

**EL SILENCIO DE LA LEY, LOS STANDARDS JURIDICOS
Y EL DERECHO NATURAL. LESION VERSUS IMPREVISION**

1. El fallo anotado	323
2. Análisis del fallo. Positivistas y jusnaturalistas	340
3. La búsqueda de la solución a partir de los “efectos ilegítimos” del acto jurídico	346
4. La lesión es desequilibrio genético con base en el aprovechamiento. La imprevisión es desequilibrio sobreviniente con base en hechos extraordinarios e imprevisibles	347
5. El resultado injusto con base en una Circular del B.C.R.A. incluida en el contrato, ¿configura lesión o imprevisión? ...	348
6. Objeto y causa del contrato de mutuo financiero: la operación jurídica, la finalidad económico-social, el motivo predominante	349
7. Los intereses en conflicto: el interés preponderante. La vivienda digna y la garantía constitucional. La pérdida de la vivienda por insuficiencia en los recursos	350

EL SILENCIO DE LA LEY, LOS STANDARDS JURIDICOS Y EL DERECHO NATURAL

LESION VERSUS IMPREVISION

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. Análisis del fallo. Positivistas y jus-naturalistas. 3. La búsqueda de la solución a partir de los “efectos ilegítimos” del acto jurídico. 4. La lesión es desequilibrio genético con base en el aprovechamiento. La imprevisión es desequilibrio sobreviniente con base en hechos extraordinarios e imprevisibles. 5. El resultado injusto con base en una Circular del BCRA incluida en el contrato, ¿configura lesión o imprevisión? 6. Objeto y causa del contrato de mutuo financiero: la operación jurídica, la finalidad económico-social, el motivo predominante. 7. Los intereses en conflicto: el interés preponderante. La vivienda digna y la garantía constitucional. La pérdida de la vivienda por insuficiencia en los recursos.

1. EL FALLO ANOTADO

CNCom., sala A. Pearson, Carlos M. c. Cosmos S.A. Ahorro y Préstamo para la Vivienda.

En Buenos Aires, a 13 de julio de mil novecientos ochenta y dos, se reúnen los señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos con asistencia de la Secretaria para entender en los autos seguidos por: "Pearson, Carlos María" contra "Cosmos S.A. Ahorro y Préstamo para la Vivienda" sobre nulidad de contrato en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el artículo 268 del Código Procesal resultó que debían votar en el siguiente orden, doctores: Jarazo Veiras, Viale, Barrancos y Vedia.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el señor Juez de Cámara doctor *Jarazo Veiras* dijo:

Carlos María Pearson, se presenta a fs. 26 demandando a Cosmos S.A. por nulidad del contrato de mutuo con garantía hipotecaria que los vincula y que consta en la escritura n° 17, pasada el 3 de febrero de 1978 ante la escribana Raquel M. Serscovich de Ludmer y para que se reajuste equitativamente su tasa de interés reduciéndose a lo que la jurisprudencia estima aceptable.

Explica haber adquirido un inmueble a los aquí demandados, aceptando el consejo para que aprovechara financiar parte del precio mediante un crédito hipotecario que le otorgarían en condiciones ventajosas. Que pasado seis meses de su concertación, pese al pago puntual de las obligaciones mensuales a su cargo, la deuda creció aproximadamente al doble.

Sostiene que la operación excede el límite fijado por la jurisprudencia al pacto de intereses.

Puntualiza las causas de descalificación del acto señalando en primer lugar que resulta violatorio a lo establecido en el artículo 953 del Código Civil por tratarse de un acto usurario.

Añade que se trata de un mutuo con capital reajutable, con un 30 % de interés anual capitalizable mensualmente. Tales previsiones exceden el concepto normal y ofenden a la moral y a las buenas costumbres.

Considera que el instrumento es un convenio que afecta el principio de la especialidad de la hipoteca, aun conforme a la ley 21.309. Sostiene que la referencia al índice de actualización es imprecisa consistiendo en una vaga referencia a la circular B 118 del B.C.R.A.

Invoca la posibilidad de aplicar al caso sub-examine el que la doctrina alemana llama "derecho judicial de configuración", es decir, tomar el contenido y ajustarlo a las pautas que la jurisprudencia considera lícitas. En el caso, considerar excesivo el interés pactado, y tratándose de un capital reajutable, considera que deben recalcularse todos los pagos limitando el interés al seis por ciento anual, sin capitalización y deducible de la parte amortizada en cada pago del capital restante.

A fojas 90 se presentó el doctor F. N. G. por Cosmos S. A. contestando la demanda.

Niega que su representada haya inducido al actor para tomar el crédito cuya nulidad impetra y sostiene que éste se concedió dentro de los parámetros legales que fija el Banco Central para su concesión.

Explica que cualquier intento de recomponer el contrato implica una alteración de las normas que regulan el sistema financiero cuya estructuración y control estuvo, en el aspecto relativo a préstamo para adquirir vivienda, a cargo de la Caja Federal primero y, luego de su supresión, del Banco Central de la República Argentina.

Niega que se produzca una imposibilidad de cumplimiento y, en general, solicita el rechazo de la demanda.

Sustanciados los trámites atinentes a la prueba, se dictó sentencia que obra a fojas 486/492.

En ella se sostiene que en el mutuo reconocido por las partes se comprueba una notable desproporción en las prestaciones, toda vez que la operación rinde a la demandada un interés superior al límite fijado por la jurisprudencia en base a la moral y las buenas costumbres.

Por tanto, hace lugar a la demanda promovida por Pearson y declara la nulidad del contrato de mutuo con garantía hipotecaria y ordena se reajuste la deuda adoptando para reajustar el capital el índice de precios mayoristas, nivel general, más un seis por ciento de intereses y todos los pagos hechos en exceso de ese límite imputarlos a amortización de capital, o sea reducir el interés al seis por ciento anual, sin capitalización, computando las cuotas ya pagadas a capital; y en cada cuota el excedente sobre lo que debería haberse pagado si se hubieran aplicado dichas reglas. Las futuras cuo-

tas deberán ser liquidadas y pagadas de conformidad con las reglas precedentes.

Contra el decisorio se alza la parte demandada mediante la expresión de agravios de fojas 499 a 512 que, a su vez, es contestada por la actora con el escrito de fojas 514/532.

El extenso escrito contiene un alegato en defensa del sistema financiero y algunos aspectos críticos del fallo objeto de recurso, de ahí que deba previamente determinarse en qué consisten, concretamente, los agravios que son materia de decisión en la Alzada.

Primer agravio. Sostiene el apelante que el fallo es nulo en tanto resuelve más allá de lo solicitado por el accionante. Explica que la petición contenida en la *intentio* se refiere a la reducción de la tasa de interés reduciéndolos a los límites que la jurisprudencia considera aceptable, pero que el *a quo* excediendo los límites que fijan las propias pretensiones deducidas, modifica el índice de reajuste financiero pactado, adoptando el índice económico de precios mayoristas.

La petición formulada por el actor no hace referencia expresa al tipo de índice a adoptarse a los fines de reconfigurar el contrato de mutuo que celebrara con la empresa Cosmos S.A. Pero en el curso del escrito de demanda menciona jurisprudencia dirigida a consagrar el criterio de reducir la tasa del interés puro al seis por ciento cuando media recomposición del capital. En tales casos, el índice adoptado fue el de precios mayoristas, nivel general, que es el que aplica el señor Juez *a quo* para resolver el caso.

En síntesis, la observación formulada por el agraviado es aguda y oportuna, pero no tiene fuerza suficiente como para determinar se decrete la ineficacia

del fallo, toda vez que al reajustar la tasa del interés con la posibilidad de reajustar el capital a los límites que considera aceptables la jurisprudencia, lo ha hecho con referencia a procedimientos que adoptan como módulo el de precios mayoristas.

El agravio pretende la descalificación por exceso respecto de lo pedido y desde ese punto de vista, exclusivamente, es que se le evalúa y rechaza, por lo que no se necesita opinión —en este inmediato análisis— sobre la conveniencia de la adopción de dicho índice económico así denominado, con acierto por el apelante.

Segundo agravio. Se queja la demandada que el *a quo* asevera que pese a los pagos la deuda continúa creciendo, sin advertir que tal crecimiento es aparente pues lo es a valores nominales. En moneda constante, dice el quejoso, se reduce el saldo deudor con cada amortización.

La observación es también exacta, pero a la altura del cumplimiento del contrato en que se produce la crisis y el consecuente litigio, no puede decirse con paridad que se ha operado la reducción del saldo deudor en moneda constante.

Por el tipo de distribución de las amortizaciones y del interés, dentro de cada cuota de pago, no se verifica la reducción del saldo deudor por cuanto la cuota de amortización no alcanza a saldar la indexación mensual, por lo que parte de ésta queda insoluta (véase peritación de fs. 346 vta. y planillas de fs. 311 y 335).

En consecuencia aunque la aseveración del Inferior pudiera tildarse de poco exacta, no resulta invalidada en tanto el crecimiento de la deuda por indexación supera el porcentaje destinado a amortizar el saldo deudor. Esa amortización ha de producirse en las postri-

merías de la ejecución del contrato, cuando la cuota de amortización de singular importancia, al ser el resultado de dividir el capital actualizado por un número menor de cuotas faltantes, llega a niveles que difícilmente puedan satisfacer los recursos normales del prestatario.

Tercer agravio. Reside en criticar la expresión del señor Juez *a quo* relativa a la posibilidad de capitalizar los intereses, en orden a lo previsto en el contrato original, capitalización que no se ha producido en el caso de autos.

También es cierto que en la especie no se ha capitalizado el interés sino que éste se incluye en el monto de la cuota, con la salvedad que tal interés, aunque la tasa fuera decreciente, se aumenta al crecer por indexación el capital, máxime teniendo en cuenta que lo amortizado en cada una de las cuotas iniciales no alcanza a cubrir el trecho de reajuste del capital, lo que origina un crecimiento real del interés que debe pagar el deudor.

Cuarto agravio. Mediante los argumentos que introduce el apelante en esta parte de su memorial, se aproxima al meollo de la cuestión a resolver dentro de los límites que las partes han fijado y dentro del cual se pronuncia el acto jurisdiccional.

El primero se refiere al sistema de actualización del capital en función de la depreciación monetaria, consistiendo el agravio en que el fallo no respeta la convención nacida al amparo del artículo 1197 del Código Civil cuyos alcances modifica aplicando los artículos 953, 954 y 1198 del Código Civil.

La exposición del agravio resulta difícil de sintetizar por cuanto la crítica se puntualiza al correr de

la pluma, sin guardar un orden en lo que al análisis de las figuras o institutos se refiere. Trataré de sistematizar los argumentos para evaluar su fuerza convictiva.

a) La mención del artículo 1198 y la alegación que no se ha producido a lo largo de la vida del contrato un acontecimiento extraordinario o imprevisible da la pauta que se niega la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión.

Explica que desde el inicio del contrato hasta la traba de la litis no se produjo ningún acontecimiento extraordinario o imprevisible que tornara la prestación excesivamente onerosa respecto de la tasa del interés.

Que la desinteligencia del Inferior se produce por confundir conceptualmente la tasa del interés con el índice de reajuste en función de la desvalorización monetaria. La primera, dice la agraviada, se fija en base a los lineamientos fijados por el B.C.R.A. y de conformidad a la realidad económica actual, siendo obligatorio su acatamiento por todas las entidades financieras adheridas o controladas por el B.C.R.A. El segundo, es sólo un arbitrio para mantener constante el valor del crédito por lo que a los efectos del lucro el índice resulta "neutro" es decir, no atribuye ganancia al acreedor.

Cada una de estas argumentaciones están respondidas por la contraparte en base a inferencias estrictamente aplicables a cada institución de las que se analizan, pero que, en el fondo soslayan el problema principal que se plantea para resolver todos estos casos en que se peticiona la nulidad de actos jurídicos por excesiva onerosidad sobreviniente.

El problema soslayado es el que se origina en el proceso inflacionario que, si bien desde hace décadas aflige al país incide de manera creciente y poco eva-

luable en las relaciones jurídicas de contenido económico, destinadas a cumplimentarse a lo largo de períodos prolongados.

En primer término la solución de esos problemas económicos financieros compete al órgano de administración del Estado, hoy investido de las facultades que la Constitución asigna al legislativo. Pero frente al silencio o demora en su actuación, una vez comprobados los efectos ilegítimos de determinados hechos o actos jurídicos, el magistrado no puede menos que intervenir en el caso particular sometido a su juzgamiento, para revocar o en su caso atenuar los efectos del acto que se reputa ilegítimo. Tal actitud no está desprovista de antecedentes nacionales o extranjeros que la doctrina destaca con nitidez. Son el resultado de graves alteraciones fácticas que obligan a esa intervención de emergencia en materia propia del legislador y cuya justificación encuentra apoyatura en la obligación de sentenciar, aun en silencio de la ley y en consideraciones atingentes al propio derecho natural (Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, pág. 209, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956).

Veamos pues, con criterio de excepción y a la espera de una solución legal que contemple los problemas que se debaten a diario en el Tribunal, cómo ha de resolverse el planteo concreto que se exterioriza en autos.

Las cláusulas de estabilidad no son otra cosa que arbitrios prefijados por las partes, dirigidas a mantener la integridad de una prestación generalmente tendiente a conservar la total equivalencia del derecho del acreedor. Los sistemas de reactualización o recomposición del capital implementados por distintas circulares del B.C.R.A. son, en síntesis, monedas de cuenta

para medir cuánto debe entregar el deudor que garantice al acreedor la percepción íntegra de su crédito, más un razonable lucro por el uso del capital prestado.

El análisis de la validez de las cláusulas de estabilidad conlleva, inevitablemente a repensar el problema del envilecimiento de la moneda cuya historia es, en buena medida, la historia de su depreciación.

Y en tal estudio debe revisarse la "concepción que se tenga sobre la naturaleza y función de la moneda. De la moneda como servicio público (concepción cara al nominalismo, que postula su estabilidad y apela a los atributos esenciales de la soberanía), se pasa pronto, bajo el imperio de circunstancias apremiantes, vinculadas a la absorbente intervención del Estado, a la moneda entendida como instrumento de política económica y social, apto para dirigir y precipitar un proceso cada vez más urgente y caudaloso" (Risolia, Marco A. *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*, pág. 24, Ed. Abeledo - Perrot, 1960).

La primera concepción interesa fundamentalmente a los economistas empeñados en resolver el problema de la estabilidad, dando a nuestros jueces "un instrumento apto para dar solución a las injusticias que pudieran resultar de la alteración sobreviniente del signo monetario" —*op. cit.*, pág. 86—.

Munidos de esa convicción, debe meritarse, en primer lugar, el fin del contrato, el objeto fin que las partes han tenido en mira al estipular. De lo actuado surge, sin hesitación ni conflicto, que el actor solicitó su crédito para financiar el saldo de precio de su vivienda y que la demandada tiene por objeto específico el acordarlos por el sistema de ahorro y préstamo con el específico destino de adquirir viviendas.

Si el hecho sobreviniente, en este caso, es el ritmo de crecimiento inflacionario, incide de modo tal que puede llegar a frustrar la "finalidad del negocio" entendiendo por voluntad concorde la que objetivamente anima a las partes, los jueces pueden, a pedido de parte decretar la resolución del contrato o, en su caso, a revalorizarlo ajustándolo a los límites que la realidad lícita permite hacerlo, en beneficio de su subsistencia como negocio jurídico (Cfr. Larenz, *op. cit.*, pág. 30, 31 y ss. con referencia de otros autores alemanes; Bertmann, Lacher y Lehman).

Basta la lectura de la peritación contable a que hice referencia —*supra*— para admitir que hay un hecho de magnitud no prevista en el inicio de la contratación que, en seis meses, permite que nominalmente la deuda se duplique.

La realidad a que alude la doctrina germánica que condiciona la procedencia de la imprevisión es aquella que se verifica a lo largo del contrato y en el caso de autos reside en el hecho notorio del mayor crecimiento del ritmo inflacionario frente al retraso de los ingresos individuales.

El mayor o menor valor de la moneda se mide con relación al número o tipo de bienes que pueden adquirirse con ella. De ahí que, generalmente, se la relacione con los índices de precios, o con los índices que marcan la evolución de salarios.

La adopción de índices confeccionados en base al costo intrínseco del dinero no constituyen una excepción a lo expuesto, sino que simplemente se incorporan al módulo, los costos que tiene una entidad financiera para ganar. Y tal costo contempla:

- a) la tasa pasiva, es decir lo que paga a sus depositantes;

- b) sus gastos administrativos inherentes a la organización de la empresa;
- c) los costos indirectos derivados de la inmovilización legal de parte de sus depósitos y de su parte de utilidad pura.

Todo ello es lo que regulan las circulares 202 del 3 de febrero de 1978; 687 del 26 de junio de 1979 y en especial las circulares R.F. 1466 y R.F. 1050 del B.C.R.A.

Las dos primeras tienden a establecer la forma en que han de reajustarse los créditos otorgados con garantía hipotecaria con destino a vivienda y las dos últimas a la forma en que se determine la llamada "tasa de referencia" y el "denominado índice financiero".

No es el caso extendernos en el análisis pormenorizado de esas formas que implican el ejercicio del poder de policía financiera acordado por la ley al Banco Central de la República Argentina sino poner de manifiesto que cualquiera fuere el parámetro de confección y su incidencia en la corrección de los valores tienen por objeto principal asegurar el recupero de los créditos acordados manteniendo su integridad, frente al fenómeno de la inflación, cuya derrota, retórica aparte, aparece muy lejos de lograrse.

Si antes de ahora la jurisprudencia introdujo las normas al "lecho de Procusto" hasta amoldarlas *valis nolis* a las circunstancias evidentes que motivaron el reclamo indexatorio para paliar los perjuicios sufridos por el acreedor, no parece lejos el iniciar nuevos caminos de similar contenido que tiendan a paliar la iniquidad que significa mantener a una numerosa clase de deudores, la mayor parte de buena fe, que por efectos de la inflación no podrán cancelar las deudas contraídas para adquirir viviendas.

La inflación afecta a ambas partes del contrato por igual. Al deudor, por cuanto el crecimiento de sus recursos se ve mermado no sólo por la crítica situación general del país, sino en casos, por objetivos expresos de la política económica del estado, instrumentada en forma tal de disminuir la oferta de dinero por vía de la congelación de los salarios de determinados sectores.

Al sistema financiero, por cuanto si se modifican las normas que ha previsto para mantener su funcionamiento regular, puede eventualmente sufrir las consecuencias de mandatos exógenos a su función que puedan restarle posibilidades de desenvolvimiento dentro del esquema legal vigente.

Pero, la prospectiva que puede calcularse de la evaluación de créditos como el que nos ocupa revela que mucho antes de llegar a la etapa de la parábola en que el saldo actualizado comienza a disminuir por efecto del crecimiento de la cuota de pago y consecuentemente de la parte destinada a amortización, mucho antes, reitero, el deudor habrá perdido su vivienda por insuficiencia de sus recursos para afrontar la cuota.

El crecimiento de esta última está dado por el costo del dinero, costo que se relaciona con el valor de la moneda extranjera cuando media un mercado libre de cambios; con el nivel del efectivo mínimo, arbitrio que permite regular la mayor o menor oferta de dinero, y, en general, con factores totalmente ajenos a la posibilidad de decisión del deudor.

Frente a este conflicto de intereses, el del deudor como parte más débil del contrato que, en principio, se adhiere a un sistema de contratación que fija la entidad financiera y ésta, a su vez, lo confecciona dentro de estrictos lineamientos impartidos por el B.C.R.A.; y el de la entidad prestamista, cabe resolver, en esta

etapa de la cuestión, en favor de quien realmente tiene menos posibilidades de experiencia, de conocimiento de la evolución de las tasas y del costo financiero que el que se presume ha de tener una entidad especialmente constituida con ese fin.

Y también resulta imprevisible el ritmo que ha alcanzado la llamada espiral inflacionaria en etapas de la vida pública signadas por manifestaciones y objetivos enfáticamente proclamados de alcanzar la ansiada estabilidad monetaria y descenso del crecimiento de los precios.

Por tanto, las reflexiones dirigidas a comparar la participación del saldo deudor en el costo de la vivienda desde el inicio de la relación hasta el momento de su interrupción; así como también parangonarla, sin duda risueñamente con los ingresos del prestatario son, simplemente, recursos encontrados en el "arsenal jurídico" de que hablaba Risolía, pero no influyen en el problema de fondo que, como señalo, es típicamente económico.

Es por tales razones que la decisión del *a quo* no resulta arbitraria o ilegal, como lo pretende el apelante, al hacer incidir en él, el tramo de indexación e interés que excede el parámetro económico adoptado y cuya percepción estaba autorizada por el sistema financiero imperante.

Teniendo en cuenta que la actora no ha planteado la inconstitucionalidad de la norma, o mejor del conjunto de normas que informan las Circulares 202 y 687 del B.C.R.A., aplicables al sublite, el juzgamiento al caso se reduce a la aplicabilidad de esa normativa frente a lo preceptuado en otras normas de fondo, aludo a los artículos 953 y 954 del Código Civil, el magistrado no se encuentra en la obligación de declarar la invalidez del sistema, sino su inaplicabilidad frente al

caso concreto, dando primacía al espíritu y doctrina existente en torno a las instituciones del derecho de fondo reconocidas como abuso del derecho, lesión enorme o imprevisión contractual.

Quinto agravio. Buena parte del memorial de la accionada se dirige a reclamar por la reducción de la tasa del interés pactado, considerando que el fallo contraviene, en ese aspecto, las disposiciones de los artículos 21, 1197 del Código Civil y reglamentaciones con fuerza legal emanadas del B.C.R.A. bajo la identificación de Circulares R.F. 8 y R.F. 1466.

Sostiene que al amparo de los preceptos precedentemente consignados, las partes estipularon un interés compensatorio por el uso de los fondos adelantados por la entidad financiera y que el régimen es obligatorio para ella en tanto la Circular 1466 así lo impone cuando se otorgan mediante el sistema de recupero actualizado de saldos deudores.

Por tanto, si el fallo obliga a la entidad a modificar el sistema que le impone obligatoriamente el B.C.R.A., afecta el derecho a percibir una mínima utilidad por el uso del capital prestado y tal supuesto lesivo se da con la fijación de una tasa de interés del seis por ciento, pues no contempla los distintos rubros que integran el costo financiero.

Las argumentaciones vertidas por el apelante acerca de las sucesivas rebajas de la tasa del interés evidenciada en este caso, pasando del 30 % anual al 15 % tienden a demostrar que éstas se fijaron en función de las variaciones del mercado y por aplicación de las circulares del B.C.R.A., pero conservando un mínimo margen de utilidad que denomina "margen mínimo diferencial".

Que por tratarse de una entidad financiera, si no logra un beneficio por sobre el costo de su operatoria, dejará de subsistir estando condenada inevitablemente a su liquidación.

Menciona en su apoyo resoluciones de este Tribunal y de la Cámara Civil en pleno que justifican el cobro de tasas de interés superior al fijado en el fallo objeto de recurso.

Como en el caso de la recomposición del capital el tema es verdaderamente complejo desde el punto de vista teórico, no así en el subexamine pues en estos autos se comprueba mediante la peritación de fojas 375 a 383 que durante los meses de febrero y marzo de 1978 el interés que llamaríamos "puro" por aplicarse sobre saldos indexados alcanzó el 30 % anual, es decir, al 2,5 mensual; entre abril y octubre del mismo año, al 18 % anual, equivalente al 1,5 % mensual, la disminución de la tasa, como bien señala el apelante no obedeció a pedido del actor, pero también silencia que fue por disposición del B.C.R.A la adopción de esa tasa menor.

La modificación en menos a partir de enero de 1979 refleja la orden emanada del juzgado en la medida cautelar innovativa.

Frente a estas proporciones de rédito no se puede aseverar seriamente que no exista una creciente desproporción entre las prestaciones a cargo de una y otra parte del contrato.

Es exacto que conforme la peritación antedicha la utilidad pura obtenida por la sociedad prestataria es la que autorizan las Circulares del B.C.R.A. con la salvedad de que en virtud del sistema del cálculo impuesto por la Circular 282, que recepta la que lleva el N° 687,

el costo financiero determinado por unidad de préstamo es totalmente absorbido por la clientela.

Existe pues, una interrelación extrema entre el método de recomponer el capital prestado y la tasa de interés pues la segunda se determina merituando los costos de captación de fondos, la esterilización del efectivo mínimo, su compensación en virtud de la cuenta regulación y, en general, todos los elementos computables que garanticen la cobertura del costo financiero general y una ganancia adecuada.

De ahí que, puede inferirse que hay interdependencia entre el sistema implementado por el B.C.R.A. para ajustar los créditos y una protección especial dirigida a favorecer a las entidades financieras, autorizándolas a operar de tal suerte que, dentro de un marco normativo, se garantice una utilidad.

De tal protección se encuentra exento el prestatario, y habida cuenta que padece los efectos de la inflación en igual medida que la entidad, pero con distinta incidencia en su patrimonio, cabe por esta vía de excepción la acción reguladora del Tribunal. Y a este último respecto, bueno es recordar los numerosos pronunciamientos de la Exema. Cámara de Apelaciones en lo Civil en los que se afirma la facultad judicial de recomponer o reorganizar el contrato pues quien tiene facultades para resolverlos —en el caso lo más— tiene también aptitud de modificarlo hasta ajustarlo a las condiciones compatibles con la realidad del caso, la moral, la equidad y las buenas costumbres.

En virtud de lo expuesto, considero que los argumentos que se consignan en esta expresión de agravios no desvirtúan las conclusiones del fallo de Primera Instancia en lo que fueron materia de recurso. Es decir, si mis distinguidos colegas compartieran mi voto, propiciaría la confirmación de la sentencia.

Pero también dejo a salvo que, ajustándose el pronunciamiento del *a quo* a los términos de la petición ganadora, que le sirve de límite, no ha de mejorar en mucho la situación del deudor, pues una u otra vía, por lo ya expuesto pesará más sobre él la influencia perjudicial de la inflación.

Desde otro ángulo y un punto de vista técnico, debe modificarse el pronunciamiento en tanto dispone la nulidad del contrato de mutuo pues lo que se invalida es solamente la forma estipulada para indexar la deuda y las cláusulas que a ella y el interés aplicable conciernen.

Por tanto voto por el rechazo del recurso y confirmación de la decisión recurrida con los alcances establecidos en el presente dejándose sin efecto la nulidad del contrato. Costas de Alzada a cargo de la demandada —art. 68 Código Procesal—.

Por análogas razones los señores Jueces de Cámara, doctores *Viale* y *Barrancos y Vedia*, adhirieron al voto precedente.

Buenos Aires, julio 13 de 1982.

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve: confirmar la sentencia apelada de fojas 486/492 vuelta con los alcances establecidos en los considerandos que anteceden, dejándose sin efecto la nulidad del contrato. Costas de Alzada a cargo de la demandada. *Manuel Jarazo Veiras. Fernando F. Barrancos y Vedia. Carlos Viale*. Ante mí: Silvia I. Rey.

2. ANALISIS DEL FALLO. POSITIVISTAS Y JUSNATURALISTAS

La decisión de la Sala A de la Cámara Comercial es susceptible de lecturas diversas, que conducen a críticas o elogios, a partir de la concepción jurídica del examinador.

Un sector, desde la óptica clásica, anclada en la soberanía del contrato, objetará:

1º) que deja de lado las cláusulas libremente pactadas en un contrato, que son, por tanto, ley de las partes, artículo 1197;

2º) que conduce a una solución inmoral, en la medida en que se aparta de la *pacta sunt servanda*, de la atadura a la palabra empeñada que es, básicamente, una regla moral;

3º) que la solución a que se arriba no tiene fundamento legal suficiente, en la medida en que no se dan los requisitos objetivo y subjetivo de la lesión, artículo 954, ni la imprevisibilidad del hecho sobreviniente, que es propia de la excesiva onerosidad, artículo 1198, segunda parte;

4º) que en consecuencia la revisión sólo tiene apoyo en el criterio subjetivo del Juzgador y en su particular visión acerca del abuso, artículo 1071;

5º) que el fallo rompe con la igualdad ante la ley, propia del sistema republicano, al "privilegiar" los intereses del mutuario, en desmedro de los del mutuante; artículo 19 de la Constitución y 53 del Código Civil;

6º) que el eventual daño al prestatario, la pérdida de su vivienda, no resiste la comparación con el perjuicio que ésta y otras sentencias semejantes pueden

ocasionar a los mutuantes: la quiebra de las empresas financieras, con el cierre de la fuente de trabajo;

7º) que nada más razonable que reajustar el capital adeudado de acuerdo al “valor del dinero”, a su “costo financiero”, puesto que se adeuda dinero y el acreedor es una entidad financiera;

8º) que tal sistema de reajuste está legitimado por una “norma legal” emanada del Poder Ejecutivo, de su dependencia específica, el B.C.R.A.;

9º) que la tasa de intereses del 30 % anual, para un capital reajustado, lejos de estar prohibida está permitida, en consideración a los requerimientos que la prestamista debe atender;

10º) que la sentencia resuelve de oficio, más allá de lo peticionado, al sustituir un índice de reajuste por otro.

Estas observaciones y otras semejantes y complementarias, pueden ser, a nuestro juicio, contestadas con éxito, de la manera siguiente:

a) El contrato es ley de las partes, fatal y necesariamente, en la medida en que sea, con la misma absolutez, contrato justo. Ni el contrato es ley, ni la ley es obligatoria, sino en la medida de su orientación a la justicia. La injusticia descalifica a uno y otra, como también al propio Derecho.

Por lo demás, el artículo 1197 alude al negocio jurídico que es obra de dos partes: iguales y libres. El particular que padece la necesidad de vivienda tiene limitada su libertad negocial —“el hombre necesitado no es un hombre libre”— y cuando contrata con una entidad financiera, cuyo objeto es lucrar con el préstamo de dinero, se evidencia una enorme diferencia en orden a la determinación de las cláusulas y al contralor de las mismas, que rompe la pretendida igualdad.

b) La esencia del sinalagma, de los contratos de cambio, está en la justa contraprestación; en el equilibrio entre lo que se ha dado en préstamo de consumo —en el caso— y lo que se debe devolver. Le correspondió a Grocio apartarse de esas bases pétreas para “construir” un contrato sobre criterios nominalistas y moralistas. Suplantar la justicia conmutativa por la palabra empeñada; lo nominal por lo esencial; lo jurídico por lo moral.

Empero, no admitimos que la moral cristiana “sostenida” por el Estado argentino, de acuerdo con la Constitución, ordene respetar la palabra con entera prescindencia de las circunstancias del empeño. La prudencia y circunspección, como virtudes cristianas, fuerzan a contemplar el entorno del negocio, la atmósfera del mismo, a la hora de su celebración.

c) Se postula que frente a situaciones injustas sólo caben remedios legales. No hay Derecho fuera de la ley, ante su silencio u omisión. La “naturaleza de las cosas” nada le dice al Juez. Los filósofos del jusnaturalismo racionalista “han vaciado la noción de contrato de todo lo que ella contenía de garantía contra el estado totalitario”. “El camino está abierto para pasar del contrato al plan, de las situaciones voluntariamente escogidas al *status* impuesto, maleable según el gusto del poder”.

Si el legislador calla la justicia se entroniza. Si el plan del legislador la consagra nada puede hacer el Juez.

d) La división de los Poderes, garantía o seguridad de la República frente a los abusos, entendida de manera extrema o drástica, lleva a otros abusos. Se quiere silenciar a los Jueces, hacer callar a sus criterios realistas, inspirados en la visión de los “entuer-

tos" y en su experiencia, para que reine soberana la "ideología" del legislador.

De ahí que si la "boca" (el Juez) habla, se tacha su palabra de arbitrariedad y subjetivismo, olvidando que sí la hay y, a veces, en medida grande en la ideología del legislador de turno. El Juez no puede dejar de ser Juez del "uso" de las facultades y prerrogativas, porque sólo así puede evitar los "abusos".

e) La igualdad ante la ley no significa hacer tabla rasa de las diferencias; es igualdad de tratamiento para los que están en situaciones similares. Precisamente la "prudencia" como virtud que nos permite conocer "ese suyo que se debe dar a cada uno", es el complemento necesario de la justicia. Se privilegia al mutuario en la medida en que se verifica su "debilidad" y su inferioridad negocial.

La doctrina alemana actual destaca que la "autonomía de la voluntad presupone, conforme a su sentido, que al concluir contratos cada parte tiene de igual modo la posibilidad de hacer valer sus objetivos y de salvaguardar sus intereses". Esa igualdad de posibilidades es la que no ha existido en la especie ni existe en especies semejantes. De donde se explica la falla en el "principio de equivalencia de contenido de las prestaciones", uno de los que determinan, según aquella doctrina, "la estructura del derecho contractual" y encuentra justificación el debilitamiento de la "fuerza ética de la fidelidad al contrato".

f) El logro de una vivienda digna está garantizado por la Constitución Nacional en el artículo 14 nuevo. Es, por tanto, un bien jurídico de máxima entidad o jerarquía. En el caso es indudable que está en peligro precisamente esa vivienda, lograda con base en el préstamo.

Es casi una ironía que el mismo Estado que promete y posibilita el logro de la vivienda, en cumplimiento del precepto constitucional, contribuya a su pérdida con las Circulares del Banco Central.

En la peor de las hipótesis el Estado debe salir a la defensa o auxilio de las entidades financieras, “perjudicadas” por la revisión del contrato y su vuelta a la equidad.

g) En el tema de los “índices” de actualización o reajuste, cabe considerar la posibilidad, lamentablemente muy común, de la incorporación de uno que se adecua a las circunstancias de la prestación a cargo de una de las partes, que es razonable para ella, pero que, a la vez, es “ajeno” o “extraño”, inadecuado y falto de razonabilidad, para la otra parte, con relación a la contraprestación.

Es lo que acontece con el “índice financiero” de las Circulares comprometidas en el caso que comentamos: 202, 687 y también en la 1050.

Es adecuado para la entidad financiera puesto que toma en cuenta el valor del dinero, “el costo financiero determinado por unidad de préstamo”; pero no sirve para el mutuario, que es normalmente un asalariado, una persona en relación de dependencia, que vive de su sueldo, cuanto lo que obtiene a cambio de su trabajo no guarda armonía o concordancia con ese valor del dinero. Que es la situación actual.

h) La pretendida legitimación del sistema impuesto por las Circulares, con base en la fuerza normativa del B.C.R.A., es fácilmente cuestionable:

- 1) no son ni leyes del Congreso ni decretos del Ejecutivo;
- 2) la asimilación a las fuentes mencionadas supone, claro está, su justicia y razonabilidad;

- 3) no puede negarse la subordinación de las Circulares a los principios rectores del Ordenamiento jurídico; y,
- 4) finalmente, no pasan de ser disposiciones genéricas y abstractas, cuya concreción al caso, con la valoración consiguiente del resultado obtenido, es a cargo del Juzgador.

i) Es en este tema de la tasa del interés donde se observa que una permisión o autorización genérica conlleva, lógicamente, el rebasar el límite presupuesto de lo moral, lo justo, lo acorde con el orden público económico, etcétera.

También el Código Civil, en su artículo 621 nos dice que la “obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre deudor y acreedor”; empero, doctrina y jurisprudencia han sabido marcar los límites de esta libertad; las fronteras más allá de las cuales se encuentra la usura.

j) El Juzgador ha hecho aplicación del principio de equidad y ha puesto especial empeño en la apreciación de las circunstancias del caso, para concluir reconociendo una “interrelación extrema entre el método de recomponer el capital prestado y la tasa de intereses”; de allí que haya considerado indispensable cambiar el índice financiero, vinculado al interés pactado, por el económico: precios mayoristas, nivel general.

No hay en ello ningún exceso. Si la sentencia puede, en casos similares, donde se encuentra un interés elevado, anular el mutuo, como lo ha reconocido doctrina y jurisprudencia, puede hacer lo menos, que es anular las cláusulas de reajuste e intereses, para sustituirlas por otras, conservando el contrato recompuesto.

3. LA BUSQUEDA DE LA SOLUCION A PARTIR DE LOS "EFECTOS ILEGITIMOS" DEL ACTO JURIDICO

Aunque no lo diga expresamente, la sentencia que comentamos parte de la verificación de una realidad injusta: un mutuo financiero oneroso o fructífero, en el cual las cuotas de amortización han perdido todo poder cancelatorio, puesto que pese al cumplimiento de las mismas la deuda se acrecienta; no obstante ello las cuotas "anodinas" o "castradas" duplican o triplican su monto, abarcando un porcentaje altísimo de los ingresos del mutuario.

Y a partir de ese hecho la Sala busca la solución justa y equitativa. Tiene muy en cuenta los juicios de valor que inspiran e informan la disciplina del contrato a partir de la Reforma de 1968. Tiene muy presente que esos principios han sido encarnados, por un acto constitutivo del poder legislativo, en los artículos 954, 1198 y 1071 del Código Civil; de donde esos textos, en su espíritu más que en la interpretación exegética, constituyen "normas principales" o sea normas jurídicas básicas en la institución.

En síntesis apretada el principio incorporado dispone que: ejercita irregularmente su derecho, contrariando los fines de la institución contractual, quien aprovecha su mayor poder de contratación para intercambiar bienes o servicios en situación de desequilibrio.

4. LA LESION ES DESEQUILIBRIO GENETICO CON BASE EN EL APROVECHAMIENTO. LA IMPREVISION ES DESEQUILIBRIO SOBREVINIENTE CON BASE EN HECHOS EXTRAORDINARIOS E IMPREVISIBLES

Se parte, entonces, de la comprobación por el sentenciante, encargado del “servicio de justicia”, de una “creciente desproporción entre las prestaciones a cargo de una y otra parte del contrato”.

Se verifica luego por el Juez, que debe ser “como una justicia animada”, en la función “casi divina” de hacerla reinar entre los hombres, que el instrumento de la ley, con cuya aplicación prudente se debe realizar lo justo, proscribire el desequilibrio en las relaciones de cambio.

Se continúa rechazando el inmovilismo o literalismo en la interpretación de los textos legales y reconociendo que toda interpretación sitúa al intérprete ante una serie de opciones o de variantes.

Y se concluye en una revisión “inteligente” y recomponedora del contrato.

¿La base está en la lesión? ¿Hay desequilibrio inicial cuando se pacta una indexación con índices financieros y un interés mensual elevado? ¿Hay, en cambio, onerosidad sobreviniente? ¿Son hechos que requieren la fecundación del tiempo inflacionario y recesivo?

El Tribunal no se detiene en estos análisis teóricos. En la tarea de ubicar la especie en algo así como “compartimentos estancos” del desequilibrio.

Nosotros observamos que se dan los extremos de la lesión: contratan un “débil” y un “fuerte”; el empresario de los bienes, en el caso el dinero, aprovecha su situación para predisponer las cláusulas negociales,

las condiciones generales; esas cláusulas traducen un distinto “poder” de negociación y contralor. Hay “necesidad” e “inexperiencia” en una parte, la que ha menester de la vivienda. Hay, de parte de la otra, una búsqueda desenfadada del lucro.

¿Empero, puede decirse con verdad qué hubiera pasado si las circunstancias económicas y financieras del país hubieran sido diferentes? ¿Si la inflación se hubiera detenido y la recesión también? ¿No son esos hechos los que “cultivan” y desarrollan algo que el negocio mostraba sólo en germen? En resumen: ¿el desequilibrio era genético o sólo funcional?

5. EL RESULTADO INJUSTO CON BASE EN UNA CIRCULAR DEL B.C.R.A. INCLUIDA EN EL CONTRATO, ¿CONFIGURA LESION O IMPREVISION?

La imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente, del artículo 1198, segunda parte, requiere, como presupuesto fáctico, la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevisibles que originen esa onerosidad, esa ruptura de la ecuación genética.

¿Es esa la hipótesis planteada en autos? ¿El desequilibrio se “produce” o se “descubre” con el tiempo? ¿Los hechos son otros o los mismos que acompañaron el nacimiento del negocio? ¿Hay alteración de las bases o no?

El tema ha sido estudiado ya por la doctrina y se relaciona con el debate acerca de la malignidad o perversidad originaria o sobreviniente de las Circulares...

Creemos que no puede concluirse en el deseo deliberado de perjudicar, con base en un sistema de reajuste como el consagrado en ellas. No fue una actitud de-

liberada o intencional, ni del contratante ni de quienes le dieron pie con el dictado de las Circulares.

Empero, debemos reconocer que el “germen” de los menoscabos a los mutuarios se encuentra en ellas, aunque el tiempo y las vicisitudes del país hayan realizado lo demás.

De donde podemos concluir en la importancia del artículo 1071 que proscribe todo tipo de abuso o usura, siendo la norma fundamental y operativa. Los artículos 954 y 1198, segunda parte, recogen dos supuestos: los abusos que nacen de cláusulas exorbitantes y los que se originan en hechos extraños al contrato y posteriores al mismo. Pero esos supuestos no agotan el catálogo, como tampoco son susceptibles de interpretaciones exegéticas o minimizadoras. Lo vedado es la desproporción entre las prestaciones...

6. OBJETO Y CAUSA DEL CONTRATO DE MUTUO FINANCIERO: LA OPERACION JURIDICA, LA FINALIDAD ECONOMICO-SOCIAL, EL MOTIVO PREDOMINANTE

¿Es posible y lícito “descarnar” el contrato de los motivos y las finalidades que llevaron a las partes a su celebración? ¿Considerarlo como un “fin” en sí mismo, como si fuera una abstracción, desprendido del porqué de su celebración y la función que estaba destinado a cumplir?

Otra vez observamos que las teorizaciones, ahora sobre el “objeto” y la “causa” pierden relevancia, para dejar piso a las realidades. Nadie contrata por el solo hecho de hacerlo, huérfano de razones subjetivas y de propósitos o logros.

Sea que consideremos que el objeto es la “operación jurídica” tenida en mira al momento de su cele-

bración —algo objetivo— y la causa el “motivo determinante” que inspira o lleva a realizarlo; o bien que estimemos que la causa es la finalidad económico-social (en la hipótesis el préstamo lucrativo de dinero para la adquisición de la vivienda propia) y el objeto el dinero prestado, debemos concluir que en el caso sub examen asistimos a una frustración de motivos y fines, a una pérdida de la función del negocio.

Nadie, con mediana sensatez, puede afirmar que el mutuante presta para quedarse con el bien a adquirirse con el dinero que facilita; o que el mutuario deba fatalmente llegar a la insolvencia, partiendo de las exigencias de la amortización del préstamo. La institución financiera comparte el motivo-finalidad perseguido, la adquisición de la vivienda; y presta atendiendo a la situación patrimonial denunciada, a los recursos para atender las cuotas de amortización. El préstamo tiene características personales; de donde las fluctuaciones en el patrimonio del deudor no pueden serle indiferentes.

7. LOS INTERESES EN CONFLICTO: EL INTERES PREPONDERANTE. LA VIVIENDA DIGNA Y LA GARANTIA CONSTITUCIONAL. LA PERDIDA DE LA VIVIENDA POR INSUFICIENCIA EN LOS RECURSOS

El Tribunal recuerda con oportunidad los objetivos de la política económica del Estado: disminuir la oferta de dinero por vía de la congelación de los salarios de determinados sectores; y también el rol acordado por ley al Banco Central de la República: el ejercicio del poder de policía financiera. Tiene muy en cuenta, asimismo, que la “inflación afecta a ambas partes del contrato por igual”, y que uno y otro son de buena fe, habiendo obrado con “cuidado y previsión” (artículo 1198, primera parte).

Y “frente a este conflicto de intereses” se decide en favor del mutuario. Tiene en cuenta, para ello, su carácter de parte “más débil del contrato”, su inexperiencia en los asuntos financieros y la preservación de la vivienda adquirida con el dinero recibido.

Tal vez el Tribunal deja traslucir sorpresa ante la no alegación de la inconstitucionalidad del “conjunto de normas” que componen las Circulares; pensamos que ello ocurre por una subestimación del poder juri-genético de las mismas frente a la preceptiva de las leyes, los Códigos y la Constitución.

De cualquier manera de la confrontación de las normas y de su consideración escalonada o jerárquica resulta la prevalencia de las que prescriben una contratación en equilibrio razonable y proscriben abusos y aprovechamientos.

La búsqueda del bien común y de la paz social, la concepción solidarista del Derecho a través de la justicia conmutativa y social y de la equidad, ganan con la sentencia que comentamos.

Pierden el positivismo y la mera exégesis; la concepción individualista y el espíritu de lucro sin barreras.

La lesión no aparece como opuesta a la imprevisión, sino como complementaria. Y sus propósitos iluminados y vueltos plenos por la norma rectora del artículo 1071 del Código Civil.