

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



IMPROCEDENCIA DE LOS INTERESES VARIABLES EN PRÉSTAMOS BANCARIOS POR FIDEICOMISO ANTES DE 1988

LC. J. JOAQUÍN VILLALOBOS SOTO
(Especialista en Derecho Público)

INTRODUCCIÓN

Ha sido objeto de cierta atención la cuestión de los intereses variables, esto es, sujetos a que se baje o, más comúnmente, se eleve el tipo de porcentaje a cobrar sobre el capital en operaciones de crédito, de conformidad con el comportamiento de las tasas de interés en el mercado bursátil. En concreto, se han dado litigios judiciales en relación con los préstamos que se hicieron, por parte de entes del Sistema Bancario Nacional, cuya legalidad se cuestionó por parte de un grupo de deudores que consideraron la aplicación de los mismos ilegal y perju-

dicial, con la particular característica de que se trata de un fondo de Fideicomiso. En virtud de lo anterior nos proponemos analizar la procedencia legal y doctrinal de tal tipo de intereses, en relación particular con los Contratos de Préstamo Hipotecario anteriores a mil novecientos ochenta y ocho, esto es, antes de la reforma a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional autorizando esta modalidad de fijación de intereses, reforma que luego se estableció en el Código de Comercio en mil novecientos noventa.

CAPÍTULO I: MARCO LEGAL

La modalidad de la mayoría de los préstamos hipotecarios, cuyo análisis interesa, presentan una particular situación que hace la relación contractual compleja, cual es el origen de los fondos con que se trató. Así resulta que las operaciones se dieron por la compra de casas construidas en urbanizaciones, siendo que las empresas constructoras y vendedoras de las mismas, firmaron, cada una por aparte, un contrato de "Fideicomiso", mediante el cual

ellas, en forma individual, aportaron créditos hipotecarios a su favor para formar un capital autónomo de este tipo, el que administra un ente bancario del Sistema Bancario Nacional. Con este capital pasivo de créditos por cobrar como garantía se emitieron títulos valores: "Certificados de Crédito Hipotecario", que, brindando el pago de intereses de mercado, son ofrecidos en venta al público, sus compradores, que disfrutaban de tales intereses producto de las

rentas del capital en cuestión, vienen a ser los fideicomisarios; con los fondos así recogidos con la venta de estos títulos se reintegra el capital debido a las empresas constructoras o fideicomitentes, en primera instancia; y en segundo lugar, se continúa alimentando el patrimonio del fideicomiso para lograr el fin propuesto con él, financiar la compra de casas de habitación por parte de los que lo soliciten y eventualmente se consideren como solventes beneficiarios del crédito para tales fines.

Ahora bien, el mecanismo de financiamiento es que tanto los créditos recibidos en fideicomiso, como los que se formen con base en los fondos dichos, se financian con la venta de los títulos valores indicados que se venden en el mercado de valores; en consecuencia sus intereses varían conforme a las exigencias del mercado. Así, se comprende que la mecánica quedaría condicionada a que, si hay gran cantidad de títulos a la venta y pocos compradores, para poder colocar tales títulos se deben vender a plazos más cortos y con intereses más altos, pero, por lógica no se pueden ofrecer intereses por tales títulos de inversión que sean superiores a los que se cobran por el crédito que financian, pues se estarían pagando intereses sin fundamento financiero y sin respaldo económico, llegaría el momento en que el patrimonio se liquidaría pagando intereses por los títulos sin que hubiera compensación del pago de capital e intereses del crédito que, con ser menores, no repondrían la salida; o sea, no se puede pagar más de lo que se recibe. Lo anterior implica que conforme el mercado demande, haya aumento o rebaja de las tasas de interés, en forma proporcional variará el porcentaje a cobrar a los deudores de los créditos hipotecarios financiados por el Fideicomiso.

Por otra parte, se ha considerado, en particular por los deudores, que los bancos del Sistema Bancario Nacional son instituciones de Derecho Público, sujetas al Principio de Legalidad y concebidas para fines de desarrollo social, que solo pueden hacer lo que legalmente les es permitido para llenar fines públicos; dentro de esta concepción carece de fundamento legal el establecer un interés variable sujeto al criterio arbitrario de una de las partes,

sin parámetros reales para fijarlo. Además de lo anterior, y lo más gravoso social y económicamente para la parte deudora de la relación obligacional, es que el sistema de cuotas propuesto o acordado en el préstamo mercantil queda totalmente desactualizado, por cuanto al aumentar la tasa de interés en forma constante e imprevista, las cuotas dejan de hacer abonos a capital, o los hacen por montos muy pequeños, obligando a los deudores a acumular nuevas deudas por concepto de intereses y dejar sin pago el capital, debiendo optar por aumentar a su vez el monto de las cuotas o alargar por un tiempo mucho mayor el período de los pagos; quedando siempre sujetos los interesados a la incertidumbre sobre el momento y monto del pago de la cuota final y cancelación de capital e intereses.

Legalmente este tipo de banco está integrado al Sistema Bancario Nacional del Estado (artículo 1° de la Ley Orgánica del mismo número 1644 de 26 de setiembre de 1953), por ende, es una Institución Autónoma de derecho público, con personería jurídica e independencia en materia de administración (artículo 2° ibídem); autorizada para efectuar operaciones dentro del marco de la ley, como las relacionadas con la producción agrícola, ganadera, o industrial, financiar empresas nacionales de servicios, etc., incluyendo realizar operaciones de crédito que fueren compatibles con la naturaleza técnica de los bancos comerciales y que no estén expresamente prohibidas por las leyes (art. 61 ibídem), por su parte el artículo 70 de ésta ley orgánica regula la capacidad legal del Banco de otorgar créditos y cobrarlos, con las condiciones generales que deben llenar dichos créditos; es pertinente indicar que dicha norma fue reformada por la ley 7107 del veintiséis de octubre de MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO en el sentido de que: "Los bancos comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variables y ajustables periódicamente en todos sus departamentos, conforme con las políticas del Banco Central de Costa Rica", y el artículo 73 establece que está prohibido a los bancos comerciales realizar 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. De tal manera que está dentro del marco legal del Banco el otorgar créditos a particulares y hacer funciones comerciales, como el caso del fideicomiso para un fin específico, aunque no estén legalmente previstas, en el tanto que no estén expresamente prohibidas, siempre que se consideren compatibles con la naturaleza técnica de la institución bancaria; esto permite que participe en operaciones típicas del Derecho Privado sujeto tanto a la legislación como a los principios generales de tal rama jurídica. En otras palabras, si bien son instituciones públicas sujetas en cuanto a administración y política a los principios generales del Derecho Público, está legalmente autorizada a realizar operaciones típicas del Derecho Privado, como el Comercial, dentro de las regulaciones propias de este tipo de actividad, en el tanto sean propias de la actividad bancaria y no le estén expresamente prohibidas.

Ahora bien, basados en el anterior razonamiento es conveniente considerar y aplicar las regulaciones propias del préstamo mercantil y considerar lo alegado en cuanto al Fideicomiso. Sí conviene hacer un comentario en cuanto a lo regulado en el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario, en relación con el artículo 470 del Código de Comercio, este artículo fue reformado por la Ley 7201 del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa, estable-

ciendo que el interés legal estaría fijado por el que se indicara por el Banco Nacional de Costa Rica para los depósitos a seis meses plazo; como se observa la regulación establecida en el sentido dicho para las operaciones propias de derecho privado rige a partir de las contrataciones posteriores a octubre de mil novecientos noventa, y, en cuanto a las operaciones de los bancos del Estado, a partir de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, exactamente dos años antes. Por otra parte, el artículo 2º de este cuerpo de normas comerciales a su vez remite a la aplicación del Código Civil, cuyas normas tienen aplicación importante en este asunto para analizar los alcances de la contratación hipotecaria, así los artículos 19 a 22 de este Código regulan la buena fe, y la correcta aplicación e interpretación de las normas tanto del propio código como del derecho en general, especificando que ni el abuso del derecho, ni su uso antisocial, ni su uso en fraude de otra norma permiten evadir el espíritu de la ley: asimismo se regulan en general los requisitos para la validez de la obligación y la aplicación e interpretación de los contratos en general (arts. 687 y siguientes, 1022 y 1023 *ibídem*), indicando que determinadas cláusulas pueden ser declaradas nulas a gestión de parte.

Este cuadro legal nos permite ubicar la relación jurídica y el marco legal en que están involucradas las partes entre sí; en primer lugar hay una relación del Banco como fiduciario y en segundo lugar como acreedor en un contrato de préstamo, así es pertinente considerar cada aspecto de la situación por aparte.

CAPÍTULO II: LA RELACIÓN DE FIDEICOMISO

En cuanto al Fideicomiso, es una institución contractual establecida a partir del artículo 633 del Código de Comercio, según la cual un fideicomitente transmite a un fiduciario la "propiedad" de bienes o derechos a un fiduciario, que asume la administración de tales bienes obligado a emplearlos en la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constituti-

vo; de esta manera los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, apartado expresamente para los propósitos del fideicomiso (arts. 634-648), así el fiduciario en toda operación de adquisición o sustitución de bienes, derechos o inversiones debe ajustarse a las instrucciones del acto constitutivo, recurriendo siempre a valores sólidos, préstamos

con garantía hipotecaria de primer grado etc. De esta manera ciertas empresas constructoras o urbanizadoras procedieron a crear un fondo o patrimonio autónomo aportando al mismo créditos hipotecarios, con esta base se empezaron a emitir títulos valores y con el producto de su venta se pagó a los fideicomitentes su aporte y luego se financió el otorgamiento de nuevos créditos, esta relación se realiza entre tres personas: los fideicomitentes o empresarios de construcción que aportaron los créditos y que luego debían recibir su valor, los fideicomisarios o beneficiarios de los títulos valores que deben recibir el beneficio de los intereses que devenga la emisión del título y su cancelación al término del plazo del mismo título, y el fiduciario, o sea el Banco encargado de administrar el fondo; según se observó de la legislación citada, es importante para nuestros efectos tener claro:

- 1º) Que los bienes en fideicomiso pasan al fiduciario en *propiedad*, esto es, que salen totalmente del control del fideicomitente que los aporta, dentro de los términos del contrato constitutivo, pues la ley prevé la posibilidad de exigir informes o sustituir al fiduciario, cosa que en el presente asunto expresamente se eliminó, pero se pactó el compensar la inversión al fondo con el ingreso por la venta de los títulos.
- 2º) Se define que el fideicomiso forma un patrimonio autónomo del capital del fideicomitente y del fiduciario, que solamente se compromete a su mejor administración.

Esto nos permite considerar dos aspectos importantes:

- 1º) que ciertamente el Banco fiduciario es quien está legitimado para otorgar los créditos,

aparecer como acreedor de los mismos, recibir sus pagos, exigir su cumplimiento o ejecución y llevarla a cabo, por cuanto es el dueño nominal del capital que ha pasado a ser de su propiedad, pero condicionado expresamente a los fines predeterminados y sin que pueda disponer de tal "propiedad" si no es dentro del estricto marco del contrato constituyente.

- 2º) que debe considerarse que, pese a que el Banco actúa como propietario de este patrimonio dentro de los términos dichos, no debe confundirse o entenderse que actúa y compromete su propio capital como banco en sí, sino y solamente el patrimonio autónomo del fideicomiso, en el tanto comparezca en la operación indicando claramente que actúa como fiduciario en una operación propia y exclusiva del fideicomiso.

En consecuencia, en el presente caso, visto el origen de los fondos utilizados para otorgar los créditos de deudores hipotecarios, y el fundamento legal del mismo según hemos referido, carece de fundamento jurídico el pensamiento de que es el patrimonio del banco como tal el origen de los fondos de esos créditos, pero ciertamente es su *persona* la que debe responder por las operaciones, su contenido y ejecución, en cuanto a que es ella la propietaria y responsable, no se ha creado una nueva persona jurídica, solamente un patrimonio autónomo; ahora bien, esta relación de Fideicomiso no afecta directamente ni en principio a los deudores, pues su relación con el patrimonio en cuestión es de otro orden y con una normativa diferente, no siendo ellos ninguna de las partes propias de la relación contractual de esta figura jurídica en particular, según están reguladas en la ley.

CAPÍTULO III: EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL

En relación con el contrato de préstamo, el Código de Comercio establece en su artículo

495 que el contrato comercial siempre debe ser de tipo oneroso, la retribución en este tipo de

negocio consiste siempre en intereses que pueden ser corrientes, sean los generados antes del vencimiento de la obligación, y moratorios, los que se producen posteriores a dicha fecha (art. 496 *ibídem*); el interés puede ser convencional, o sea por acuerdo de partes libremente aceptado, o legal, esto es impuesto por la ley en caso de ausencia de acuerdo, que sería del ocho por ciento anual en caso de obligaciones personales y del seis por ciento en caso de garantía hipotecaria, según el artículo 497 *ibídem*; este artículo fue reformado por la ley 7201 del veintinueve de octubre de mil novecientos noventa, estableciendo que el interés legal estaría fijado por el que indicara el Banco Nacional de Costa Rica para los depósitos a seis meses plazo.

Por otra parte, se deben considerar otras normas que conjuntamente con estas regulan tal negocio en detalle, así el artículo 2° de este cuerpo de normas comerciales dispone que cuando no exista en este Código u otras leyes mercantiles disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán por su orden las normas del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales del Derecho, por lo que devienen en aplicables las normas pertinentes de dicho cuerpo legal, en este sentido el artículo 19 del Código Civil establece que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (art. 20 *ibídem*); los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe (art. 21 *ibídem*), sobre todo 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 adop-

ción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. El artículo 1022 *ibídem* establece que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes pactantes, pero está condicionado a lo dispuesto en el artículo 1023 *ibídem* que por su parte establece que los contratos obligan a lo que se expresa en ellos, además a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación según la naturaleza de ésta, de manera que a solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de ciertas cláusulas contractuales, como aquellas por medio de las cuales el oferente se reserva el "derecho de modificar unilateralmente el contrato" (la negrilla es nuestra) (párrafo 2° inciso A, según reforma por Ley 6015 de 7 de noviembre de 1976).

Tales son las normas que regulan propiamente la relación de crédito hipotecario entre el banco y los deudores, la relación fiduciaria como se ha dicho arriba no es directa con los accionantes, y por ello no los afecta directamente sino indirectamente: en cuanto determina en qué carácter comparece tanto contractual como procesalmente el Banco, y para determinar cual es el patrimonio autónomo que interesa en el contrato y que eventualmente resulte afectado con la solución que se dé al conflicto planteado.

Ahora bien, se plantea la cuestión de que en la escritura de constitución de hipoteca expresamente se indica que el interés es variable y proporcional con las "tasas pasivas" que tiene que pagar el accionado, en virtud de que el origen de los fondos deviene de la venta de Certificados de Crédito Hipotecario; conviene considerar al efecto que dichas escrituras tienen dos características importantes:

- 1ª) Que representan en sí el contrato de préstamo que determina la relación jurídica entre las partes, pese a su redacción de aspecto de manifestación unilateral, es evidente que ello se hace para los efectos registrales de inscripción de la garantía hipotecaria, en que tiene que comparecer el propietario y manifestar su deseo de imponer tal gravamen, pero es un hecho

que en ella se delinea sin esfuerzo la relación bilateral del contrato de préstamo.

- 2ª) Que se observa es la igualdad de redacción de todas las escrituras, con la única diferencia de la presencia del deudor y sus condiciones personales y las del bien que da en garantía.

Esta situación que confirma la primera observación nos lleva a considerar la figura del **contrato tipo o contrato de adhesión**, figura conocida ampliamente en la doctrina que al efecto indica:

"En la concepción clásica liberal, el contrato es obra de dos partes, iguales ante la ley, que discuten libremente las cláusulas de su acuerdo... Como ya se indicó (introducción), la práctica moderna ha demostrado que, por el contrario, frecuentemente el contrato es la obra exclusiva de una de las partes, aquella que es económicamente más fuerte que la otra; ésta última puede únicamente adherirse o no adherirse a las cláusulas que le son propuestas, pero no variarlas. Estamos en este caso en presencia de un contrato de adhesión: así contrato concluido con una compañía de aviación o con la lavandería se resume en la adhesión dada por el viajero o por el usuario a las cláusulas redactadas, entera y previamente por la compañía. (...) Puede suceder, sin embargo, que las cláusulas del contrato no son obra de ninguna de las partes. Se trata, entonces, de un contrato tipo, a veces imperativo, redactado por la Administración o por organismos profesionales. (...) En Costa Rica el proyecto de ley —iniciativa del Dr. Gerardo Trejos— que dio origen a la ley N° 6015 de 7 de diciembre de 1976, que adicionó el artículo 1023 del Código Civil, pretendió con objeto de proteger al consumidor de bienes y servicios, prohibir exclusivamente en los contratos tipo y en los contratos de adhesión, diecinueve tipos de cláusulas abusivas.[*] Sin embargo en la etapa de discusión ese proyecto sufrió, por iniciativa del entonces diputado Rodolfo Piza Escalante, una modificación que vino a prohibir ese tipo de cláusulas aun en los contratos de libre discusión ...(...) [*]: Así denominadas porque, redactadas por una sola de las partes contratantes para ser incluidas uniformemente en un contrato aplicable a un gran número de personas, son aprovechadas para suavizar las propias obligaciones de la parte redactora y para hacer más pesadas, sin contrapartida, las obligaciones de la otra parte.]" (La negrilla es del original).

(TRATADO DE LOS CONTRATOS. BRENES CORDOBA, Alberto, Edición revisada y actualizada por TREJOS, Gerardo y RAMÍREZ, Marina. Editorial Juricentro, S. José, C.R., 1985. Págs. 43-44).

La cita es por demás clara y reiterada en la doctrina no solo nacional sino en general de nuestro tipo de sistema jurídico, que manifiesta una profunda preocupación en cuanto al equilibrio que la doctrina contractual presume en principio entre los contratantes, pero que en la realidad está condicionada al poder económico de una de las partes y a la necesidad de la otra; además del problema de la masificación de los servicios, que implica soslayar el interés del individuo en sí y su condición, al respecto la doctrina española ha dicho:

"La aprobación administrativa, existente en algunos casos no santifica las cláusulas predispuestas por el empresario, otorgándoles vigencia incondicional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que esa aprobación no le impide, justamente, hacer ineficaces cláusulas contrarias al contratante débil e interpretarlas con espíritu de justicia (S. de 28 de marzo de 1956). () También ha mantenido la jurisprudencia la necesidad de normas especiales y más cuidadosas de interpretación para hallar la mayor justicia y reciprocidad en las prestaciones de las partes, evitando el posible abuso de poder por una de ellas (S. de marzo de 1957). Y en esta línea ha hecho reiteradamente un excelente uso de la regla de interpretación in dubio contra stipulatorem del artículo 1288 del Código Civil." (La negrilla es del original).

(SISTEMA DE DERECHO CIVIL. VOL. II. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Edit. Tecnos, Madrid, 1978. Pág. 58. **Ver en el mismo sentido: DERECHO CIVIL. II. DERECHO DE OBLIGACIONES. VOL. I.; ALBALADEJO, Manuel. 4. Edición Librería Bosch, Barcelona 1977; pág. 431).

De tal manera que la redacción en sí del contrato, o escritura de hipoteca que en este caso la conforma, debe ser considerada condicionada a los requisitos y términos de la ley, sin que proceda su aplicación literal e inmediata como en principio puede pensarse, fundada en el acerto de que hay acuerdo y aceptación de la deudora del contenido del contrato, pues la cláusula debe ser analizada respecto, no sólo

de la ley, sino de los principios generales de justicia, equidad y buena fe. Así las cosas, resulta que estamos ante un contrato de tipo mercantil, regulado tanto por el Código de Comercio como por el Código Civil, dentro de este concepto está autorizado que el Banco participe como fiduciario en la operación, pero el deudor participa sólo en su carácter de contratante del préstamo, no es parte de la relación fiduciaria, asimismo es pertinente, por tratarse de una relación comercial que se cobren intereses, tanto corrientes como moratorios, dentro de lo permitido por la legislación.

Concretándonos en la cuestión de determinar si es procedente el cobro de intereses variables o ajustables, se ha alegado por algunos que, al no haber un interés fijo, no hay una cosa cierta en la contratación, en el Código Civil se dispone por el artículo 627 que para que una obligación pueda ser válida y exigible es esencialmente indispensable: capacidad de parte de quien se obliga, objeto de cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación, y causa justa; el artículo 629 aclara que toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa y puede referirse a todas las cosas que estén en el comercio de los hombres, aún a las futuras como frutos por nacer; en el presente caso el objeto de la contratación resulta el préstamo de una cantidad de dinero por una de las partes, y, por la otra, el compromiso de pagar dicha cantidad en cuotas reconociendo un interés sobre el monto hasta la cancelación; a nuestro juicio sí hay claridad en cuanto al objeto de la obligación y no hay, por ende, nulidad de la contratación en relación con este argumento. Sin embargo, también es evidente que hay una circunstancia anómala en esta relación que pone al deudor en una situación de incertidumbre, dado que no hay una situación determinada en cuanto al tipo de interés, ni siquiera en cuanto al ritmo o periodicidad de sus cambios, y además de ello el contrato acordado en un principio, que determinaba un número concreto de cuotas mensuales por un monto preciso queda totalmente desactualizado, dado que al subir el tipo de interés la cuota ya no cubre el monto de capital e intereses

propuesto, debiendo variarse entonces su monto o número o ambos.

Si bien persiste la obligación, los términos en que la misma fue propuesta y acordada por las partes desaparecen, de ello deviene no solo la incertidumbre sino el perjuicio evidente para la parte que debe pagar un interés más alto y postergar en forma "indeterminada" la existencia de su obligación. Una justificación que da el Banco a esta situación nos refiere a una relación diferente, la del fideicomiso, como hemos repetido antes, esta relación no tiene efecto directo respecto de los actores, pero ciertamente condiciona la situación de la institución bancaria; así resulta que ella solamente es la administradora del fondo, el cual se formó con los créditos hipotecarios de los fideicomitentes, los que aparentemente ya fueron cancelados a aquellos; por lo demás el fondo se financia con la venta de Certificados de Crédito que se venden en el Mercado de Valores, así los beneficiarios en principio son los compradores de los títulos que obtienen un interés pasivo; según los términos de la contratación el Banco únicamente cobra una cuota por concepto de gastos administrativos, y su beneficio estaría únicamente en el caso de que por su actividad logre una mayor venta de certificados y el otorgamiento de más créditos hipotecarios, por lo demás, las ganancias que se generen en la relación tienen por objeto aumentar el capital del patrimonio para otorgar nuevos préstamos: es importante esta consideración por cuanto ella manifiesta que no hay un beneficio ilícito de parte de la entidad bancaria, ni un interés personal, en principio ni siquiera es evidente un gran beneficio sino una debida administración, lo que permite mantener fácilmente la presunción de su buena fe.

A lo anterior hay que agregarle que, las exigencias del mercado financiero han llevado a autorizar legalmente este tipo de cláusula o arreglo contractual de préstamo, pues como se señaló anteriormente, se autorizó a los Bancos del Estado dentro de su actividad comercial a fijar intereses variables en octubre de mil novecientos ochenta y ocho, y en general se permitió este tipo de interés tanto convencional como legal a partir de octubre de mil novecientos

noventa; lo cual permite considerar que existía una verdadera necesidad material, en el mercado financiero, de negociar los intereses en estos términos, a efecto de poder financiar sectores de crédito que carecían de ello.

Sin embargo, esta consideración debe contraponerse a otras situaciones legales:

- 1º) las reformas a la ley que hemos mencionado operan sin retroactividad, o sea a partir de mil novecientos ochenta y ocho y mil novecientos noventa respectivamente, pero todas las contrataciones cuestionadas son anteriores a dicha fecha, por ende no están sujetas a su aplicación.
- 2º) La reforma expresa de la ley permite interpretar que el legislador consideró necesaria la reforma porque la letra y el espíritu de la norma anterior no lo permitía.
- 3º) La aplicación de los artículos 19 a 22 del Código Civil, en cuanto a que estamos ante un acto contrario al espíritu de la norma y la intención del legislador, además de que no procede el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, cuando las circunstancias impongan una situación que sobrepasa los límites normales del ejercicio del mismo, dentro de la realidad legal en vigor en el momento en que se suscribió el negocio jurídico en cuestión.

Todo ello nos lleva a estimar que va contra la redacción del artículo 497 del Código de Comercio el fijar un interés parcialmente incierto, que por lo mismo cause zozobra y perjuicio al deudor; esta apreciación de la adecuada aplicación de las normas citadas, y en particular del artículo 497 del Código de Comercio, no es original sino que ha sido manifestada ya por la Jurisprudencia Nacional Superior, de tal manera que se ha dicho:

"Fuera de estos tipos de interés, no es aceptable otro rédito, siendo contrario al ordenamiento jurídico que se deje la posibilidad a una de las partes de fijar unilateralmente el tipo de interés, pues aunque puede suceder, si tomamos como base la tasa internacional de intereses, que en algún caso salga beneficiado el deudor porque baje la misma, la intención del legislador plasma-

da en la ley, fue la que al otorgarse el contrato de préstamo se establezca el tipo de interés que va a regir. Se establece la libertad para pactar intereses, pero el porcentaje de los mismos debe indicarse, de lo contrario se aplicará el tipo de interés legal, que el mismo código establece. Estando limitados los tribunales por la ley para resolver los asuntos que se someten a su decisión no es posible acoger la solicitud del representante del banco Actor sin violentar el artículo 497 del Código de Comercio. Los argumentos del recurrente no resultan de recibo, porque se pactó contra lo que en forma clara y expresa indica una norma jurídica, el artículo 497 antes relacionado careciendo ese pacto de efecto legal conforme lo dispone el artículo 19 del Código Civil, aplicable en este caso por disponer así el artículo 2º del Código de Comercio... Resulta prudente indicar que el artículo 497 es facultativo en cuanto permite que se fijen libremente los intereses pero es imperativo en cuanto obliga indicar en el contrato el tipo de préstamo de intereses y de no hacerlo se aplica el legal, que también está fijado por la norma."

(Res. V-218 de 8 h de 14 de marzo de 1990, Trib. Sup. 1º Civil de S. José, BCAC c/ WRRM).

Este criterio ha sido reiterado por dicha autoridad en otras oportunidades, incluso, considerando cláusulas expresas aceptadas por el deudor y las reformas a las leyes, en cuanto a que su aplicación no puede ser retroactiva:

"El recurso se refiere únicamente al extremo relativo a intereses. La tesis del Banco apelante es la que el interés variable es procedente en este caso porque eso fue de la aceptación de los deudores y fiadores. En realidad se trata de una cláusula que puede ser favorable o no a la parte acreedora, pero de todos modos esa modalidad en cuanto a la imposición del tipo de interés no estaba prevista en ninguna ley en la fecha en que el pagaré se firmó. En efecto: el pagaré se otorgó el 27 de octubre de 1988, y la ley que autorizó a los bancos a cobrar un interés variable y ajustable es la número 7107 de 4 de noviembre de 1988, publicada en La Gaceta Nº 222 de noviembre de ese mismo año. De manera que de conformidad con los artículos 18, 19, 22 del Código Civil 2º y 497 del Código de Comercio, lo resuelto por el a quo en cuanto a intereses debe ser confirmado."

(El subrayado no es del original; Res. Nº 371-V de 9.05 h del 12 de abril; **en el mismo sentido se ha repetido por Res. L-388-E de 9.45 h del dos de octubre y la Nº 320 de

8.35 h de 15 de julio todas de 1991 del T.S. 1°.C. de S. José, Sec. 1°).

Finalmente, se suma a toda esta consideración la disposición del artículo 1023 del Código Civil citado arriba, en cuanto a que son anulables las cláusulas por medio de las cuales una de las partes se adjudica unilateralmente el derecho de variar las condiciones del contrato, situación evidente en este caso en cuanto al

tipo de interés, ciertamente el Banco puede justificarse en que lo fija en relación con las tasas de interés pasivas de los títulos valores, pero también lo es que el Banco no está sujeto a control del fideicomitente, sino que es él mismo quien estima por sí solo el tipo de interés que desea pagar por los títulos valores y que la relación de fideicomiso no tiene que ver con los deudores del préstamo hipotecario.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo considerado arriba, es procedente admitir la tesis de declarar como ilícita y por lo tanto no escrita la cláusula insertada en los contratos hipotecarios cuestionados, de préstamo mercantil, en cuanto a que los intereses iniciales pueden ser variados a voluntad del Banco.

Sin embargo, no es admisible la posición al extremo de reducir los intereses al tipo legal al momento de las contrataciones, del seis por ciento anual, por cuanto consta que hubo acuerdo de partes y plena conformidad con un tipo concreto y determinado de interés, sea el interés que en las escrituras de hipoteca se llama interés inicial.
