

de parte del comodante que le obligue á responder de los daños y perjuicios que debió prever el comodatario.

El comodante tiene por la ley dos acciones: la que nace del contrato de comodato, que es personal y tiene por causa la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada; y la reivindicatoria, que nace del derecho de dominio que tiene sobre ésta y que puede ejercer contra el mismo comodatario ó contra cualquier poseedor.

Una y otra acción difieren esencialmente entre sí, no sólo porque la primera es personal y sólo procede contra el comodatario, y la segunda es real, y por tanto, se puede ejercitar contra cualquier poseedor, sino también por su duración, pues aquélla se extingue por la prescripción de veinte años y ésta en diez, si la cosa es mueble, independientemente de la buena fe y del justo título (arts. 1,200, 1,196 Cód. Civ.).<sup>1</sup>

### III

#### DEL MUTUO SIMPLE.

Mutuo es, según la definición que hemos dado antes, reproduciendo la del artículo 2,885 del Código Civil, toda concesión gratuita ó á interés de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad.<sup>2</sup>

En este contrato, el que hace la concesión ó presta su cosa, se llama *mutuante*, y el que la recibe *mutuatario*.

Siendo el mutuo una especie del préstamo, es evidente que afecta las circunstancias características de éste, las cuales hemos explicado ya, y por lo mismo nos limitamos á recordar que se diferencia esencialmente de la otra especie,

<sup>1</sup> Artículo 1,091 y 1,088, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 2,661 Cód. Civ. de 1884.

el comodato, en que éste sólo puede tener por objeto cosas que no se consumen por el uso; mientras que el mutuo sólo recae sobre cosas fungibles, que no se pueden usar sin consumirlas, y por tanto, que transmite su dominio al mutuatario.

El mutuo se distingue en dos especies, el *mutuo simple*, de cuyo estudio nos ocuparemos en este capítulo, y el *mutuo con interés*, el cual será objeto de nuestro estudio en el capítulo siguiente.

Esta distinción proviene de que el *mutuo simple* es enteramente gratuito, un acto de verdadera liberalidad, y el *mutuo con interés* se celebra pactando una retribución para el mutuante.

Como lo indicamos ya, y se infiere de la definición que da del mutuo el Código Civil, el mutuatario hace suya la cosa prestada, pues de otra manera no podría emplearla en el uso para que se le prestó.

De esta consecuencia se infieren otras dos tan jurídicas como importantes:

1<sup>a</sup> El riesgo de la cosa prestada es de cuenta del mutuatario desde que se le entrega (art. 2,809, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2<sup>a</sup> El mutuatario tiene obligación de restituir en el plazo convenido, otro tanto del mismo género y calidad (art. 2,810, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La primera consecuencia no es más que la reproducción del principio elemental de derecho, según el cual, las cosas perecen para su dueño; pues si por el contrato de mutuo se trasmite el dominio de la cosa prestada al mutuatario, es evidente que, desde que se consuma el contrato, corre el riesgo de ella por cuenta de aquél.

Y decimos desde que se consuma el contrato, porque siendo el mutuo de aquellos contratos que se designan, en el tec-

<sup>1</sup> Artículo 2,684, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 2,685, Cód. Civ. de 1884.

nicismo del derecho, con el nombre de reales, mientras el mutuante no haga la entrega de la cosa prestada, conserva su dominio, y en realidad, sólo existe la promesa de mutuo, que produce el efecto de poder estrechar á éste al cumplimiento de lo pactado, es decir, á la entrega de la cosa; pero no los demás efectos jurídicos que al contrato otorga la ley.

Hemos indicado antes la razón, que proviene de la naturaleza misma de las cosas; pues en tanto se trasmite el dominio de la cosa prestada al mutuuario, y en tanto tiene la obligación de devolver otra del mismo género y calidad, en cuanto se la entrega el mutuante para que haga uso de ella.

La segunda consecuencia se deriva también de la naturaleza misma del contrato, pues si el mutuuario no tuviera obligación de restituir otra cosa del mismo género y calidad que la prestada, no existiría el contrato de mutuo, sino el de donación, si se hubiera dado gratuitamente, ó el de compra-venta ó permuta, según que se hubiera entregado por un precio convenido ó en cambio de alguna otra cosa.

Hay que tener presente, respecto de esta consecuencia, que impone al mutuuario la principal de sus obligaciones, que el mutuo tiene por objeto precisamente cosas fungibles, aquellas que se consumen por el uso, y que entran en el comercio por peso, número y medida, ó lo que es lo mismo, que en ellas se consideran más bien cierto peso, cierto número y cierta medida, que los individuos de que se componen.\*

Hacemos esta observación, á fin de que se advierta que el mutuuario no está obligado á restituir cosas del mismo valor, sino cosas del mismo género, en igual número, peso, medida y calidad que las que recibió.

Laurent dice, refiriéndose á los preceptos del Código Francés, que sanciona idénticos principios, que es difícil dar una buena razón que los justifique, si no es que contienen una disposición tradicional que facilita la restitución;

pues si se hubiera exigido que se hiciera en natura y por el mismo valor, habría habido que devolver unas veces más y otras menos cosas que las recibidas, lo que hubiera alterado la naturaleza del contrato, porque la primera idea que implica el mutuo, es que el mutuuario devuelva la cantidad de géneros que ha recibido. El sistema tradicional previene dificultades de apreciación que muchas veces habrían retardado la restitución y producido litigios; el Código prefiere un sistema menos jurídico, pero más sencillo.<sup>1</sup>

El Código Civil prevé el caso en que sea imposible al mutuuario hacer la restitución á que está obligado, y establece la regla siguiente, que concilia los intereses de los dos contratantes.

Si no fuere posible al mutuuario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, á juicio de peritos, si no hubiere estipulación contraria (art. 2,817, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta regla importa una derogación de los principios generales de derecho, que obliga á los contratantes á cumplir puntualmente las obligaciones que hubieren contraído, porque entre ellos, la voluntad expresada por el mutuo consentimiento, tiene la fuerza y la autoridad de una verdadera ley; y tal derogación se funda en el principio de equidad que dice: "*Nemo ad impossibile tenetur.*"

Pero tal derogación no importa de ninguna manera la de las obligaciones contraídas por el mutuuario con perjuicio del mutuante, sino un cambio en la forma de cumplirlas, pues sólo permite á aquél que las satisfaga por equivalencia, pagando el valor de las cosas que tenía que restituir.

La regla á que aludimos, sólo tiene aplicación dentro de límites muy estrechos, toda vez que es excepcional y para determinadas circunstancias, para el caso de imposibilidad,

<sup>1</sup> Tomo XXVI, núm. 505.

<sup>2</sup> Artículo 2.689, Cód. Civ. de 1884.

no absoluta, supuesto que el mutuuario es deudor de género, y éste nunca perece, sino relativa, la que proviene de dificultades de tal manera graves, que no han podido preverse por los contratantes al celebrar el contrato; como una guerra, una revolución, una mala cosecha, que hacen las cosas del mismo género que las prestadas de tal manera raras y escasas, que es extremadamente difícil adquirirlas, si no es á precios exorbitantes y tal vez fuera del alcance de la fortuna del deudor.<sup>1</sup>

Cuando el mutuuario se encuentra en circunstancias semejantes, está autorizado para satisfacer su obligación, pagando el valor de la cosa que hubiere determinado mediante una estipulación, y en el caso de que no se haya convenido de antemano, debe pagar el que tenía esa cosa al tiempo y en el lugar en que se hizo el préstamo.

Comentando Laurent el artículo 1,903 del Código Francés, que sanciona el mismo principio, lo critica como contrario á la equidad, porque en el caso á que se refiere ese precepto, la imposibilidad del mutuuario, proviene de la escasez de cosas del mismo género que la prestada, circunstancia que hace que alcancen un valor elevado; y si entonces paga aquél el valor que tenían en la fecha de la celebración del contrato, el mutuante no podrá procurarse con la suma que reciba, cosas de la misma calidad y en la misma cantidad que las que prestó.<sup>2</sup>

Esta crítica, á nuestro juicio, enteramente justa, conduce de una manera ineludible, como lo hace Laurent, á concluir que tal principio es también contrario á la intención de los contratantes y á la naturaleza del contrato, que exigen que el mutuuario restituya otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió.

Lo más justo y equitativo habría sido que el mutuuario

<sup>1</sup> Laurent, tomo XXVI, núm. 506; Guillouard, núm. 95.

<sup>2</sup> Tomo XXVI, núm. 507.

pagara, en el caso á que nos referimos, el valor que tuviera la cosa prestada en la fecha en que debiera ser restituída, pues así recibiría el mutuante lo que por derecho le corresponde, y no menos.

A diferencia del Código Francés y de otras legislaciones modernas, que imponen al mutuuario de una cantidad de dinero la obligación de restituir la suma numérica en las especies en curso en el momento del pago, nuestro Código establece en el artículo 2,818, que cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuuario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago: y que si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la cosa recibida.<sup>1</sup>

En consecuencia, si el mutuuario recibió quinientos pesos en moneda del cuño corriente de diez dineros y veinte granos, y durante el plazo que fué convenido el valor de esa especie de moneda sufre alguna alteración, está obligado á restituir al mutuante igual número de pesos de la misma ley de diez dineros y veinte granos; y sólo en el caso de que le sea imposible obtenerlos debe entregar la cantidad en moneda corriente que corresponda al valor de aquéllos.

Este sistema nos parece más justo, y por tanto, preferible, pues no sólo quita, como dice la Exposición de motivos, todo pretexto á la mala fe en los casos en que haya variación en la moneda; sino que haciéndose el pago en la misma especie recibida, el mutuante en nada se perjudica, supuesto que si la moneda hubiera estado en su poder, habría sufrido la misma modificación, favorable ó adversa. Pero si el pago no se hace en la especie recibida, es justo que el mutuuario, que fué el que recibió el beneficio, entregue en

<sup>1</sup> Artículo 2,690, Cód. Civ. de 1884.

moneda corriente la cantidad que corresponda á la especie que se le prestó, á fin de que el mutuante no sufra menoscabo alguno.

La restitución se debe hacer en el plazo convenido por los contratantes; pero si éstos no hubieren celebrado convenio alguno, se observarán las reglas siguientes (art. 2,811, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

1.<sup>a</sup> Si el mutuatario fuere labrador, y el préstamo consistiere en cereales ú otros productos del campo, la restitución se debe hacer en la siguiente cosecha de los mismos ó semejantes productos (art. 2,812, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

2.<sup>a</sup> Lo mismo se debe observar respecto de los mutuatrios, que no siendo labradores, perciban frutos semejantes de sus tierras (art. 2,813, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

3.<sup>a</sup> En todos los demás casos la obligación de restituir comienza desde el requerimiento judicial (art. 2,814, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Todas estas reglas son perfectamente justas, y tienen por objeto evitar que el contrato de mutuo simple, que es de beneficencia, se convierta en una especulación de mala fe, como dice la Exposición de motivos, ya para evitar la pérdida próxima del objeto, ya para obtener mejor precio.

Es verdad que la justicia demanda que, cuando no se ha señalado plazo para la restitución de la cosa prestada, se devuelva tan luego como la exija el mutuante, porque parece que ha sido la intención de los interesados dejar al arbitrio de aquél la duración del contrato; pero en los casos á que se refieren las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, sufriría graves perjuicios el mutuatario si quedara al arbitrio del mutuante la devolución de los frutos ó cereales prestados.

1 Artículo 2,686, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 2,686, frac. I, Cód. Civ. de 1884.

3 Artículo 2,686, frac. II, Cód. Civ. de 1884.

4 Artículo 2,686, frac. III, Cód. Civ. de 1884.

Parece que en tales casos, si no se ha estipulado expresamente lo contrario, va implícita la concesión del plazo necesario para coleccionar la próxima cosecha de frutos ó cereales semejantes ó iguales á los prestados; porque el labrador que solicita tal préstamo, demuestra que carece de frutos de esa especie, porque los ha consumido ó por otra circunstancia, y que le son indispensables para satisfacer sus necesidades, entretanto obtiene una nueva cosecha.

Creemos encontrar en la tercera regla algo de inconsecuencia con los principios generales que sobre el cumplimiento de las obligaciones establece el Código Civil, porque, según los artículos 1,539 y 1,548 de este ordenamiento, si la obligación no dependiere de plazo cierto, correrá la responsabilidad desde el día en que el deudor fuere interpelado; y sabido es que la interpelación puede ser hecha ante dos testigos ó un notario.<sup>1</sup>

Si se constituye en mora al deudor de prestación de hechos ó de cosas, mediante la interpelación extrajudicial, no hay motivo para que, haciendo una excepción injustificada, se declare que se obtiene ese efecto solamente por el requerimiento judicial.

Complementando á las reglas mencionadas, declara el artículo 2,820 del Código, que el mutuatario es responsable de los intereses desde que se ha constituido en mora.<sup>2</sup>

Los comentaristas del Código Francés que establece el mismo principio, sostienen que es aplicable en todos los casos en que incurre en mora el mutuatario, aunque el préstamo no sea de dinero; y fundan su opinión, en que el precepto que sanciona tal principio, no tendría otro objeto que reproducir inútilmente la regla que obliga al deudor de una cantidad de dinero á pagar sus intereses en el caso de mora; en que los términos de aquel precepto son generales y

<sup>1</sup> Artículos 1,423 y 1,432, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 2,692, Cód. Civ. de 1884.



no hacen distinción alguna; y en que el préstamo es un contrato de beneficencia, y es justo que al menos, en caso de mora, el acreedor obtenga una compensación por el pago de los perjuicios que le ocasiona el retardo de la restitución de la cosa prestada.<sup>1</sup>

Sin embargo, los autores de la teoría expuesta sostienen generalmente, que el principio del cual la derivan es injusto, porque limita la indemnización á que está obligado el mutuatario al interés legal, cuando en muchos casos pueden importar una cantidad mayor que los daños y perjuicios sufridos por el mutuante.

Creemos que la mencionada teoría no puede tener aplicación entre nosotros, porque los términos del artículo 2,820 del Código Civil, que obliga al mutuatario moroso al pago de los intereses, no se prestan á interpretarlo de la misma manera que lo hacen los comentaristas del Código Francés respecto del precepto que sanciona un principio semejante.

El artículo 2,820 declara simplemente que el mutuatario es responsable de los intereses desde que se ha constituido en mora, sin decir si es ó no aplicable aún el caso de que el contrato no haya tenido por objeto una cantidad de dinero; y por tanto se halla en perfecta armonía con el principio establecido por el artículo 1,567 del Código, según el cual, si la prestación á que está obligado el deudor consiste en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento del contrato no pueden exceder del interés legal.<sup>2</sup>

Si, pues, el artículo 2,820 no es más que una repetición inútil, á nuestro juicio, del principio contenido en el 1,567, y no importa ninguna modificación al sistema adoptado por

<sup>1</sup> Duranton, tomo XVII, núm. 590; Troplong, núm. 301; Larombière, tomo I, art. 1,153, núms. 11 y 20; Demolombe, tomo XXIV, núm. 624; Pont, tomo I, núm. 219; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. III bis; Aubry y Rau, tomo IV, § 395, texto y nota 6<sup>a</sup>; Laurent, tomo XXVI, núm. 511.

<sup>2</sup> Artículo 1,451, Cód. Civ. de 1884.

el Código sobre la responsabilidad proveniente de la falta de cumplimiento de los contratos, y si, según los principios que forman ese sistema, sólo se deben intereses por la mora cuando las obligaciones consisten en la prestación de alguna cantidad de dinero, y cuando tienen por objeto otras cosas, el contratante moroso es responsable de los daños y perjuicios que sufre el otro contratante, es fuera de toda duda que el primero de los preceptos citados no tiene aplicación fuera de los casos en que el mutuo ha recaído sobre una suma de dinero.<sup>1</sup>

La restitución de la cosa prestada se debe hacer en el lugar convenido, supuesto que la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, y que éstos deben ser puntualmente cumplidos (art. 2,815, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero como puede haber omisión en el contrato sobre este punto, el Código viene á suplir ese defecto estableciendo dos reglas, mediante una distinción, en el artículo 2,816 que declara, que cuando no se haya señalado lugar, se haga la restitución:<sup>3</sup>

1.<sup>a</sup> En el lugar en donde se recibieron los efectos en que consiste el préstamo:

2.<sup>a</sup> Si éste consistiere en dinero, en el domicilio del mutuante.

Estas reglas se hallan en perfecta armonía con las que establece el artículo 1,634 del Código para los contratos en general, respecto del lugar en que se debe verificar el pago.<sup>4</sup>

Las explicaciones que hicimos estudiando dicho precepto, nos excusan de entrar de nuevo en ellas, y por lo mismo,

---

1 Artículo 1,459, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 2,687, Cód. Civ. de 1884.

3 Artículo 2,688, Cód. Civ. de 1884.

4 Artículo 1,520, Cód. Civ. de 1884.

nos limitamos á remitir á nuestros lectores al Capítulo II, lección 4.<sup>a</sup> de este tratado.<sup>1</sup>

En el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda ó tenga medios el deudor, los tribunales deben fijar, según las circunstancias, el tiempo en que debe hacerse, pero á condición de que el acreedor pruebe que aquél se halla en posibilidad de pagarle (art. 2,821, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

En este caso hay un término indefinido para el pago, que está subordinado á la condición de que mejoren las circunstancias del deudor y le permitan pagar; y el juez está llamado á decidir si éste se halla ó no en posibilidad de satisfacer la obligación que contrajo y á determinar el tiempo en que debe verificar el pago, evitando con su decisión que se queden burlados los justos derechos del acreedor y que el deudor sea víctima de inoportunas exigencias.

Creemos que esta regla, como alguna otra que establece el Código respecto del mutuo, es enteramente innecesaria, porque contiene la inútil repetición del principio sancionado en el artículo 1,632, según el cual, el acreedor no puede exigir el pago que haya dejado á la posibilidad del deudor, sino probando ésta.<sup>3</sup>

El mutuo, ya lo hemos dicho, es un contrato unilateral que no produce obligación alguna á cargo del mutuante; pero la buena fe que debe presidir en él, como en todos los contratos, exige que aquél no engañe al mutuuario, no defraude sus esperanzas; y por tal motivo declara el artículo 2,819 del Código, que de la misma manera que el comodante, está obligado el mutuante á denunciar al mutuuario los defectos que tiene la cosa prestada, si son tales que pue-

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 239.

<sup>2</sup> Artículo 2,693, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Artículo 1,518, Cód. Civ. de 1884.

den causarle perjuicios, y si no lo hiciere así, es responsable de ellos.<sup>1</sup>

Acercas de esta regla, que es la reproducción de la contenida en el artículo 2,808, hemos hecho las explicaciones respectivas en el capítulo precedente de esta lección.<sup>2</sup>

#### IV

### DEL MUTUO CON INTERÉS.

Sería fuera de propósito entrar en la discusión tan debatida, que por tanto tiempo se ha sostenido acerca de la legitimidad del mutuo con interés, por ser enteramente extraña al carácter de estas lecciones; pero sí creemos conveniente advertir que las legislaciones modernas han puesto término á esa cuestión, declarando la legitimidad disputada del mutuo con interés.

La ciencia económica ha destruído en buena lid los principios erróneos que estimaban el pago del interés como contrario á la equidad y á la moral, mediante los razonamientos que muy en compendio vamos á exponer.

Según la ciencia económica el interés del dinero dado en mutuo, es una percepción legítima, una ganancia lícita que obtiene el prestamista, porque representa las ventajas que éste podía obtener por el goce de su dinero ó de sus géneros, las que procura al deudor, y los riesgos que corre de no ser reembolsado.

Con el dinero de que se desprende el prestamista, podría acometer varias empresas y alcanzar beneficios, de los cuales se priva por un tiempo más ó menos largo, por lo cual

1 Artículo 2,691, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 2,683, Cód. Civ. de 1884.

es justo y equitativo que el deudor le restituya su capital y le indemnice de los beneficios que hubiera podido obtener y que no ha obtenido.

Además, el que recibe el dinero en préstamo, obtiene con él una fuente de beneficios que le permite ampliar sus operaciones, acometer nuevas empresas, fomentar las antiguas y hacer que aquéllas alcancen un aumento proporcional á la extensión de sus negocios. Y si es así, sería injusto y contrario á la equidad que no pagara por el empleo del dinero una retribución, que compensara de algún modo el bien que le produce.

Por último: el prestamista corre el peligro de no obtener el reembolso de su dinero, si el deudor se hace insolvente, y tal peligro presta un fundamento de justicia y equidad, para que se otorgue al que lo corre el derecho de exigir una indemnización por él.

En pocas palabras: en la actualidad, y según los principios de la economía política, los intereses son los frutos del capital.

El mutuo con interés difiere del simple, en que es un contrato oneroso, en el cual, el mutuante recibe los intereses estipulados en cambio del goce de las cosas prestadas, y en que éste es por su naturaleza gratuito.

Pero la designación de los intereses no altera la naturaleza del contrato de mutuo, que es unilateral, y por lo mismo, sólo queda obligado por él el mutuuario, aunque su obligación sea más onerosa, por cuanto á que debe restituir la cosa prestada más los intereses pactados.

Como el mutuo, es por su naturaleza gratuito; es preciso, para que sea productivo de intereses, que los contratantes los estipulen expresamente al contratar; y por tanto, podemos establecer que los intereses, aun tratándose de una cantidad de dinero, no se deben si no se pactan.

Podrá objetarse contra esta conclusión que los intereses

se deben por la ley, cuando el deudor de una cantidad de dinero no paga á su acreedor en el plazo estipulado; pero esa objeción queda destruída, teniendo presente que los intereses no se pagan en tal caso por el goce del dinero, sino para indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que sufre por la demora.

De lo expuesto se infiere, que es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero ya en géneros (art. 2,822, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Este principio, sancionado por la ley, está tomado del Código Francés, cuyos comentaristas lo justifican, diciendo que se pueden estipular intereses, aun cuando la deuda consista en géneros y no en dinero, porque éstos representan el goce de aquéllos, como representan el de éste; y no hay razón alguna para distinguir entre el mutuo de dinero y el de otras cosas fungibles.

El interés, según el artículo 2,823 del Código Civil, es legal ó convencional.<sup>2</sup>

El interés legal es el que está fijado por la ley, y su tasa es en todo caso el seis por ciento anual.

El interés convencional es el que se fija á arbitrio de los contratantes, y puede ser mayor ó menor que el interés legal (art. 2,824, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Siendo indispensable, como manifestamos antes, que se estipulen los intereses para que sean debidos, porque el mutuo es por su naturaleza gratuito, se infiere que es indispensable que se incluya la tasa del interés convencional en el mismo contrato, y que su prueba queda subordinada á la de éste. En otros términos: puede probarse por

1 Artículo 2,694, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 2,695, Cód. Civ. de 1884.

3 Artículo 2,696, Cód. Civ. de 1884.

los mismos medios que el contrato (art. 2,825, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Nuestro Código ha pasado sobre las preocupaciones que han dado motivo á la laboriosa discusión acerca de si la usura debe ser permitida en una sociedad moralizada, aceptando, con los adelantos de la ciencia moderna, la libertad de los ciudadanos para estipular la tasa de los intereses que deben pagar en las operaciones de mutuo que concierten.

No es propio del carácter de estas lecciones, expender los argumentos científicos que apoyan el sistema adoptado por el Código Civil; pero baste decir, que tal sistema es preferible al de severa represión seguido por nuestras antiguas leyes; porque evita los abusos, los fraudes y las simulaciones, mil veces más perjudiciales, que se cometían bajo el imperio de esas leyes, á fin de eludirlas.

Inútil era la existencia de las leyes prohibitivas y represivas de la usura, pues como dice la Exposición de motivos, la prohibición se estrellaba ante la necesidad, y sólo daba lugar á abusos punibles, que nunca ó casi nunca podían castigarse, los cuales se evitan por la libertad de que gozan los prestamistas y la concurrencia de éstos á que ella da lugar.

El anatocismo, que consiste en el pago de intereses por los intereses, estaba prohibido por nuestra antigua legislación, por las mismas razones, y aun con mayor motivo, por las cuales estaba prohibida la usura; pero destruídos los fundamentos erróneos y contrarios á la ciencia económica en que descansaba la prohibición de ésta, era consiguiente

<sup>1</sup> Artículo 2,697, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes.

“La tasa del interés convencional debe incluirse en el mismo contrato de mutuo, y puede probarse por los mismos medios que éste, si no excediere del interés legal; en caso de que el interés pactado exceda del legal, sólo podrá probarse por medio de documentos ó instrumentos.”

La reforma se hizo según las notas comparativas del Lic. Macedo, para evitar la comisión de abusos.

que al levantarse la prohibición de ella se permitiera también el anatocismo, aunque con ciertas restricciones.

El anatocismo, que consiste, como hemos dicho, en la producción de intereses por los intereses, es decir, en la capitalización de los intereses que, á su vez producen intereses, fué prohibido por el justo y fundado temor de que fueran sorprendidos los deudores, cuya ignorancia no les puede permitir saber cuál es el alcance de la obligación que contraen.

La capitalización de los intereses duplica la deuda al cabo de muy poco tiempo, sin que el deudor ignorante ó poco versado en el cálculo pueda darse cuenta de ese resultado; y por lo mismo acepta fácilmente esa capitalización, que le conduce á su ruina, si no paga oportunamente los intereses de la suma que recibe.

Ese inconveniente subsiste ahora, como antes, y sin embargo, la ley permite el anatocismo, bajo prudentes restricciones, que tienen por objeto precaver y evitar los peligros á que están expuestas las personas ignorantes; porque la prohibición de él era ilógica desde el momento en que dejó á los prestamistas en la más absoluta libertad para contratar la tasa del interés que se les debe abonar por las cantidades de dinero que dan en mutuo.

Además, si el mutuante percibiera en su oportunidad el importe de los intereses vencidos, podría desde luego darles una inversión productiva, ya prestándolo á otra persona mediante el pago de intereses, ya ampliando sus empresas ó especulaciones de otro género.

Es decir, que los intereses producidos por una cantidad entregada en mutuo, forman un nuevo capital, sobre el cual tiene derecho el prestamista para exigir intereses, como lo tuvo para exigirlos sobre aquella cantidad.

Estas razones, que no nos es lícito ampliar en toda su extensión, por no permitirlo la índole de estos estudios, sir-



vieron principalmente de fundamento á las legislaciones modernas y á nuestro Código para permitir la capitalización de intereses en el mutuo, bajo las restricciones que vamos á exponer.

En efecto: el artículo 2,827 del Código Civil declara, que no puede cobrarse interés de los intereses vencidos, si no está expresamente estipulado en el contrato, observándose lo que en él se establezca sobre plazos en que deba hacerse la capitalización.<sup>1</sup>

Según este precepto, para que proceda la capitalización de los intereses es preciso que concurren los requisitos siguientes:

1º Que los intereses sean vencidos, esto es, debidos y por pagar, y no futuros y que no se han causado todavía:

2º Que se estipulen expresamente en el contrato:

3º Que en él se señalen los plazos en que se deba hacer la capitalización.

El primer requisito se exige, porque mientras no hay intereses vencidos no existe el capital en cuya consideración se causan los nuevos intereses, ó lo que es lo mismo, no pueden ser aplicables las razones en que se funda la ley para permitir el pago de interés de los intereses, el adeudo de un capital, que por no ser pagado en su oportunidad al acreedor, le causa el perjuicio de no emplearlo debidamente y obtener los productos ó rendimientos respectivos.

El segundo requisito es también esencial, porque es de tal manera oneroso el anatocismo, que nunca se puede presumir el consentimiento del deudor para la capitalización de los intereses; y esta es la causa por la cual dice la Exposición de motivos, refiriéndose á ella, que siendo realmente un nuevo y terrible gravamen para el mutuuario, es preciso que consienta terminantemente en imponérselo.

<sup>1</sup> Artículo 2,699, Cód. Civ. de 1884.

Por idéntica y tan poderosa razón se exige el tercer requisito, cuya concurrencia evita la comisión de los abusos que redundan en perjuicio de las personas á quienes la necesidad conduce á solicitar y recibir dinero prestado bajo las condiciones más onerosas.

El artículo 2,827, que motiva las observaciones precedentes, no tiene sanción alguna; y, sin embargo, nos atrevemos á sostener que, si no concurren los tres requisitos que exige, no puede hacerse la capitalización de los intereses.

Nos fundamos para asentar esta tesis, en la consideración de que tales requisitos son otras tantas restricciones bajo las cuales ha permitido la ley el anatocismo, á fin de alejar y precaver las consecuencias tan onerosas como funestas de él. Es decir, que tales requisitos son esenciales, y su concurrencia se estima como la de otras tantas condiciones bajo las cuales se permite solamente la capitalización de los intereses.

Si el mutuuario debe intereses y abona algunas cantidades, se deben aplicar éstas á los intereses vencidos, y lo que de ellas sobre, se debe imputar al capital; porque la deuda proveniente de los intereses debidos es exigible antes que el capital que no es de plazo cumplido, y porque si se hiciera la imputación de otra manera, se reduciría sin justicia, el capital, y por consiguiente, el importe de los intereses, con verdadero perjuicio para el acreedor (art. 2,826, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Por lo demás, este principio no es más que la reproducción del contenido en el artículo 1,572 del Código, acerca del cual hicimos las explicaciones respectivas en el capítulo III, lección 3.<sup>a</sup> de este tratado.<sup>2</sup>

Para terminar esta lección debemos advertir, que el ar-

<sup>1</sup> Artículo 2,698, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo III, pág. 196.

título 2,828 del Código sanciona la regla, según la cual, el recibo que el mutuante otorga por el capital sin reserva de intereses, establece á favor del deudor la presunción de haberlos pagado.<sup>1</sup>

El mutuuario tiene, en general, la obligación de probar que ha pagado los intereses de la cantidad que adeuda; pero en el caso á que se refiere el artículo 2,828 del Código, está relevado de esa prueba, supuesto que éste crea á su favor la presunción de pago.

Esta se funda, como todas las presunciones, en probabilidades, que se apoyan en varias consideraciones. Cuando el acreedor tiene derecho al pago de una cantidad y de sus intereses, cuida siempre de que le sean pagados éstos antes; porque el capital no reembolsado los sigue produciendo, mientras que los intereses no producen intereses, sin convenio expreso y se perciben en un tiempo más corto que aquél. Tal es la razón por la cual declaran los artículos 1,572 y 2,826 del Código, que las cantidades pagadas por cuenta de deudas con interés, no se deben imputar al capital mientras hubiere intereses vencidos.<sup>2</sup>

Se ha disputado entre los autores acerca de si la presunción que crea el segundo de los preceptos citados es de aquellas que en el tecnicismo del derecho se llaman *juris et de jure*, que no admiten prueba en contrario; y se han dividido, sosteniendo unos la afirmativa y otros la tesis contraria.

\* Cualquiera que sea la opinión y la autoridad de los jurisconsultos que sostienen la afirmativa en esa contienda, nos atrevemos á sostener que la presunción á que aludimos es *juris tantum*, que admite prueba en contrario, y por lo mismo, que el acreedor tiene derecho de probar que se le adeudan los intereses.

Nos fundamos para sostener esta teoría, en la considera-

1 Artículo 2,700, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículos 1,456 y 2,698, Cód. Civ. de 1884.

ción de que el artículo 1,572 del Código prohíbe que las cantidades pagadas por cuenta de deudas con intereses se imputen al capital, mientras hubiere intereses vencidos; *salvo convenio en contrario*. Es decir, que la ley supone, con razón, que puede haber convenio entre los interesados, en virtud del cual se apliquen las cantidades pagadas á la amortización del capital y no de los intereses; y si es así, la presunción que crea acerca del pago de éstos debe estar subordinada á la existencia de ese convenio, y por consiguiente á la prueba de ella.