interés, la cual deberá ser equivalente al promedio simple de las tasas activas de los bancos estatales para créditos del sector comercial y, en ningún caso, no (sic) podrá exceder en más de diez puntos de la tasa básica pasiva fijada por el Banco Central de Costa Rica. Dicha resolución deberá hacerse cada seis meses, por lo menos.*

*Los intereses deberán calcularse tomando como referencia las tasas vigentes desde el momento en que debió cancelarse el tributo hasta su pago efectivo. No procederá condonar el pago de estos intereses, excepto cuando se demuestre error de la Administración".*

*En relación con los intereses regulados en el artículo de cita, la Procuraduría General de la República ha manifestado que el cobro de tales intereses es el producto de una " (...) lesión que se ocasiona en el patrimonio del acreedor, como consecuencia de la falta de pago oportuno por parte del deudor de la obligación tributaria (...)" (Dictamen de la Procuraduría C-220-99). Ello implica que su naturaleza **es indemnizatoria**, cuyo objetivo es el resarcir al sujeto acreedor del tributo, por el daño causado a raíz del incumplimiento o cumplimiento tardío de las obligaciones tributarias.*

*En igual sentido, la Sala Constitucional ha señalado que: "... el artículo 57 del Código en comentario establece la obligación del pago de intereses a cargo del contribuyente, sin necesidad de actuación alguna de la Administración, hasta tanto no se verifique la cancelación de la obligación tributaria determinada, esto no lo es como sanción por la comisión de algún ilícito tributario, sino como la restitución, por parte del deudor, del lucro o rentas del capital que hubiera percibido la Administración Tributaria si el importe del crédito fiscal hubiese sido satisfecho en el momento que marca la ley, sea oportunamente" (SCV N.º 936-94. Lo resaltado no es del original).*

*Al tener los intereses por pago tardío carácter indemnizatorio, a la Administración Tributaria le bastará tan solo con acreditar que el pago fue efectuado en forma tardía, para que sin ninguna otra actuación, surja la obligación de pagar el interés correspondiente.*

*Por su parte, las multas e intereses por mora, generados por pago tardío de tributos, establecidas en el artículo 80 y 80 bis del Código Tributario, **tienen por disposición expresa del legislador naturaleza sancionatoria** y como tal, se encuentran establecidas bajo el Capítulo II del Título III del Código de Normas y Procedimientos Tributarios referente a los Ilícitos Tributarios, cuyo fin es crear en el contribuyente una percepción de riesgo, tendiente a desincentivar a los sujetos pasivos de la obligación tributaria de realizar*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

*conductas en perjuicio del Fisco. En virtud de ese carácter sancionatorio, necesariamente la multa se encuentra regida por reglas distintas a las que regulan lo concerniente a los intereses corrientes, debiendo sujetarse a principios que son propios del derecho penal, tales como el de legalidad (tipicidad) y debido proceso, entre otros. Dice en lo que interesan los artículos 80 y 80bis:*

**"Artículo 80.- Morosidad en el pago del tributo determinado por la Administración Tributaria.**

*Los sujetos pasivos que paguen los tributos determinados por la Administración Tributaria mediante el procedimiento ordenado en los artículos 144 a 147 de este Código, después del plazo de quince días dispuesto en el artículo 40 de este Código, **deberán liquidar y pagar una multa** equivalente al uno por ciento (1%) por cada mes o fracción de mes transcurrido desde el vencimiento de dicho plazo.*

*Esta **sanción** se calculará sobre la suma sin pagar a tiempo y, en ningún caso, superará el veinte por ciento (20%) de esta suma. No se aplicará la sanción ni se interrumpirá su cómputo cuando se concedan los aplazamientos, (.)" (Lo resaltado no es del original)*

**" Artículo 80 bis. Morosidad en el pago del tributo.**

*Los sujetos pasivos que paguen los tributos determinados por ellos mismos, después del plazo fijado legalmente, **deberán liquidar y pagar una multa** equivalente a uno por ciento (1%) por cada mes o fracción de mes transcurrido desde el momento en que debió satisfacerse la obligación hasta la fecha del pago efectivo del tributo. Esta sanción se aplicará, también, en los casos en que la Administración Tributaria deba determinar los tributos por disposición de la ley correspondiente.*

*Esta **sanción** se calculará sobre la suma sin pagar a tiempo, y en ningún caso, superará el veinte por ciento (20%) de esta suma.(...)" (Lo resaltado no es del original)."*

Lo expuesto en punto a los intereses y mora tributaria puede ser integrado al tema que nos ocupa, en el sentido de que la multa del 2% que prescribe el artículo 13 de la Ley General de Agua Potable no depende, para su imposición, del cálculo preciso de días en que no se haya hecho el pago correspondiente a la factura de agua potable. Lo que interesa es que se sancione esa omisión, razón por la cual no es

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

razonable interpretar que el porcentaje de cita debe calcularse por los días específicos de atraso, sino que baste el cumplimiento del mes después de que es exigible el cobro para que se pueda aplicar la multa.

### 3. **Máximo a pagar por concepto de multas**

El último tema consultado se refiere al monto máximo a pagar por concepto de multas ante el atraso en la cancelación de los recibos por el servicio de agua potable.

El criterio de la asesoría legal del Ministerio de Justicia, que fue adjuntado a la presente consulta, cita un precedente jurisprudencial, emitido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 001019-F-2005 de las 4 horas 25 minutos del 21 de diciembre de 2005. Conviene citar un extracto de dicho pronunciamiento, en el cual se formula una interpretación integradora de los límites que ostenta la potestad punitiva de la Administración en punto a la aplicación de multas (reiteramos, de naturaleza sancionatoria):

*"VII.- Conforme se ha indicado con antelación, dentro de los contratos administrativos, es factible la incorporación de las denominadas cláusulas penales, como figuras de sanción contractual. Se trata de acuerdos que definen en forma anticipada, cual será la multa económica concreta que deberá cancelar el contratista por incurrir en el incumplimiento de una de sus obligaciones (normalmente por demora o ejecución prematura del contrato). El canon 34 de la Ley y los incisos 3) y 4) del numeral 36 de su Reglamento, permiten la inclusión de este tipo de condiciones en los contratos públicos. En esta línea, el citado inciso 3) dispone la posibilidad de "...contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento." De igual forma, el ordinal 34 de la Ley dispone la imposibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento por la misma causa específica, en virtud de la que se ha aplicado una cláusula penal. Si bien las anteriores disposiciones enunciadas mencionan el instituto de la cláusula penal, lo cierto del caso es que no aportan un contenido amplio sobre el tema, mas al contrario, se limitan a prever su existencia dentro del contrato y a disponer la improcedencia de cobrar por una misma causa, la garantía de cumplimiento y ejecutar dicho tipo de cláusula. Esta laguna obliga a acudir a otras disposiciones legales que permitan establecer los términos del uso de ese tipo de determinaciones contractuales, de conformidad con el principio de integración*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

*del Ordenamiento Jurídico, a fin de establecer reglas objetivas aplicables a la generalidad de los casos. La composición aludida ya se encuentra prevista en las normas que regulan la contratación del Estado. En efecto, en línea con dicho principio general de derecho, el canon 3 de la Ley y el 2 del Reglamento, refiriéndose al régimen jurídico aplicable a la materia de la contratación administrativa, establecen la aplicabilidad instrumental de las figuras contractuales y normas que no se encuentren desarrolladas por el ordenamiento jurídico-administrativo, pero si lo estén en el derecho privado. El canon 3 de la ley indica al efecto: " La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo./ Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa." Por su parte, el ordinal 2 del Decreto No. 25038-H dispone: " 2.1 La actividad de contratación administrativa se rige por las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo. (...) 2.3 Solamente en ausencia de disposición expresa de estos cuerpos normativos, se podrá aplicar las disposiciones pertinentes del derecho privado. Cuando se utilice alguna de las figuras contractuales privadas, se entenderá que se hace con un sentido instrumental, prevaleciendo en todo caso, la regulación de derecho público en lo que concierne la formación de la voluntad administrativa, y el respeto de los principios y procedimientos propios de la contratación administrativa." Se trata del reconocimiento de la complementariedad del Derecho, considerado como un conjunto unitario que permite acudir a normas de otra rama jurídica para llenar campos en los que, la regulación existente, es insuficiente. En el caso del derecho de la contratación pública y el derecho civil de los contratos, el ligamen es más que evidente, precisamente porque la regulación de la contratación pública se ha sustentado en lo fundamental en el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal que sobre la materia de contratos ha realizado el derecho civil. Si bien existen diferencias elementales entre ambas modalidades, lo que deviene del poder público inherente a la Administración, que ha justificado figuras como las cláusulas exorbitantes, la modificación unilateral del contrato, principios tales como la intangibilidad patrimonial, que obliga a mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato (mediante reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato), entre muchos otros, es claro que la contratación pública, como actividad, se fundamentó en las instituciones del derecho privado. Ergo, ante la insuficiencia de las leyes administrativas, es*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

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

**VIII.-** *En este sentido, el numeral 708 de dicho Código establece como efecto de los acuerdos: "...determinar con anticipación y a título de multa los daños y perjuicios debidos al acreedor, por el deudor que no ejecute su obligación o que la ejecute de una manera imperfecta ". Se trata de un sistema de sanción administrativa alternativo, que pretende establecer de previo, cuales van a ser los efectos económicos del incumplimiento. Empero, esta liberalidad de acuerdo de regímenes sancionatorios en realidad es relativa, en tanto se encuentra sujeta a normas de mayor nivel que disponen principios que aseguran su racionalidad y proporcionalidad, de manera que no se impongan como medios de castigo excesivos, generadores de beneficios indiscriminados a favor de una de las partes. En armonía con este postulado, el canon 712 del Código Civil dispone: " Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y **en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél . "** (El destacado es propio) De lo anterior se colige que aún cuando el Derecho reconoce la viabilidad jurídica de incorporar dentro de los contratos públicos este tipo de condiciones, la sanción que infieren está sujeta a límites objetivos de naturaleza cuantitativa, que en la especie, consiste en una cuarta parte de la obligación principal. Es decir, acorde a este principio que dimana del numeral 712 ya citado, cualquier cláusula penal que imponga un gravamen económico superior a ese porcentaje, constituye una disposición contraria a la legalidad, que por tal, no es susceptible de surtir efectos dentro de la relación jurídica administrativa. Desde este plano, se está frente a un principio jurídico que ostenta una jerarquía mayor a la del contrato, que acorde a lo dicho, puede ser incluso invocado por alguna de las partes, aún en contra del propio pacto. Si bien es cierto en la contratación general, el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, ello no implica que los acuerdos puedan adoptarse en contra de la misma ley formal y material, y que al margen de principios básicos de equidad y de buena fe, puedan incorporarse disposiciones abusivas que introduzcan sistemas sancionatorios desproporcionados e irracionales, sin sujeción a límites. Esto es así porque las sanciones están afectas a esos parámetros. Visto así, estima esta Sala que la aplicación supletoria del numeral 712 del Código Civil que dispuso el Juzgado y confirmó el Tribunal, se encuentra ajustada a derecho, dado que es la misma Ley de la Contratación Administrativa la que dispone la procedencia del uso de*

Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

*figuras del derecho privado, cuando las estructuras del derecho administrativo sean limitadas, ergo, la integración normativa encuentra su sustento en la misma legislación. De este modo, la sanción del 1% diario sobre el monto dejado de abonar, ante el incumplimiento en la obligación del traslado de los fondos captados por concepto de la recaudación tributaria en cuestión, que dispone el contrato, deviene en inaplicable a la especie, por contravenir la demarcación dispuesta por el legislador respecto de las cláusulas penales. A partir de ello y al tenor de las particularidades del cuadro fáctico que se desprende de los autos, era menester aplicar el porcentaje de sanción pecuniaria dispuesto por la legislación civil, tal y como de forma adecuada obró el Juzgado y luego prohió el Tribunal, situación en la que no se aprecia incorrección alguna. Por ende, se impone el rechazo del desafuero."*

Si bien el criterio de la Sala Primera podría ser integrado al tema que nos ocupa, es dable indicar que por expresa disposición de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para el cálculo del monto máximo de la multa, existe una limitación que no alcanza el parámetro de una cuarta parte como la establecida en el artículo 712 del Código Civil. Así, en acuerdo No. 2001-279, tomado en sesión extraordinaria del 12 de setiembre de 2001, dicho órgano colegiado resuelve que:

*"Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1, a 20 y 113 de la Ley General de Administración Pública, artículos 69 del Código Municipal, artículo 264 de la Ley General de Salud Pública, artículo 1 y 2 de la Ley Constitutiva de AyA, Ley 2726 del 14 de abril de 1961, artículo 13 de la Ley General de Aguas Potables 1634 del 18 de octubre de 1961, artículo 8 y 80Bis del Código de Normas y Procedimientos Tributarios No. 4755 del 29 de Abril de 1971, y a tenor de los antecedentes, consideraciones y fundamento jurídico **se acuerda aplicar hasta un máximo de un 20% las multas del artículo 13 de la Ley General de Agua Potable**, sea en un 2% de multa mensual, por concepto de mora en el pago de los servicios de agua potable, con base en la fecha de vencimiento..."*(El resaltado es nuestro).

Si bien el acuerdo fue motivado en los artículos 8 y 80 bis del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, específicamente este último artículo que se refiere a la morosidad en el pago de tributos, y expresamente establece que *"Esta sanción de calculará sobre la suma sin pagar a tiempo y, en ningún caso, superará el veinte por ciento (20%) de esta suma"*, es dable insistir que, ante el pago del servicio



Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 1

de agua potable, no estamos en presencia de un tributo. Por ello, esta Procuraduría constata que lo procedente es remitirse a la decisión reseñada de la Junta Directiva, la cual se encuentra por debajo del máximo que fija la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

### III. **Conclusión.**

Por lo expuesto, se concluye que:

- Respecto al plazo de prescripción aplicable a las deudas por servicio de agua, esta Procuraduría reitera su criterio en cuanto a que, en caso de contradicción entre nuestra interpretación normativa y sentencias emanadas de un órgano jurisdiccional, prevalecen las segundas. Los últimos fallos que ha conocido este Órgano Asesor han estimado que el término de prescripción que aplica para el cobro de deudas provenientes del servicio de agua potable es el decenal, establecido en el artículo 868 del Código Civil, mientras que el tema de los intereses y las multas se rigen por el plazo anual.
- Atendiendo a una interpretación literal y por integración del ordenamiento jurídico, del artículo 13 de la Ley General de Agua Potable y artículo 91 del Reglamento de Prestación de Servicios al Abonado del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, concluimos que por el atraso en el pago del servicio de agua potable, es exigible una multa del 2% mensual sobre el monto de la deuda, sin que para su cálculo deba considerarse los días efectivos de atraso, sino la mera constatación del paso del período con vista en la fecha en que se hizo exigible la factura.
- De conformidad con el acuerdo No. 2001-279 de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, tomado en sesión extraordinaria del 12 de setiembre de 2001, el tope máximo que es posible cobrar por concepto de la multa que impone el artículo 13 de la Ley General de Agua Potable es un 20% (diez meses). Dicho porcentaje es conforme con la interpretación brindada a la potestad sancionatoria que, específicamente en el tema de los multas, ha desarrollado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.



Señora  
Laura Chinchilla Miranda  
Ministerio de Justicia y Gracia

8 de mayo, 2008  
C-152-2008  
página 2

Atentamente,

Iván Vincenti Rojas  
Procurador Área Derecho Público

Alejandra Carrillo Salazar  
Abogada de Procuraduría

IVR/ACS/mvc