

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA:

ANÁLISIS DE LOS INTERESES FLUCTUANTES EN LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS

RESUMEN: En el presente informe de investigación se incorpora la doctrina y jurisprudencia que analiza el tema de los intereses fluctuantes fijados específicamente en el crédito hipotecario. De este modo se presentan análisis relacionados a los cambios en la jurisprudencia y normativa, además de los límites establecidos para este tipo de interés.

Índice de contenido

1 DOCTRINA.....	1
a) Análisis de la Jurisprudencia relacionada a la materia de intereses fluctuantes.....	1
El fallo y sus bases fácticas.....	2
b) Las Cláusulas abusivas y los intereses fluctuantes.....	6
2 JURISPRUDENCIA.....	17
a) Límites a la estipulación de intereses fluctuantes y aplicación del principio de legalidad en el crédito bancario	17
b) Intereses fluctuantes en materia mercantil y su imposibilidad de cobrarlos por adelantado	61

1 DOCTRINA

a) Análisis de la Jurisprudencia relacionada a la materia de intereses fluctuantes

[MANAVELLA]¹

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El fallo y sus bases fácticas

"A mediados del mes de marzo del corriente año, el Tribunal Primero Civil de San José, emitió un criterio jurisprudencial sobre la posibilidad o legalidad de establecer intereses fluctuantes en determinados tipos de negocios jurídicos. (Ver: IVSTITIA. AÑO 4. Ns 40. pag. 25) Esta opinión ha causado entre colegas y personas vinculadas al quehacer económico algunas preocupaciones excesivas, por lo que nos atrevemos respetuosamente a hacer algunos comentarios sobre ella.

Lo primero que deseamos señalar es que la resolución debe entenderse a partir de la base fáctica y de la dinámica propia del proceso que le dio lugar. De ninguna manera pueden extraerse conclusiones, y menos definitivas, para ser aplicadas a otros casos que, aunque similares, escapan del contexto particular y concreto sobre el que se basó dicho juzgamiento.

El texto del fallo, en lo fundamental es el siguiente:

" ... CONSIDERANDO: I. Se muestra inconforme el Banco actor con el pronunciamiento recurrido porque no condenó a pagar los intereses fluctuantes, conforme fue solicitado y acordado en el contrato. El Tribunal comparte el criterio del Juzgador de primera instancia, por las razones que se dirán. Conforme lo establece el artículo 497 del Código de Comercio el interés puede ser convencional si está fijado por las partes libremente y legal que es precisamente el que señala esa disposición. Fuera de estos tipos de interés no es aceptable otro crédito, 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 bajó la misma, la intención del legislador plasmada en la ley, fue la de que al otorgarse el contrato de préstamo se establezcan el tipo de interés que va a regir. Se establece la libertad para pactar intereses, pero el porcentaje de los mismos debe indicarse o 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 acto, sin violentar el artículo 497 del Código de Comercio. II 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

legal conforme lo dispone el artículo 19 del Código Civil, aplicable en este caso por disponerlo así el artículo 2 del Código de Comercio. No se violenta en consecuencia el principio de literalidad que caracteriza los títulos valores. Resulta prudente indicar que el artículo 497 del Código de Comercio es facultativo en cuanto permite que se fijen libremente los intereses pero es imperativo en cuanto obliga a indicar en el contrato el tipo de interés y de no hacerlo, se aplica el legal, que también está fijado por la norma..."

(Tribunal Superior Primero Civil N° 218-V, de las 8:00 hrs. Del 14 de marzo de 1990. ejecutivo del B.C.A.C contra W.R.R.M,, W.G.M.A M.R.M)

Es necesario señalar que el ejecutivo se basó sobre un pagaré extendido en favor de un banco comercial el 29 de febrero de 1988, en donde se incluirá la siguiente cláusula en relación a los intereses: "... los variables en forma semestral en relación con la tasa básica pasiva del Banco acreedor de conformidad con las regulaciones que para tal efecto dicta el Banco Central o bien la tasa básica que éste fijar". Se extrae del título que el mismo resulta consecuencia de un préstamo en dinero para fines determinados.

II Las distintas aristas del problema

En realidad, la cuestión de la legalidad o ilegalidad de la inclusión de cláusulas de intereses ajustables en distintos tipos de negocios jurídicos, como un tema general del derecho privado, presenta distintos ángulos de tratamiento.

a) La cuestión sobre si constituyen o no cláusulas abusivas por sí mismas; en qué casos lo son o no lo son y, en relación con ello, la vía procesal idónea para discutir la actualización de intereses. Esto ha sido controvertido y resuelto, también en un particular caso concreto, por nuestros Tribunales. (Tribunal Superior Primero Civil. N° 2270 de las 7:30 hrs del 16 de diciembre de 1988.)

b) La posibilidad o no de incluir este tipo de cláusulas que suponen prestaciones determinables en un pagaré - e inclusive en otros títulos valores- cuando la exigencia indubitable es que el documento debe contener : "... la promesa pura y simple de pagar

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

una cantidad de dinero determinada " (art. 800, inc. b. del Cód. de Comercio). Discusión que viene ocupando desde hace algún tiempo tanto a la doctrina como a la legislación comparada.

Podría, inclusive, entablarse la discusión de si la exigencia de obligación" determinada" lo es para el pagaré, pero no para el contrato de préstamo, el cual sólo lequeriría que la prestación fuere " determinable ", según la aplicación de un principio general atinente a todas las relaciones obligatorias (art. 530 del Cód. Civil).

c) La forma correcta de redactar estas cláusulas, fe manera tal que no constituyan fijaciones unilaterales o abusivas, ya que la procedencia legal de ellas dependerá en muchos casos de una feliz elaboración de su texto.

Estos y otros problemas, que no mencionamos por razones de oportunidad, deberían ser necesariamente abordados en un estudio total sobre el tema.

Nuestro interés radica aquí en comentar la sentencia en cuestión, limitándonos y concentrándonos en el razonamiento jurisdiccional que la fundamenta, que no es otro que una determinada interpretación del artículo 497 de nuestro Código de Comercio.

III La regulación de los intereses fluctuantes

Para simplificar el tratamiento debe decirse que si la obligación contraída con el Banco Comercial lo hubiere sido con posterioridad al dictado de la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República (22 de noviembre de 1988) no habría discusión alguna, ya que ella modifica el texto del artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, diciendo 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."

Cualquier intento, en estos casos, de poner en juego el artículo 497 del Código de Comercio, resultaría vano ya que el nuevo texto, por su carácter de posterior y especializado, afectaría tácitamente el texto mercantil.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Pero el problema se sigue planteando no sólo con las obligaciones contraídas con anterioridad a la Ley de Modernización - como el caso que nos ocupa - sino también con las obligaciones posteriores en donde los sujetos activos no son " bancos comerciales " sino simples particulares o bancos no comerciales.

Es justamente para este tipo de casos donde el fallo que analizamos reviste particular importancia. Lo cierto es que, hasta el momento, indistintos sujetos han venido celebrando contratos de préstamos donde se incluyen cláusulas de intereses fluctuantes en el entendido de que no contrariaban disposiciones legales. Y aún más, sintiéndose amparados por criterios jurisdiccionales que no los cuestionaban e, inclusive, por otros que parecían legitimar ese ejercicio de la libertad contractual.

" Si las partes convinieron libremente la tasa de intereses, la que si bien responde a un tipo determinado según la práctica bancaria internacional conocida como "Primer Chase", el cual es variable y se fija trimestralmente, este Tribunal no encuentra que sea contrario a las normas que sobre la materia establece el Código de Comercio que, en principio, patrocina esa libertad contractual, de ahí que cabe revocar lo resuelto por el a quo, en cuanto los concede a los tipos legales costarricenses, reservándose para la etapa de liquidación el análisis de las sumas que correspondan según las probanzas que se aporten. Código de Comercio, art. 497 ". (Tribunal Superior Primero Civil, Ne 990 de las 8,50 hrs. del 19 de agosto de 1981).

De allí que el fallo en cuestión pareciera introducir un nuevo criterio interpretativo del artículo 497 del Código de Comercio.

IV. Nuestra opinión

No hay ninguna duda, y el fallo así lo señala, que el artículo 497 distingue entre intereses convencionales y legales. En lo que disentimos es en la consideración de que la cláusula de intereses ajustable, tal como está redactada en este caso, constituya una forma distinta al del interés convencional o represente una forma de fijación unilateral del tipo de interés.

A nuestro juicio el interés allí pactado es convencional, simplemente porque las partes lo han convenido; no es unilateral,

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

porque el criterio de actualización se deja en manos de un tercero que es, ni más ni menos, el ente rector de esas políticas y; el interés inicial está indicado (30 %). Estamos de acuerdo que de no indicarse el porcentaje de los intereses deberá aplicarse el interés legal, pero no es ésta la hipótesis que está en juego en este caso. Menos puede sostenerse que " se pactó contra lo que en forma clara y expresa indica el artículo 497".

Lo que sí dice, expresamente, el artículo 497 es que el interés legal sólo " tiene validez cuando no existe convenio sobre el particular".

El razonamiento podría comprenderse pensando que el Tribunal consideró ilícita y, por tanto, como no escrita la cláusula convencional. Lo curioso es que el Tribunal no obstante que afirma que debe aplicarse el interés legal, que en este caso concreto debía ser el 8 %, termina condenando al demandado al 30 %, es decir al porcentaje inicial de intereses fijado en la cláusula por la vía convencional.

Otro fallo más reciente del mismo Tribunal - Ne 439 de las 8,45 hrs del 25 de abril - y cuyo texto se puede ver en este mismo número, en la sección de jurisprudencia, sigue fundamentalmente el mismo criterio interpretativo del artículo, pero, al menos, es más coherente ya que, luego de entender que una cláusula similar a la del otro caso no está autorizada por el art. 497, terminó condenando al deudor a pagar los intereses legales que, para este supuesto, eran del 6 % anual.

b) Las Cláusulas abusivas y los intereses fluctuantes.

[MANAVELLA]²

"La regulación de las cláusulas de intereses variables o fluctuantes ha pasado fundamentalmente por tres etapas: una primera, que va hasta la promulgación de la Ley N- 7107 de Modernización del Sistema Financiero de la República -noviembre de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1988-, una segunda que va desde la aparición de dicha ley hasta la publicación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio -Nº 7201 de octubre de 1990- y una tercera que se inaugura con la sanción de esta última.

Durante las dos primeras etapas se llegó a dudar sobre la validez de la inserción de ese tipo de clausulado, hasta tal punto de dividirse la jurisprudencia para terminar inclinándose por considerarlas ilícitas y nulas en virtud de una determinada interpretación del artículo 497 del Código de Comercio y de otras disposiciones del Código Civil relativas al abuso en su utilización.

Aunque con la reforma operada por la Ley Nº 7201 -que incorpora expresamente el tipo de interés fluctuante- pareciera terminada la discusión, ella prosigue en torno al tema de la eventual abusividad de las mismas.

En otro trabajo, en ocasión de comentar un fallo, analizamos brevemente las razones que nos llevaban a disentir con él y a sostener que, aún antes de la reforma de octubre de 1990, la incorporación de este tipo de cláusulas era una actividad perfectamente lícita, salvo de que se abusara en su utilización.

La aparición de nuevas resoluciones judiciales y de nuevas discusiones doctrinarias e, inclusive, de numerosos recursos de amparo planteados ante la Sala Constitucional reclamando su intervención, nos obligan a profundizar sobre el tema e incluir algunos razonamientos nuevos que pueda ayudar a aclarar este controversial tema.

Las ideas centrales que queremos dejar firmemente sentadas son dos: una, que nunca los intereses fluctuantes estuvieron prohibidos y, otra que el problema del eventual abuso en su utilización es un problema independiente y que, inclusive puede darse a pesar de la nueva redacción del artículo 497 del Código de Comercio.

Sobre los contratos celebrados antes de la reforma al artículo 497 del Código de Comercio.

En términos generales, todas las cuestiones planteadas, por contratos celebrados con anterioridad a la reforma al artículo 497 del Código de Comercio, resultaron ser de puro derecho, toda vez que se basaban fundamentalmente en la interpretación de esa

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

disposición y otras supletorias del Código Civil. En efecto, el punto central de discusión en las controversias era el de la validez o no de las cláusulas de intereses fluctuantes, dependiendo la solución exclusivamente del sentido y alcance que el juzgador le diera a la normativa puesta en juego.

a) Los alcances del antiguo artículo 497 del Código de Comercio:

En efecto, el artículo 497 del C. de Comercio, en su antigua redacción, establecía que existían dos tipos de intereses: convencionales - el establecido "por acuerdo de partes libremente aceptado" - y legales - "el impuesto por ley para el caso de ausencia de acuerdo" -.

De tal forma que no puede dudarse que los intereses fijados en estos casos eran convencionales. Pero también la doctrina viene distinguiendo desde hace ya mucho tiempo entre dos modalidades de intereses convencionales: e llamado puro o real consistente en una suma de dinero pagada como compensación por el uso del capital o por privación al dueño del uso del capital y el llamado nominal o aparente que se da cuando a la tasa pura se le agregan otros elementos que la harán variar en el tiempo basados en ciertas eventualidades y criterios económicos.

Evidentemente las cláusulas de interés fluctuantes son cláusulas de interés nominal o aparente y como tales simples modalidades del interés convencional. Este razonamiento basta para desechar la interpretación de que no estaban regulados por el artículo 497; por el contrario, aunque no se hacía una referencia lingüística a ellos -como se hace en la nueva redacción- al tratarse de una simple modalidad de los intereses convencionales se encontraban lógicamente incluidos en ellos. De ninguna manera puede concluirse que la reforma de octubre de 1990 implicó un cambio de criterio; la reforma vino simplemente a aclarar cuál había sido, desde siempre, el sentido y alcance del artículo 497 del Código de Comercio, evitando así nuevas disputas sobre el tema.

Todo ésto permite concluir que es absolutamente errónea la afirmación de la carencia de un texto legal que respaldara la inclusión en los contratos de préstamo de cláusulas de intereses variables o fluctuantes. Pero más caprichosa e incongruente aún, es la afirmación de que tales cláusulas eran prohibidas o ilícitas al momento de celebración de los contratos. Extraer como

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

conclusión de que por no haber una referencia expresa a los intereses fluctuantes, éstos estaban prohibidos, en materia de derecho privado es, sencillamente, a nuestro juicio, un craso error.

Por el contrario, el texto legal era conciso y claro: interés convencional "es el que fijan las partes libremente".

La libertad contractual -principio de rango constitucional- determinaba, en consecuencia, el tipo de interés que las partes, por facultad expresa que les concedía el texto del artículo 497 del Código de Comercio, fijaban.

En conclusión: el texto del antiguo artículo 497 del Código de Comercio, facultaba de manera expresa a las partes contratantes para fijar libremente el tipo de interés; la legislación vigente en materia de préstamo mercantil si bien requería la fijación concreta de un tipo de interés inicial, no prohibía y, por ende, permitía, un tipo de interés variable o ajustable y; el tipo de interés legal, que señalaba el antiguo texto del artículo 497, no era de aplicación a los casos en que las partes establecieran un tipo de interés convencional.

b) Sobre la aplicación supletoria de normas del Código Civil

Aunque, como hemos visto, faltaban disposiciones mercantiles sobre la cuestión discutida, algunos fallos hicieron aplicaciones supletorias de normas del Código Civil; aplicación que no tenemos inconveniente de revisar, para ver hasta qué punto pueden o no ser utilizados como argumentos prohibitorios de las cláusulas de estabilización. En efecto, algunos de los argumentos utilizados, sobre todo por la jurisprudencia, han pretendido sostenerse en artículos del nuevo Título Preliminar del Código Civil y en el, también relativamente nuevo, artículo 1023 del mismo texto.

b. 1. Los artículos 19, 20, 21 y 22 del Código Civil

El artículo 19 -y también el 18- del nuevo Título Preliminar del Código Civil se refieren al necesario respeto que por el "interés" y el "orden público" deben guardar los actos jurídicos para someterlos a ciertas exigencias sociales. El artículo 18 se refiere a la "exclusión voluntaria de la ley" y a la "renuncia de derechos en ellos reconocidas", hipótesis que para nada están en juego en esta discusión. El artículo 19 consagra la nulidad de los

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

actos contrarios a las normas "imperativas" y "prohibitivas".

Cuando en las sentencias se mencionan estos artículos suponemos que se ha considerado que las normas incluidas en el artículo 497 del Código de Comercio son "imperativas" y "prohibitivas".

La Teoría General del Derecho ha explicado estos conceptos; y según ellos las disposiciones contenidas en el artículo 497 no pueden ser calificadas ni de "imperativas" ni de "prohibitivas", por lo que no podrían los actos en estos casos contratos- ser considerados contrarios a algo que no reúne tal carácter. En realidad el espíritu del articulado es otro, sancionar con nulidad aquellos actos que hayan sido realizados a pesar de una prohibición expresa, y ésto no ha sucedido en los casos que aquí se discuten, por lo cual tampoco el artículo 19 tiene nada que ver en este debate.

- El artículo 20 del Código Civil incorpora, expresamente, la vieja institución del fraude a la ley. Quien conozca seriamente la institución sabrá que el fraude a la ley consiste, como bien lo dice al artículo, en realizar actos al amparo del texto de una norma persiguiendo un resultado "prohibido" o "contrario" al ordenamiento jurídico con el objeto de eludir la debida aplicación de la norma correspondiente. Como hemos dicho, la norma del artículo 497 no contiene prohibiciones y, por lo tanto, mal podrían realizarse actos "prohibidos" o "contrarios" al ordenamiento jurídico".

- El artículo 21 del Código Civil consagra la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

Como buena fe objetiva exige de las partes un comportamiento negocial "honesto, probo y leal" y como buena fe subjetiva supone por las partes "creencia en la legitimidad" del acto que están realizando. Pero, además de estas dos funciones tradicionales, el derecho moderno le ha asignado a la buena fe un importantísimo papel como criterio hermenéutico en la interpretación de los contratos.

Como buena fe objetiva, exige de las partes una conducta media de corrección, fidelidad y lealtad no sólo al momento de celebración del contrato sino durante su desarrollo, aceptando -como ha dicho Mosset Iturraspe- "incluso efectos que no hayan sido previstos o queridos originalmente, respetando así los intereses perseguidos - y las legítimas expectativas- por las partes"; implica el

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

compromiso de "poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación jurídica de que se trate" -al decir de Betti-; impone el deber de evitar en lo posible el aumento de daños innecesarios a la contraparte; no tolera el aprovechamiento del descuido, la imprevisión, la ligereza o la inexperiencia del co-contratante -afirma Baudrit Carrillo-.

Estamos de acuerdo en que los contratos exigen buena fe de las partes al momento de su celebración y durante su ejecución y que la buena fe debe ser valorada como medio de interpretación contractual; ésto supone, por parte del juez, un análisis concreto del comportamiento específico de las partes, tanto objetivo como subjetivo.

En estos casos, los particulares celebraron con los bancos; contratos de préstamos donde fueron incluidas, con su libre consentimiento cláusulas de intereses variables redactadas con claridad e, inclusive, explicativas del mecanismo de ajustabilidad sobre la base de criterios absolutamente objetivos, como se analizará más adelante, donde seguramente habrán medido o valorado los posibles riesgos de su compromiso, en función de sus particulares situaciones económicas.

Como buena fe subjetiva protege la confianza razonable, la representación que se ha hecho del negocio y de los resultados prácticos del mismo, de acuerdo con los que las partes realmente entendieron del contenido contractual. ¿Es que los particulares no comprendieron el sentido del contrato y las responsabilidades que asumían?

Como elemento en la interpretación de los contratos, la buena fe supone la aceptación de mecanismos correctivos tendientes a la estabilización de las relaciones jurídicas respecto a los cambios económicos propios de la vida moderna; justamente los intereses variables o ajustables funcionan en la contratación moderna -junto a la indexación- como mecanismos tendientes a restablecer el equilibrio alterado de las prestaciones protegiendo los contenidos originales de la contratación. ,

- El artículo 22 del Código Civil consagra la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos o el ejercicio antisocial del mismo, estableciendo que "...todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ejercicio de un derecho, con daño para tercero o la contraparte en un contrato, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Toda la teoría del abuso del derecho se basa en la consideración de si un derecho subjetivo se ejerce o no sobrepasando "manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho". Los actores y los bancos contratan libremente y pactan sobre la base de una cláusula fluctuante de intereses; de allí surge el derecho subjetivo del banco -como acreedor- de exigir como contraprestación el pago de una suma de dinero en concepto de intereses que se actualiza según un criterio económico determinado por ambas partes; el banco exige el cumplimiento de la obligación pactada limitándose a hacer una simple operación aritmética con el objeto de fijar la suma dineraria correspondiente; la pregunta es entonces: ¿de qué modo el banco sobrepasa los límites normales del ejercicio de su derecho, cuando se limita a exigir lo pactado?

b. 2. Sobre los alcances del arf. 1023 del Código Civil -las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión-

De algunos últimos fallos pueden extraerse las siguientes conclusiones: que estaríamos en presencia de contratos tipos o de adhesión; que en ellas se habrían incluido cláusulas unilaterales; que tales cláusulas fijarían prestaciones inciertas; que tales cláusulas serían abusivas; y que dicha situación causaría "zozobra y perjuicio" a los deudores.

No discutimos que estamos en presencia de contratos tipos o de adhesión -ésta es indudablemente la forma típica de la contratación bancaria moderna-; pero -como se ha dicho- la contratación con condiciones generales predispuestas no es mala en sí misma, en ninguna zona o ámbito del derecho privado por lo que el punto medular de la cuestión estriba en discutir si las cláusulas inscritas en un contrato -de adhesión o no- son o unilaterales, o inciertas o abusivas -conceptos independientes que no deben ser mezclados o confundidos-. No pretendemos aquí, de ninguna manera, defender una libertad contractual irrestricta; conocemos los límites de la autonomía de la voluntad. Lo fundamental es discutir si dichos límites han sido transgredidos en los casos concretos y específicos al insertar las cláusulas de intereses fluctuantes.

Sostienen algunas sentencias que las cláusulas de intereses

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

fluctuantes incluidas en los contratos son unilaterales y que esa situación fáctica permitiría la aplicación del artículo 1023, en su inciso a). Este argumento merece ser analizado.

El artículo 1023, en lo pertinente, reza: "...2) A solicitud de parte los tribunales declaran la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas contractuales:

a) Las de conformidad con las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar por sí solo si el bien vendido es conforme al mismo...".

En primer lugar, es evidente que la hipótesis fáctica que se pretende abarcar en este inciso - como la mayoría de otros incluidos en el artículo es el de la compraventa -vendedor- u oferta de bienes -oferente-. Si se estudian los antecedentes, tanto del Proyecto Trejos, como del modelo del Proyecto (cláusulas abusivas en el Código Civil español) se observará que la principal preocupación del legislador fue la protección del consumidor de bienes vendidos o sujetos a oferta. De tal modo que bastaría este razonamiento para excluir su aplicación a los casos en cuestión: los bancos no es son vendedores ni oferentes, sino prestadores.

Pero aún en el caso de que se pensara que el inciso alcanza a los contratos de préstamo, debe advertirse que lo que se sanciona con nulidad es la "reserva del derecho de modificar unilateralmente el contrato". Las cláusulas en cuestión no reservan a los bancos el derecho de modificar unilateralmente el contrato; sino que se trata simplemente de una cláusula de intereses fluctuantes, aceptada bilateralmente, donde se fijan criterios absolutamente objetivos de variabilidad y que, por lo tanto no dependen exclusivamente de la conducta del Banco.

En realidad lo que se pretende con la prohibición de insertar cláusulas unilaterales, es que una de las partes no modifique a su entero arbitrio las condiciones originales de la contratación, imponiéndole a la otra obligaciones distintas a las pactadas, colocando al deudor en una situación de indeterminación de la prestación; en este sentido lo que se procura es que la variación no sorprenda a la parte contratante de forma que convierta al contrato en aleatorio o bien, que el cumplimiento no quede librado al arbitrio de un contratante.

La doctrina ha distinguido -basada en en el análisis analógico de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

las condiciones- entre cláusulas potestativas y absolutamente potestativas, para declarar que sólo las segundas son ilícitas y deben tenerse como no escritas. Potestativas son aquellas que si bien crean una facultad al acreedor -que puede o no ejercitar- dependen en su realización de un acontecimiento exterior -y por lo tanto objetivo- a la voluntad del titular previamente definido; absolutamente potestativas, son aquellas que quedan libradas exclusivamente a la voluntad subjetiva del titular, al capricho del titular y que por lo tanto indeterminan la prestación.

De allí que, como bien ha dicho la doctrina, el problema de la unilateralidad, como el problema de la ambigüedad u oscuridad de la redacción de la cláusula, es un problema ligado a la indeterminación.

En efecto, el artículo 630 dice que "es ineficaz la obligación cuyo objeto no pueda reducirse a un valor exigible, o que no está determinado ni pueda determinarse". Esto, como es sabido, da lugar a un tipo de obligaciones -llamadas determinables- donde la prestación si bien no está perfectamente determinada desde su nacimiento presenta -también desde su génesis- criterios claros para su eventual determinación. Pensamos que la "incertidumbre" que se alega no es otra cosa que una característica lógica de las obligaciones determinables, es decir no conocer desde el inicio exactamente el alcance de la prestación por haberse dejado su determinación final a un criterio futuro cuya suerte no se conoce en el momento presente. Pero una cosa es indeterminación como causa de ineficacia de las obligaciones y otra es la "incertidumbre" típica de las obligaciones determinables, obligaciones -por otro lado- perfectamente admisibles como modalidad de negociación.

De tal modo que las cláusulas de intereses variables incorporadas a los contratos de adhesión en cuestión ni son unilaterales, en los términos del artículo 1023, ni son indeterminadas en los términos del artículo 630 del Código Civil.

Tampoco son abusivas, por que justamente el interés práctico que deriva de la construcción teórica efectuada -sobre todo para los contratos de adhesión-, es evitar que la parte económicamente más poderosa en una determinada relación contractual haga prevalecer esa "superioridad" económica con intención de favorecerse injustamente imponiéndole prestaciones innecesariamente gravosas a la más débil.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Las cláusulas de interés variables en cuestión no son unilaterales, no son indeterminadas y son claras -otro de los requisitos exigidos por la doctrina para evitar desequilibrios en la contratación-; por lo tanto no son abusivas, por que no han transgredido de ninguna manera los límites fijados por el ordenamiento jurídico para el libre desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad y no han causado perjuicio ni zozobra alguna a los particulares que conocían perfectamente las consecuencias de su consentimiento.

Por otra parte, la inserción de cláusulas de biteres fluctuante es una costumbre ya vieja de las entidades bancarias -con todas las características de las costumbres secundum legem - en nuestro país, que tiene por objeto, entre otras cosas, lograr la recomposición del capital y que se utiliza como mecanismo correctivo paralelo a la indexación. La forma concreta que cada banco, en cada contrato específico, le da a las cláusulas de interés fluctuante es diferente; de allí la importancia de examinar cada caso por separado, no sirviendo como antecedentes jurisprudenciales los análisis hechos para otros tipos de casos y cláusulas.

De tal modo que si para algo sirve la mención de las sentencias es para demostrar la existencia de una costumbre mercantil secundum legem nacida de la propia práctica de la ley con el objeto de interpretarla -tal la función jurídica de las costumbres secundum legem o interpretativas-. El artículo 2 del Código de Comercio reconoce el valor de los usos y costumbres mercantiles como fuente supletoria.

Una posible interpretación ilegal e inconstitucional

Creemos que ciertas interpretaciones que prohíben la inclusión de cláusulas de intereses fluctúan tes además de incongruentes y acientíficas son en muchos casos ilegales e inconstitucionales.

Ilegales, porque además de no respetar los métodos gramatical, lógico, histórico y sistemático no toman en cuenta "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" ni "atiende al espíritu y finalidad de ellas" en los términos del artículo 10 del Código Civil, ni reconoce el valor de los usos y costumbres comerciales aceptados como fuentes supletorias en el artículo 2 del Código de Comercio.

Inconstitucionales, porque de la actividad interpretativa de los

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

jueces surgen, como explicaremos, importantes restricciones a libertades económicas fundamentales en la aplicación del artículo 497 del Código de Comercio -derogado pero con ultraactividad a los casos examinados- y de los artículos 18, 19, 20, 21, 22, 1022 y 1023 del Código Civil, que podrían fundamentar una acción de inconstitucionalidad por interpretación de dichos textos.

El fundamento concreto de este razonamiento se basa en la creencia de que el resultado, también concreto, de la actividad interpretativa, Umita el derecho a la iniciativa privada (artículo 28 de la Constitución Política), a la libertad de empresa (arts. 28 y 46 ibi-dem) y al principio de libertad contractual que, aunque no citado expresamente, se reconoce como principio de raigambre constitucional

En efecto, el artículo 28 de la Constitución establece el principio general de "libertad pública" entendida como una esfera de autodeterminación que

permite a los sujetos de derecho escoger, por sí mismos, sus comportamientos en los diferentes ámbitos de la vida social, siempre "que no dañen la moral o el orden público o no perjudicaren a terceros" y que permiten el sustento jurídico a la iniciativa privada en el campo económico.

Si los bancos realizan operaciones típicas del Derecho Privado, sujetas tanto a la legislación como a los principios generales de tal rama jurídica, una interpretación cuyos resultados concretos impliquen restricción a esa actividad "autorizada" y no "expresamente prohibida" supone una violación al derecho constitucional a la iniciativa privada.

Es evidente que interpretaciones como la que cuestionamos, al restringir una actividad "autorizada" y no "expresamente prohibida" viola también el derecho constitucional establecido en los artículos 28 y 46 de la Constitución Política en la medida que cercena y restringe cierta forma de contratación a través de la cual los bancos buscan mecanismos de protección de sus recursos ante las vicitudes propias de la actividad financiera. De habersele prohibido a los bancos esta modalidad de la contratación, no hubieran ellos podido continuar con cierta línea de créditos, como la de compra de viviendas, sin un grave riesgo para la continuidad de sus actividades.

Por último consideramos que se viola el principio de libertad

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

contractual. Aunque reconocemos que el principio -originado en los modelos del liberalismo decimonónico- hoy se halla sensiblemente atenuado, no por eso deja de existir en el ámbito del derecho privado. La autonomía de la voluntad es el corazón del derecho privado y su limitación se justifica en el concreto modelo socio económico que nuestra Constitución ha escogido, sólo por razones de "moral", "orden público" o "respeto al derecho ajeno" -artículo 28 de la Constitución Política-.

El reciente Voto N° 3495-92 de la Sala Constitucional -que declara la in-constitucionalidad del artículo 6 de la Ley de la Moneda- constituye un dictamen vinculante en materia de contenido y límites a la libertad de contratación, que los intérpretes deberán respetar."

2 JURISPRUDENCIA

a) Límites a la estipulación de intereses fluctuantes y aplicación del principio de legalidad en el crédito bancario

[SALA PRIMERA]³

Resolución N° 35

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . San José, a las catorce horas cincuenta minutos del ocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Proceso ordinario contencioso administrativo establecido en el Juzgado Primero de la materia de esta ciudad por Ricardo Chaves Murillo , divorciado, Carlos Enrique Pravia Pichardo , analista de sistemas, María Elena Jacamo Novoa , de oficios domésticos, Gabriel Gerardo Quirós Blanco , comerciante, Xinia Viales Angulo , soltera, profesora, Lilliana Rojas Molina , trabajadora social, Juan Carlos Vargas Aguilar , comerciante, Gladiz María Paz Garro , divorciada, de oficios domésticos, María de los Angeles Vargas López , Ligia Gómez González , de oficios domésticos, Roger

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Argüello Espinoza , contador, Franklin Garita Carvajal , soltero, mensajero, Hernán Gerardo Villalobos Mata , guarda, Isabel Barquero Fernández , oficinista, Jorge Castro Sánchez , maestro de obras, Gerardo Enrique Camacho Villalobos , oficinista, Juana Victoria Montero Villalobos , secretaria, Mainor Rodríguez Rojas , soltero, estudiante, Jhonny Coto Vargas , oficinista, Elizabeth Ramírez Valverde , dentista, Mario Alberto Castro Salas , vendedor, Dinorah Elena Fonseca Pereira , de oficios domésticos, Jorge Enrique Leitón Ramírez , soltero, administrador, Rafael Angel Alvarado Montoya , contador, Daysi María Aguilar Calderón , comerciante, Gina Salas Alfaro , de oficios domésticos, Efrén Sandí Bolaños , oficinista, Jorge Eduardo Jiménez Rojas , comerciante, Ana Lorena Hidalgo Villanueva , oficinista, Jessy María Rigg Suárez , soltera, estudiante, María Lourdes Real Real , soltera, comerciante, Rina Solano Arrieta , profesora, Javier Benavidez González , dibujante, José Antonio Mulgrave Hibbert , oficinista, Ricardo Hernández González , diseñador industrial, Oscar Mario Sancho Arce , soltero, comerciante, Margarita Sancho Arce , Jesús Campos Hernández , comerciante, Freddy Alberto Jiménez Rojas , agente vendedor, María Elena Saldaña Granados , acupunturista, Carlos alberto Castro Mora , radiooperador, y Eida Carrillo Arley , modista. Dichas personas accionan contra el "Banco Nacional de Costa Rica" , representado por el sub-gerente, con facultades de apoderado generalísimo, Ing. Bernardo Chaverri Rivera, agrónomo. En calidad de actor, y como apoderado especial judicial de los coactores, figura el Lic. Ricardo Chaves Murillo. Por su parte, como apoderados generales judiciales del banco accionado figuran los Licdos. Carlos Enrique Anglada Soler y Rafael Esquivel Gutiérrez. Todos son mayores, vecinos de San José y, con las salvedades hechas, casados y abogados.

RESULTANDO :

1º.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, los actores plantearon demanda ordinaria de cuantía inestimable, a fin de que en sentencia se declare: " Uno : Como ilícita y por lo tanto no escrita, lo insertado en los contratos que los aquí actores firmamos con el Banco Nacional de Costa Rica, en los contratos de préstamo mercantil celebrados entre ambos y ampliamente descrito en el hecho uno de la presente demanda y que está referida a los intereses iniciales que puedan ser variados a voluntad por el Banco; las que las convierte en fluctuantes y en

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

consecuencia de aplicación a las mismas el interés, sea el seis por ciento anual en sustitución del fluctuante y que es el que debía regir al momento de la firma, según el artículo 497 del Código de Comercio. Que se anule así la cláusula referida al interés fluctuante. Además que se condene al Banco a los daños y perjuicios ocasionados, estando obligado devolver las sumas recibidas de más, por encima del interés legal ya señalado, a partir de la fecha de celebración del contrato para cada uno de los actores y especificados en el hecho uno de la presente demanda. Los daños y perjuicios son en forma abstracta la condena y a liquidarse en ejecución de sentencia al igual que las sumas recibidas de más. Se condene en costas al demandado. Dos : Caso que el punto uno no prosperara, subsidiariamente solicitamos como ilícita, nula y por lo tanto no escrita la cláusula o disposición referente al interés variable o fluctuante e inserta en los contratos celebrados entre los actores y el Banco demandado y ampliamente reseñada en el punto o hecho dos de la presente demanda y en consecuencia se aplicará a dicho contrato el interés inicial y obligado el demandado a devolver todas las sumas recibidas de más y condenado en forma abstracta en los daños y perjuicios ocasionados y a liquidar en ejecución de sentencia. Se condene en ambas costas de esta acción." (sic)

2º.- El ente accionado contestó negativamente la demanda y opuso las excepciones de prescripción, falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa, falta de interés actual y la genérica de sine actione agit.

3º.- El Juez, Lic. Joaquín Villalobos Soto, en sentencia de las 16 horas del 30 de enero de 1992, resolvió : "... Se admite la demanda ordinaria interpuesta por los actores Ricardo Chaves Murillo, Carlos Enrique Pravia Pichardo, María Jacamo Nova, Gabriel Gerardo Quirós Blanco, Xinia Viales Angulo, Lilliana Rojas Molina, Juan Carlos Vargas Aguilar, Gladiz María Paz Garro, María de los Angeles Vargas López, Ligia Gómez González, Róger Argüello Espinoza, Franklin Garita Carvajal, Hernán Gerardo Villalobos Mata, Isabel Barquero Hernández, Jorge Castro Sánchez, Gerardo Enrique Camacho Villalobos, Juana Victoria Montero Villalobos, Minor Rodríguez Rojas, Jhonny Coto Vargas, Elizabeth Ramírez Valverde, Mario Alberto Castro Salas, Dinorah Elena Fonseca Sequeira, Jorge Enrique Leitón Ramírez, Rafael Angel Alvarado Montoya, Daysi María Aguilar Calderón, Gina Salas Alfaro, Efrén

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Sandí Bolaños, Jorge Eduardo Jiménez Rojas, Ana Lorena Hidalgo Villanueva, Jessi María Rigg Suárez, María Lourdes Real, Rina Solano Arrieta, José Antonio Mulgrave Hibbert, Ricardo Hernández González, Oscar Mario Sancho Arce, Margarita Sancho Arce, Jesús Campos Hernández, Freddy Alberto Jiménez Rojas, María Elena Saldaña Granados, Carlos Alberto Castro Mora y Eida Carrillo Arley, contra el Banco Nacional de Costa Rica, representado por su apoderado general judicial Lic. Rafael Esquivel Gutiérrez; se acoge la demanda y se declara como ilícita y por ende nula y por no escrita la cláusula que establece, en los contratos de préstamo mercantil constatados por las escrituras de constitución de hipoteca a favor de la accionada descritos en la demanda, que los intereses son variables o ajustables y en consecuencia regirá para las obligaciones constituidas en dichas operaciones el que se fijó al suscribirse como interés inicial, se condena a la demandada a devolver a los actores las sumas recibidas de más por variar el tipo de porcentaje del interés, se acoge la excepción de falta de derecho respecto al punto uno de la petitoria, en cuanto a fijar el tipo de interés al tipo legal del seis por ciento anual y en cuanto a condenar en abstracto a la demandada al pago de daños y (sic) relación a los montos pagados de más al Banco anteriores a cuatro años antes de la fecha de presentación del reclamo administrativo, catorce de setiembre de mil novecientos noventa; en todo lo demás se rechazan ambas excepciones; asimismo, por considerar que la accionada ha litigado de buena fe se resuelve sin especial condena en costas; se rechazan por improcedentes las excepciones de Sine Actione Agit o Falta de Acción y las que la conforman además de la de falta de Derecho, sean las de falta de Legitimación Activa para la causa y Falta Interés Actual, y la de Prescripción.". (sic) Al efecto consideró el Juez Villalobos : " I) Hechos probados: 1) Que en el Registro Público, Sección Mercantil, al tomo seiscientos tres, folio doscientos treinta y uno, asiento trescientos veintiocho, aparece inscrita la personería de Rafael Esquivel Gutiérrez, como apoderado general judicial del Banco Nacional de Costa Rica, cédula de persona jurídica número cuatro cero cero cero cero mil veintiuno, con domicilio en San José (certificación notarial a f. 145). 2) Que mediante escritura pública suscrita a las catorce horas del veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y nueve, ante los notarios Enrique Brenes Oreamuno y Franklin Matamoros Calderón, los señores Porfirio Morera Batres, como gerente del Banco Nacional de Costa Rica son su representación legal y Juan Francisco Escobar Crespo, como presidente de Hogares de Costa Rica Sociedad Anónima con poder suficiente para el acto, constituyeron

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

un fideicomiso nombrado como "Fideicomiso Hogares de Costa Rica Sociedad Anónima, siendo fideicomitente la compañía y único fiduciario el banco, beneficiarios los tenedores de inversión hipotecaria que luego se dicen, limitando el beneficio de los fideicomisarios al valor nominal de dichos títulos bajo las condiciones que se indican: "Que el objeto del fideicomiso estará constituido por créditos hipotecarios comunes de primer grado que la fideicomitente cederá en fideicomiso al Banco, en forma irrevocable y por todo el plazo de las hipotecas, transmitiéndole todos los derechos, acciones y privilegios correspondientes a las mismas. El Banco sólo aceptará la cesión en fideicomiso de aquellos créditos hipotecarios que lo satisfagan en cuanto a la relación entre su monto y el valor de la garantía, prima pagada por los clientes, solvencia económica de los deudores, plazo, interés, incluso variables, forma de pago, monto y demás detalles que considere convenientes... Que una vez aceptadas en fideicomiso las hipotecas, otorgada la escritura de cesión y pagadas las comisiones y otros gastos del Banco por cuenta de la compañía, aquél procederá a emitir, en su condición de fiduciario del fideicomiso que en este acto se constituye, títulos valores al portador, de los montos, plazos e intereses que estime necesarios o apropiados; los cuales títulos se denominarán "certificados de Inversión Hipotecaria", y procederá a colocarlos en el público o en instituciones de carácter público o privado por medio de venta directa o a través de la Bolsa Nacional de Valores, para entregar luego su producto, hasta por el monto de las hipotecas cedidas, a la fideicomitente... Que a parte del incremento o que tendrá el patrimonio fideicometido por las sucesivas cesiones hipotecarias indicadas, y el cual patrimonio es desde luego independiente de los del Banco y "la Compañía", se incrementará asimismo con la diferencia entre los intereses que se paguen los deudores de las hipotecas y los intereses que se paguen a los tenedores de los "certificados de inversión hipotecaria", diferencias entre el valor nominal de esos certificados y el que se obtenga de los compradores y cualesquiera otros ingresos que se produzcan con motivo de la ejecución del, fideicomiso, todo lo cual se destinará para la realización del fin del fideicomiso conforme a lo que se establece más adelante. Que el fin para el cual se constituye este fideicomiso -según resulta manifiesto de lo anteriormente estipulado- es la construcción de viviendas mediante la creación del fondo afectado en fideicomiso según esa finalidad o propósito, y con cuyo respaldo el fiduciario emitirá los títulos valores antes relacionados, para llevar a cabo la negociación descrita. Que tanto por el carácter del fin señalado al fideicomiso, como

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

por la posibilidad de que con los títulos se forme un mercado secundario de hipotecas, el fideicomiso no se extinguirá sino hasta la realización de su fin previsto, o hasta que, a juicio del banco, se haga imposible el cumplimiento de ese fin... Que el Banco queda relevado expresamente de la obligación de rendir cuentas al fideicomitente por renunciar éste expresamente ese derecho y en cuanto a los fideicomisarios o beneficiarios por cuanto a éstos les está limitado su derecho al cobro del valor nominal de los certificados de inversión hipotecaria, más sus intereses, y conforme a la condición literal de los títulos." Según escritura número cincuenta y seis, a folio noventa y cuatro del tomo veintidós del protocolo del Notario Enrique Brenes Oreamuno (certificación a fs. 337-340). 3) Que a las ocho horas del catorce de enero de mil novecientos ochenta y tres, ante los mismos notarios del hecho anterior, el representante dicho de Hogares de Costa Rica S.A., junto con el subgerente con facultades de apoderado generalísimo del Banco Nacional de Costa Rica, Alvaro Santisteban Castro, suscribieron una escritura pública en la que adicionaron la escritura referida con la siguiente estipulación: "Que el objeto del fideicomiso podrá estar constituido no solamente por los créditos hipotecarios cedidos en fideicomiso conforme lo establece el contrato original, sino además por hipotecas directamente constituidas a favor del fiduciario. Por otra parte cuando en el contrato original se dice "que el Banco sólo aceptará la cesión de fideicomisos que lo satisfaga en cuanto a las relaciones...", debe leerse: "El Banco sólo aceptará aquellos créditos hipotecarios que lo satisfaga en cuanto a la relación...". Es entendido, sin embargo, que la constitución hipotecaria, ahora directa, sigue siendo en fideicomiso, de tal manera que respecto de esos créditos en que no hay cesión sino hipotecada directa, el banco viene a ser también acreedor hipotecario fiduciario." Según escritura número setenta y tres, visible al folio noventa y tres frente del tomo setenta y nueve del protocolo del Notario Franklin Matamoros (ibídem fs. 341). 4) Que a las nueve horas del tres de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, mediante escritura número treinta y nueve, visible a folio cincuenta y dos vuelto, del tomo ochenta y ocho del protocolo del Notario Matamoros, ante los mismos notarios, compareció el señor Carlos Alberto Wong Trejos, como subgerente con facultades de apoderado generalísimo del Banco Nacional y el señor Carlos Trejos Cadaval, como apoderado generalísimo de Desarrollos Técnicos Sociedad Anónima, y constituyeron el Fideicomiso Desarrollos Técnicos, con las mismas condiciones, fines y forma que el anterior (ibídem fs. 344-345). 5) Que a las

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

nueve horas del diez de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, mediante escritura número cincuenta y nueve, visible al folio ochenta y dos frente del tomo ochenta y ocho del protocolo del Notario Matamoros, compareció el señor Wong Trejos como representante del Banco y el señor Alejandro Coto Alvarado, como representante y apoderado generalísimo de la empresa Coto y Compañía Limitada, y constituyeron el Fideicomiso Coto y Compañía, con las mismas condiciones, fines y forma que el anterior (ibídem fs. 346-347). 6) Que por escritura número treinta y uno de ocho horas del veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, vista al folio cuarenta y ocho del tomo noventa del Notario Franklin Matamoros Calderón, el actor Ricardo Enrique Chaves Murillo suscribió una hipoteca, sobre la propiedad que en el mismo acto compraba, matrícula a folio real doscientos noventa y nueve mil cuatrocientos cincuenta y seis guión cero cero cero del Partido de San José, indicando la escritura en lo conducente: "Que el Banco Nacional de Costa Rica de este domicilio, avenida uno calle cuatro, cédula jurídica cuatro guión cero cero cero guión cero cero mil veintiuno, en su condición de Fiduciario, Sección Fiduciaria, Fideicomiso número ciento ochenta y uno Desarrollos técnicos S.A. le da en préstamo mercantil la suma de ochocientos diecinueve mil seiscientos colones destinados a la compra de una casa de habitación. Que esa suma será reintegrada al banco mediante el pago oportuno de ciento cuarenta y cuatro cuotas mensuales sucesivas y vencidas, debiendo pagar la primera el último del mes próximo, de modo que la deuda se extinga dentro del plazo de doce años a partir del último de este mes, siendo la última por el saldo pendiente en este momento. Que las cuotas comprenden honorarios del fideicomiso, seguro de incendio y terremoto, que variará conforme lo fije el Instituto Nacional de Seguros, amortización e intereses corrientes al tipo del veintiuno punto cincuenta por ciento anual, que pueden ser variados por el banco a fin de poder ajustar las tasas activas con la situación prevaleciente en las tasas pasivas del mercado financiero nacional, dado que los recursos de este tipo de crédito se originan en la venta de títulos de corto plazo con vencimiento menor al de los créditos mismos. Que el último del mes en curso deberá pagar una cuota de intereses únicamente sobre el saldo adeudado, correspondiente a los días que van de hoy al último de este mes. Cuando como consecuencia de la elevación de la tasa de interés la cuota resulte insuficiente para que la parte deudora cubra los intereses y a fin de evitar que éstos se acumulen sobre la deuda, la parte compradora se compromete irrevocablemente a cancelar esa acumulación de intereses a más tardar el primer día

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

hábil del mes de diciembre del año en que se produzca dicha acumulación. Que las cuotas mensuales serán incrementadas cada vez que se emita un nuevo decreto de salarios mínimos, cuando el mismo tenga como consecuencia un alza en el promedio aritmético del conjunto de sus categorías salariales. El monto que se adicione a las cuotas estará determinado por el porcentaje diferencial que resulte de la comparación del promedio aritmético dicho sobre el calculado en igual forma con base en el decreto de salarios mínimos inmediato anterior. El Banco dispondrá el momento en que deberá hacerse efectivo el aumento, pero no podrá ser antes de que haya transcurrido un mes desde la fecha del nuevo decreto. Cuando en algún año no se produzcan incrementos salariales o el aumento anual sea inferior al diez por ciento, las cuotas se incrementarán al inicio del año subsiguiente hasta completar el porcentaje indicado, que será el aumento anual mínimo. Pero cuando un aumento salarios (sic) exceda del quince por ciento, se limitará el aumento a ese porcentaje. Que la primera cuota será por la suma de nueve mil trescientos sesenta y cuatro colones cincuenta y cinco céntimos, y posteriormente se irá incrementando conforme al sistema indicado. Que, además, la parte deudora deja una parte del préstamo de ciento ochenta y cuatro mil trescientos colones depositada en el Banco, para que cada mes el Banco aplique una parte de esa suma a pagar hasta un tercio de la cuota mensual que le hubiere resultado de no ser por esa aplicación de fondos, hasta agotarse esa suma... Sin que tome nota el Registro: y que el Banco podrá invertir la parte del préstamo que la parte deudora le deja depositada para que esos rendimientos aumenten ese fondo, hasta un máximo igual al interés que se esté pagando, correspondiendo al Banco el exceso (certificaciones a fs. 2-5, 127-130, 177-182). 7) Que también constituyeron hipoteca a favor de la demandada en su carácter de fiduciaria con interés variables ajustables a las tasas pasivas: a las nueve y horas (sic) del doce de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, el actor Jorge Enrique Leitón Ramírez, con un interés inicial del veintiuno punto cincuenta por ciento (ibídem fs. 87-90); Jesús Campos Hernández, a las catorce horas catorce minutos del cuatro de diciembre siguiente con un interés inicial del veintidós por ciento (ibídem fs. 227-232); el diez de diciembre siguiente, los actores Dinorah Fonseca Sequeira y Mario alberto Castro Salsas, con un interés inicial del veintidós por ciento anual (ibídem fs. 91-93, 183-188), a las ocho y treinta horas del quince de enero de mil novecientos ochenta y seis, los actores Carlos Enrique Pravia Pichardo y María Elena Jacamo Novoa, con un interés del veintidós punto cincuenta por ciento anual

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

(ibídem fs. 43-44, 189-194); el quince de enero siguiente la coactora María de los angeles Vargas López, reconociendo un interés del veintidós y medio por ciento (ibídem f. 56-59); a las ocho horas y cuarenta y cinco minutos del quince de enero siguiente, los actores José Eduardo Jiménez Rojas y Ana Lorena Hidalgo Villanueva, con un interés inicial del veintidós punto cincuenta por ciento (ibídem fs. 96, 215-220); todos ellos gravaron sus propiedades sitas en el Partido de San José, distritos primero y dos del cantón décimo tercero, o sea, Cinco Esquinas y San Juan de Tibás y, en general, todos con las mismas condiciones en que se constituyó la obligación del coactor Chaves Murillo.

8) Que constituyeron hipoteca que aparece registralmente a favor de la demandada, reconociendo intereses variables: el veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y cinco, los actores Hernán Villalobos Mata e Isabel Barquero Fernández, con un interés del veintiuno punto cincuenta por ciento anual (certificación registral a fs. 66-70); el veinte de marzo de mil novecientos ochenta y seis, la coactora Rina Solano Arrieta hipotecó su derecho en la propiedad de San José, folio Real, trescientos veinticuatro mil trescientos noventa y siete, con un interés al veintidós y medio por cuanto (sic) anual variable (ibídem a f. 103-107); el veinticinco de abril siguiente, la actora María Lourdes Real Real, con un interés inicial del veintidós y medio por ciento anual variable (ibídem fs. 100-102); el diecisiete de setiembre siguiente, la actora Jesse Rigg Suárez, con un interés inicial de veintiuno y medio por ciento (ibídem fs. 97-99); el veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y seis, el actor José Antonio Mulgrave Hibbert con un interés variable inicial del veintiuno y medio por ciento anual (ibídem fs. 108); el actor Carlos Alberto Castro Mora, el veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete con un interés inicial del veintidós y medio por ciento (ibídem 123-125); el primero de marzo de mil novecientos ochenta y ocho el actor Gabriel Gerardo Quirós Blanco con un interés inicial del veintitrés por ciento (ibídem f. 47); todos gravaron sus propiedades al Partido de San José, cantón trece, distritos uno y dos, sean, San Juan y Cinco Esquinas de Tibás.

9) Que los actores Efrén Sandí Bolaños y Gina Salas Alfaro, obtuvieron de Marta de los angeles Vásquez Vega derecho de propiedad sobre la finca inscrita a folio real de San José trescientos quince mil doscientos cincuenta y tres, con una hipoteca a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos ochenta y cinco que reconoce un interés inicial del veintidós y medio por ciento anual (ibídem f. 95).

10) Que a las nueve horas del doce de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, por escritura número doce, visible al folio diecinueve vuelto del tomo noventa del protocolo del Notario Franklin Matamoros, los señores Carlos Alberto Wong Trejos representando al Banco accionado y Carlos Trejos Cadaval a (sic) como secretario con facultades de apoderado generalísimo de compañía Ditre Sociedad Anónima (sic), constituyeron el Fideicomiso Ditre S.A., dentro de las mismas condiciones, fines y formas que los anteriores referidos (ibídem fs. 162-165, 342-343). 11) Que a las diez horas del diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y seis, el actor Freddy Alberto Jiménez Rojas hipotecó su propiedad de San José, a folio real, trescientos veinticinco mil trescientos dieciocho, a favor de la demandada como fiduciaria, por la suma de quinientos noventa y siete mil colones, indicando expresamente: "Segundo: Tipo de interés: veintidós coma cinco por ciento anual, ajustable según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero, con respecto a las tasas pasivas, de tal manera que haya una concordancia entre las tasas activas y las tasas pasivas que sustentan el programa de certificados de inversión hipotecaria, concretamente, el fideicomiso citado anteriormente. Tercero: Forma de pago: El préstamo mercantil será reintegrado al fiduciario por el comprador mediante el pago de ciento ochenta cuotas mensuales, sucesivas y vencidas por un monto tal que el mismo comprenda la respectiva comisión fiduciaria, el seguro contra incendio y terremoto, los intereses del préstamo y la amortización respectiva. La suma correspondiente al pago de la dicha póliza contra incendio y terremoto puede variar conforme lo determine el Instituto Nacional de Seguros; asimismo podrá variar la parte correspondiente a intereses conforme lo dicho en el punto segundo anterior. Inicialmente las cuotas mensuales lo serán por la suma de doce mil cuatrocientos noventa y un colones, noventa y cinco céntimos y variarán de acuerdo con lo indicado anteriormente, en el entendido de que el saldo en deberse al vencimiento de la operación se cancelará con el pago de la última cuota (ibídem fs. 116-119, 325-335). 12) Que también constituyeron hipoteca a favor de la demandada, en su carácter de fiduciaria con intereses variables ajustables a las tasas pasivas: a las ocho horas treinta minutos del catorce de abril de mil novecientos ochenta y seis, la actora María elena Saldaña Granados, con un interés inicial del veintidós y medio por ciento anual (ibídem fs. 120-122, 243-250); el dieciocho de agosto siguiente, el actor Jorge Castro Sánchez con un interés inicial del veintiuno y medio por ciento (ibídem fs. 74-74, 309-316); a las ocho horas treinta minutos del tres de setiembre siguiente, la

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

actora Eida Carrillo Arley, con un interés inicial del veintiuno y medio por ciento anual (126, 250-256); el veinticuatro de setiembre siguiente, los actores Róger Argüello Espinoza y Ligia Isabel Gómez González, con un interés inicial de veintiuno y medio por ciento (ibídem fs. 61-63, 294-300); a las quince horas del veinte de octubre siguiente, el actor Franklin Garita Carvajal, con un interés inicial del veintiuno y medio por ciento anual (ibídem 65, 301-308); a las diecisiete horas del veintiuno de octubre siguiente, los actores Lilliana Rojas Molina y Juan Carlos Vargas Aguilar, reconociendo un interés inicial del veintiuno y medio por ciento (37-40, 287-293); a las catorce horas treinta minutos del siete de noviembre siguiente, la actora Xinia Viales Angulo con un interés inicial del veintidós y medio por ciento (ibídem fs. 48-50, 281-286); el primero de diciembre siguiente, la actora Gladys Paz Garro, con un interés inicial de veintidós y medio por ciento (ibídem 55, 195-201); a las dieciséis horas del veintitrés de enero de mil novecientos ochenta y siete, el actor Marco Antonio Mora Chacón con un interés inicial del veintidós y medio por ciento anual (ibídem fs. 80-86, 317-324); a las ocho horas quince minutos del seis de febrero siguiente, la actora Daysi María Aguilar Calderón, con un interés inicial del veintidós y medio por ciento (ibídem 94, 208-214); a las ocho horas treinta minutos del veinte de noviembre siguiente, los actores Ricardo Hernández González, Margarita Sancho Arce y Oscar Mario Sancho Arce reconociendo un interés inicial del veintidós y medio por ciento (ibídem fs. 109, 233-242); a las ocho horas del veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, los actores Gerardo Enrique Camacho Villalobos y Juana Victoria Montero Matamoros con un interés inicial variable del veintitrés por ciento anual (272-280); a las ocho horas treinta minutos del primero de marzo siguiente, el actor Hernán Pérez González, con un interés variable inicial del veintitrés por ciento (ibídem 263-270); a las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de abril siguiente, el actor Minor Antonio Rodríguez Rojas, con un interés inicial del veintitrés por ciento (ibídem fs. 76-79, 202-206); en general, todos con las mismas condiciones que la obligación que constituyó el actor Jiménez Rojas, gravaron sus propiedades al Partido de San José, cantón trece, distritos uno y dos, sea, San Juan y Cinco Esquinas de Tibás. 13) Que el cinco de agosto de mil novecientos noventa, por medio de escrito auténtico dirigido al Banco Nacional de Costa Rica, los coactores le dieron poder especial judicial al actor Lic. Ricardo Chaves Murillo, para que se presente en vía administrativa ante dicha institución y asimismo ante los tribunales de la República, a plantear en la (sic) esta vía

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

contencioso administrativo, por proceso ordinario, o la que corresponda, y plantee los recursos que considere convenientes para la defensa de sus derechos pudiendo presentar la demanda respectiva y realizar todas las gestiones procesales necesarias para el buen término y atención del juicio en cuestión en relación a los contratos tipo, por medio del cual el demandado realizó préstamo mercantil a todos los actores que hipotecaron al mismo permitiendo intercalar en ellos la cláusula por que los intereses a pagar son variables y pueden ser ajustados por el Banco aumentando la cuota respectiva (escrito original a fs. 11-15 de expediente administrativo, certificación a fs. 23-36 del principal). 14) Que el catorce de setiembre siguiente, fue recibido por la demandada, un escrito dirigido a la Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica un escrito de los aquí actores, solicitando: "1) Como ilícita y por tanto no escrito lo pactado entre los pactantes y el Banco Nacional de costa rica, en los contratos de préstamo mercantil, celebrados entre ambos y referidos al interés variable o fluctuante y en consecuencia de aplicación a los mismos el interés legal, sea el 6% y que establece el artículo 497 del Código de Comercio y obligado el demandado a devolver las sumas cobradas por encima del interés legal, a cada uno de nosotros a partir de la fecha de celebración del contrato de cada uno, hasta el momento en que el Banco haga el último cobro den (sic) en este sentido. 2) Que se tenga como ilícito el incremento de la cuota mensual cuando como consecuencia de la tasa de interés mensual, la cuota resulta insuficiente para que la parte deudora cubra los intereses extensivo al incremento en la cuota cada vez que se emita un nuevo decreto de salarios mínimos. e) Que cubra el pago de honorarios de abogado que el presente trabajo implica." (Fs. 1-11 de Exp. Adm., certificación a fs. 8-27 del principal). 15) Que en artículo décimo sexto de la sesión de Junta Directiva de la demandada, número diez mil ciento ochenta y cinco, de dieciocho de setiembre siguiente, se conoció el escrito de reclamo administrativo de los actores y se acordó citarlos a una reunión para explicarles con claridad la razón de los intereses variables y su procedencia (acuerdo visto a 21 del Exp. Adm.). 16) Que por medio de oficio FID novecientos noventa y cinco del veintisiete de setiembre siguiente, dirigido a los actores, citándolos a una reunión el jueves cuatro de octubre siguiente a las dos de la tarde en el piso número doce del Banco Nacional para dialogar sobre el reclamo (visto a f.6 del principal). 17) Los días veinticinco de febrero, siete de marzo y veintiuno de marzo, todos de mil novecientos noventa y uno, fueron totalmente canceladas las operaciones de crédito que los

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

actores María de los Angeles Vargas López, Hernán Gerardo Villalobos mata y otra, y José Antonio Mulgrave Hibbert tenían en la Sección Fiduciaria de la accionada, números mil dieciséis del fideicomiso ciento noventa y tres, mil catorce del fideicomiso número ciento ochenta y mil ciento veintiocho del fideicomiso ciento noventa y tres, respectivamente (constancia a f. 176).

18) Que el Banco demandado tiene una fórmula mediante la cual los deudores de fideicomiso pueden solicitar: "modificar el monto de las cuotas del préstamo mercantil y con garantía hipotecaria que se dirá; y de dar un destino diferente al llamado "préstamo adicional" concedido en el instrumento citado en el numeral uno que sigue:... 2) El fiduciario ha sido requerido por mi para que proceda a realizar las modificaciones que solicito formal y expresamente en este acto. 3) Pido en primero lugar, que el monto actual del préstamo adicional a que se refiere el instrumento citado en el numeral uno supra sea imputado al capital; por lo tanto, téngasele como abono extraordinario tendiente a amortizar la deuda contraída por mi en la escritura referida. 4) Solicito que se me cobre una cuota mensual de... la cual comprenderá gastos administrativos, seguros, amortización e intereses. Estos últimos estarán sujetos a las variaciones que se produjeren en el mercado financiero, de tal manera que se respeten en vista de la ineludible relación entre la tasa (pasiva) pagada por el fiduciario a los tenedores de los certificados de inversión hipotecaria, y la tasa (activa) representada por los abonos realizados por los deudores hipotecarios del fideicomiso. 5) La última cuota lo será por el saldo en descubierto. 6) Expresa y formalmente solicito que las modificaciones consignadas ocasionaría gastos que en este momento no puedo afrontar... 7) Declaro que el Banco ha estado dispuesto, en calidad de fiduciario a consignar en escritura pública las modificaciones y que en mi favor se ha optado por este documento privado..." (visto a f. 336).

II) Hechos no probados: 1) Que los actores Hernán Villalobos Mata, Isabel Barquero Fernández, Rina solano Arrieta, María Lourdes Real Real, Jesse Rigg Suárez, José Antonio Mulgrave Hibbert, Carlos Alberto Castro Mora y Gabriel Gerardo Quirós Blanco hayan gravado sus propiedades a favor de la accionada en su carácter de fiduciaria de un fondo de fideicomiso; constan en autos certificaciones de las escrituras de los demás actores, en que expresamente tal circunstancia se hace constar, pero respecto de estos otros accionantes solo constan certificaciones registrales en las que aparecen como deudores de dicho banco, reconociendo intereses variables pero sin constar claramente si el acreedor lo es en su condición personal o como fiduciario, y no se

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ha aportado, ni pretendido aportar, prueba al efecto que aclare el punto. 2) Que los actores hayan sufrido daños y perjuicios, además de tener que pagar montos variables diferentes del inicial por concepto de tipo de interés; no se ha propuesto ni traído en otra forma prueba a los autos por medio de la cual se trate de demostrar la existencia, tipo o calidad de los alegados daños y perjuicios. III) Sobre el fondo: La cuestión en litis nos presenta que la situación de la actora es compleja en relación al origen de los fondos con que se trató, así el (sic) resulta que las empresas constructoras que vendieron las casas que adquirieron los actores 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 que administra el banco demandado, con este capital pasivo de créditos por cobrar como garantía se emitieron títulos valores: certificados de crédito hipotecario que, ofreciendo el pago de intereses de mercado son ofrecidos en venta al público, siendo sus compradores, que disfrutaban de tales intereses producto de las rentas del capital en cuestión, 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 soliciten y se consideren como solventes beneficiarios del crédito para tales fines. Ahora bien, la demandada alega que tanto los créditos recibidos en fideicomiso, como los que con base en los fondos que se formen se financian con la venta de los títulos valores indicados y que éstos se venden en el mercado de valores, 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 de 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 que implica que conforme el mercado demanda aumento o, poco probable aunque eventualmente puede darse, rebaja de las tasas de interés, en forma proporcional

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

variará la tasa a cobrar a los deudores. Por su parte, el alegato de los actores radica en que la demandada es una institución de derecho público que solo puede hacer lo que legalmente le es permitido, para llenar fines públicos, dentro de ello 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 ello, resulta 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 al deudor a acumular deuda de intereses y dejar sin pago el capital, o aumentar a su vez el monto de la cuota, o alargar por un tiempo mucho mayor el período de los pagos, quedando siempre en la incertidumbre el momento y monto del pago de la cuota final y cancelación de capital e intereses. Legalmente el Banco demandado 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 un banco del Estado, e institución autónoma de derecho público con personería jurídica e independencia en materia de administración (artículo 2° ibídem); así podrán 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 la 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 (sic) de mil novecientos ochenta y ocho en el sentido de que: "Los bancos comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variable 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 marco (sic) legal de la demandada el otorgar créditos a particulares y hacer funciones comerciales como el caso del fideicomiso para un fin específico, aunque no estén

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 sujeta 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 (sic) del Código de Comercio; 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 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 derecho privado (sic) 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; sin embargo, como más adelante se analizará, todas las operaciones que interesan en este asunto son anteriores a dichas fechas. Por otra parte, el artículo 2° 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 de los actores; 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 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) 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 que vincula entre las partes, en primer lugar hay una relación del Banco como fiduciario y, en segundo lugar, como acreedor en un

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

contrato de préstamo; así, es pertinente considerar cada aspecto de la situación aparte. IV) Sobre el 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 constitutivo; de esta manera los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, apartado expresamente para los propósitos del fideicomiso (Art. 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: primero, 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; en segundo lugar, 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: el primero, que ciertamente el banco demandado 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

dentro del estricto marco del contrato constituyente; en segundo lugar, 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; de tal manera que, vista la prueba presentada por la demandada en cuanto al origen de los fondos utilizados para otorgar los créditos de los actores, y el fundamento legal del mismo según hemos referido, carece de fundamento jurídico el alegato de la actora en cuanto a que es el patrimonio del banco como tal el origen de los fondos de sus 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 regulación 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. V) Sobre el préstamo mercantil: En relación al contrato de préstamo, el Código de Comercio establece en su artículo 495 que el contrato comercial siempre debe de ser de tipo oneroso, la retribución en este tipo de negocio consiste siempre en intereses que pueden ser corrientes, sea, 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 se indicara por 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 2º de este cuerpo de normas comerciales dispone que cuando no exista en este código u otras leyes mercantiles disposición concreta que rija 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 condenarán (sic) ejecutados en fraude de la ley 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 adopción 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; así, a solicitud de parte los tribunales declararán la nulidad absoluta de las ciertas cláusulas contractuales, como aquellas por medio de las cuales el oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato (párrafo 2º inciso a, según reforma por Ley 6015 de 7 de noviembre de 1976). Tales son las normas que regulan propiamente la relación de crédito entre los actores y la demandada, 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, como para determinar cuál es el patrimonio autónomo que interesa en el contrato y que eventualmente resulte afectado con la presente resolución; ahora bien, alega el demandado 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: la primera es que representan en sí el contrato de préstamo que determina la relación jurídica entre

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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; la segunda característica 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, aquélla que es económicamente más fuerte que la otra; esta 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 aún 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]. (Tratado de los contratos. Brenes Córdoba, Alberto. Edición revisada y actualizada por Trejos, Gerardo y Ramírez, Marina. Editorial

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Juricentro, S. José, C.R., 1985. Pags. 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 manifestación de los servicios implica soslayar el interés del individuo en sí y su condición, asimismo al respecto la doctrina española ha dicho: "La aprobación administrativa, existen (sic) 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 de hecho reiteradamente (sic) un excelente uso de la regla de interpretación indebida contra stipulatorem del artículo 1288 del Código Civil." (Sistema de derecho civil, Vol. II, Diez Picazo, Luis y Gullón, 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 ha alegado la accionada, fundada en el acerto de que hay acuerdo y aceptación de la deudora conforme se ha dicho arriba, 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 solo 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. La cuestión estriba en determinar si es procedente el cobro de intereses variables o ajustables, el representante de los actores

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ha alegado entre otras cosas 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 juicio del juzgador si hay claridad en cuanto al objeto de la obligación y no hay por ende nulidad de la contratación en relación a 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 en cuanto a un número determinado 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 variar su monto o número o ambos, en todo caso; 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. La justificación queda 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 a los actores, pero ciertamente condiciona la situación de la demandada; 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 actora, ni un interés personal, 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 agregar 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; en primer término, 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, pero todas las contrataciones cuestionadas en este asunto son anteriores a dicha fecha, por ende, no están sujetas a su aplicación; en segundo lugar, 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; en tercer lugar, 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 el ejercicio antisocial del mismo cuando las circunstancias impongan una situación que sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, dentro de la realidad 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, 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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

intereses, que en algún caso salga beneficiado el deudor porque baje la misma, la intención del legislador plasmada 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 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 2° 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 hrs. de 14 de marzo de 1990, T.S. 1° C. 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 N° 222 de noviembre de ese mismo año. De manera que de conformidad con los artículos 18, 19, 22 del Código Civil 2° y 497 del Código de Comercio, lo resuelto por el a quo en cuanto a intereses debe ser confirmado." Res. N° 371-V de 9:05 hrs del 12 de abril; en el mismo sentido se ha repetido por Res. L-388-E de 9:45 hrs del dos de octubre y la N° 320 de 8:35 hrs 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 citada arriba, en cuanto a que son anulables las

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cláusulas por medio de las cuales una de las partes se adjudica unilateralmente el derecho de variar las condiciones del contrato, situación evidente en cuanto al tipo de interés, ciertamente el Banco justifica que lo fija en relación a las tasas de interés pasivas de los títulos valores, pero también lo es que el Banco no está sujeto a control del fideicomitente, que es él 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. En consecuencia, la conclusión del juzgador es en cuanto a la anulación de la cláusula de interés variable constituida en los contratos de préstamo es procedente. VI) Sobre las excepciones: En virtud de lo considerado arriba, es procedente admitir la demanda y declarar como ilícita y por lo tanto no escrita la cláusula insertada en los contratos de los actores con el Banco Nacional de Costa Rica de préstamo mercantil en cuanto a que los intereses iniciales pueden ser variados a voluntad del Banco, al efecto se rechaza la excepción de falta de derecho (arts. 59 y 60 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con los 418 y 419 del Código Procesal Civil), por cuanto, conforme se ha analizado arriba, hay fundamento jurídico y legal en la acción de conformidad con las normas vigentes al momento de celebrarse los contratos, sin embargo, si es admisible esta excepción en cuanto al extremo de la petitoria 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 del interés que en las escrituras de hipoteca se llama interés inicial, así se rechaza la petitoria principal y se acoge la subsidiaria, además, es procedente asimismo condenar a la demandada a devolver todas las sumas recibidas demás que por variar el tipo de interés hayan debido de pagar los actores, con la salvedad que se dice adelante. En cuanto al extremo de condenar al pago de daños y perjuicios, por no haberse demostrado en autos los alegados daños, además del pago de intereses superiores al pactado inicialmente, no resulta procedente acoger este extremo por falta de demostración fáctica, pues los daños y perjuicios deben demostrarse en el proceso principal, no cabe condenar en abstracto a su cancelación si no se ha demostrado su existencia, quedando solamente la cuantificación de los mismos para la ejecución de sentencia, según dispone al efecto el artículo 62 L.R.J.C.A., en relación con el 156 del Código Procesal, y como reiteradamente ha resuelto la jurisprudencia (ver Casación 106 de 16:30 hrs de 3 de noviembre de 1978), se acoge la excepción de falta de derecho en este aspecto.

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Finalmente, considerando que la posición de la demandada ha sido de buena fe como se ha considerado arriba, y que, la cuestión en litis era de interpretación jurídica, se resuelve la acción sin condena en costas (Arts. 221, 222 ibídem en relación con 98 a 103 L.R.J.C.a.). La excepción de falta de legitimación para la causa activa, se debe rechazar por cuanto siendo los actores signatarios de las escrituras de hipoteca en que se constata el contrato de préstamo mercantil, son parte interesada y legítima para impugnar las cláusulas legalmente anulables que los mismos tienen. En cuanto a la excepción de falta de interés actual, la demandada la opone en relación a un grupo menor de actores que había cancelado su obligación a la fecha de contestación de la demanda, pero luego opone en general la excepción de falta de acción, o llamada sine actione agit, que está a su vez conformada por las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación para la causa y falta de interés actual, de manera que la excepción en realidad fue opuesta respecto a todos los accionantes y así procede considerarla; ahora bien, en tanto los actores hayan debido cancelar, o estén sujetas a hacerlo, por concepto de intereses sumas calculadas a un tipo superior al pactado tienen interés actual en la demanda, pues legalmente no están obligados a ello, así, en cuanto a todos los actores su interés es evidente, y la excepción se debe rechazar. En cuanto a la excepción de prescripción, en tanto sea exigible la contratación, por parte del acreedor es procedente en tiempo la interposición de esta demanda, siendo que la obligación está viva mientras los accionados no se pongan en mora a partir de cuyo momento empezaría a correr el término, por ende, no hay plazo cumplido de prescripción en su contra (Arts. 865 a 864 del Código Civil); sin embargo, se debe considerar asimismo que se trata de una relación de tipo mercantil, dentro de la cual está regulado que el plazo de prescripción es de cuatro años (Arts. 984 y 985 del Código de Comercio, por lo que se considera que si hay prescripción respecto al reclamo de los actores de que les devuelvan las sumas pagadas de más sobre el tipo inicial de intereses que hayan cumplido más de cuatro años a la fecha de interposición del reclamo administrativo, por lo cual se admite la excepción en esos términos, debiendo, a la hora de liquidarse las sumas a devolver a los actores, rechazar aquellos montos que se pagaron más de cuatro años antes de la fecha dicha, catorce de setiembre de mil novecientos noventa, en cuanto a los demás extremos se rechaza también esta excepción."

4º.- Las partes apelaron, y el Tribunal Superior contencioso

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Administrativo, Sección Primera, integrada entonces por los Jueces José Luis Ramírez Camacho, Elvia Elena Vargas Rodríguez y Míriam Anchía Paniagua, en sentencia dictada a las 11 horas del 21 de mayo de 1993, resolvió : "Se revoca la sentencia apelada en cuanto denegó el pago de daños y perjuicios a los actores, para en su lugar conceder en ese concepto los intereses sobre las sumas indebidamente cobradas por el Banco Nacional de Costa Rica por las variaciones de la tasa de interés inicialmente pactada, que no estén afectadas por la prescripción de cuatro años y cuyo plazo comienza a correr desde el momento en que se realizó su pago, sumas que se determinarán en ejecución de sentencia. Se adiciona el fallo recurrido rechazando la defensa de falta de interés actual en contra de los accionantes Gerardo Villalobos Mata, María de los Angeles Vargas López y José Antonio Mulgrave Hibbert. En lo demás se confirma.". El Tribunal fundamentó su fallo en las siguientes consideraciones que redactó la Conjuenza Vargas Rodríguez : " I.- La relación de hechos probados que contiene el fallo recurrido la aprueba el Tribunal, pues en ella se destacan los importantes para la resolución de esta litis, salvo los enumerados 1º y 13º, que dan cuenta de la representación legal de las partes, requisitos procesales y no hechos demostrados. (Artículo 102, 103, 155., ch), y 290 del Código Procesal Civil). II.- En cuanto a los hechos que se han tenido como indemostrados: Se avala el primero y se elimina el segundo por inconducente, ya que se trata de una reclamación de una suma de dinero en la que los daños y perjuicios por ser intereses no necesitan prueba; en su lugar se tiene como indemostrado que los actores probaran la tasa de interés autorizada por el Banco Central para las operaciones realizadas entre ellos (el expediente). III.- Los bancos del Estado, parte de la Administración Pública, son instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independiente en materia de administración. Están sujetos a la ley en materia de gobierno y las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo pueden emanar de sus respectivas juntas directivas (artículos 188, 189, inciso 1º y 2º de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional). Son personas jurídicas de derecho público cuya personalidad jurídica los faculta para actuar con una dualidad de capacidades que se ejercitan tanto en el campo del derecho público como en el ámbito del derecho privado, por lo que es posible que sean titulares de relaciones jurídicas en uno u otro ámbito del ordenamiento jurídico (artículo 1º, 2º y 3º de la Ley General de la Administración Pública). IV.- La anterior reflexión es importante por cuanto se ha discutido en el proceso la naturaleza

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

pública o privada de los contratos realizados por el Banco Nacional de Costa Rica con los que aquí aparecen como demandantes, cuando en realidad se trata de operaciones o contratos típicos del derecho bancario, sometidas a un régimen de autorizaciones de control administrativo y de condiciones imperativas que forman un conjunto de normas de derecho público y privado que regulan su actividad económica (artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública). V.- Es así como el artículo 116 de la Ley Orgánica del sistema Bancario Nacional, inciso 7º, permite a los bancos comerciales realizar contratos de fideicomiso remitiendo a las normas del Capítulo XII, Título I, Libro Segundo del Código de Comercio para su constitución y funcionamiento con las salvedades expresamente consignadas. Igual naturaleza tienen los préstamos mercantiles y la constitución o cesión de hipotecas realizado dentro del marco de las atribuciones del banco fideicomisario pero que como actividad bancaria constituyen un servicio público, íntimamente ligado a los intereses y al bienestar de la comunidad (artículo 126.1 y 62 a 73 de la Ley Orgánica citada, 4 y 5 de la Ley General de la Administración Pública). VI.- Los contratos bancarios han debido adaptarse a las exigencias contemporáneas en las que las relaciones comerciales han aumentado en volumen y precisan de una gran agilidad en su tramitación, por lo que el uso de contratos de adhesión o contratos tipo se ha generalizado a tal grado que constituyen la forma habitual del tráfico bancario. El cliente o contratante de un banco, simplemente tiene un formulario que ha sido previamente confeccionado por el primero, sin que ello reste validez de la negociación, pero que disminuye, sin lugar a dudas, la autonomía de la voluntad, elemento fundamental y primordial en las contrataciones. Se elimina de ese modo la manera típica de convenir en una negociación, que consiste en la oferta y la contraoferta, hasta llegar a un acuerdo, y se sustituye por la firma por parte del cliente del banco, quien solamente ejerce su libertad suscribiendo o no un contrato o formulario. Todo lo anterior ha llevado a la doctrina y la legislación a paliar los efectos de esas contrataciones acudiendo la primera al examen riguroso dentro de los articulados usados, para indagar si en ellos se incluyen cláusulas abusivas o vejatorias como las que limitan la responsabilidad de quien las ha dispuesto, concedan facultades de retiro o suspensión de la ejecución del contrato, sanciones, impongan restricciones a la libertad de contratar, otorguen prórroga tácita o renovación tácita del contrato, consagren derogatorias de competencia judicial y otras. También se han analizado las llamadas cláusulas potestativas, que

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

estatuyen en favor de una de las partes facultades que le permiten fijar condiciones como el comienzo o finalización del contrato, precio y otras semejantes; las cláusulas sorpresivas o desconocidas, por las que se entiende las que insertas en el articulado general no han podido ser advertidas o sopesadas en su justa medida por la otra parte. La constatación de que existen cláusulas vejatorias, potestativas, sorpresivas o desconocidas para el adherente hacen legalmente posible la petición de anulación de ellas, sin que necesariamente se afecte el contrato en su totalidad (artículo 1023 del Código Civil). VII.- La posibilidad de establecer intereses convencionales es una facultad consagrada en el antiguo texto del artículo 497 del Código de Comercio, aplicable al caso, en los siguientes términos: "Denomínase interés convencional o contractual el que fijan las partes libremente, y legal el que se señala en este artículo y que tiene validez cuando no existe convenio sobre el particular. Fíjase el tipo de interés legal en el 6% anual para obligaciones garantizadas con hipoteca y en el 8% anual para las demás obligaciones. El Banco Central de Costa Rica fijará el tipo máximo de interés que podrán cobrar las instituciones del Estado, en cada caso." Por su parte, la Ley Orgánica del Banco Central estipulaba, antes de la reforma introducida al artículo 85 por la Ley N° 7107 de 4 de noviembre de 1988, que en materia crediticia la Junta Directiva tenía entre sus atribuciones la de regular las operaciones de crédito de las instituciones bancarias, públicas y privadas de modo general y uniforme, por lo cual tenía la facultad de fijar las tasas máximas de interés y descuento, que podrían cobrar los bancos a sus deudores, así como los cargos máximos cobrables por comisiones u otros conceptos, texto que después de aquella data se conservó en parecidos términos, manteniendo a cargo de la junta la obligación de ejercer el debido control de las tasas de interés: "En materia crediticia, la Junta Directiva tendrá las facultades descritas en los incisos 1) y 2) siguientes y la obligación establecida en el inciso 3). 1.- regular las operaciones de crédito de las instituciones bancarias, públicas y privadas, de modo general y uniforme, para lo cual podrá fijar: a) Las tasas máximas de interés y de descuento que podrán cobrar los bancos a sus deudores, así como los cargos máximos cobrables por comisiones u otros conceptos". Igualmente el artículo 64 del mismo cuerpo legal se ocupa de esa materia, disponiendo literalmente: "Para ejercer el debido control de las tasas de interés en armonía con el desarrollo económico del país, la Junta fijará: 1) Las tasas de interés y redescuento que cobrará el banco sobre operaciones de crédito que pueda efectuar de conformidad con

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

lo establecido en esta ley; 2) Las tasas máximas de interés y descuento que podrán cobrar los bancos a sus deudores por las diversas clases de préstamo y descuentos, y por cualesquiera otras operaciones de crédito que realicen... La contravención a estas disposiciones hará incurrir al banco infractor, en la obligación de devolver la suma cobrada ilegalmente." En la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional también se encuentra regulación de la tasa de interés de las operaciones de crédito de los departamentos hipotecarios, en los cuales: "El Banco Central fijará y variará cuando lo considere necesario: 1) Las tasas máximas de interés, comisión y otras cargas que pueden cobrar a sus deudores" (Artículo 128.1). VIII.- De lo transcrito resulta evidente que entratándose de instituciones bancarias la facultad de fijar intereses convencionales tenía como limitación las directrices que al efecto emitiera el Banco Central de Costa Rica, situación que persistió aún después de la reforma al artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional promulgada después de la firma de los contratos por los actores, mediante la Ley 7107 de 4 de noviembre de 1988, ya que en lo que a la litis interesa, dispuso: "Los Bancos Comerciales quedan facultados para establecer tasas de interés variable y ajustables periódicamente en todos sus departamentos, conforme con las políticas del Banco Central de Costa Rica." IX.- La cláusula que aquí causa discordia, dispone inicialmente a favor del banco demandado, una tasa de interés convencional y la posibilidad de ajustarla "según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero, con respecto a las tasas pasivas, de tal suerte que haya una concordancia entre las tasas activas y las tasas pasivas que sustenta el programa de certificados de inversión hipotecaria, concretamente el fideicomiso citado anteriormente..." De su lectura resulta evidente que el ajuste periódico de intereses no se pactó con fundamento en las disposiciones que estaba obligado a acatar el demandado, sino con olvido de ellas, ideando otro sistema al margen del régimen de legalidad a que está sometido (artículo 73, inciso primero de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional). X.- Las anteriores razones inclinan al tribunal a confirmar la tesis principal del fallo apelado, en cuanto declaró inválidas las cláusulas que permitían el reajuste periódico de las tasas de interés, por estimar que el Banco Nacional de Costa Rica no podía fijarlas sin sujetarse a los límites que en ese sentido dictara el Banco Central de Costa Rica; sin embargo, admitiendo en gracia de discusión que los contratos celebrados entre las partes no estuvieran insertos en el marco institucional del Sistema Bancario Nacional, ni sujetos al régimen

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de legalidad mencionado, tesis que el tribunal de ninguna manera prohíba, también cabría estimar esas cláusulas inválidas, ya que en materia de contratación bancaria se consideran cláusulas potestativas y por lo consiguiente sujetas a anulación por los tribunales, las que libran a voluntad del banco la fijación de la tasa de interés a cobrar y el monto de la amortización, situación que es precisamente la de autos. En lo que respecta a la tasa inicialmente fijada por el Banco Nacional de Costa Rica a los aquí actores, el Tribunal confirma la solución del a-quo, quien la estimó legal, pero por cuanto en el proceso no consta ni se hizo prueba para demostrar que esas tasas fueran diferentes a las autorizadas por el Banco Central de Costa Rica para ese tipo de operaciones. XI.- Analizada la situación de esta litis bajo la perspectiva dicha, no tienen cabida las alegaciones del Banco demandado sobre la autonomía de la voluntad de las partes en el campo de la negociación privada, ni la cita sobre ese tema de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, ya que se trata como se ha indicado supra de actividad bancaria; ni tampoco tiene importancia la interpretación que se haga del anterior texto del artículo 497 del Código de Comercio, ya que en esa norma se señalaba expresamente la obligación de las entidades bancarias de sujetar el tipo de interés al establecido por el Banco Central. XII.- En lo tocante a los agravios de los actores, ha lugar a ellos, en cuanto reclaman de la denegatoria pronunciada en la sentencia de instancia de los daños y perjuicios solicitados, ya que tratándose de un reclamo de sumas de dinero siempre y en todo caso aquéllos son los intereses que generan esas sumas, lo que no requiere prueba (artículos 2 del Código de Comercio y 706 Código Civil), por eso debe revocarse la sentencia apelada en ese extremo y conceder intereses legales sobre las sumas indebidamente cobradas por el Banco demandado a cada uno de los deudores generadas al aplicar los ajustes periódicos, no afectadas por la prescripción de cuatro años, a partir del momento en que se realizó su pago, cuyo monto se determinará en ejecución de sentencia (artículo 984, 977, inciso b), del Código de Comercio). XIV.- Consta en autos que los actores Gerardo Villalobos Mata, María de los angeles Vargas López y José Antonio Mulgrave Hibbert, cancelaron totalmente sus operaciones, pero ello no les priva de interés en la demanda, como erróneamente ha aducido el banco accionado, ya que es evidente que les afecta lo resuelto en el proceso y como este aspecto fue omitido en la parte dispositiva de la sentencia, debe ser enmendado ese yerro adicionándola en el sentido de que se rechaza, con respecto a ellos la excepción intentada. XV.- En lo tocante a costas, también debe confirmarse

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el fallo, exonerando de ellas al vencido, ya que la dificultad de las tesis debatidas hacían necesario su discusión en juicio, lo que tiene apoyo en el inciso c) del artículo 98 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

5º.- El Lic. Esquivel Gutiérrez, en su citada calidad, formuló recurso de casación en el que, en lo conducente, manifestó: "... I.- La banca estatal sujeto de Derecho Privado. La sentencia de primera instancia acepta, claramente, que la banca estatal costarricense puede realizar funciones comerciales, "... aunque no estén legalmente previstas en el tanto que no estén expresamente prohibidas...", por lo que están capacitados para participar en operaciones lícitas del Derecho Privado. Y agregó aquél fallo: "... 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 este tipo de actividad y no le estén expresamente prohibidas". Por consiguiente, y al tenor de razonamiento descrito, fueron violados los artículos 61 y 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Nº 1644 del 26 de setiembre de 1953 y sus reformas), pues debió quedar bien claro en el fallo de segunda instancia que impugno que mi representado en cuanto a la administración del fideicomiso y la concesión de créditos, actuó dentro del ámbito exclusivo del derecho privado (comercial y, supletoriamente, el civil) y nunca como un ente público. En igual forma se infringió el artículo 3º, inciso 2, de la Ley General de la Administración Pública (Nº 6227), pues debe acatarse sin cortapisa alguna que el derecho privado es el que regula la actividad de mi representado dado que en el caso del fideicomiso el régimen de conjunto y los requerimientos de su giro debe estimarse como una empresa mercantil común. Por consiguiente, está indebidamente aplicado y, por lo mismo violado, el artículo 11 de la citada ley general en cuanto la sentencia de segunda instancia estima equivocadamente que las operaciones o contratos típicos de derecho bancario, están "... sometidos a un régimen de autorizaciones de control administrativo..." y que, por lo mismo, los préstamos mercantiles y la constitución o cesión de hipotecas realizadas por mi representada dentro del ámbito de un banco fideicomisario, "... constituyen un servicio público...". Jamás. El artículo 116, inciso 7º, de la citada ley orgánica, según reforma Nº 4861 del 19 de octubre de octubre de 1971, fue clara y

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

específica en el sentido de que pueden los bancos realizar contratos de fideicomiso conforme al Capítulo XII, Título I, Libro Segundo del Código de Comercio, actuando así dentro del ámbito del Derecho Privado y sujeto a esa normativa y no a otra. Al no estimarse así, fue violada esta norma y, por lo mismo, y por aplicación indebida, los artículos 62 a 73 y 126, inciso 1º, de la antedicha ley orgánica, y 4 y 5 de la Ley General de la Administración Pública, erróneamente traída a cuento dado que la administración del fideicomiso y la concesión de los créditos pertinentes están regulados por los artículos 633 a 662, 497, 1, 2, 3 y 4, todos del Código de Comercio, desdeñados equivocadamente y por lo tanto infringidos en el fallo que impugno. De suerte que, conforme a las violaciones especificadas, deberá tenerse por indudable y cierto que el Banco Nacional de Costa Rica, en la administración del fideicomiso a que se refiere este litigio, actuó como un ente privado, bajo la tutela del Código de Comercio, la costumbre y el Código Civil.

2.- El contrato privado. El ordenamiento jurídico de Costa Rica, bajo la tutela de la Constitución Política de Costa Rica en su carácter de norma fundamental, tutela la institución de la libre contratación, la cual puede ser realizada por la banca estatal sujeta al derecho privado -comercial y civil, supletoriamente- toda vez (sic) al no estar prohibida, sino más bien autorizada por el artículo 116, inciso 7, de la Ley Orgánica del sistema Bancario Nacional, es totalmente compatible con la naturaleza técnica de los bancos comerciales y necesarias para el debido cumplimiento de sus deberes y funciones. Por consiguiente, y por las razones expuestas, también se violó el artículo 73, inciso 1º, de la antedicha ley orgánica, al tenor de las consideraciones contenidas en el Aparte IX del fallo impugnado, pues el banco en su aspecto comercial podía libremente contratar con sus clientes. Somos en nuestro país herederos de un ordenamiento legal que ampara la libertad y, por ende, en el campo del derecho privado y, concretamente, el derecho comercial, todo lo que no está prohibido expresamente está autorizado. No pertenecemos a esos espúreos regímenes aparentemente legales, en los que únicamente se puede actuar cuando exista autorización previa y, por lo tanto, lo que no está autorizado, está definitivamente prohibido. La más limpia de las instituciones privadas en este aspecto, es el contrato, no sólo garantizado por nuestra Carta Magna, sino desenvuelto por el artículo 1022 del Código Civil el cual establece que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y que fue infringido. Es cierto que, en buena parte de este siglo y al tenor de doctrinas totalitarias que se

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

infiltraron en el Derecho, se trató de oscurecer la libertad contractual, pero el ser humano comprendió la gravedad de esa postura y en la actualidad no sólo la desdeña, sino que la está rescatando con energía y voluntad. Hay un librito -gigantesca obra jurídica- que poco se conoce en Costa Rica. Está escrito por ese gigante llamado Sebastián Soler ("Fe en el Derecho", Buenos Aires, 1956) que está más allá de esos limitantes linderos entre el Derecho Público y el Derecho Privado, pues verdadero jurista, atiende únicamente al total ordenamiento jurídico como un todo, sin anteojeras y, por lo mismo, afirma que estos últimos cincuenta años no se han caracterizado entre nosotros por el respeto al derecho. Y así y copio textualmente, este fenómeno indica que no solamente aumentan las regulaciones en general, sino que además se caracterizan por colocar al Estado como sujeto central y monopolista de las actividades. No hay que olvidar y debemos defender el principio de que fuera de la ley o de las leyes, "subsiste siempre lo permisivo, lo lícito, lo indiferente, la facultad, el derecho". Y agrega "Cuando prohíbo algo, implícitamente creo un estado en el cual hay infinitos algos que no quedan prohibidos". Sigo citando al gran jurista: "el concepto de norma es inseparable del de libertad, y por eso la afirmación de que es posible un derecho compuesto de solamente de mandatos y prohibiciones es autocontradictorio." Y para explicar mejor la posición fuerte de mi representada, copio a continuación la reflexión contenida en la página 33: "Basta la existencia de una declaración de voluntad común destinada a regular derechos. La ley endereza principalmente sus disposiciones generales a que el acto sea efectivamente expresión de la voluntad de los sujetos, para hacerla respetar en la máxima medida posible." Y voy a transcribir un párrafo fundamental, haciendo constar que el énfasis es mío: "El fenómeno verdaderamente nuevo es el de la magnitud y extensión de las disposiciones del derecho que van declarando la invalidez radical e insanable de ciertos acuerdos y aun de ciertas manifestaciones unilaterales de voluntad. Llegan a constituir una invitación permanente a la irresponsabilidad y, más aún, a la traición." Deviene ridículo que los actores, quienes suscribieron el convenio y lo firmaron -lo cual no puede negarse en este juicio, pues se acompañó certificación del Registro Público de las respectivas inscripciones hipotecarias no contradichas sino cumplidas religiosamente por mucho tiempo-, vengan ahora a quejarse amargamente pese a que durante muchos años y sin ninguna objeción, pagaron los intereses fluctuantes sin oponerse a ellos. Además de que los convenios pertinentes llevan sus firmas, sin impugnarlas, y que hicieron religioso pago de las

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

amortizaciones a principal e intereses, no pueden ahora negar las propias actuaciones que cumplieron sin reparo alguno y ello queda demostrado por el hecho incontrovertible de que, si están reclamando devolución de intereses, es sencillamente porque los pagaron y no aparece en ninguna parte el rechazo que debieron haber hecho de ellos y quede claro que no estoy obligado a demostrar el hecho negativo de que no hubo objeción. Por consiguiente, el consentimiento en la aprobación de un préstamo con intereses fluctuantes es indubitable y, al no reconocerse así, se violó de lleno y flagrantemente el artículo 1008 del Código Civil, pues el consentimiento queda demostrado por hechos de que necesariamente se deduzca y qué más demostración que el efectivo pago de los intereses acordados durante muchos años -sin reclamo alguno-, al punto que ahora los deudores reclaman el reembolso de los montos que cancelaron sin reparo oportuno, hasta que por una simple leguleyada urdieron este litigio. La estipulación del pago de intereses fluctuantes fue aceptada, firmada y cumplida durante muchos años, de manera tal que al no aceptarlo así la sentencia impugnada, infringió también el artículo 1009 ibídem, pues desde que la estipulación se acepta -y agrego yo que se cumple por varios años, sin objeción-, queda perfecto el contrato, salvo los casos en que la ley exija alguna otra formalidad, lo que no ocurre en el subjuicio. 3.- Los intereses fluctuantes: Es patente, en consecuencia, que el banco acreedor actuó en el terreno del derecho privado y nunca como un ente público, razón por la cual se le debe aplicar el dicho derecho privado y no las directrices del público. El artículo 497 del Código de Comercio, a la fecha de la negociación, sea, el texto anterior a la reforma contenida en la Ley N° 7201-1990 distinguía entre el interés legal, señalado en esa norma, y el interés convencional o contractual, el cual lo fijan las partes "libremente". Parece necio pero al tenor de los yerros cometidos en el fallo impugnado, el cual evidentemente violó en forma flagrante este artículo del Código de Comercio, debo llamar la atención que convencional es aquello en que hay acuerdo de partes, es decir, no es impuesto por la ley sino que se autoriza el libre juego de la voluntad de los interesados, vale decir, el contrato que es ley entre las partes y que, conforme al propio artículo 497 ibídem infringido, la fijación de los intereses convencionales se acordará libremente, vuelvo a insistir, sin trabas ni cortapisas. Ahora bien, intereses convencionales, los cuales se fijan libremente, sin parámetros ni institutos represivos -voluntad de las partes, que es ley entre ellas-, no prohíben en ninguna forma el interés fluctuante pues convencionales no quiere decir nunca que tienen

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que ser fijos o iguales los intereses, sino que libremente se fijan por los interesados. Ahora bien, y como lo tengo alegado, si había libertad de convenir el tipo y la forma de los intereses -libremente según la prescripción del artículo 497 citado-, no es censurable ni ilegal que se establecieran del tipo y de la forma fluctuante, cuando además está bien especificado en cada contrato cómo iba a actuar ese tipo de interés fluctuante, sin dejarlo nunca a la discrecionalidad del banco acreedor, sino que se establecieron los parámetros objetivos fundamentales para que las partes supieran la forma en que iba a regir el interés fluctuante. Quiero resaltar aquí, también, que los deudores hoy demandantes, pagaron aquellos intereses debidamente, hasta la reforma que los alentó y nunca con anterioridad hicieron objeción a la cancelación de los intereses. Esta es una circunstancia fundamental, pues es patente que la obligación estaba determinada y también era fácilmente determinable -pues su objeto puede reducirse a un valor exigible- y no acatarlo así el fallo que impugno, se infringió también el artículo 630 del Código Civil. Un grupo grande de deudores -la lista de demandantes en este litigio lo comprueba-, aceptó el interés fluctuante y durante muchos años lo cumplió según consta de la misma relación de hechos de ambas sentencias, de manera tal que, en adición a lo expuesto, hubo una costumbre obvia y patente, la cual es parte integrante de los convenios hipotecarios cuestionados y, por las mismas razones ya expuestas, se infringieron también los artículos 1, 2, 3 y 4 del Código de Comercio, pues en la administración del fideicomiso siempre se acordaron y cancelaron sin objeción oportuna esos intereses fluctuantes. Es de todos sabido que, para interpretar un contrato, la mejor manera es recurrir a la forma de ejecución y por la misma índole de la demanda -reclamar revolución de intereses, es incuestionable que hubo pago de ellos durante muchísimo tiempo -pues algunas escrituras de hipoteca son nada menos que de 1985- y por lo mismo hubo costumbre y aceptación del pago de intereses y cumplimiento del acuerdo. Y para finalizar este capítulo, también hubo una aplicación indebida del artículo 1023 del Código Civil y cuya violación reclamo, pues esa norma se refiere esencialmente a compradores y vendedores y en ninguna forma a créditos. Nótese que en la mayoría de los incisos se habla de dichos compradores o vendedores, de la entrega del bien, del oferente, salvo el p) que sanciona las cláusulas que no permitan determinar el precio del bien -que no es el caso del banco que represento-, pero hace advertencia que debe haber criterios nítidos especificados en el contrato, lo que sí se hizo en la administración del fideicomiso, pues fue claro y nítido la

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

especificación de la forma en la cual iban a calcularse los intereses y la razón por la cual se hacía. Además, dicha norma civil 1023 ni siquiera está invocada en la demanda. Por último, tampoco es aplicable el artículo 627, inciso 2, del Código Civil y al hacerse así se infringió por errónea interpretación y aplicación indebida, pues la obligación tiene un objeto o cosa cierta que le sirva de materia, toda vez dicho (sic) objeto según ya ha sido alegado, está determinado y puede determinarse al tenor de la norma 630 ibídem. Otra vez insisto que en los contratos hipotecarios claramente se especifica que los intereses pueden ser variados por el banco acreedor, "... a fin de poder ajustar las tasas activas con la situación prevaleciente en las tasas pasivas del mercado financiero nacional, dado que los recursos de este tipo de créditos se originan en la venta de títulos de corto plazo con vencimiento menor al de los créditos mismos." Está pues, perfectamente claro y especificado el mecanismo y su razón de ser, al punto que es determinado y determinable, cierto y posible, aceptado por los deudores quienes cumplieron esas obligaciones durante muchísimo tiempo, sin reclamo ni objeción, y reitero este argumento, advirtiendo que no estoy obligado a demostrar hechos negativos, sino que los actores en su oportunidad debieron comprobar que objetaron al Banco la forma de calcular los intereses, lo que no hicieron.

4.- Inexistencia de abuso de derecho. También ha sido infringido el artículo 10 del Código Civil, toda vez es (sic) claro que, en la interpretación de los convenios debe tomarse en cuenta "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...", atendiendo a la "finalidad". Pues bien, ahora a fines del siglo XX no puede negarse la licitud de los contratos de adhesión pues, por la aplicación masiva del derecho, son pan de todos los días en los convenios con empresas de aviación, pues a nadie se le ocurre negociar personalmente el precio y el itinerario de un vuelo por toda Europa; es imposible negociar con el Sistema Bancario Nacional, personalmente y discutiendo cláusulas, la apertura de una cuenta corriente o con el Instituto Nacional de Seguros una póliza de vida o, también, con un hospital público o una clínica privada, las cláusulas de un internamiento. Por consiguiente, la adhesión de los contratantes al convenio no es ilícita y, por otro lado, el interés fluctuante y se explicó hasta la saciedad, tiene una finalidad clara y legal: ir en relación los intereses pasivos con los activos, por tratarse de una inversión en certificados de depósito a corto plazo, cuyos intereses a la vez cambian constantemente de acuerdo a la situación financiera del país. El artículo 18 ibídem nada tiene que ver con este litigio pues no hay exclusión alguna de la ley

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

aplicable, razón por la cual también se infringió dado que la ley que rige la materia, el artículo 497 del Código de Comercio, autorizó los intereses convencionales, dando amplia libertad para establecerlos; también fue violado el artículo 19 del Código Civil, dado que la norma de la legislación comercial invocada no es ni prohibitiva ni imperativa, sino pura y llanamente facultativa. También fue infringido el artículo 20 del Código Civil, pues no se ha perseguido ningún fin prohibido en el ordenamiento jurídico, sino que el acto se realizó al tenor de una norma facultativa y no prohibitiva según ya lo tengo alegado y, ni mucho menos, existe de parte del banco acreedor abuso de derecho, pues no hay ni ejercicio antisocial ni se sobrepasó manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho. Por ello, se violó asimismo el artículo 22 del Código Civil, pues exigir lo pactado de buena fe, de acuerdo con la costumbre y lo cual se había estado ejecutando por varios años sin objeción, convenido de acuerdo con una norma comercial que autorizaba el pacto convencional, no puede decirse que sea un abuso. 5.- Otros yerros. Inusitadamente se condena a pagar intereses y la devolución de los montos supuestamente cobrados en exceso, rechazándose la excepción opuesta y con evidente violación del artículo 290, inciso 5º, del Código Procesal Civil, toda vez los (sic) demandantes no concretaron debidamente en qué consistía ni tampoco, ni por asomo, la estimación específica de ellos. Se cometió un grueso error de derecho y también de hecho, con violación de los artículos 368, 369, 370, 379 y 380, inciso 1º, todos del Código Procesal Civil, en la apreciación de toda la prueba documental consistente en todas las certificaciones del Registro Público acerca de las inscripciones hipotecarias y el libelo de demanda, toda vez la (sic) demanda en su totalidad, sea, en su carácter de documento público por formar parte de un expediente judicial o documento privado con fecha cierta por haber sido presentada ante los tribunales, es clara en demostrar que los demandantes firmaron las escrituras de constitución de hipoteca y que estuvieron pagando durante muchos años los intereses fluctuantes -sin que hayan demostrado el hecho positivo de que objetaron los recibos de pago al banco acreedor-, razón por la cual es errónea la actitud de la sentencia impugnada en cuanto, y pese a toda aquella prueba recibida, tuvo ilegalmente por indemostrado que los actores probaran la tasa de interés..." ¿Para qué entonces la firma de los convenios y el repetido pago de los recibos con interés fluctuante durante tantos años? También se violó al reconocerse intereses por 4 años y rechazarse la excepción de prescripción opuesta, el artículo 984 inciso b) del

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Código de Comercio, pues prescriben en un año las acciones para cobrar intereses. Por todo ello, solicito vista para informar y pido que en su oportunidad se case la sentencia impugnada y, fallando el asunto según el mérito de los autos, se acojan las excepciones opuestas en tiempo a la demanda y se rechace ésta en su totalidad, acogiendo todas las excepciones opuestas por el Banco Nacional de Costa Rica, sea, prescripción, falta de derecho, falta de legitimación ad causam activa, la genérica de "sine actione agit" y en cuanto a los actores que hallan cancelado totalmente la deuda a la fecha de la demanda, falta de interés actual...".

6°.- La vista en este asunto se celebró a las 14 horas del 3 de noviembre de 1993, oportunidad en que hizo uso de la palabra el Lic. Fernando Guier Esquivel, por la parte accionada.

7°.- En los procedimientos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado Zamora; y,

CONSIDERANDO :

I.- La parte demandada, el Banco Nacional de Costa Rica, formula recurso de casación por el fondo alegando los siguientes agravios: Violación de los artículos 61 y 70 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, por cuanto en el fallo "debió quedar bien claro ...que mi representado en cuanto a la administración de fideicomiso y la concesión de créditos, actuó dentro del ámbito exclusivo del derecho privado (comercial y supletoriamente, el civil) y nunca como un ente público". Del artículo 3, inciso 2, de la Ley General de la Administración Pública, "pues debe acatarse sin cortapisa alguna, que el Derecho Privado es el que regula la actividad de mi representado dado que en el caso del fideicomiso, el régimen de conjunto y los requerimientos de su giro debe estimarse como una empresa mercantil común. Por la misma razón, se alega violado el artículo 11 de dicha Ley, en cuanto la sentencia estimó que las operaciones o contrato típico de derecho bancario están "sometidos a un régimen de autorizaciones de control administrativo...", y que por lo mismo los préstamos mercantiles y la constitución o cesión de hipotecas realizadas por el Banco demandado, dentro del ámbito de un banco fideicomisario, "constituyen un sentido público". Del artículo

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

116 inciso 7, de la Ley Orgánica del sistema Bancario Nacional, según reformas N° 4871 del 18 de octubre de 1971; es clave en el sentido de que los Bancos pueden realizar contratos de fideicomiso, actuando así dentro del ámbito y normativa del derecho privado y no de otra. Por la misma razón se alega violación por aplicación indebida, de los artículos 62 a 73 y 126, inciso 1°, de la Ley Orgánica del sistema Bancario Nacional, y 4 y 5 de la Ley General de la Administración Pública y porque la administración del fideicomiso y la concesión de los créditos están regulados por los artículos 633 a 662, 497, 1, 2, 3 y 4 del Código de Comercio, no aplicados e infringidos. Violación del artículo 73, inciso 1°, de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, pues el Banco podía contratar libremente con sus clientes; también de los artículos 1008 y 1022 del Código Civil porque el consentimiento queda demostrado por hechos de que necesariamente se deduzca como el efectivo pago, en este caso. Del artículo 497 del Código de Comercio, antes de la reforma de la ley 7201-1990, que distinguía entre el interés legal y el convencional o contractual, que las partes fijan libremente. Alega el recurrente que existió una costumbre obvia, que es parte de los convenios hipotecarios cuestionados, y que por las mismas razones se infringieron los artículos 1, 2, 3 y 4 del Código de Comercio y 630 del Código Civil, pues los intereses fluctuantes se pagaron sin objeción alguna y la obligación se determinó. Violación del artículo 1023 del Código Civil, pues esta norma se refiere a compradores y vendedores y no a crédito, y se hizo una aplicación indebida. Del artículo 627, inciso 2, del Código Civil, por errónea interpretación, pues la obligación tiene un objeto o cosa cierta que le sirve de materia. Del artículo 10 del Código Civil, porque la interpretación de los convenios debe tomarse en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a la finalidad; y el artículo 18 del Código Civil nada tiene que ver con este litigio, pues no hay exclusión alguna de la ley aplicable, y en cuanto al 19 ibídem, la norma de la legislación invocada no es ni prohibitiva ni imperativa, sino facultativa. Violación del artículo 20 del Código Civil, pues no se ha perseguido ningún fin prohibido y el acto se realizó a tenor de una norma facultativa. Del artículo 22 ibídem, porque exigir lo pactado de buena fe, de acuerdo con la costumbre, no puede decirse que sea un abuso. Del artículo 290, inciso 5, del Código Procesal Civil, porque inusitadamente se condena a pagar intereses y la devolución de los montos supuestamente cobrados en exceso, pues, "los demandantes no concretaron debidamente en qué consistían ni, tampoco ni por asomo la estimación específica de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ellos". También se alega error de hecho y de derecho, con violación de los artículos 368, 369, 370, 379 y 380, inciso 1º, del Código Procesal civil, en la apreciación de la prueba documental de las certificaciones del Registro Público, acerca de las inscripciones hipotecarias y el libelo de demanda, pues ésta es clara en demostrar que los demandantes firmaron las escrituras de constitución de hipoteca y que durante mucho tiempo estuvieron pagando los intereses fluctuantes. Finalmente, violación del artículo 984, inciso b, del Código de Comercio, porque en un año prescriben las acciones para cobrar intereses.

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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

usarse como referencia. Interés legal es el que se aplica supletoriamente a falta de acuerdo, y es igual al que pague el Banco Nacional de Costa Rica por los certificados de depósito a seis meses plazo, para la moneda de que se trate. El interés convencional a que se refiere este artículo podrá usarse en toda clase de obligaciones mercantiles, incluso las documentadas en títulos valores".

III.- La Cláusula contractual impugnada por los actores permitía una tasa de interés ajustable "según las variaciones que se produzcan en el mercado financiero , con respecto a las tasas pasivas, de tal suerte que haya una concordancia entre las tasas activas y las tasas pasivas que sustenta el Programa de Certificados de Inversión Hipotecaria ...". De manera, entonces, que la precitada cláusula tomaría en cuenta las variaciones en las tasas pasivas en el mercado financiero, mientras que por lo dispuesto en el artículo 64.2 de la Ley Orgánica del Banco Central la Junta directiva de esta institución debía fijar: "2)- Las tasas máximas de interés y descuento que podrán cobrar los Bancos a sus deudores por las diversas clases de préstamos y descuentos, y por cualesquiera otras operaciones de crédito que realicen... la contravención a estas disposiciones hará incurrir al Banco infractor, en la obligación de devolver la suma cobrada ilegalmente". Si se parte de lo que dispone la anterior disposición legal y la ya transcrita del artículo 128.1 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, se arriba a la conclusión de que el sistema de ajuste de los intereses variables de la cláusula es diferente al señalado por las relacionadas normas, pues no provenía de directrices emanadas del Banco Central de Costa Rica.

IV.- Contrastada la cláusula del convenio crediticio, que fijó los intereses fluctuantes, con la normativa aplicable al caso, encuentra la Sala que resultan improcedentes los quebrantos legales que acusa el recurso, toda vez que la institución demandada, como pública que es está sujeta no solo a las normas del derecho privado aplicables, sino, también, a los principios y limitaciones del derecho público, concretamente los establecidos en la Ley General de la Administración Pública. Consiguientemente, no lleva razón el recurrente cuando alega que el Banco podía contratar libremente con sus clientes. Por otra parte, la alegación de que existió una costumbre, que se dice

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

parte de los convenios hipotecarios cuestionados, así como que los deudores inicialmente pagaron los intereses fluctuantes sin objeción alguna, no conduce a dejar de lado que la cláusula relativa a los intereses fluctuantes cuestionados padece el vicio de legalidad de ser de carácter potestativo, dejando a la unilateralidad de una de las partes variar el tipo de interés, en el tiempo que lo considerare conveniente, y sin acatar las directrices correspondientes que al respecto debían atenderse provenientes del Banco Central.

V.- Lo alegado en el recurso con relación a la condena del pago de intereses tampoco es atendible, por cuanto el Tribunal Superior procedió al respecto de conformidad con lo que dispone el artículo 706 del Código Civil, aplicable al caso en vista de lo que expone el artículo 2 del Código de Comercio, ya que la primera de esas normas preceptúa "Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo".

VI.- De lo expuesto ha quedado claro que, en el caso analizado, la estipulación de los intereses fluctuantes se dio con ocasión de un contrato de adhesión o tipo, y que por resultar la variación de los intereses sujeta a la unilateralidad de la parte acreedora se configura como una cláusula potestativa y abusiva, anulable de conformidad con la doctrina legal del artículo 1023, inciso a), del Código Civil. Respecto de la flexibilidad de las tasas de interés es pertinente citar algunos conceptos emitidos en la resolución N° 6515-93 de la Sala Constitucional. Con redacción del Magistrado Sancho expresa esa Sala: "Es característica de la tasa de interés en el sistema financiero moderno, que sea lo suficientemente flexible, para que pueda desempeñar el papel que le corresponde en el proceso de desarrollo de la economía del país. Pero esta flexibilidad no implica que esa tasa pueda ser variada unilateral y arbitrariamente por una de las partes involucradas en el contrato. El principio básico que se persigue, más bien, es que la tasa sea ajustada a la nueva situación financiera del país, pero de tal forma que puedan protegerse los derechos y principios esenciales de ambas partes... no todo lo que el deudor consienta puede ser válido, pues aunque la violación a los derechos patrimoniales propios es renunciable o consentible en principio (artículo 52 párrafo segundo de la Ley de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la Jurisdicción Constitucional) el ordenamiento no puede autorizar esa renuncia anticipadamente, ni incentivar desequilibrios o desproporciones irrazonables, o que alteren los principios de libertad, bilateralidad, equidad y buena fe en que se fundamentan los negocios jurídicos. Por eso, debe entenderse que hay un principio general, de rango constitucional, según el cual las potestades para modificar unilateralmente los contratos privados, aun consentidas en ellos por las partes, no pueden depender de la voluntad de una de ellas, ni de hechos cuyo riesgo le corresponda asumir a una y no a ambas partes por igual". Particularmente, en cuanto a los intereses cobrables por los Bancos comerciales, cuando actúen como miembros del Sistema Financiero para la Vivienda, creado por Ley N° 7052 de 13-11-86, la precitada resolución de la Sala Constitucional comenta lo siguiente: "En la ejecución de esos programas en tanto actúen como entidades del Sistema Financiero para la vivienda los Bancos Comerciales se rigen por el ordenamiento sectorial correspondiente y subsidiariamente, por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Por lo que en materias de tasas de interés están sujetos a lo dispuesto por el Banco Hipotecario de la Vivienda, como rector del sistema (artículo 26, inciso 1°). Ciertamente dicho artículo no establece límites en cuanto al ejercicio de la facultad de fijar las tasas. No obstante, dichos límites vienen establecidos por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que guían todo el accionar administrativo, por una parte, y los criterios de la ciencia, que informan la actividad bancaria y financiera en general, así como por los principios en materia contractual que aquí se han indicado". Más adelante, dicha resolución agrega: "Es por esto que la aplicación de una tasa de interés variable, originada en fenómenos económicos como resultado del manejo que haga el Estado del mercado financiero, no podría alterar la relación de ingresos- deuda, por lo que la Sala estima que frente a una alteración que afecte profundamente la situación del deudor, deben los Bancos prorrogar los plazos de la deuda a los efectos de no perjudicar directamente a los deudores, con aumentos en la cuota que resulten desproporcionados al nivel de ingresos del obligado". Finalmente, es de interés apuntar que la referida Sala considera la aplicación de las tasas de interés variable como asuntos de legalidad, que deben ser examinados en otra vía y no en la sede constitucional, pues los Tribunales comunes serán los que deberán... "verificar que el sistema optado por las partes, se ajuste a las normas reguladoras, a los efectos de fijar las tasas pasivas y activas del mercado financiero".

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

VII.- Consecuentemente con todo lo antes expuesto, resultan inatendibles los reparos legales que formula el recurso de que conoce, por lo que debe ser declarado sin lugar, con las costas del mismo a cargo de la parte recurrente (artículo 611 del Código Procesal Civil).

POR TANTO :

Se declara sin lugar el recurso con sus costas a cargo de la parte que lo estableció.

b) Intereses fluctuantes en materia mercantil y su imposibilidad de cobrarlos por adelantado

[TRIBUNAL AGRARIO]⁴

VOTO N ° 198

TRIBUNAL AGRARIO . - Goicoechea, a las diez horas treinta minutos del veintiocho de abril del dos mil.-

Proceso Ejecutivo Hipotecario ,tramitado en el Juzgado Agrario del Segundo Circuito Judicial de Alajuela, por Banco Nacional de Costa Rica contra Nelson Leiton Miranda y Eduardo Leiton Miranda. Conoce este Tribunal del recurso de apelación interpuesto por el Apoderado Especial Judicial del demandado, Licenciado Alexander Piedra Rodriguez, contra la resolución de las nueve horas del treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.-

Redacta la Jueza Escoto Fernández; y,

CONSIDERANDO:

I.- Se Prohija por el Tribunal la relación de hechos probados que contiene la resolución bajo examen por ser fiel reflejo de los autos y constar efectivamente dentro del expediente los elementos probatorios en que se fundamentan. De igual naturaleza se tiene:

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

e) El Banco ejecutante y la parte deudora, aquí ejecutada en el documento base acordaron sobre los intereses la siguiente cláusula: "Que la deuda devenga intereses corrientes del quince por ciento anual, pagaderos por trimestres anticipados, variables y ajustables periódicamente de acuerdo a las variaciones que se den en la Tasa Básica interbancaria a seis meses plazo del Banco Central de Costa Rica y los procedimientos y periodicidad del ajuste se realizara de acuerdo a la reglamentación que el Banco Nacional de Costa Rica utiliza para las colocaciones con las diferentes fuentes de recursos que el Banco maneja. (Documento de folios 1 a 4 que son copias certificadas del original y hecho tenido por probado en resolución del Juzgado de origen de las 16:20 horas del 5 de agosto de 1998 a folios 124 que fue prohiado por este Tribunal en resolución de las 8:00 horas del 29 de enero de 1999 que es Voto No. 35 de folios 130 a 133). f) En el escrito inicial fechado: 29 de julio de 1997, presentado el día 29 mismo mes y año lo fue para que se le diere curso como proceso ejecutivo hipotecario, se liquidaron intereses del 28 de mayo de 1995 al 28 de julio de 1997, ya resueltos. (folios 8 a 9 y aparte de hechos probados en resolución prohiada en cuanto a tales hechos por este Tribunal de folios 124 vuelto y 130). g) En la resolución de este Tribunal a que se refiere el hecho identificado como b), de las 8:00 horas del 29 de enero de 1999 que es Voto No. 35 y resuelve un incidente de pago y falta de acción por inejecutividad se dispuso en el Considerando marcado como " V.- En el caso bajo examen la hipoteca que se ejecuta se constituyó el 28 de mayo de 1992, sea cuando ya estaban vigentes las dos leyes comentadas, por lo que el haberse pactado intereses fluctuantes o ajustables, no contraviene lo indicado líneas atrás, no obstante ello cabe hacer la siguiente observación: con base en la resolución citada si la tasa de interés es variable o ajustable, no podría establecerse que los intereses se cobren por adelantado, porque no se sabe cuál va ser la tasa de interés que ha de cobrarse, porque la variante o el ajuste depende de un acontecimiento futuro. Aunado a lo expuesto, es importante acotar con respecto a los intereses del 28 de julio de 1996 al 28 de julio de 1997, fecha esta última hasta la cual el banco liquidó intereses, el incidentista aporta los recibos números 0967398, 0475729, 023532 y 011153, cuya fotocopia certificada corre a folio 41 del expediente principal, los cuales responden a la cancelación de un trimestre de intereses, cada uno de ellos, depósitos que cubren precisamente la última liquidación efectuada por el banco, pues siendo que la obligación principal lo fue por la suma de 7.014.000.00 colones, a un interés del 15%, hechos los cálculos

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

correspondientes el trimestre a pagar por concepto de intereses de tal suma, asciende a 263.025,00 colones, los cuales fueron debidamente cancelados por el deudor incidentista conforme lo dan cuenta los recibos visibles a folio 41 del expediente principal, por lo que al estarse al día con el pago del rédito indicado, la obligación, deviene en inexigible y en consecuencia inejecutable. Así las cosas lo procedente es revocar parcialmente la resolución apelada en cuanto rechaza el incidente de pago de intereses, para en su lugar acoger el mismo, en relación a los siguientes trimestres: del 28 de julio al 28 de octubre, ambas fechas de 1996; del 28 de octubre de 1996 al 28 de enero de 1997; del 28 de enero al 28 de abril, ambas fechas de 1997; del 28 de abril al 28 de julio, ambas fechas del año 1997. En lo demás se confirma la resolución apelada, pues la deuda principal a la fecha en que se presenta a estrados este proceso (29 de julio de 1997), es exigible ya que el primer abono a capital debía efectuarse el 28 de julio de 1997. Son ambas costas a cargo del Banco incidentado.-". (folios 130 a 133). h)El escrito donde se liquida el período de intereses resuelto en la resolución recurrida fue presentado a estrados el 20 de agosto de 1998, del cual se dio audiencia por tres días a la parte ejecutada la cual interpuso oportunamente "excepción" de prescripción de todos los intereses liquidados y se opuso al interés fluctuante con que se desglosaron y calcularon por el Banco ejecutante dichos intereses. (Sello de recibido a folio 60).

II.- No se adopta lo dispuesto sobre hechos considerados ayunos de prueba. Resulta innecesario referirse a ellos cuando se estime su inexistencia conforme a la doctrina del ordinal 155 inciso 3) aparte d), Código Procesal Civil.

III.- El Apoderado Especial judicial del co-ejecutado Nelson Leitón Miranda recurre de la resolución recaída en este proceso en escrito presentado a estrados el 5 de diciembre de 1999, al encontrarla inconforme; toda vez que se rechaza la excepción de prescripción de intereses del período liquidado y aprobado del 29 de julio al 17 de noviembre de 1997 y de todo el período de ese año, con un capital de 7 millones 14.000 colones con tasas variables de intereses de 19.5%, 19.25%, 19% 18.75% anuales. Sobre los intereses generados con posterioridad al remate señala se resolverán, de ser procedentes, una vez que en autos exista un saldo en descubierto. (Folios 153 a 154). Refiere como agravios los siguientes: 1) Analiza su disconformidad por cuanto estima que con la sola fecha de los intereses liquidados se extrae encontrarse prescritos. Estima, que si bien la notificación de

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

una demanda interrumpe la prescripción, en materia de procesos ejecutivos con renuncia de trámites, (hipotecarios y prendarios), no existe demanda sino que se procede a partir de la segunda etapa del proceso, sea la ejecución; y en virtud de ello no ha habido notificación de la demanda que tenga la virtud de interrumpir prescripción alguna. 2) Considera que si el Tribunal Agrario dentro de este mismo expediente estableció que los intereses que puede cobrar el banco actor son fijos y no fluctuantes debe entenderse para la deuda como un todo y no sólo para cierto período como se pretende. (Folio 156).

IV.- Con relación al primer embate, si bien la resolución recurrida no señala en qué artículos se basa para denegar la excepción de prescripción puesto que se fundamenta en lo dispuesto por la Sala Primera de la Corte citada, refiriéndose a que con la notificación de la demanda a los demandados la prescripción se interrumpe, indicando que la demanda en este caso fue notificada el 17 de setiembre de 1997, se estima que si bien es cierto en los procesos de ejecución pura como el hipotecario de estudio no hay parte demandada ni actora sino ejecutante y ejecutada y el auto inicial no es el que cursa la demanda de un proceso de conocimiento, puesto que no se trata siquiera de un ejecutivo simple, también se ha tenido por ficción legal que el auto que le da curso a la ejecución hipotecaria o en su caso la prendaria, según reiterado criterio en sede jurisdiccional, al tratarse los procesos de ejecución hipotecaria y prendaria de los denominados procesos de ejecución pura, por ficción legal asume el carácter de sentencia; de ahí que al tener ese auto tal naturaleza, en este tipo de procesos tiene la facultad de interrumpir el plazo de prescripción con base en lo que prevé el ordinal 977 inciso a) del Código de Comercio, en lo que resulta de interés al punto debatido, cuando se lee: "La prescripción quedará interrumpida: Por la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al deudor...". (El énfasis no responde al original). Y referente a la prescripción de intereses, el numeral 984 inciso b) del Código de Comercio dispone: "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 prescribirán en un año: ... Las acciones para cobrar intereses, alquileres, arrendamientos o rentas...". El plazo de prescripción de un año respecto a los intereses se empezará a contar a partir entonces del acto interruptor hacia atrás, que en este caso sería el de la notificación del auto que cursa la ejecución hipotecaria. El término de la prescripción de los intereses, que es de un año, conforme a lo dispuesto en el

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

artículo 984 inciso B) del Código de Comercio, resulta innecesario que el acreedor tenga que estar presentando liquidaciones de intereses durante el transcurso del proceso, siempre y cuando no se deje pasar el plazo de la prescripción, sea intervalos de tiempo inferiores a un año, sin que se gestione el proceso. Si bien, por algún tiempo se interpretó el artículo 984 inciso primero. del Código de Comercio en el sentido de que era obligación del acreedor reclamar y liquidar réditos anualmente, como único medio de evitar la extinción del derecho, tal posición ha sido superada al estimar la jurisprudencia patria que ello no resulta conveniente. La reciente jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en lo que aquí interesa ha indicado: "...En punto al tema relativo a la prescripción de intereses dentro de un proceso, es posible distinguir en los precedentes tres posiciones: una, que podríamos denominar tradicional, afirma la obligación del acreedor de reclamar y liquidar réditos, anualmente, como único medio de evitar la extinción del derecho. Esta posición no es convincente en tanto no explica por qué para mantener una parte de la pretensión, es decir la que concierne a los réditos, debe el actor hacer un ruego específico más allá del general conducente a la simple activación del proceso. Supone una tesis de poca consistencia lógica, según la cual la gestión dirigida a instar la prosecución del juicio, si no va aparejada a un reclamo específico de intereses, se entiende exclusivamente referida al principal. O sea presuma arbitrariamente en perjuicio del demandante que su voluntad al activar el juicio, por ejemplo solicitando el remate o el dictado de la sentencia, se constriñe al cobro del capital y como correlato aplicativa de un abandono tácito de la pretensión de intereses. Tiene, además, el inconveniente, en la práctica, de saturar el proceso con reiteradas liquidaciones, audiencias y pronunciamientos interlocutorios que lo complican y contribuyen mucho a su dilación. La segunda posición, radicalmente opuesta a la anterior, se expone en la sentencia de esta Sala No. 19 de las 15:20 hrs. del 8 de febrero de 1995. En ella, sintetizando la argumentación, se sostiene que la notificación de la demanda interrumpe la prescripción de todo ruego que en la misma se hubiere hecho, con efectos permanentes durante la vida del proceso, sin importar si hay o no gestiones proclives a la activación de éste. Obviamente excluye toda posibilidad de que haya prescripción de intereses, y con mayor razón del principal, mientras el proceso no fenezca. Lo allí expuesto no constituye, sin embargo, la jurisprudencia de más arraigo en esta Sala, aparte de que ni siquiera en ese fallo la segunda tesis se prohija con

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

toda puridad, pues en la misma sentencia se da un atisbo de una posición menos radical al señalar la imposibilidad de la prescripción mientras el proceso esté en movimiento y al explicar que esto se manifiesta en cada acto procesal destinado a instar su curso, que palmariamente es algo diferente a simple existencia de un proceso. Precisamente la tercera posición con que hoy la mayoría de este Tribunal comparte es muy similar a tal respecto. La Sala, en orden a sustentar esta última posición, parte de la naturaleza misma del instituto de la prescripción. Este, como se sabe, está concebido para tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas, permitiendo la eliminación de situaciones de incerteza producidas por el paso del tiempo. Supone la concurrencia de tres elementos: el transcurso del tiempo, la falta de ejercicio de parte del titular del derecho y la voluntad del favorecido por la prescripción de hacerla valer. Es manifiesto, al repasar la primera de las posiciones, que en ella se extrema más allá de toda lógica el cumplimiento del elemento ejercicio. Se obliga a una petición especial y formal sólo para librar de la extinción a los réditos, sin que se aplique la misma regla para el principal. En la segunda, por el contrario, se prohija una presunción de actividad inferida del solo hecho de haberse incoado una demanda, sin importar la inercia posterior a ella. En la posición imperante, que podría denominarse intermedia, la Sala toma en cuenta la actividad real del reclamante del derecho y no la presunta. Admite que la demanda interrumpe la prescripción, pero no carácter permanente, como también interrumpe toda gestión que haga el actor proclive a lograr la prosecución efectiva del juicio. Estima al respecto que dentro del proceso la inercia del demandante puede también crear situaciones de inseguridad e incerteza que no hay razón para que no puedan eliminarse mediante la prescripción. De consiguiente, puede resumirse la opinión mayoritaria de esta Sala, así: a) La demandada notificada interrumpe la prescripción respecto de los reclamos que en forma general o específica se hagan en ella; b) En un proceso, ante la inercia del accionante, puede prescribir tanto capital como intereses, si la inactividad supera los respectivos plazos legales; c) Cualquier gestión realizada a tiempo por el actor dentro del proceso que tienda a la efectiva prosecución de éste, interrumpe los plazos de prescripción de intereses o de capital, según corresponda; d) No es necesario un ruego específico de intereses en un juicio ni mucho menos una liquidación, para evitar que prescriban, si del contenido de la demanda se puede inferir la voluntad del demandante de reclamar los réditos que se generen en su decurso. Tales son, sintéticamente, los conceptos

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que se acogen para dirimir la presente contienda..." (Consúltese resolución de las 15:00 horas de 27 de junio de 1997, que es Voto No. 49 . Lo resaltado no corresponde al original).

Y por aplicación del ordinal 984 inciso b) supra indicado, como no ha transcurrido el plazo de un año para los intereses que se liquidan, se aprueban y se impugna su aprobación, no los cubre la sanción de la prescripción, sea del período comprendido del 28 de julio al 22 de diciembre de 1997 pues no ha transcurrido el plazo del año que señala dicho artículo cuando se liquidan según lo dan cuenta los artículos citados 977 inciso b), 982 y 984 inciso b) todos del Código de Comercio, de ahí que no están prescritos los intereses generados que se liquida y se aprueban, de modo que no es de recibo la excepción de prescripción interpuesta por el ejecutado, entendida como incidente a la luz de lo dispuesto en el ordinal 673 del Código Procesal Civil. El término de la prescripción de los intereses, que es de un año, conforme a lo dispuesto en el artículo 984 inciso B) del Código de Comercio, por lo que resulta innecesario que el acreedor tenga que estar presentando liquidaciones de intereses durante el transcurso del proceso, siempre y cuando no se deje pasar el plazo de la prescripción, sea intervalos de tiempo inferiores a un año, sin que se gestione el proceso. Si bien por bastante tiempo se interpretó el numeral 984 inciso primero. del Código de Comercio, en el sentido de que era obligación del acreedor reclamar y liquidar réditos anualmente, como único medio de evitar la extinción del derecho, tal posición ha sido superada con la recién transcrita jurisprudencia patria.

V.- Ahora bien, con base en lo expuesto por la jurisprudencia que este Tribunal comparte, en este caso entonces, si la parte co-ejecutada quedó notificada del auto que da curso a la ejecución el 17 de setiembre de 1997, no ha operado el plazo de prescripción de un año previsto para los intereses liquidados que se aprueban con fundamento en los ordinal 977 inciso a) y 984 del Código de Comercio en relación con los numerales 968 y 969 idem. Entonces procede confirmar el fallo respecto al rechazo de dicha "excepción", entendida como incidente respecto de los períodos de intereses liquidados, sea que son 4 meses 24 días de intereses que deberán aprobarse con un capital de 7 millones 14.000,00 colones en razón de que ese fue el saldo de capital y el que en el escrito inicial se cobra (Folio 8).

VI.- Por otra parte, como bien ya se indicó por este Tribunal en el Voto No. 35 de 1999 dictado en este proceso, de acuerdo con la obligación que se ejecuta si los intereses han de pagarse por

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

abuso ." (lo subrayado y las negritas tampoco están en el original). Es obvio que con cláusulas como la transcrita, donde una sola parte de la relación contractual, la más poderosa, se reserva unilateralmente modificar las tasas de interés a futuro, sin existir un punto de partida y un porcentaje a partir de éste, es una cláusula abusiva en perjuicio de la parte más débil, la deudora. Y en consecuencia el Tribunal debe de adoptar las medidas judiciales correspondientes para impedir la persistencia del abuso del derecho. La variación o fluctuación, que puede acontecer, debe de conocerla la parte deudora en forma clara a efecto de saber a qué atenerse y a cuánto asciende el interés que debe de pagar por su obligación. No puede la acreedora, a su antojo, fijar esa variación o fluctuación unilateralmente. Si ello es así, la única forma de evitar el abuso es tener por no puesta la cláusula que se considera abusiva. No es cierto que el Banco Central de Costa Rica dejara a entera libertad de los Bancos del Sistema Bancario Nacional la fijación de las tasas de interés que cobren a los usuarios del crédito, pues debe el Banco acreedor, demostrar que la fijación de los intereses, está acorde con las condiciones exigidas por el Banco Central de Costa Rica, todo con el objeto de que, tanto el Tribunal, como los ejecutados, estén en capacidad en determinar si los intereses que se cobran están correctos y para que éstos puedan ejecutar su defensa, si no se exige esa demostración se estaría violando el principio fundamental de defensa en juicio. Como de acuerdo con la hipoteca que se ejecuta, los intereses han de pagarse POR ADELANTADO, NO PODIA LEGALMENTE ESTABLECERSE INTERESES VARIABLES O AJUSTABLES; ya que como el pago de los mismos es por adelantado, la variación se daría cuando ya debieron pagarse. Por ende, lleva razón en este embate el recurrente, toda vez que en efecto, lo es para la deuda como un todo y no sólo para cierto período de ella. Como la hipoteca que se ejecuta establece un interés del 15% anual, es a ese tipo de interés que deben calcularse los mismos. Entonces con este rubro y no con el fluctuante es que procede revisar los períodos de intereses liquidados: 1) Se liquida intereses del 28 de julio al 22 de diciembre de 1997 con un saldo de capital de 7 millones 14.000 colones y con un interés del 15% anual, suma hechos los cálculos aritméticos da un total de 419.879,17 colones, aprobándose en tal cantidad por el interés del 15% anual. De manera que el fallo recurrido deberá confirmarse pero variándose la tasa de interés conque se han calculado los intereses liquidados y otorgados en el fallo en lo que fue motivo del recurso de apelación.

VII.- En razón de lo que ha sido expuesto y razonado, con las

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

salvedades que se hacen y la variante en cuanto a la tasa de interés con que han de calcularse los períodos liquidados y aprobados con base en tal variante los montos a pagar por intereses serán otros, de manera que procede confirmarse el auto recurrido pero al variarse el tipo de interés conque se han calculado los intereses liquidados al 15% anual y no en el otorgado en dicha resolución, la suma a pagar por el período de intereses que va del 28 de julio al 22 de diciembre de 1997, sea 4 meses y 24 días es de 420.840 colones y no en la que se fijan en la resolución impugnada.

POR TANTO:

En lo que fue objeto del recurso de apelación, se confirma la resolución de las nueve horas del treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, pero variándose el tipo de interés conque se han calculado los intereses liquidados al quince por ciento anual y no en el otorgado en dicha resolución, por lo que la suma a pagar por el período de intereses que va del veintiocho de julio al veintidós de diciembre del año mil novecientos noventa y siete, sea cuatro meses y veinticuatro días, asciende a cuatrocientos veinte mil ochocientos cuarenta colones y no en la que se fijan en la resolución impugnada.

FUENTES CITADAS

- 1 MANAVELLA, Carlos. Sobre los intereses fluctuantes. A propósito de un reciente fallo. Artículo publicado en Revista IVSTITIA. N° 41, 1990 año 4. San José, C.R, pp 16-17.
- 2 MANAVELLA, Carlos. Intereses fluctuantes y cláusulas abusivas. Artículo publicado en Revista IVSTITIA. N° 77, mayo 1993, año 7. Sección de Derecho económico San José, C.R, pp 1-4.
- 3 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 35. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del ocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco.
- 4 TRIBUNAL AGRARIO. VOTO N ° 198. Goicoechea, a las diez horas treinta minutos del veintiocho de abril del dos mil.-