

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL MUTUO CON INTERES

T E S I S

QUE PARA OBTENER

EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CARLOS ESCALANTE CONDE

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCION

La inquietud que motivo la elaboración de este modesto trabajo es la protección que el Derecho Civil debe brindar a las clases debiles, que carentes muchas veces de bienes, no pueden satisfacer sus mas elementales ne-cesidades, viéndose compelidos a contratar en condiciones por demás ventajosas.

Haciendo un recorrido histórico de las legislaciones que pudieran servir de antecedente a la nuestra en esta materia, se puede observar la--perenne preocupación del legislador ante los abusos cometidos en los contratos de mutuo con interés.

Aunque en nuestro derecho positivo se encuentran disposiciones--tendientes a proteger al mutuario, veo con inquietud que no se cumplen tales--funciones. Por lo tanto al realizar este trabajo he concluido la necesidad de--proponer algunas reformas que aliviaren la situación del mutuario hacia un ni--vel a la vez practico y proteccionista.

Este trabajo, primera presentación pública de la culminación de una carrera profesional, no es el esfuerzo aislado del autor, sino el resultado de varios esfuerzos, sacrificios, ejemplos y consejos de muchas personas.

Hubiera sido imposible realizarlo sin el entrañable recuerdo de innumerables conductas ejemplares de mi padre Lic. Carlos Escalante O. --- (Q.E.P.D.), la abnegación y cariño de mi madre, la paciencia y ánimo --- continuo de mi esposa, la ayuda desinteresada y siempre oportuna del Lic. - Antonio Ortiz Mena y su señora esposa Doña Marta Salinas de Ortiz Mena - y sin el apoyo de Don Enrique Ruiz Fulcheri, (Q.E.P.D.)

De una manera expresa agradezco al Sr. Lic. Manuel Borja-- Martínez el haber aceptado la dirección de este trabajo, llegando incluso a facilitarme ejemplares de su biblioteca personal.

INDICE

Pág.

I

LA PROPIEDAD COMO OBJETO DE INTERES SOCIAL

A.- La Función Social de la Propiedad	1
B.- La Función Social de la Propiedad y los Contratos	5
C.- La Función Social de la Propiedad y el Contrato - de Mutuo	7

II

EVOLUCION HISTORICA DEL MUTUO CON INTERESES

A.- Derecho Romano	9
B.- Derecho Canónico	14
C.- Antiguo Derecho Español	20
D.- Código Napoleón	29
E.- El Marxismo	40
F.- Los Países Socialistas	42
G.- Nuestro Derecho	45

III

PROTECCION AL MUTUARIO

A.- En el Código Civil: La Lesión, El Pago Anticipa- do, Anatocismo	65
B.- En el Código Penal: Fraude de Usura	72
C.- En la Legislación Fiscal	77
D.- En la Ley Federal del Trabajo	88

IV

OPERACIONES TENDIENTES A DESVIRTUAR LA PROTECCION AL MUTUARIO.- SU ILICITUD.

A.- La Retroventa y los Fideicomisos	91
B.- Títulos de Crédito	102

V

CONCLUSIONES

105

CAPITULO I

LA PROPIEDAD COMO OBJETO DE INTERES SOCIAL.

A.- La Función Social de la Propiedad.

La propiedad privada no es una institución puramente accidental o arbitraria, su concepto se ha elaborado con la historia del hombre sufriendo en este devenir fundamentales modificaciones que el interés del hombre le ha impuesto. "El derecho de propiedad es individual y en el individuo han de refluir sus ventajas como primer sujeto de derecho; pero tiene una función social que a veces podrá sobreponerse al bien individual, dando lugar a la expropiación forzosa. En virtud de una función social, el estado tiene el derecho, el poder y la autoridad de sacrificar el derecho individual en bien de la sociedad." (1)

La característica esencial de la propiedad, desde el punto de vista social y económico, reside en su poder satisfactor de necesidades y por lo tanto es necesario que su aprovechamiento lo realice el mayor número de personas, ya que sin la propiedad se verán privados de elementos esenciales de subsistencia. De aquí la humana ambición de posesión de la riqueza.

(1) Antonio de Ibarrola: "Cosas y Sucesiones", México 1957, pag. 154. --
Núm. 59.

Una política de acceso de las clases débiles a la propiedad privada es socialmente justa y económicamente redituable. El derecho que tiene todo hombre al acceso a las fuentes de riqueza que satisfagan sus necesidades, el beneficio económico-social que acarrea el aumento de consumidores, ayudarán al establecimiento de un régimen de justicia social dentro de una paz social.

El derecho canónico ha expuesto sobre el particular interesantes conceptos: (2); en la Encíclica Cuadragésimo Anno invita a luchar para que los trabajadores aumenten sus riquezas para soportar las cargas de su existencia; en Rerum Novarum la iglesia considera a la propiedad como un derecho natural del hombre.

El marxismo considera más justo y eficaz que el Estado sea propietario de todos los bienes de producción.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París el 10 de noviembre de 1948, al hacer la Declaración Universal de los derechos del Hombre, estableció en el artículo 17: "Toda persona, sola o en colectividad tiene derecho a la propiedad. Nadie puede ser arbitrariamente privado de su propiedad".

El interés general pide también, que los bienes de producción sean administrados de manera que den el mejor rendimiento. La experiencia demuestra-

(2) Encíclicas citadas por Jean Villaine en su obra: "La Enseñanza Social de la Iglesia", Madrid, 1961, pag. 163.

que, por regla general, este rendimiento óptimo se obtiene más fácilmente por la propiedad y por la gestión privada que por la propiedad y la gestión pública.

Por ese interés social de la propiedad, el concepto de ésta ha perdido en el transcurso de los siglos el carácter absoluto de que se revistió en su origen. "Cuando más se difunde el concepto de solidaridad social, mayores son las restricciones y los vínculos a que un interés general y para la utilización social de la riqueza está sometida". (3)

El interés social de la propiedad empezó por afirmarse a través de las limitaciones que le fueron impuestas a la propiedad, al justificar la expropiación en aras del interés público, al limitar "la propiedad del espacio y de lo que está sobre o bajo de la superficie". (4)

Estos fueron los primeros pasos tendientes a desvirtuar el concepto absoluto de la propiedad que ocasionaron innumerables y acervas críticas de los que profesaban el individualismo francés de 1789.

El concepto de una propiedad absoluta ha sido ampliamente superado y actualmente es perfectamente admisible, en la mayoría de los estados, su sacrificio en aras del interés público.

Expondremos el concepto de propiedad según el criterio de algu

(3) Roberto de Ruggiero: "Instituciones de Derecho Civil" Madrid 1929, -- pag. 527.

(4) Art. 440 del Código Civil Italiano, vigente en 1915.

nos distinguidos juristas y sus definiciones en algunos códigos extranjeros:

En opinión de Filomusi (5) la propiedad es el señorío general e independiente de la persona sobre la cosa para los fines reconocidos por el derecho y dentro de los límites por él establecidos.

Para Scialoja (6) la propiedad es una relación de derecho privado en virtud de la cual una cosa, como pertenencia de una persona, está completamente sujeta a la voluntad de ésta en todo lo que no resulte prohibido por el derecho público o por la concurrencia de un derecho ajeno.

Dusqueyrat define a la propiedad como "la afectación permanente de la utilidad total o parcial de un bien económico con provecho exclusivo de una persona o de una colectividad." (7)

El Código de Napoleón definió a la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos."

El Código Civil español (1889) la define como "el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes". (Art. 348).

El Código Civil suizo (1907) afirma que "el propietario de una

(5) Citado por Roberto de Ruggiero. Obra citada, pag. 525.

(6) Citado por Roberto de Ruggiero. Obra citada, pag. 525.

(7) Citado por Jean Villaine. Obra citada, pag. 160.

cosa tiene el derecho de disponer libremente de ella, dentro de los límites de la ley."

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales establece que el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

En el anteproyecto del Código Civil para la República de Bolivia, el jurista español Angel Ossorio Gallardo definió la propiedad como "el derecho de usar, disfrutar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza, en servicio de la sociedad y para provecho del propietario."

B.- La función Social de la Propiedad y los Contratos.

"La propiedad ha dejado de ser un derecho excluyente y absoluto". (8) El liberalismo económico sin freno legal que modere, encauce y norme la finalidad social de los bienes de la tierra, no es un criterio aceptable para el ámbito jurídico contemporáneo; la propiedad no es un derecho sagrado y personal como piensan algunos, ni tampoco es un derecho exclusivo del grupo con independencia del individuo, sino un término armónico en que ni el individuo ni la sociedad decaigan de sus justas necesidades y conveniencias.

La lucha del Derecho es garantizar ese término armónico para -

(8) Mazeaud: "Lecciones de Derecho Civil", Buenos Aires, 1960. Parte Segunda, Volumen IV, pag. 20.

que el detentador de la riqueza no sea explotado ni explotador, que aquel que necesita de los bienes tampoco lo sea y, en esta armonía cumplir cabalmente el objeto fundamental de la propiedad.

El antiguo principio legal de la voluntad como suprema ley de los contratos ya nos plantea dudas difíciles de resolver:

¿Podemos dejar por completo al libre juego de la oferta y la demanda las condiciones pactadas en los contratos?.

¿Es justo que una de las partes se aproveche de la miseria, necesidad o ignorancia en que se encuentra la otra parte contratante?.

En mi opinión todas las preguntas que he enumerado tienen una contestación rotundamente negativa.

La propiedad como institución de interés social, fundamentalmente, no se puede concebir en tanto sirva como instrumento de explotación de los hombres por los hombres.

La historia ha demostrado que el régimen de propiedad privada proporciona un rendimiento superior, pero de ninguna manera justificamos que para la consecución de este fin, tengamos que tolerar la explotación del hombre por el hombre que tan vehementemente señalaba Marx desde el siglo pasado.

C.- La función Social de la Propiedad y el Contrato de Mutuo.

En opinión de F. Puig Peña (9), el mutuo es el negocio jurídico con carácter más universal. Cita a Fernando Colom, quien se expresa de esta figura jurídica en estos términos:

"El préstamo es la panacea que remedia todos los males, salvando las situaciones más difíciles; a él se debe la realización de esas obras gigantes que unen a los pueblos; sirve para remediar la situación desgraciada y apremiante de comprar el pan para subsistir; y como es aplicable a todas las relaciones de la vida, como en determinados momentos es preciso para lo grande y para lo pequeño, de ahí la universalidad de su aplicación."

En efecto, la trascendencia económico-social del contrato de mutuo es decisiva en los pueblos contemporáneos. Desde un punto de vista económico es un factor de desarrollo tanto en las economías públicas como en las privadas. A través del crédito público tanto nacional como extranjero es posible la realización de obras que las economías privadas no podrían realizar; la agricultura, el comercio y la industria pueden funcionar, tanto antigua como modernamente, gracias al crédito y han sido los comerciantes de todos los tiempos quienes han perfeccionado los títulos de crédito, la banca y todo tipo de

(9) Federico Puig Peña: "Tratado de Derecho Civil Español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, Tomo IV, Vol. II, pag. 147.

instituciones financieras.

Pero como es preciso para lo grande, también lo es para lo pequeño; tanta es su importancia que el Derecho Romano le dedicó especialísima reglamentación. Los primeros montepíos surgen en la Epoca Medieval; los judíos llegaron a pagar sumas fabulosas para obtener autorización de prestar con intereses. Sin embargo, por ser tanta su trascendencia, ha servido muchas veces como medio de explotación inhumana. El estado debe establecer limitaciones a la libre contratación de intereses y condiciones en el contrato de préstamo y no permitir el despojo y la explotación. El Derecho Romano, el Derecho Canónico, la Doctrina Marxista, el Socialismo, nuestras legislaciones y las de muchos otros estados han señalado de una manera importante esta necesidad.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO DE MUTUO.

A.- Derecho Romano.

Desde fines de la República, el Derecho Romano distingue cuatro clases de contratos: 1.- Contratos "Verbis" que se forman con la ayuda de palabras solemnes; 2.- Contratos "Litteris" que exige menciones escritas; -- 3.- Los Contratos de "Re" que se perfeccionan con la entrega de la cosa al deu dor y que son: el Mutuo, el Comodato y la Prenda; 4.- Los Contratos formales "solo consensu", y que se perfeccionan por el sólo acuerdo de las partes -- son: La Venta, el Arrendamiento, la Sociedad y el Mandato.

Según Eugéne Petit (1), las dos maneras más antiguas de obligar se entre los romanos fueron el "nexum", que tenía por causa un préstamo de di nero, y la "sponsio".

El "nexum" se realizaba por medio del cobre y de la balanza, - "per aes et libram". La cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un "libripens", en presencia de cinco testigos ciudadanos - romanos y púberos. En cuanto apareció la moneda de plata, el cobre y la ba--

(1) Eugéne Petit: "Tratado Elemental de Derecho Romano". México, 1958, Pag. 318 y Sigs.

lanza no tuvieron utilidad material, pero se conservaron como símbolos. A esta solemnidad iba unida una declaración del acuerdo, o "nuncupatio", que fijaba la naturaleza del acto y contenía una "damnatio" que autorizaba el empleo de la "manus injectio". El "corpus" del obligado respondía del pago de la deuda, sin juicio previo, pero con intervención del Magistrado; el deudor declarado "nexus" estaba a merced del acreedor, que podía tratarlo de hecho como esclavo.

El "nexus" se libertaba con la ayuda de un pago especial acompañado de la solemnidad de la "aes et libra" y de otra declaración del acreedor o "nuncupatio".

Los abusos cometidos por los acreedores sobre los "nexi" suscitaron luchas entre patricios y plebeyos, lo cual provocó, en el año 428 de Roma, la expedición de la Ley "Paetelia Papiria" declarando libres a los ciudadanos que eran "nexi" en el momento de su promulgación; prohibió encadenar a los deudores y decidió que no podían comprometer sus personas sino solamente sus bienes.

La "sponsio", desde el siglo VI consiste en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta del deudor: "¿spondere, spondese?", "spondeo". Parece tener un origen religioso ya que algunos autores hacen derivar la "sponsio" de un juramento prestado por el deudor ante el altar de Hércules; esta solemnidad se generalizó, pero el uso de la palabra "spondere" quedó

especial para los ciudadanos.

Al caer en desuso el "nexum" por obra de la ley "Paetelia Papi-
ria" nacieron dos nuevas solemnidades en los contratos: "Litteris" y "mutuum".

En el "Codex", cada romano consignaba los actos de su vida pri-
vada por lo que se admitió que la comprobación del "nexum", escrita por el --
acreedor con el consentimiento del deudor, bastaba para hacer nacer la obliga-
ción civil.

El "mutuum" consideró como obligado al que había simplemente
recibido una suma a título de préstamo, el contrato se formó "Re".

Para que haya contrato de "mutuum" hace falta una "mutui Da-
tio", es decir, un traslado de propiedad, a título de préstamo, en beneficio --
del prestatario, y es preciso que esta "datio" tenga por objeto, no cosas consi-
deradas en su individualidad, sino apreciadas en el número, el peso o en la me-
dida (2). La "datio" no basta para que haya "mutuum". Es preciso también --
que las partes estén de acuerdo sobre el alcance de esta "datio", que la haya -
hecho en vista de realizar el "mutuum", una "mutui datio". Si no, puede ha-
ber traslado de propiedad, pero no contrato de mutuo.

Las cosas que pueden ser objeto del mutuo son las "quae ponde-
re, numero mensurave constant", es decir las que por su naturaleza no tienen -

(2) Eugene Petit: "Tratado Elemental de Derecho Romano". México, 1958.
No. 347, Pag. 377.

valor individual, sino que son susceptibles de ser substituidas por otras de la misma especie. Los textos citan como ejemplos la moneda, el vino, el aceite, los cereales y los comestibles en general (3).

En principio el prestatario no estaba obligado a pagar intereses ("Usurae" o "Fenus"), excepto cuando se habia comprometido en un contrato de estipulación unido al mutuo. En el Siglo II se moderó el principio y se admitió que cuando el mutuo tuviera por objeto comestibles, un simple pacto hecho en el momento del contrato, podía obligar al prestatario, a título de intereses, a devolver una cantidad superior a la que habia recibido. Pero cuando se trataba de un préstamo en dinero, el principio de que los intereses no pueden ser exigidos en virtud de un simple pacto, conservaba toda su energía. Las excepciones conocidas a este principio fueron:

- a). El dinero prestado por una ciudad.
- b). El "nauticum Fenus" autorizaba, mediante un simple pacto, el cobro de intereses superiores a la tasa legal; en caso de que el navio naufragara, el prestatario quedaba relevado de su obligación.
- c). Justiniano dispensó a los banqueros de la necesidad de estipulación de intereses.

(3) Gayo III # 90, Citado por E. Petit. Obra citada.

En Roma, durante los tres primeros siglos, ninguna ley regula la tasa de interés, quedando abandonado el pueblo al arbitrio de los acreedores, - agravando esta situación los rigores con que los acreedores trataban a sus deudores "nexi" o "judicati". Este estado de caos provocó la retirada de la plebe al Monte Sacro en el año 260 en Roma. Al redactarse la ley de las XII tablas, los tribunos provocaron se fijara de una manera precisa la tasa máxima de interés: - "UNCIARIUM FENUS".

La tasa máxima de interés fue fijada originalmente, en opinión de Petit, en el ocho un tercio por ciento, misma que fue rebajada a la mitad: - "SEMIUNCIARIUM FENUS". Mediante la ley "GENUCIA" se prohibió el préstamo con interés.

En la época de Cicerón se generalizó el uso de contar los intereses por meses favoreciendo a la usura, permitiendo al acreedor unir al capital - el interés vencido del mes.

Las tasas de interés llegaron hasta el 48%, por lo que los edictos de los gobernadores establecieron la tasa máxima del uno por ciento mensual.

Justiniano modificó la tasa legal de interés, teniendo en cuenta la condición de las personas y la naturaleza de las operaciones. El tipo legal se fija en 6% y en 8% para los comerciantes. Las personas de rango elevado no deben exigir más de 4%; el "nauticum fenus" no puede pasar del 12%. - El Código de Justiniano prohibió de una manera absoluta el anatocismo (Libro -

IV, ff. 32, Ley 28).

Sohm (4) cita un senadoconsulto Macedoniano, de la época de Vespasiano que prohíbe conceder préstamos de dinero a los hijos de familia. -- El pretor creó la "exceptio senatusconsulti Macedoniani".

B.- Derecho Canonico.

Con respecto a la legitimidad del interés en el contrato de mutuo, la Iglesia parece haber cambiado por completo de posición a este respecto. -- "Después de mostrarse muy hostil al préstamo con interés; después de haberlo -- condenado muy severamente en tiempos de los Padres de la Iglesia y durante los siglos siguientes, después, durante el desarrollo del período escolástico ha reconocido que, siendo por sí mismo ilegítimo, puede encontrarse legitimado en -- ciertos casos por circunstancias particulares; en fin la Iglesia ha avanzado hasta permitirlo en nuestros días de la forma más amplia y practicarlo por sí misma.

(5)

Villain explica este cambio de actitud al afirmar que los juicios de la Iglesia sobre una Institución pueden modificarse a la vez porque esta institución, aunque conserve el mismo nombre, cambia de contenido y porque, al --

(4) Rodolfo Sohms: "Instituciones de Derecho Privado Romano." México, -- 1951. No. 65, Pag. 219.

(5) Jean Villain S.J. "La Enseñanza Social de la Iglesia". Obra citada, -- Pag. 52.

modificarse las circunstancias, su papel en la sociedad se transforma paralela--
mente.

Vermeersch, citado por Villaine distingue tres períodos en la ac--
titud de la Iglesia frente al préstamo con interés:

1.- Antes de la escolástica.

Afirma Villaine que desde el punto de vista doctrinal, no se pue--
de concluir nada de la Sagrada Escritura. En la totalidad de los dos Testamen--
tos no se encuentra ningún texto del que se pueda deducir que el préstamo con
interés es en sí ilegítimo siempre.

En el Antiguo Testamento, lo que se condena en diferentes pasa--
jes es la usura inhumana que oprime al pobre.

La Ley judía limitaba a las relaciones entre judíos la prohibi---
ción absoluta de prestar con interés (6).

En la "parábola de los Talentos" el amo reprocha al criado el --
no haber hecho fructificar el dinero en una banca.

Los Padres de la Iglesia de los tres primeros siglos de nuestra --
era, afirman con gran claridad que es inhumano y contrario a la caridad exigir
interés a un pobre. San Gregorio Niseno describe a los usureros de este modo:

(6) Deuteronomio (XXIII, 19-20) "No exijas a tus hermanos interés alguno, --
ni por dinero ni por víveres, ni por nada de lo que con usura se presta. --
Puedes exigirselo al extranjero, pero no a tu hermano".

"La pluma le sirve de arado; el papel ocupa el lugar del campo; la tinta es la semilla; el tiempo que transcurre es para él una semilla bienhechora. El siego cuando reclama el reembolso, y tiene por granero la casa, donde pasa por la criba los denarios de los desgraciados".

Numerosos decretos conciliares declaran "vergonzosa" la práctica del interés refiriéndose exclusivamente a los clérigos: El Concilio de Nicea en 325 no habla más que de los clérigos y religiosas; igualmente el Concilio Aix-la-Chapelle en 789.

A partir del Siglo IX se generaliza la prohibición y se hace efectiva para los laicos. En el Siglo XII los Papas Alejandro III y Urbano III renuevan la prohibición y hacen obligatoria la devolución de esta "vergonzosa ganancia." Alejandro III declara también que no puede dispensar tal restitución.

En 1179, el tercer Concilio de Letrán condena a los usureros de profesión: los priva de la comunión, de la sepultura eclesiástica y prohíbe que se reciban sus ofrendas. En 1274, el Concilio de Lyon confirma las sanciones. El Concilio de Viena, en 1311, condena a las administraciones locales que en sus reglamentos reconocían el descuento del interés.

Cabe señalar que en la época de los Padres de la Iglesia y en las reuniones de los Concilios, no se condenan más que los intereses ruinosos y agobiantes para los pobres. No existe una noción de interés moderado en un contrato de mutuo que reportará ventajas para ambas partes; contemplan las con-

diciones imperantes de la época.

2.- La Doctrina Clásica.

El 1o. de noviembre de 1745, Benedicto XIV publicó su encíclica VIX PERVENIT en la que define el pecado de usura en los siguientes términos:

"El pecado de usura consiste para el prestamista en exigir, en nombre de este contrato, más de lo que ha prestado, y en afirmar que el propio préstamo le da derecho a un beneficio mayor que el capital prestado".

El concepto es claro: "cuando se presta una cosa fungible de la que piensa servirse el prestatario, no se le puede ceder sólo el uso de la cosa y conservar la propiedad de su sustancia puesto que la sustancia se destruirá por el uso" ... "al prestar una cosa fungible cedo su propiedad" ... "He enajenando la sustancia del dinero; no puedo exigir más que una sustancia equivalente, no puedo exigir nada por su uso, puesto que mi prestatario no ha utilizado mi casa sino la suya" ... (7)

Ni la pequeñez del interés lo legitima puesto que la naturaleza misma del contrato de préstamo lo prohíbe. El bien fungible ya no es mío; he cedido su propiedad al prestatario.

Tiberghien, citado por Villaine, resume el principio; "Para tener derecho a los frutos de un bien de producción no es suficiente haber dado -

(7) Jean Villaine. Obra citada. Paragrafo III. Pag. 70.

un dinero que ha permitido comprar este bien, sino que es preciso poner el bien que lo produce". "El dinero prestado no puede crear para el prestador, más -- que un derecho a las indemnizaciones porque ya no le pertenece".

La tradición católica reconocía tres títulos extrínsecos que hacían legítima la percepción de un interés compensador:

"DAMNUM EMERGENS" daño emergente o pérdida sufrida.

"LUCRUM CESSANS" lucro cesante o beneficios prestados.

"PERICULUM SORTIS" riesgo corrido.

Aunque el contrato permanece gratuito, eventualmente puede dar lugar a indemnizaciones pero nunca reconoce títulos que legitimen el interés:

"En efecto, es preciso recalcarlo bien, sería temerario e irrazonable creer que se encuentran otros títulos legítimos en el préstamo... Este alegato sería seguramente contrario no sólo a las enseñanzas divinas y al sentimiento de la Iglesia Católica sobre la usura, sino también al sentido común y a la razón natural. Todo hombre que quiera actuar con tranquilidad de conciencia debe, por lo tanto, examinar con sumo cuidado si encuentra de verdad en el préstamo otro título legítimo... A favor de este título... podrá, sin temor de ofender a Dios, procurarse el beneficio deseado." (Vix Pervenit).

La doctrina expuesta en "Vix Pervenit", fue extendida a toda la Iglesia en 1836 por el Santo Oficio.

3.- La disciplina moderna.

A partir del Siglo XVI, las costumbres y las leyes de algunos -- países toleran o permiten un interés módico; especialmente en Alemania, Calvi no, profesa la licitud del interés en sí. En el Siglo XVII se encuentran teólogos que admiten la legitimidad de un interés módico fijado por la ley y las costumbres para bien general; el teólogo Lessius permitía a todo negociante exigir un interés por el simple hecho de verse privado de su dinero por cierto tiempo.

A partir de 1830, tal vez compelida por las necesidades económicas de los pueblos, la Iglesia cambia claramente de posición, y tanto la Sagrada Penitenciaría como el Santo Oficio declaran que no hay lugar a inquietar a los fieles que han prestado su dinero a interés "moderado".

El Código del Derecho Canónico en vigor afirma que el préstamo por su propia naturaleza, no permite interés, sin embargo no será completamente ilícito el exigirlo dentro de ciertos límites.

En el desarrollo de este tema observamos la reacción de la Iglesia ante un mundo en que no existieron normas morales ni jurídicas para frenar la explotación inmisericorde de los desvalidos. La tesis jurídica de la ilicitud del interés sobre bienes ajenos es sugestiva aún en nuestros días; sin embargo -- las necesidades económicas de la sociedad exigieron la liberalización de su doctrina.

Siguiendo a Tiberghien el mundo económico moderno "espera --

una solución que dé al dinero un derecho intrínseco a la remuneración. Este --
derecho intrínseco es preciso reconocérselo. Pero es necesario entonces declara-
rar que el préstamo del dinero no es ya, en las circunstancias presentes y a pe-
sar de las denominaciones en uso, un contrato mutuum, sino un contrato de aso-
ciación, con sus obligaciones y sus responsabilidades. He aquí el principio --
que puede ser, para la economía política moderna, como un fermento renova--
dor".

C.- Antiguo Derecho Español.

La ley visigoda permitía que el interés llegara a la tercera par-
te cuando se tratara de bienes fungibles y cuando se tratara de dinero, hasta el
doce y medio por ciento, pero no había derecho a reclamar interés si el capital
prestado se perdió sin negligencia del deudor. (8)

Las doctrinas contra el préstamo a interés que reinaron en la --
Edad Media se fundaban en que las cosas estériles, entre las cuales se contaba--
el dinero, no pueden usarse sin consumirse. Por consiguiente, en ellas el uso -
de la cosa es inseparable de la cosa misma y es ilícito cobrar dos veces: una -
por la cosa (restitución de la cantidad prestada) y otra por el uso de la cosa (in-
tereses).

(8) Minguijón Adrían Salvador. Historia del Derecho Español. Cap. IV, --
Pag. 67, Barcelona 1933.

Se admitió, sin embargo, que podían concurrir títulos extrínsecos que justificasen la percepción de un interés y éstos eran el daño emergente (perjuicio experimentado por el prestamista a causa del préstamo), lucro cesante (privación de ganancias que podían haberse obtenido con el dinero prestado), periculum sortis (riesgo de perder el capital), titulus legis (disposición de la ley civil) y mora o retraso en la devolución del dinero.

La base de la doctrina que condenaba el préstamo a interés era la afirmación de que el dinero es estéril. Y efectivamente, así sucedió durante gran parte, al menos de la Edad Media. Poco desarrollados el comercio y la industria, no se pedía dinero prestado para emplearlo en negocios lucrativos, sino para remediarse en las necesidades, y el préstamo era el camino de la ruina.

Pero más que el principio absoluto de la esterilidad del dinero - debemos ver en la prohibición del préstamo a interés la tendencia de la Edad Media, que hizo se considerase más legítimo el empleo del dinero dentro del contrato de sociedad. La Edad Media no admitía que pudiera darse el caso de que quien pone su trabajo se arruine, mientras el capitalista conserva íntegramente su derecho a reclamar el capital prestado. Quería que el capital compartiera los riesgos de la empresa, que el trabajo y el capital siguieran la misma suerte, uniéndose en un contrato de sociedad, no en un contrato de préstamo a interés. No se admitía que el prestamista conservará las ventajas de la propie_

dad del dinero habiéndose liberado de sus cargas y responsabilidades. Así Santo Tomás justifica el lucro percibido por quien entrega dinero a un mercader o a un artífice en sociedad diciendo "que en este caso no se transfiere el dominio del capital y por tanto el negociante o artífice, negocia o trabaja a riesgo del que entregó el dinero y éste corre el peligro de perderlo, lo cual no sucede en el préstamo de mutuo." (9)

La usura fue prohibida a los cristianos por Alfonso X en las LEYES NUEVAS, pero se permitía interés de un tercio del capital a los judíos, a los cuales en cambio, prohibió Sancho IV tener bienes raíces, a excepción de las casas de su morada. El Ordenamiento de Alcalá hizo extensiva a los judíos la prohibición de la usura, y en compensación les concedió la facultad de poseer tierras hasta cierta cantidad. Contra esta reforma suplicaron las Cortes de Valladolid en 1351 "al rey don Pedro que consintiera que los judíos dieran a usuras y que mandase que en adelante no pudieran comprar heredades", pero en Cortes posteriores se reitera lo dispuesto por el Ordenamiento de Alcalá. Juan II permitió a los judíos dar dinero a interés siempre que éste no excediera del 25 por 100 del préstamo, y Enrique IV en las cortes de Toledo de 1462, derogó lo dispuesto sobre nulidad de los contratos o cartas de deudas hechas por los judíos con cristianos, mandando que los judíos pudiesen contratar libremente,

(9) Véase Summa Theologica 2a., 2ae q. 79, 2. ad quintum.

siempre que los contratos no fuesen usurarios ni celebrados con simulación en fraude de usura. Los reyes, a petición de las Cortes, concedieron más de una vez remisión parcial de los créditos que gravaban a los cristianos en favor de los judíos. (10)

En el derecho musulmán el préstamo es recomendado como un acbenéfico. Tiene siempre carácter gratuito y el pacto de interés anula el contrato. Toda deuda debe hacerse constar por escrito o con testigos, pero si esto no es posible, la ley mandaba entregar una cosa a manera de prenda. A esta garantía se llamaba "raha". La ley presume que la deuda importa lo que vale la cosa dada en garantía, porque esta hace las veces de testigo. (11)

En España se observa que el Fuero Juzgo y el Fuero Real, si bien no prohibían la estipulación de intereses, si establecían un máximo de éstos, y fueron las Leyes de Partida y la Novísima Recopilación, bajo la influencia del derecho canónico, las que prohibieron terminantemente el interés, considerándolo como un verdadero delito.

Siguiendo a Febrero (12), refiriéndose al mutuo, las Leyes de Partida dicen:

(10) Minguijón Adrián Salvador. Obra citada, Cap. VII Pags. 176 y siguientes.

(11) Minguijón Adrián Salvador. Obra citada, Cap. XI Pag. 233.

(12) Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos. Madrid 1852, Tftulo XXXIX, pag. 244, tomo II.

"Tal fuerza ha el préstamo que los homes facen unos as otros de las cosas que se pueden contar, pesar ó medir, que luego que -- pasa la cosa a poder de aquel a quién fue prestada, que magüer le queme luego, ó la lleve agua, ó la furten los ladrones, ó la perda de otra manera cualquiera, por de aquel se pierde que la rescibe prestada, e non por el otro que la prestó. Otorsí decimos, que aquel que toma la cosa prestada, si non la toma á la sazón que debfa, que tenuto es de pechar aquella pena que se obligó por esta razón. E so pena non fuesse puesta, debe pechar los daños é los menoscabos que recibió el otro en demandar la cosa que se prestó. E para esto pagar, son tenudos también los herederos de los que tomarón el préstamo, como ellos mismos."

(13)

"Debe según la misma ley 10 y 2 del mismo título volver al prestamista otro tanto de la misma especie y de tan buena calidad en el día y lugar señalados."

"Si nada pacto con el prestamista acerca del tiempo o lugar, -- cumple con volverlas según el precio que tengan en el día y paraje en que se demandan. (ley 8)"

"Cuando no se señaló tiempo para la devolución, es libre el prestamista en pedirla después de diez días de haberse hecho el préstamo. (ley 2)"

"El que confesó en instrumento haber recibido prestado lo que realmente no recibió, y es demandado para la paga, puede oponer la defensa o excepción de dinero no contado dentro de dos años desde la fecha del instrumento." (ley 9, tit. 1, Part. 5)

Generalmente se puede pagar en moneda de plata lo recibido en oro y al contrario, a no ser que medie pacto especial o que de ello resulte perjuicio al prestamista; pero según las leyes 10 y 13, tit. 17, lib. 9, Nov. Recop. no se pueden hacer pagos en moneda de vellón que excedan de trescientos reales, porque el vellón debe servir para los usos menores y como suplemento Se lee en la nota 16 de la Ley 18, Tit. 17, Lib. 9, Nov. Recop.,

"Con motivo del aumento que se dió al valor de la moneda en oro y plata, y para excusar las dudas que podía ofrecerse en las obligaciones, escrituras, vales y otros instrumentos, otorgados y hechos con la calidad de que las cantidades que contuviesen se hubieran de satisfacer en oro o plata, por ser la especie en que se recibieron, se declaró deberse pagar en la propia moneda recibida, o en el valor equivalente que tenían al tiempo de los desembolsos y suplementos, y no con el aumento de dicha -

moneda."

Los autores dividen la usura en convencional, si se estipula por las partes en el contrato, y en legal que es la que se debe por derecho o ley en ciertos casos; en expresa o manifiesta que es cuando se fija el interés que se ha de pagar; y en tácita o paliada que es la que se exige no por razón de mutuo, - sino de otro contrato en apariencia como cuando vendiéndose una cosa al fiado se pactó que el comprador ha de dar algo más del precio de lo vendido, y finalmente en usura doble o usura de usura, que también se llama anatocismo, y es cuando los intereses vencidos se reúnen a la cantidad principal para formar nuevo capital con interés.

Todas estas clases se comprendían en la distinción de la usura - en compensatoria, punitoria y lucrativa. Compensatoria o restauratoria se dice la que exige como compensación del daño emergente, esto es, de las pérdidas que tiene que sufrir el prestamista en sus bienes por no tener el dinero prestado, o como compensación del lucro cesante, esto es de las ganancias de que - se ha privado, por no haber podido disponer de aquel dinero. A esta clase se - refieren los autores cuando hablan del interés que procede del contrato de cambio marítimo, los alimentos que suelen estipularse en caso que no se entregue - la dote y otros por este estilo. La punitoria o moratoria es la que se exige al - deudor como pena de su morosidad en entregar el dinero recibido. La lucrativa es la que se exige por la mera razón del préstamo, sin que concurra daño -

emergente, ni lucro cesante, ni morosidad del deudor. Esta última es la que se entiende generalmente por los autores como reprobada por el derecho divino y como comprendida en las censuras de la iglesia y las penas impuestas en las leyes de Partida y Recopiladas. (14)

La tasa legal o el interés mayor que permiten las leyes es el cinco o seis por ciento. Según la ley 3, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., son nulas y no traen aparejadas ejecución las escrituras de los contratos en que interviene usura por ser ésta una de las excepciones prescritas por la ley.

En la ley de 14 de marzo de 1866 se estableció en España el sistema de libertad de pacto en orden a la cuantía de los intereses. Sin embargo, por la ley de 23 de julio de 1908, llamada ley de Azcárate, se concede una acción de nulidad contra aquellos préstamos de matiz usurario, misma que comentamos por considerarla de interés primordial. (15)

La acción de nulidad que concede esta ley no es pública sino que compete únicamente al contratante perjudicado, el que no obstante, seguirá teniéndola aunque un tercero pague por él. Para que pueda prosperar la acción de nulidad es necesario que el contrato reúna una de las tres siguientes --

-
- (14) Levit. Cap. 25, vers. 35, San Lucas, cap. 6, vers. 34, lib. 5 y 6 Decret Leyes 9, tit. 13, part. 1; 31 tit. 11, part. 5a., 4 tit. 6, part 7 y 2 y 4 tit. 22, lib. 12. Nov. Recop.
- (15) Puig Peña Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Madrid 1951. Tomo IV, Obligaciones y Contratos Vol. II pag. 159.

circunstancias:

- a) Que se haya estipulado un interés superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que los contratos resulten leoninos, habiendo motivo para estimar que han sido aceptadas por el prestatario a causa de su situación angustiosa o de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales. (art. 1o. pfo. 1o.)
- b) Que se suponga en el contrato, recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sea su cantidad y circunstancias. (art. 1o. pfo. 2o.)
- c) Que el préstamo usurario quede encubierto bajo otra forma contractual cualesquiera. (art. 9)

La declaración de nulidad del préstamo acarrea sanciones penales y disciplinarias (arts. 5o. y 11o.) y no admite convalidación ni confirmación, además produce como efecto inmediato la dispensa al deudor de pagar cualquier clase de interés (tanto usurarios como legítimos), ya que está obligado a entregar sólo la suma recibida (art. 3o.) Si hubiere satisfecho parte de ella, y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado.

D.- Código Napoleón.

Para comprender el pensamiento de la época respecto al tema que nos ocupa, a continuación transcribiremos algunos párrafos de M. Troplong.

(16)

"Si bajo el título de préstamo no se comprendiese más que el comodato y el préstamo simple, merecería entonces el nombre de contrato menor, con el que se le ha calificado en ocasiones. Sin embargo, el préstamo con interés, que es una de sus ramas, hace que este contrato se eleve a un alto grado de importancia. Este último tipo de contrato ha sido siempre objeto de los más profundos estudios. La historia romana está llena de éstos estudios; la filosofía antigua le ha prestado su atención; la teología ha escudriñado sus reglas, y la economía política moderna le ha sido en ocasiones hostil y en ocasiones favorable. Sometido en la jurisprudencia a los destinos más diversos, ha sido a veces aceptado por la legislación, que le ha concedido un lugar entre las transacciones que van conforme a la razón, a la honestidad y a la utilidad; otras veces, por el contrario, ha sido condenado por severos códigos en forma casi tan reprensible como el robo

(16) M. Troplong. "Le droit Civil Expliqué". "Du Pret" Paris 1845.

y el homicidio".

"Y eso no es todo. Entre aquellos que no niegan al préstamo -- con interés una existencia legítima, ha surgido la controversia -- en relación al derecho del Estado para fijar límites a este res-- pecto. La usura libre tiene sus defensores entre los jurisconsultos, los políticos y los economistas; en tanto que algunas disposi-- ciones penales, que son consideradas como indispensables entre los moralistas, castigan al usurero con penas rigurosas".

"¿Por qué existe este conflicto de opiniones? Las razones son -- múltiples. En primer término, el préstamo afecta aspectos vita-- les dentro de los intereses materiales de la sociedad; puede ser -- un instrumento de explotación tan inexorable como la esclavi-- tud, o bien rescatar, con oportunidad salvadora, de la ruina y -- de la infamia. Puede dejar caer sobre la propiedad su mano -- abrumadora y rapaz, o liberarla de las cargas que la hacen lan-- guidecer."

"El préstamo toca una serie de problemas vitales, que le colo-- can no sólo en el dominio de la jurisprudencia, sino también de la religión, de la filosofía, de la política y de la economía so-- cial. Para resolver estos problemas vitales, cada quién adopta un punto de vista conforme a sus ideas propias de la economía --

de la moral o de la política, por lo que la solución no es la misma para todos. El jurisconsulto, cuya función es la de aceptar hechos consumados, esto es, conocer las realidades, se encuentra en una perplejidad profunda en medio de este conflicto de las ciencias divinas y humanas; y sin embargo ha aportado razones en apoyo de todas las diversas opiniones."

Para Troplong, en síntesis, el Código Civil francés no es una ley totalmente liberal. Este autor señala que el mencionado Código es una ley con espíritu cristiano; él refleja en las relaciones civiles las sólidas bases de la moral evangélica.

El artículo 1892 del Código Napoleón define al préstamo en los siguientes términos:

"El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cierta cantidad de cosas, que se consumen por el uso, con el compromiso de devolverle la misma cantidad en especie y calidad."

De la anterior definición observamos los siguientes elementos:

- a).- El bien es entregado para ser consumido, pues si es entregado para otros fines distintos al consumo, estaremos ante otro contrato.
- b).- Para ser consumido por el mutuario es necesaria una tradición que permita a éste la libre disposición del bien objeto del préstamo.

c).- Este bien objeto del préstamo debe ser fungible, pues tratándose de cosas que se consumen por el uso, y existiendo la obligación de de volver bienes de la misma especie y calidad, sólo es posible el cumplimiento - de esta obligación, mediante una tradición de cosas de la misma especie y calidad

La definición legal del Código Napoleón, otorga un carácter - real al contrato de préstamo, pues en tanto no se lleva a cabo la traditio o entrega, no se perfecciona el contrato; puede haber promesa de préstamo, pero - no préstamo propiamente dicho (17). En caso de incumplimiento de la promesa puede dar lugar al pago de daños y perjuicios. En opinión de Duvergier, trata dista de la época, es posible inclusive obligar al cumplimiento mediante la entrega de la cosa objeto del contrato prometido.

La promesa de préstamo no desplaza la propiedad, la tradición - es necesaria para producir este efecto.

El artículo 1158 de C. N., establece que el riesgo es para el - mutuario a partir de la entrega de la cosa.

Las obligaciones que el C. N., establece a cargo del mutuante son:

a).- Advertir el prestatario sobre los defectos de la cosa prestada

(17) Pothier No. 5 y 20; Rolland de Villargues: "Préstamo de Consumo" Duvergier No. 144, Troplong No. 182. "Du Pret". Paris 1845.

da; (artículos 1891 y 1898 de C.N.)

b).- No exigir la devolución de las cosas prestadas antes del término convenido. (Artículo 1899 C.N.)

Es interesante advertir que este Ordenamiento ya señala claramente las obligaciones del mutuante, destruyendo así la pretendida clasificación del contrato de mutuo como contrato unilateral.

El artículo 1900 autoriza al juez a fijar el término para la restitución en el caso de que no lo hayan fijado las partes.

Las obligaciones a cargo del mutuario se encuentran enumeradas en el artículo 1902 de C.N.: La devolución de las cosas prestadas en la misma cantidad y calidad y al término convenido.

La obligación no parece por la pérdida de la cosa, pues el riesgo es para el propietario y en este caso lo es el mutuario.

Ante la imposibilidad del mutuario de efectuar oportunamente la restitución, el artículo 1905 del C. N. establece: "Si el propietario está en imposibilidad de devolver las cosas prestadas (en la misma cantidad y calidad al tiempo y en el lugar convenidos), está obligado a pagar el valor en relación con el tiempo y al lugar cuando y donde la cosa debía ser devuelta según el convenio".

El artículo 1142 del C.N.: El prestatario que no cumpla con la obligación de devolver bienes de la misma especie y calidad, puede ser con

denado al pago de daños y perjuicios, si no comprueba la imposibilidad de hacerlo.

El 1904 C.N., obliga al prestatario a pagar el interés del día que se le demanda, si no devuelve las cosas prestadas o su valor, al término convenido.

EL INTERES.

Artículo 1905 del Código Civil francés: "Está permitido estipular intereses sobre un préstamo simple, sea de dinero de géneros o de otras cosas muebles."

Siguiendo a Troplong:

"El préstamo con interés, por mucho tiempo aceptado entre algunas culturas antiguas, defendido por muchas otras, proscrito por nuestro antiguo derecho, autorizado después de la ley del 3-12 de Octubre de 1789, es de uso frecuente y sus ventajas son ahora universalmente reconocidas."

"Es inútil definirlo; basta formar un mutuo simple y agregarle una prima".

"El interés legal, pagadero en fecha cierta, es el premio que la ley civil admite, y que aumenta los capitales con el crédito. Tiene todas las condiciones naturales del mutuo; lo

modifica en el sentido de suprimirle su carácter gratuito y - trasladarlo a la categoría de contratos onerosos."

"Es posible afirmar que tanto en el derecho positivo como en teoría jurídica existen diferencias notables entre la renta de cosas no fungibles y el interés sobre bienes fungibles. El -- error de los adversarios del préstamo con interés proviene en que éstos quieren encontrar en este contrato, que no es pro-- piamente de alquiler, las condiciones del contrato de arrenda-- miento."

Troplong señala la posibilidad de expresar las ideas correctas sobre la conformidad del préstamo con interés, con las leyes de la razón y de la equidad. Para este autor, el mencionado contrato encuentra su fundamento en el derecho natural: "Está en la naturaleza de las cosas que - aquel que procura una ventaja de algo que él mismo ha solicitado, corres-- ponda a esto con un pago conveniente". (18)

Desde luego, existe una falacia en este argumento, pues no- en toda ocasión existirá una ventaja para quien solicite un préstamo, ra-- zón por la que no se debe hablar de un derecho natural en sentido estricto y referido a este contrato, pues hay circunstancias variables. Conforme a-

(18) M. Troplong: "Le Droit Civil Expliqué". Du Pret. Paris 1845, pag. - 274.

los principios del derecho natural, este es inmanente, universal, inmutable. Sin embargo, esta noción que acepta al préstamo con interés como ley natural no ha sido corroborada con los datos de la historia, pues diversas legislaciones de diversos pueblos lo han condenado como transacción inmoral.

Concluye Troplong diciendo que las conciencias, y por lo tanto la razón, pueden estar tranquilas en relación con la práctica del préstamo con interés, en tanto no se rebasen las restricciones con las cuales el legislador ha limitado la tasa de las anualidades. La cuestión de la usura es sobre todo política y económica. Es sobre las necesidades externas de la sociedad en donde se hace indispensable reglamentar las normas sobre el interés, para poder así servir como elemento moderador y suavizar así la rigidez de las leyes que lo reprimen.

Tras de haber analizado la opinión de Troplong sobre la cuestión de la legitimidad del préstamo con interés, veremos ahora cómo decide el Código una cuestión conexas, y que consiste en saber si el legislador puede y debe asignar a las partes contratantes una tasa de interés que ellos no pueden rebasar. ¿Qué el dinero es una mercancía con la que se puede comerciar libremente como todas las otras mercancías? ¿Existe un interés justo y otro injusto? ¿Debe intervenir la ley para fijar en todos los casos el máximo de beneficios que el dinero puede procurar en un préstamo?

El Código Civil Francés no se ocupó de fijar las tasas de in

terés. En efecto, puesto que la legislación respecto a estas tasas de interés deben depender de las circunstancias, que cambian constantemente, no debe incorporarse esta legislación al Código Civil, que es en principio invariable, y que contiene normas para el presente y el futuro. Por ello el legislador, en vista de las influencias de una situación actual, debe promulgar una disposición especial, más administrativa que civil, y desprovista del carácter inmutable que es propio de un Código Civil.

La ley de 3 de Septiembre de 1807 realizó esta función. -- Ella puso en evidencia el derecho que el legislador se reservó a este respecto, tomando en consideración las necesidades de la industria y los recursos de la sociedad; la ley fijó un 5% de interés en materia civil y un 6% en materia comercial.

El artículo 54 del Proyecto del Código Napoleón decía:

"La tasa de intereses está determinada por leyes particulares. El interés que haya sido estipulado a una tasa más alta será reducido conforme a la ley. Si el interés ha sido pagado arriba de la tasa legítima, el excedente será imputado año por año sobre el capital que será reducido del exceso. Estas disposiciones no se aplican a los negocios comerciales".

En la época que fue sometido el proyecto ante el Consejo de Estado, las ideas liberales tenían una influencia predominante por lo que

un miembro del Consejo de Estado protestó contra la intervención del legislador en el reglamento de los intereses. El Consejo acordó que el derecho de prohibir un interés convencional más alto que el legal, podrá ser ejercido si las circunstancias lo exigían.

Se adoptó la redacción que contiene el artículo 1907 del --
C.N.:

"El interés convencional puede exceder al legal siempre que la ley no lo prohíba".

Esta redacción liberal, y la situación política y económica--
reinante en Francia, provocó muchos abusos hasta que en 1807 el gobierno--
presentó un proyecto de ley que tenía por objeto reglamentar la tasa de in--
terés, y dictar castigos severos contra los usureros. Se promulgó la ley del
3 de Septiembre de 1807 que puso en acción el derecho que el legislador--
se había reservado. Esta ley fue suspendida en su aplicación por los Decre--
tos del 15 y 18 de Enero de 1814. El 1o. de Enero de 1815 se puso en --
vigor nuevamente en toda Francia, con excepción de las posesiones france--
sas en ultramar. En Argelia el interés legal estaba fijado en 10% y el in--
terés convencional podía fijarse más alto (ordenamiento de 7 de Diciembre--
de 1835). El 4 de Noviembre de 1848 se promulgó un Decreto del jefe --
del Poder Ejecutivo que limitaba el interés convencional al legal bajo las--
penas descritas por los arts. 3 y 4 de la ley de 3 de Septiembre de 1807.

El artículo 4 de la ley de 1807, considera a la usura como un delito, cuando se practica consuetudinariamente, estableciendo una multa no mayor de los capitales prestados. En caso de concurrir también el engaño, fijaba una pena no mayor de 2 años.

La ley de 27 de diciembre de 1850 reformó las sanciones, agregando a la multa una prisión de 6 días a 6 meses, y en caso de engaño, prisión hasta 5 años.

Artículo 1906: "El deudor que pague intereses no estipulados no puede repetir ni imputarlos al capital."

Artículo 1908: "El recibo del capital dado sin reservas, hace presumir el pago y opera la liberación."

El Código Napoleón autoriza al Anatocismo con ciertas restricciones, el artículo 1154 dice:

"Los intereses vencidos de los capitales pueden producir intereses ya sea por una demanda judicial o por un convenio especial con la condición de que, ya sea en la demanda o en el contrato, se trate de intereses vencidos por un año completo."

A pesar de la liberalidad del legislador napoleónico, previó los peligros de autorizar un anatocismo sin límites que ocasionaría la explotación de las clases débiles.

En el estudio de las disposiciones relativas del Código Napoleón, observamos que, a pesar de la doctrina filosófica política reinante en la época post-revolucionaria, fue motivo de gran inquietud para el legislador la limitación de los intereses pactados en los contratos de mutuo. No fue posible permitir una libertad absoluta en el pacto de la tasa de interés.

E. El Marxismo.

El marxismo como corriente filosófica, económica y social se encuentra expuesto ampliamente en la obra de Carlos Marx intitulada "El - Capital". La primera edición de esta importantísima obra tuvo lugar en -- 1867, 1885 y 1894 los tomos I, II y III respectivamente.

La influencia de esta obra en la transformación del mundo -- contemporáneo ha sido decisiva como antitesis del sistema capitalista; ha da do origen, también a toda la gama de posturas filosóficas socialistas que ac tualmente imperan en la gran mayoría de los Estados de nuestro siglo.

Esta obra fue escrita en la época en que un liberalismo inmi serecorde señoreaba la vida económica de los pueblos; aparece como una - crítica al sistema.

En relación al tema que nos ocupa, contiene los siguientes-- conceptos:

El interés es una forma de la plusvalía que el capitalista --

arranca directamente a los obreros como trabajo no retribuido (19), materializado en mercancías. Esta plusvalía tiene que repartirla con otros capitalistas que desempeñan diversas funciones en el conjunto de la producción social. La plusvalía se divide en partes. Estas partes corresponden a diferentes categorías de personas y revisten diversas formas, tales como ganancia, interés, beneficio comercial, renta del suelo, etc.

El tipo de interés alcanza su nivel más alto durante las crisis cuando es necesario tomar dinero a préstamo (20).

El interés no puede fijarse mediante una ley general, puesto que sólo se trata de la división de la ganancia bruta (plusvalía) entre dos poseedores de capital (empresario y mutuante) entre distintos títulos.

El tipo de interés nace de la competencia entre los capitalistas industriales, que convierten una parte de su ganancia en interés y los capitalistas de dinero.

Marx define a la cuenta de interés "Como aquella suma relativa que el prestamista conviene en recibir y el prestatario en pagar por el uso de una determinada cantidad de capital dinero durante un año o un período más largo o más corto. (21)

(19) Carlos Marx: "El Capital" F.C.E. México 1966, Sección VII, Capítulo XX, Tomo I.

(20) C. Marx. Obra citada Capítulo XXII. pag. 346.

(21) C. Marx. Obra citada Capítulo XXIII. pag. 355.

F. Los Países Socialistas.

La Constitución de la U.R.S.S. aunque en su artículo 4o. - garantiza el predominio de la propiedad socialista, además de ésta, distingue los siguientes tipos de propiedad: 1) la propiedad personal de los ciudadanos de la U.R.S.S. y 2) la propiedad personal del hogar Koljosiano (22).

La pequeña hacienda privada de los campesinos y artesanos - individuales basada en el trabajo personal y que excluye la explotación del trabajo ajeno también está reconocida. (23)

El contenido del derecho de propiedad se exterioriza en los poderes jurídicos fundamentales del propietario, determinados en el artículo 19 de las bases de la legislación civil. Entre éstos figuran el derecho de posesión, uso y disposición de los bienes dentro de los límites establecidos por la ley.

Los ingresos provenientes del trabajo, que el ciudadano recibe en concepto de salario, el pago de "Trudodiéns" en el Koljos, etc., son en la U.R.S.S. el objeto fundamental y más importante de la propiedad -- personal.

La constitución de la U.R.S.S., fija entre los objetos de -- derecho de la propiedad personal de los ciudadanos, los ingresos y ahorros-

(22) Artículos 10 y 7 de la Constitución de la U. R.S.S.

(23) Artículo 9 de la Constitución de la U.R.S.S.

procedentes de su trabajo, la casa-vivienda y la hacienda doméstica auxiliar, los objetos de uso doméstico, los objetos de uso y consumo y de comodidad personal. De esta manera, el grupo de objetos que pueden pertenecer a los ciudadanos en derecho de propiedad personal es considerablemente más estrecho que el de los objetos de derecho de propiedad del Estado y de la cooperatio-koljosiana. Las cosas destinadas a satisfacer las demandas materiales y culturales de los ciudadanos son objeto de derecho de su propiedad personal y así lo determina la esencia y el significado de la propiedad personal en la sociedad socialista. (24)

La propiedad personal de los ciudadanos no puede ser en ningún caso fuente de explotación del trabajo ajeno. Esto determina el contenido del derecho de propiedad personal y los poderes jurídicos del propietario. En virtud del derecho de propiedad personal del ciudadano, éste puede, según su voluntad, poseer, usar y disponer de sus bienes. Pero no tiene derecho a usar la cosa que le pertenece con fines de explotación de otra persona, o utilizar sus bienes para obtener ingresos que no procedan del trabajo. (art. 25 bases).

La adquisición por el ciudadano de cualesquier cosa por medios no provenientes de sus ingresos de trabajo, sólo es posible como una

(24) V. Serebrovski y R. Jalfina. "Fundamentos del Derecho Soviético", Derecho Civil Soviético, Moscú 1962, pág. 217.

excepción, por donación o por herencia; pero inclusive en tales casos el --
ciudadano, por lo general, recibe objetos que antes fueron adquiridos me--
diante ingresos procedentes del trabajo del donador o el testador.

Aunque la teoría Marxista condena enérgicamente al interés,
en la U.R.S.S. se practica legalmente el contrato de préstamo con intereses
ya sea entre particulares, con las casas de empeño otorgando garantía pren-
daria de objetos de uso personal o doméstico, o con los bancos para la cons-
trucción individual de viviendas.

El artículo 14 de la Constitución de la U.R.S.S. atribuye la
contratación de Empréstitos del Estado a la competencia de los órganos supe-
riores de Poder y de Administración Pública de la U.R.S.S.

En la actualidad existe sólo un empréstito interior con prima-
que devenga un interés del 3%, cuyas obligaciones se venden y compran li-
baramente al contado por las Cajas de Ahorro (25).

De la exposición de los principios constitucionales que regu-
lan la propiedad personal, al limitar el origen de ésta al producto del tra-
bajo, no vemos como se puede justificar otro a través del cobro de intere-
ses en los contratos de préstamo, ya sean públicos o privados.

El contrato de mutuo que exceda de 5 rublos ha de formali-

(25) R. Jalfina; Fundamentos del Derecho Soviético, El Derecho Financiero -
Soviético, Moscú, 1962. pág. 404.

zarse por escrito, aunque el incumplimiento de este requisito no lo priva de validez.

G. Nuestro Derecho.

En la época precolonial no se usaba el cobro de intereses y si algo se prestaba era gratuitamente o con garantía prendaria.

"En general se admitía la prisión por deudas y la esclavitud por el mismo motivo, siempre que una y otra se hubiesen pactado al contraerse la obligación. El deudor preso se libertaba pagando la deuda, o bien dándose por esclavo." (26)

Los contratos exigían como formalidad para su validez, la presencia de cuatro testigos.

"La fianza era frecuentemente para avalar los contratos. Generalmente la fianza consistía en que el fiado se volvía esclavo del acreedor si el contrato no era cumplido. Se acostumbraba una fianza colectiva que obligaba a una o varias familias. La fianza era hereditaria." (27)

Al consumarse la conquista de México, la legislación española estaba formada por los siguientes cuerpos de leyes:

(26) Netzahualcóyotl. Ley 19, en la traducción de Kholer, citado por Mendieta y Núñez en su obra "El Derecho Precolonial" México 1937, pág. 51.

(27) Mendieta y Núñez. Obra citada. pág. 51.

Fuero Juzgo.
Fuero Viejo de Castilla.
Fuero Real.
Especulo.
Leyes de los Adelantados Mayores.
Las Siete Partidas.
Leyes del Estilo.
Ordenamiento de las Tafurerías.
Ordenamiento de Alcalá.
Ordenanzas Reales de Castilla.
Ordenamiento Real.
Leyes de Toro.

"Esta legislación fue impuesta por los conquistadores, pero como no satisfacía todas las exigencias de un pueblo que pasaba de una civilización a otra, y como, por otra parte era preciso moderar los crueles abusos cometidos por aquellos sedientos de riqueza, y que habian reducido a los individuos del pueblo conquistando a una verdadera esclavitud, los reyes de la nación conquistadora dictaron diversas leyes a instancias de varones ilustres y poseídos de los sentimientos más humanitarios, las que posteriormente fueron agrupadas en un sólo cuerpo que llevó el nombre de Recopilación de Indias" (28).

Posteriormente a la conquista fueron promulgadas las siguientes compilaciones de leyes a contar desde el año de 1567.

Nueva Recopilación.
Novísima Recopilación.
Autos acordados en Beleña.

(28) Mateos Alarcón Manuel: "La Evolución del Derecho Civil Mexicano desde la Independencia hasta nuestros días". México 1911, pág. 3

Al proclamarse y consumarse la independencia de México, se hallaban vigentes las leyes del Fuero Real, las Siete Partidas, la Recopilación (la cual fue refundida en la Novísima Recopilación) y la Recopilación de Indias.

Estos códigos formaban una legislación incompleta, deficiente y desordenada, y muchas veces contradictoria (29) e inadecuada para un pueblo que se regía por nuevas instituciones.

"En efecto, esa legislación permitía la esclavitud, aunque limitándola a individuos de raza negra; establecía la desigualdad de los hombres distinguiéndoles en nobles y plebeyos, militares y paisanos, sacerdotes y legos, otorgando a unos derechos y privilegios que negaban a otros, hasta el grado de substraerlos a la jurisdicción de los tribunales comunes para subordinarlos a otros especiales formados por individuos de su misma clase, -- que permitía y alentaba la impunidad; convertía a la autoridad civil en -- agente de la eclesiástica y la subordinaba a ella; y cerraba las puertas de la nación al comercio y a la inmigración de los extranjeros con graves y severísimas penas". (30)

Los congresos liberales y conservadores legislaron en materia civil derogando o adicionando a los códigos vigentes, pues no fue hasta --

(29) Mateos Alarcón Manuel. Obra citada pág. 5.

(30) Mateos Alarcón Manuel. Obra citada pág. 6.

1870, al triunfo de la República, cuando se promulgó el primer Código Civil.

Sobre el tema de este trabajo encontramos que en el período de la consumación de la Independencia al triunfo de la República se dictaron las siguientes disposiciones relativas al mutuo con interés.

Decreto No. 1330.

Diciembre 30 de 1833.- Bando-Inserta la Ley de la misma fecha.- Derogación de las Leyes Civiles prohibitivas del mutuo usurario.

Art. 1.- "Se derogan en el Distrito y Territorios de la Federación, las Leyes Civiles, prohibitivas del mutuo usurario, -- quedando este sujeto en lo sucesivo a las que arreglan los -- convenios y contratos en general."

Art. 2.- "La derogación de que habla el artículo anterior, -- no comprende a la imposición de capitales y capellanías y -- obras pías, respecto de los cuales continúan vigentes todas -- las leyes civiles."

Decreto No. 2082.

Agosto 21 de 1839.- Ley.- Sobre mutuo usurario.

"Se deroga la Ley de 30 de Noviembre de 1833, que derogó

en el que fue Distrito y Territorio de las Leyes Civiles que -
prohibían el mutuo usurario".

Decreto No. 2709.

Noviembre 20 de 1843.- Decreto del Gobierno.- Aclaración
a las Leyes de 3 de Septiembre de 1839 y 30 de Diciembre-
de 1833, que tratan de mutuo usurario.

"Valentín Canalizo... Sabed: Que considerando conveniente
y necesario hacer una aclaración de la mente de la Ley, de
3 de Septiembre de 1839, que derogó la de 30 de Diciembre
de 1833, sobre mutuo usurario, para evitar las dudas y cues-
tiones suscitadas sobre su verdadera inteligencia, y para res-
tablecer la moral pública, corrigiendo los abusos y los males
que se cometen con notoria ofensa de todos los principios de
justicia y equidad, y con detrimento de las fortunas y bienes
de los ciudadanos, he tenido a bien decretar, en uso de
las facultades con que se halla investido el Supremo Gobier-
no de la Nación lo siguiente:

Art. 1.- "Se declara que por la Ley de 3 de Septiembre de-
1839, no se han podido cobrar usuras causadas después de su
publicación, aun por contratos celebrados con anterioridad a
ella".

2.- "En consecuencia, por los contratos usurarios celebrados en virtud de la Ley de 30 de Diciembre de 1833, ya sea privadamente o por escritura, no se podrá cobrar más que el -- premio legal por el tiempo corrido desde la fecha de la Ley citada de 1839."

Decreto No. 5279.

Marzo 16 de 1861.- Decreto del Gobierno.- Se derogan las Leyes que prohíben el mutuo usurario.

El C. Benito Juárez, Presidente Interino Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Art. 1.- "Quedan abrogadas en toda la república las Leyes prohibitivas de mutuo usurario."

2.- "En consecuencia, la tasa o interés queda a voluntad de las partes."

3.- "Los negocios pendientes hasta la fecha de la publicación de esta ley, en que se haya opuesto judicialmente la excepción de usura, siempre que ésta fuere probada, se terminarán con la sola restitución que debe hacer el prestamista del exceso del interés que antes se llamaba legal y con el pago de las costas que hubiere hecho el deudor, quien por su parte, y en razón del capital que adeudase, deberá --

satisfacer el 6% anual. "

De la transcripción de estas disposiciones legales se observa - la lucha ideológica que libraron liberales y conservadores. Los liberales pro pugnando por una libertad de contratación, negando al Estado cualquier fa cultad que la restrinja. Los conservadores tratándose de apegar en todo mo mento a la legislación española inspirada en principios canónicos. (31)

El mutuo es un contrato traslativo de dominio que indebida-- mente había sido estudiado en los Códigos de 1870 y 1884 junto con el co modato. Este es traslativo de uso y, no obstante, el ordenamiento anterior, bajo la denominación genérica de préstamo comprendió las dos especies: mu tuo y comodato. El artículo 2885 (32) del Código de 1870 decía: "Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objetos determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de - restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o de interés, de cosa - fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, y en el segundo, mutuo".

Es así como ambos Códigos diferencian al mutuo del comoda to, 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 -

(31) Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislati vas expedidas desde la independencia de la República. Ordenada por los Lics. Manuel Dublán y José María Lozano. Edición Oficial. México 1876.

(32) Art. 2661 Cód. Civ. de 1884.

riación en el tipo de cambio de la moneda, ya que, haciéndose el pago en la misma especie recibida, el mutuante en nada se perjudica, en vista de - que si la moneda hubiera estado en su poder, habría sufrido la misma modi-
ficación favorable o adversa.

Respecto al tiempo de la restitución, ésta se debe hacer en el plazo convenido por los contratantes; pero si éstos no hubieren celebrado convenio alguno se observarán las reglas siguientes: (36)

a) Si el mutuario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se debe hacer en la si-
guiente cosecha de los mismos o semejantes productos. (37)

b) Lo mismo se debe observar respecto de los mutuarios que-
no siendo labradores, perciban frutos semejantes de sus tierras. (38)

c) En todos los demás casos, la obligación de restituir comien-
za desde el requerimiento judicial (39).

d) El mutuario es responsable de los intereses desde que se -
ha constituido en mora (40) y los intereses que se causan desde ese momen-
to no pueden exceder del interés legal (40 bis).

- (36) Art. 2811 Cód. Civ. de 1870, Art. 2686 Cód. Civ. 1884.
(37) Art. 2812 Cód. Civi. de 1870, Art. 2886 Cód. Civ. 1884.
(38) Art. 2813 Cód. Civ. de 1870, Art. 2686 Cód. Civ. 1884.
(39) Art. 2814 Cód. Civ. de 1870, Art. 2686 Cód. Civ. 1884.
(40) Art. 2820 Cód. Civ. de 1870, Art. 2692 Cód. Civ. 1884.
(40b) Art. 1567 Cód. Civ. de 1870, Art. 1451 Cód. Civ. 1884.

En cuanto al lugar de la restitución, ésta 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 (41). Para el caso de que no se hubiere señalado lugar para la restitución, ésta se hará: (42)

- a) en el lugar donde se recibieron los efectos en que consiste el préstamo y,
- b) si el préstamo consistiere en dinero, en el domicilio del mutuante.

Respecto al interés, se encuentra expresamente autorizado en los Códigos que revisamos ya que es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero ya en géneros (43). El interés es legal o convencional (44), el legal está fijado por la ley y el convencional se fija al arbitrio de los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal. (45).

Siendo el mutuo un contrato por naturaleza gratuito, la prueba de la existencia del pacto de intereses, se llevará a cabo por los mismos medios que el contrato, reza el Código de 1870 (46), pero el Código-

(41) Art. 2815 Cód. Civ. 1870, Art. 2687 Cód. Civ. 1884.

(42) Art. 2816 Cód. Civ. 1870, Art. 2688 Cód. Civ. 1884.

(43) Art. 2822 Cód. Civ. 1870, Art. 2694 Cód. Civ. 1884.

(44) Art. 2823 Cód. Civ. 1870, Art. 2695 Cód. Civ. 1884.

(45) Art. 2824 Cód. Civ. 1870, Art. 2696 Cód. Civ. 1884.

(46) Art. 2825 Cód. Civ. 1870.

de 1884 establece un pequeño requisito para la prueba de la existencia del pacto de interés superior al legal, exigiendo como medio de prueba la existencia de documentos o instrumentos en que se haga constar su pacto (47).- Merece nos detengamos en el comentario de esta disposición legal ya que seguramente fue incluida en el Código de 1884 por los abusos que se cometían con las personas que no tenían los medios suficientes para hacerse representar en los tribunales; no es requisito de forma que atienda a la cuantía, pues solamente se refiere al pacto de intereses superiores a la tasa legal, y aunque no pretende restringir las tasas usurarias, sí pretende proteger al mutuario de supuestos pactos de interés usurario.

Los Códigos que comentamos, no prohíben el anatocismo, sin embargo, le imponen algunos requisitos fácilmente salvables (48): "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". El exigir que los intereses sean vencidos, que sean estipulados, y que se señalen los plazos en que se deba hacer la capitalización, no requerían más que una forma especial de contrato.

Si el mutuario debe intereses y abona algunas cantidades, se

(47) Art. 2697 Cod. Civ. 1884.

(48) Art. 2827 Cod. Civ. 1870; Art. 2699 Cod. Civ. 1884.

deben aplicar éstas a los intereses vencidos y lo que de ellas sobre, se debe imputar al capital (49), pero el recibo que el mutuante otorga por el capital, sin reserva de intereses, establece a favor del deudor la presunción de haberlos pagado, salvo convenio de contrario.

El Código actual estudia por separado al mutuo y al comodato, incluyendo aquel entre los contratos traslativos de dominio y a éste entre los traslativos de uso. Define al mutuo en su artículo 2384 en los siguientes términos:

"El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".

Clasificando el contrato de mutuo encontraremos (50) que es traslativo de dominio, gratuito u oneroso, bilateral, consensual, en oposición a real y a formal. Conforme a los antiguos códigos era también traslativo de dominio, gratuito u oneroso, siempre unilateral, y con la característica romana de que era real en oposición a consensual y consensual en oposición a formal.

El artículo 2385 nos da las reglas para la devolución de lo -

(49) Art. 1572 y 2826 Cod. Civ. 1870; Art. 1456 y 2698 Cod. Civ. 1884.

(50) Rafael Rojina Villegas "Compendio de Derecho Civil" Tomo IV, Contratos, México 1966, pag. 188.

prestado en el caso que no se hubiera fijado el plazo:

I. Si el mutuario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos.

II. Lo mismo se observará respecto de los mutuarios que, no siendo labradores hayan de percibir frutos semejantes por otro título.

III. En los demás casos, la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 2080.

Vemos que no existe diferencia al respecto entre nuestro Código vigente y los códigos de 1870 y 1884. (51)

A falta de lugar convenido, la entrega de la cosa prestada y la restitución de lo prestado, se harán observando las siguientes reglas, según lo establece el artículo 2387:

I. La cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre.

II. La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos, en el lugar donde se recibieron. Si consiste en dinero, en el domicilio del deudor; observándose lo dispuesto por el artículo 2085.

Tampoco existe diferencia entre el artículo 2387 y los corres

(51) Arts. 2813 y 2814 Cod. Civ. 1870, art. 2686 Cod. Civ. 1884.

pondientes a los Códigos de 1870 y 1884 ya comentados (52), ya que ambos códigos reconocen dos fueros:

1o. El del domicilio del deudor para los préstamos en dinero; y 2o. el de recepción de la cosa, para los otros efectos.

El artículo 2085 establece la obligación para cualquiera de las partes que se muden voluntariamente de domicilio, de indemnizar a la otra parte de los mayores gastos que haga por esta causa cuando el que cambió de domicilio está obligado a efectuar el pago o a restituir en su domicilio.

El artículo 2388, copia de los correspondientes en los códigos anteriores, (53) otorga al mutuario la siguiente garantía:

"Si no fuere posible al mutuario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario".

Siendo la obligación del mutuario la de restituir bienes de la misma especie, cantidad y calidad de los que haya recibido en mutuo, existe una especie de alea o eventualidad que soporta el mutuario en su provecho o perjuicio por todos los cambios de valor de los bienes fungibles, tan

(52) Art. 2688 Cod. Civ. 1884

(53) Art. 2817 Cod. Civ. 1870, art. 2689 Cod. Civ. 1884.

to si se trata de géneros como de cantidades en dinero. Por consiguiente, - el deudor no puede exigir compensación cuando el valor de los géneros sube extraordinariamente, ni tampoco puede el mutuante exigirla cuando baje de manera sensible. (54)

Siendo el objeto del contrato de mutuo bienes fungibles, que por esencia son fácilmente obtenibles en el mercado, el artículo 2388 nos - parece inequitativo, ya que si existiera una imposibilidad real de restituir - en género, debería satisfacer su obligación mediante el pago del valor de la cosa prestada en el momento en que estaba obligado a restituir, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario.

De especial interés es el artículo 2389:

"Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una - cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se - pacta que el pago deba hacerse en moneda extranjera, la alteración que - esta experimente en valor será en daño o beneficio del mutuario".

Ya hemos visto lo que sobre el particular disponían los Códigos de 1870 y 1884 (55), mismos que fueron derogados por los artículos 20, 21 y 23 de la Ley Monetaria promulgada el 25 de marzo de 1905. que a -

(54) Rafael Rojina Villegas obra citada Contratos, pag. 199.

(55) Arts. 2817 y 2828 Cod. Civ. 1870; Arts. 1453, 2689 y 2690 Cod. Civ. 1870.

la letra decían:

Art. 20.- "La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representan. Por lo tanto, las oficinas públicas de la Federación y de los Estados, así como los establecimientos, compañías y particulares, están obligados a admitir dichas monedas en pago de lo que se les deba, sin más limitaciones que las que expresa el artículo siguiente".

Art. 21.- "Las monedas de oro de cualquier valor y las de plata de valor de un peso, tienen poder liberatorio, ilimitado. En cuanto a las otras monedas de plata, a la de níquel y las de bronce, sólo es obligatoria su admisión en un mismo pago, en cantidad no mayor de veinte pesos para las monedas de plata y de un peso para las de níquel y bronce."

Art. 23.- "Las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciables. En consecuencia, toda estipulación en contrario será nula de pleno derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil del Distrito Federal."

La Ley Monetaria vigente, sobre el particular, establece con

sus reformas:

(12)
(13)

Art. 4o.- "Los billetes del Banco de México tendrán poder liberatorio ilimitado".

Art. 7o.- "La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana, se solventará entregando por su valor nominal y -- hasta el límite de su respectivo poder liberatorio, billetes -- del Banco de México o monedas fraccionarias del curso legal".

Art. 8o.- "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser -- cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente -- en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago."

Art. 9o.- "Las prevenciones de los dos artículos anteriores -- no son renunciables y toda estipulación en contrario será nu-
la."

En esta forma, por disposición de orden público, dictada por el interés social, el pago en moneda del curso legal tiene poder liberatorio ilimitado, atendiendo exclusivamente a su valor nominal y no al intrínseco.

Respecto a los vicios ocultos de la cosa, el artículo 2390 -- establece: "El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutua-

rio por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dió aviso oportuno al mutuario."

Aunque este artículo se refiere al mutuante, creemos que el mutuario se encuentra obligado a responder también de los vicios o defectos ocultos de la cosa ya que se trata del cumplimiento de una obligación de dar.

El artículo 2391 prevee el caso de haberse pactado la restitución cuando el deudor pueda o tenga medios, remitiendo al artículo 2080 - que impone en estos casos, como requisito de exigibilidad, la interpelación judicial, notarial o ante testigos.

Respecto a la capacidad en general, cualquiera de las partes debe tener capacidad para ejecutar actos de dominio; sin embargo, el artículo 2392 establece una excepción: "No se declaran nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse alimentos que necesite, cuando su representante legítimo se encuentre ausente."

En cuanto al interés, el artículo 2393 autoriza a estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros.

Este precepto es igual al correspondiente (56) en los Códigos de 1870 y 1884. En la misma situación se encuentra el artículo 2394 que-

(56) Art. 2822 Cod. Civ. 1870; Art. 2694 Cod. Civ. 1884.

autoriza también el interés legal o el convencional (57).

De especial interés para el tema es el artículo 2395: "El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijan los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer -- que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el Juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés -- hasta el tipo legal".

A diferencia del vigente, los Códigos de 1870 y 1884, respetaron fielmente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes -- como suprema ley en los contratos, tolerando cualquier tasa de interés.

Como protección al mutuario, el artículo 2396 del Código -- vigente, le otorga la facultad del pago anticipado en el caso de que el interés pactado sea superior al legal: "Si se ha convenido un interés más al--to que el legal, el deudor, después de seis meses contados desde que se -- celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el -- plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipa--ción y pagando los intereses vencidos."

(57) Art. 2823 Cod. Civ. 1870; Art. 2695 Cod. Civ. 1884.

El artículo 2397 establece la prohibición de convenir de ante_ mano que los intereses se capitalicen y produzcan intereses.

La materia de los tres últimos artículos será tratada en el ca_ pítulo relativo a la protección al mutuario.

Respecto a la forma de la celebración del contrato, el Códig_ o lo considera un contrato consensual. El Código Civil no establece una_ forma ni siquiera escrita..

Nuestro derecho vigente reconoce dos clases de contrato de_ mutuo: mutuo civil y mutuo mercantil. El contrato de mutuo es civil por _ regla general, y por excepción es mercantil cuando se contrae en el concep_ to y con la expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de co_ mercio y no para necesidades ajenas a éste. Se presume mercantil el prés_ tamo que se contrae entre comerciantes. (Art. 358 del Código de Comer _ cio.); el mutuario, en un contrato de mutuo mercantil, no goza de la pro_ tección que la ley civil le otorga cuando el contrato es civil.

CAPITULO III

PROTECCION AL MUTUARIO

A.- En el Código Civil: La Lesión, el Pago Anticipado, Anatocismo.

La Lesión.

"La lesión es el perjuicio que un contratante experimenta, -- cuando en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor -- igual al de la prestación que suministra. Este perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores, y el daño que causa parece un atentado a la -- idea de justicia". (1)

Siguiendo a Demontés, el maestro Borja Soriano clasifica las legislaciones que tratan el vicio de la lesión en cuatro categorías:

Las legislaciones que admiten la lesión como un vicio subjetivo del consentimiento y que no atienden a ningún elemento de desproporción material entre las prestaciones y por lo tanto, no consideran la lesión sino como un vicio del consentimiento al mismo título que el error, el dolo o la violencia; contemplan únicamente la validez del consentimiento haciendo

(1) Demontés, citado por Borja Soriano, "Teoría General de las Obligaciones", México, 1959, pág. 260.

do a un lado la desproporción en las prestaciones. Los países anglosajones han seguido este criterio.

El otro grupo lo constituyen las legislaciones que no admiten la lesión sino como un vicio objetivo del contrato, no se considera más que la desproporción que puede existir entre las prestaciones en el contrato, y si esta desproporción pasa cierta tasa legalmente fijada, hay rescisión por lesión. El tipo fundamental de ésta categoría de legislaciones es el Derecho Romano.

El tercer grupo lo constituyen las legislaciones en las que la lesión es un vicio de carácter a la vez objetivo y subjetivo. "Carácter subjetivo significa que la lesión se toma en consideración en tanto que representa un vicio del consentimiento en el perjudicado, o una voluntad particular en la otra parte; carácter objetivo, es la indicación de que se debe tener en cuenta también, para admitir la lesión, cierto grado de desproporción entre las prestaciones. Y estos dos elementos subjetivo y objetivo, son necesarios para que se pueda "anular" un contrato por lesión". (2)

Tanto el Código suizo de las obligaciones (art. 21), como el código alemán (art. 138), y nuestro código coinciden en considerar a la lesión como un vicio objetivo subjetivo, a la vez. "Además con un carácter-

(2) Demontés, citado por Barja Soriano, obra citada. pág. 264.

francamente ilícito, debido a que en todos ellos se parte de un ánimo cons_ ciente de explotar a un semejante que se encuentra en condiciones de infe_ rioridad por causas de orden mental o espiritual, por un estado de necesidad económica o de otro género, o bien, por una carencia absoluta de conoci_ mientos en cuanto al negocio materia del contrato". (3)

En efecto el artículo 21, del código suizo de las obligacio_ nes dice:

"En caso de evidente desproporción entre la prestación prome_ tida de una parte, y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el término de un año, declarar que -- rescinde el contrato y reclamar lo que hubiese pagado, si la lesión hubiere sido determinada por el abuso de su penuria, -- de su ligereza o de su inexperiencia. El término del año -- empieza a contarse desde la conclusión del contrato".

El código civil alemán en su artículo 138 dice:

"Un acto jurídico que ataca las buenas costumbres, es nulo. Es nulo en particular, un acto jurídico por el cual alguno, -- explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de -- otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de -

(3) Rafael Rojina Villegas. "Derecho Civil Mexicano", México, 1960. ---- Obligaciones Título II. Cap. V. pág. 479.

una prestación, se prometan o se suministren ventajas patrimoniales que excedan del valor de la prestación, de tal suerte que, - teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en desproporción chocante con relación a la prestación".

El artículo 17 de nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 dice:

"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperience o extrema miseria de otro obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año".

Nuestro Código en su artículo 17 otorga al perjudicado una acción rescisoria prescribible al año, pero el artículo 2228 dice:

"Que la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia o la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores - del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

La rescisión supone la validez de una obligación por lo que nuestro Código incurre en la contradicción de afirmar que es válido o rescindible el contrato viciado de lesión y al declarar que es nulo.

La acción de nulidad por lesión sólo puede invocarse por el perjudicado, según lo que declara el artículo 2230 y el cumplimiento voluntario por medio del pago, novación, o "por cualquier otro modo", se entiende por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad, según establece el art. 2234. Respecto a la novación, cabe señalar, que nunca se presume, debe constar expresamente, según lo dispone el artículo 2215.

Además de la acción rescisoria que concede el art. 17 y la nulidad relativa que establece el artículo 2228, nuestro Código, en su artículo 2395, concede otra acción al perjudicado por virtud de la cual éste puede pedir solamente la reducción equitativa del interés hasta el tipo legal, cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor.

Si concurren estos elementos, en cuyo caso caería el mutuante dentro del tipo establecido por la ley penal. ¿Por qué declarar válido el pacto de intereses?; ¿No podría ser más congruente con nuestro sistema declarar nulo este pacto?. Una consideración interesante sería declarar al pacto de intereses usurarios como un acto ejecutado contra una ley de orden

público y por lo tanto viciado de nulidad absoluta, según lo dispone el artículo 8o. del Código Civil.

Si se declarara nulo el pacto de intereses concertado en las circunstancias que describe el art. 2395, considero que se brindaría una -- protección más efectiva.

b.- El Pago Anticipado.

El artículo 2396 del Código Civil vigente permite "llegar a una rescisión especial del contrato" (4) ya que establece":

"Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el -- deudor, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos - meses de anticipación, y pagando los intereses vencidos".

Este artículo contempla exclusivamente el hecho de que se - haya pactado un interés convencional superior al legal, en cuyo caso, el - deudor, puede pagar anticipadamente la deuda.

Esta medida tutelar es completamente diferente de la que se - ñala el artículo 2395. En este artículo, además de la desproporción que -

(4) Rojina Villegas Rafael: "Compendio de Derecho Civil", Tomo IV. Contratos, México, 1966, Pág. 194.

debe haber en el interés, se necesita que esta desproporción sea el resultado de la explotación de su ignorancia, inexperiencia o apuro pecuniario.

Cuando el interés pactado es superior al legal, el plazo convenido se considera en beneficio del mutuante, (5) ya que es el interesado en el plazo porque sobre él va a cobrar réditos.

El mutuario puede dar por vencido el plazo y pagar desde luego, una vez que hayan transcurrido seis meses desde que se celebró el contrato, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.

Si el mutuante se rehusa a recibir la cantidad, hará consignación de ella y quedará liberado.

Es una rescisión especial porque no opera de inmediato, sino que obliga a respetar el contrato por ocho meses.

c.- El Anatocismo.

El anatocismo es el pacto por virtud del cual se celebra un contrato de mutuo, a interés compuesto es decir, los intereses vencidos se capitalizan para producir nuevos intereses.

Este pacto fue tolerado en nuestros códigos de 1870 y 1884-

(5) Lozano Noriega Francisco: "Cuarto Curso de Derecho Civil"; Contratos, 1962. pág. 196.

pues nada decían sobre el particular, y es el Código vigente en su artículo 2397 el que le impone ciertas restricciones:

"Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses".

Las partes no pueden convenir simultáneamente con la celebración del contrato, la capitalización de intereses, pero si lo pueden hacer posteriormente mediante la celebración de un nuevo contrato.

El pacto de anatocismo se encuentra sancionado con una nulidad absoluta ya que el artículo 2397 es un precepto imperativo de orden público y por lo tanto su violación nos coloca en lo dispuesto por el artículo 8o. del Código Civil:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

B.- En el Código Penal: Fraude, Usura.

El artículo 387 fracción VIII a la letra dice:

"Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona obtenga de ésta ventaja usuraria por medio de contrato o convenio en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado".

Aunque el lucro usurario no se obtiene mediante engaños, artificios o aprovechamiento de error, nuestro Código Penal lo ha incluido — dentro de las especies que marca el 387 transcrito. Esta ordenación ha provocado críticas de distinguidos juristas, (6) por considerar a la usura y a — otros delitos que tipifican las fracciones VIII, IX, XIV, XVI y XVII, como figuras delictivas autonómicas del fraude ya que éstas no presentan los mismos elementos que tipifican a aquél; en efecto en el delito de usura que define la fracción VIII están ausentes como elementos del tipo, el engaño o el aprovechamiento del error en que el sujeto pasivo se encuentra.

En cambio, en el delito de usura encontramos como elemento de la descripción típica la explotación de las malas condiciones económicas del sujeto pasivo, sin que constituya un elemento el engaño, las maquinaciones, los artificios o el aprovechamiento del error. En el delito de usura, el sujeto pasivo se ve compelido a pactar condiciones que estipulan réditos y lucros superiores a los usuales en el mercado.

Encontramos tres elementos que constituyen el delito de usura: la circunstancia de "las malas condiciones económicas de una persona", el "aprovechamiento" de esta situación por el sujeto activo y el medio para este aprovechamiento o sea los "contratos o convenios en los cuales se —

(6) Mariano Jiménez Huerta. "Derecho Penal Mexicano"; Parte especial; Tomo IV, México, 1963. El Fraude. pág. 147.

estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado."

1.- Una persona se encuentra en malas condiciones económicas cuando se encuentra en una situación de necesidad que origina el que acepte el contrato o el convenio leonino por carecer en ese momento de posibilidades para resolver sus problemas.

Desde luego que el sujeto pasivo podrá ser tanto una persona física como una persona moral. El bien jurídico protegido es el patrimonio de las personas.

La situación de necesidad puede ser elemental o no serlo esto es: que el destino del bien objeto del contrato puede ser destinado al sustento, al abrigo, a la compra de bienes suntuarios, a un negocio, etc.

El origen de la situación aflictiva, la situación económica del sujeto pasivo, y el riesgo para el sujeto activo son situaciones irrelevantes que no destruirían, llegando el caso, la tipificación del delito.

2.- La definición del tipo en la fracción VIII del artículo 387 da comienzo enunciando un elemento subjetivo: "Al que valiéndose..". Esto es, el elemento activo se vale, se aprovecha precisamente de las condiciones del mutuario. Digo mutuario por ser la generalidad de los casos.

Considero este elemento constitutivo como innecesario en la definición de un tipo simple, aunque quizás, podría constituir un elemento de un tipo calificado.

3.- Las ventajas usuarias han de obtenerse por medio de convenios o contratos en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

Cualquiera que sea el nombre del contrato o convenio que contenga condiciones usuarias. Puede ser un contrato que cree obligaciones o puede ser un convenio que las modifique en cuanto a plazo, intereses, etc. o que las extinga.

Es bien sabido, y lo veremos en el próximo capítulo, que los contratos de mutuo con intereses usuarios frecuentemente tienden a disfrazarse de muchas formas y con muchas condiciones con el objeto de escapar a la sanción penal, al pago de los impuestos y a la sanción del artículo 17 del Código Civil.

La definición no fija el tipo de interés sino que atiende a los intereses superiores a los usuales en el mercado.

Es un problema nacional muy grave la falta de acceso al crédito público, por lo tanto un porcentaje crecido de operaciones diarias, pequeñas, intrascendentes si se quiere, son realizadas con la colaboración del crédito privado. Los intereses usuales en el mercado no por ser usuales dejan de ser exorbitantes en muchas ocasiones. En mi opinión la definición legal debe enunciar alguna limitación al tipo de interés por encima del cual se estimen como usuarios los intereses, atendiendo a la situación eco-

nómica de su ámbito territorial.

Cabe agregar que el riesgo para el sujeto activo carece de relevancia, y que el delito se consuma en el preciso instante en que el sujeto activo obtiene las ventajas usurarias lo cual sucede en el momento de la aceptación del negocio jurídico que las establece.

Por lo expuesto propongo:

1.- Que se debe crear un tipo esnequico. (7)

2.- Debe ser eliminado el elemento subjetivo del sujeto activo en un tipo simple y constituir este elemento subjetivo de aprovechamiento un agravante como elemento de un tipo calificado.

3.- El juez para normar su criterio, respecto a los intereses usuales en el mercado, podría considerar elementos más objetivos como la Ley de Ingresos de la Federación (8), la opinión del Banco de México, S.A.

Al evitar el préstamo con intereses usuarios, práctica corriente en nuestro medio, se canalizarán los capitales privados hacia inversiones legales aumentando considerablemente los recursos de las instituciones autorizadas y controladas, provocando una baja del interés bancario, y un mayor

(7) El delito de usura está tipificado con plena autonomía en los códigos Penales de Alemania, Italia, España, Suiza, Costa Rica, Cuba, Ecuador y Guatemala.

(8) El art. 20, último párrafo del Código Fiscal de la Federación fija los recargos que cobrará el Fisco Federal de acuerdo a la tasa que anualmente fijará la Ley de Ingresos de la Federación.

acceso al crédito.

C.- En la legislación Fiscal.

La tesis más aceptada en la doctrina fiscal es aquella que -
grava preferentemente los productos de capital que los productos del traba-
jo.

Estamos con este principio por ser de estricta justicia impo-
ner una mayor tributación a los ingresos de las personas que provengan del
rendimiento del capital, cualquiera que sea la inversión a que se destine.
Indiscutiblemente representa un mayor esfuerzo personal la obtención de un
salario que la percepción de ingresos mediante la inversión de un capital.

Sin embargo, la corriente opuesta considera que el capital es
producto del trabajo y por consiguiente debe gozar de igual trato fiscal.

La carga fiscal debe recaer, principalmente, en la población
con mayor capacidad económica y creo que éste es el espíritu de la frac-
ción IV del 31 Constitucional al usar los términos "proporcional y equitati-
vo".

En un país en vías de desarrollo, el estado tiene el deber -
ineludible de realizar las tareas destinadas al mejoramiento de los sectores desvali-
dos, fomentando la creación de empleos y el aumento de mercados: para esta crea

ción de empleos es indispensable la concurrencia del capital privado ya sea nacional, preferentemente, o extranjero. Es por esto que nuestra legislación fiscal todavía no impone tratamientos rigurosos a los productos de capital, — fomentando así la inversión como elemento sustancial del desarrollo.

Nuestra legislación fiscal da tratamientos muy diferentes a — los diversos tipos de inversión, establece una escala que parte de la exención fiscal para industrias nuevas y necesarias hasta el gravamen relativamente elevado al ingreso gravable de las empresas.

La Ley del Impuesto sobre la Renta publicada en el "Diario Oficial" de 31 de Diciembre de 1953, que estuvo en vigor desde el 1o. — de enero de 1954, reformada según publicación del Diario Oficial de 31 — Diciembre de 1958, y por decreto de 28 de Diciembre de 1959, al tratarlo relativo a nuestro tema en su Título Séptimo, y bajo la denominación — de Cédula VI.- Imposición de Capitales, establecía lo siguiente:

Art. 125.- "Tienen obligación de contribuir en esta Cédula quienes perciban habitual o accidentalmente ingresos procedentes:

- I.- De intereses simples o capitalizados provenientes de toda clase de — préstamos, actos, convenios o contratos.
- II.- De intereses sobre las cantidades que se adeuden al vendecor como — precio de operaciones de compra-venta".

VI.- Del usufructo de capitales impuestos a rédito y de pensiones por censos o anticresis;

IX.- De los rendimientos de obligaciones, certificados de participación y bonos, exceptuando los bonos de la Deuda Pública Mexicana y los certificados de participación, si sus tenedores lo están por alguna ley. — El artículo 127 fija la base para el pago del ingreso total percibido por cualquiera de los conceptos citados.

De especial interés es el artículo 132 ya que establece que cualquier operación de la que se deriven ingresos comprendidos en las fracciones I, VI, VII y IX del artículo 125, si no se pacta interés o se estipula que temporal o permanentemente, total o parcialmente no se cause, o se conviene que se cause a una tasa inferior al 6% anual, el ingreso gravable se determinará en la siguiente forma:

I.- Cuando el deudor se obligue a devolver una cantidad superior a la recibida, la diferencia entre ambas se considerará como interés del capital, siempre que no resulte inferior al que correspondería aplicando la tasa del 6%; y II.- En todos los demás casos se estimarán como intereses, los que resulten de aplicar al capital la tasa del 6%.

Esta disposición trata de evitar la falta de pago de impuestos en aquellas operaciones, que se hacen aparecer como gratuitas pero obligando al deudor al pago de los intereses por diversos medios como la sus-

cripción de títulos de crédito. La intención del legislador, aunque encomiable, en este caso se traduce en preceptos ilegales que fácilmente pueden ser recurridos.

Todas las percepciones obtenidas por el acreedor se aplicarán preferentemente, a intereses vencidos, reza el artículo 134, pero cuando los pagos efectuados deban aplicarse, parte al capital y parte a intereses, de acuerdo con el documento constitutivo de la obligación, el impuesto sólo se causará sobre los intereses, siempre que su tasa sea igual o mayor del 6%, y cuando sea menor, el impuesto se causará sobre la cantidad que resulte de aplicar el adeudo la tasa del 6% según lo establece el artículo -- 135.

Las quitas o remisiones de adeudo que comprendan la totalidad o parte de los intereses vencidos, no surtirán efectos fiscales y la cancelación de un crédito implica el pago total de los intereses vencidos, sobre cuyo monto deberá pagarse el impuesto correspondiente (Art. 136).

Estas disposiciones contrarían lo dispuesto por el artículo 1o. de la Ley en cuestión ya que ésta grava únicamente los ingresos provenientes del capital, del trabajo o de la combinación de ambos y es por lo tanto ilegal y violatorio del artículo 31 fracción IV de la Constitución y del artículo 1o. citado, el presumir, jure et jure, intereses inexistentes.

El pago se realizaba mediante el pago de una tasa propor--

cional del 10% en el momento de percibir el ingreso, y el resto, al presentar su declaración anual (Art. 141).

La tarifa (Art. 141) exceptuaba el pago del impuesto a los ingresos hasta de \$2,000.00 anuales y llegaba a gravar hasta con el 50% de los ingresos obtenidos, por un sólo causante en un año de calendario, a los que sobrepasaran los \$840,000.00.

Esta tarifa se aplicaba a los ingresos que se percibieran de tipos de interés hasta del 15% anual y obligaba al pago del 50% del ingreso derivado del exceso sobre el tipo de interés del 15% anual, cuando los intereses pactados excedieran del 15% pero no del 18% anual; cuando los intereses pactados excedieran del 18% anual, el causante estaba obligado al pago del 90% del ingreso derivado del exceso sobre el tipo de interés del 18% anual (Art. 142, Fracc. I y II).

La inclusión de este precepto, con características extra-fiscales, tendía a quitar alicientes al pacto con intereses usurarios, considerando como tales a los que excedieran del 18% anual. Considero esta disposición muy atinada pero con las naturales reservas por la dificultad de un control efectivo por parte de las autoridades fiscales.

En la exposición de motivos que acompañó a la iniciativa de una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta podemos apreciar el espíritu -- que anima a la Ley vigente en el tema que nos ocupa:

"Tanto los ingresos por rendimiento del capital como los derivados del trabajo, sujetos a cuotas progresivas, estarán regidos por una sola tarifa, pero ésta será aplicable sólo a un 80% de los ingresos del trabajo, mientras que afectará a la totalidad de los rendimientos del capital, con objeto de hacer una discriminación en favor del primero de los mencionados conceptos del ingreso según corresponde a nuestra tradición, protectora del ingreso obtenido mediante el esfuerzo personal, criterio acorde asimismo con el que sobre el particular se encuentra aceptado en la legislación de diversos países. Sin embargo, este beneficio sólo favorecerá a ingresos cuyo nivel no exceda de \$150,000.00 anuales, pues tratándose se de cifras superiores el causante será sujeto del impuesto al ingreso global de las personas físicas, en el que figuran normas sobre un mínimo de ingreso no gravable y en cuanto a deducciones".

El artículo 60 de la Ley en vigor (9), que abandona el sistema cedular, grava los ingresos en efectivo o en especie que efectivamente sean percibidos por diferentes conceptos, entre éstos, los intereses provenien

(9) Ley del Impuesto sobre la Renta, Diario Oficial, 31 de Diciembre de 1964.

tes de toda clase de actos, convenios o contratos, y de intereses procedentes de toda clase de bonos, certificados de instituciones de crédito, obligaciones, cédulas hipotecarias o certificados de participación no inmobiliaria. Estos dos conceptos son de particular interés para el tema que nos ocupa.

El Artículo 61 a la letra establece:

"Son sujetos del impuesto sobre productos o rendimientos de capital, sin que ningún acuerdo o convenio en contrario surta efectos fiscales, quienes perciban ingresos de los indicados en el artículo anterior".

Quiere decir que el impuesto es siempre a cargo del que recibe los productos o rendimientos sin importar la forma o la redacción que se le dé al contrato o convenio que dé origen a la percepción.

El artículo 62 declara exentos del pago de este impuesto a diversos intereses, dividendos, rendimientos, ingresos o participaciones bien sea por estar gravada la fuente de su procedencia o por ser de interés general el fomento de algún tipo de inversiones. La participación que los trabajadores perciben en las utilidades de las empresas también están exentas.

La fracción I del artículo 63 establece que cuando el acreedor pueda disponer sin demora de los intereses, éstos se considerarán efectivamente percibidos.

Esta fracción contradice el artículo 60 pues este artículo se-

refiere a ingresos percibidos y considero de difícil apreciación la posibilidad de disposición sin demora.

La regla que establece la fracción II del 63 aplica toda percepción obtenida por el acreedor a intereses devengados.

Esta regla deja sin efecto la facultad concedida en el artículo 2094 del Código Civil que declara:

"Las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses, no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados, salvo convenio en contrario".

La fracción III del artículo en cuestión no reconoce fiscalmente las quitas o remisiones de adeudo que comprenden la totalidad o parte de los intereses vencidos, presumiendo, jure et jure, que la cancelación de un crédito implica el pago total de los intereses vencidos, sobre cuyo monto deberá pagarse el impuesto correspondiente.

En materia de adjudicación de bienes para el pago de adeudos de los que deriven o deban derivar ingresos gravados, la fracción IV establece las siguientes reglas:

Se consideran como percibidos la totalidad de los intereses vencidos, cuando el valor del bien adjudicado al acreedor, alcance a cubrir la suerte principal y los réditos devengados.

No se causa el impuesto cuando el valor del bien adjudica-

do no alcance a cubrir más que la suerte principal y el acreedor no se reserve derecho contra el deudor.

Cuando el valor del bien adjudicado alcanza a cubrir parcialmente el monto de los intereses, se causará el impuesto sobre estos intereses.

En caso de dación en pago no se causará el impuesto, cuando se compruebe ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que el valor de los bienes, determinado por avalúo pericial, es insuficiente para cubrir la suerte principal, se proporcionen informes sobre que el deudor carece de otros bienes y se fomule declaración por el acreedor de no reservarse derechos contra el deudor.

En el caso de adjudicación a favor de un tercero, se atenderá al precio que se haya fijado a la adjudicación del cual se descontará el importe de la suerte principal y el impuesto se cobrará sobre el excedente, si lo hubiere. Esta regla se aplicará siempre que el acreedor no se reserve derechos en contra del deudor, pues de otra manera el impuesto se causará desde luego, por todos los intereses insolutos desde la fecha de adjudicación.

La base para el pago del impuesto es el ingreso total efectivamente percibido durante el año de calendario.

El causante deberá cancelar stampillas por el 10% de sus percepciones como pago provisional.

do no alcance a cubrir más que la suerte principal y el acreedor no se reserve derecho contra el deudor.

Cuando el valor del bien adjudicado alcanza a cubrir parcialmente el monto de los intereses, se causará el impuesto sobre estos intereses.

En caso de dación en pago no se causará el impuesto, cuando se compruebe ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que el valor de los bienes, determinado por avalúo pericial, es insuficiente para cubrir la suerte principal, se proporcionen informes sobre que el deudor carece de otros bienes y se formule declaración por el acreedor de no reservarse derechos contra el deudor.

En el caso de adjudicación a favor de un tercero, se atenderá al precio que se haya fijado a la adjudicación del cual se descontará el importe de la suerte principal y el impuesto se cobrará sobre el excedente, si lo hubiere. Esta regla se aplicará siempre que el acreedor no se reserve derechos en contra del deudor, pues de otra manera el impuesto se causará desde luego, por todos los intereses insolutos desde la fecha de adjudicación.

La base para el pago del impuesto es el ingreso total efectivamente percibido durante el año de calendario.

El causante deberá cancelar estampillas por el 10% de sus percepciones como pago provisional.

El capítulo III de la Ley del Impuesto sobre la Renta fija la tarifa, para los ingresos percibidos por este concepto, tomando como base, - repito, los ingresos obtenidos por el causante en un año de calendario, sin contemplar las tasas de interés que le produjo su inversión, exceptuando el pago del impuesto a ingresos hasta de \$4,800.00 anuales y llegando a gravar con una cuota fija de \$67,931.40 y un 35% a las personas con ingresos por este concepto, de \$300,000.00 en adelante.

El silencio de la ley vigente en materia de tasas de interés elevados es algo muy de lamentar y creemos que se debe reflexionar al respecto.

Los ingresos obtenidos por este concepto son acumulables a - otros ingresos gravables, según lo dispone el artículo 79 de la ley que tratamos.

Por último anotemos que el Reglamento del Registro Federal de Causantes, (10) obliga a su inscripción a los mutuantes con garantía hipotecaria, excluyendo a los que gozan de otras garantías que son tan comunes en nuestro medio como la prendaria.

La Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal - (11), en el Título Quinto, artículo 316, fracciones I, II y XI definen el -

(10) Diario Oficial del 10 de Noviembre de 1965.

(11) "Diario Oficial" del 31 de Diciembre de 1941, corregida según fé de erratas de 17 de enero de 1942.

objeto y el sujeto del Impuesto sobre Productos de Capitales, en el tema - que tratamos, considerando como causantes del impuesto, a las personas físicas o jurídicas que tengan derecho a obtener en el D.F., o de fuentes de riqueza en el mismo Distrito, ingresos por concepto de: I.- "Intereses simples o capitalizados sobre préstamos en general y de adeudos que sean reconocidos"; II.- "Intereses que se adeuden como precio en contratos de ven-ta, de compraventa con reserva de dominio, o de compraventa a plazos";- XI.- "De operaciones en las que el precio a plazos sea mayor que el precio de contado, caso en el cual la diferencia entre uno y otro será objeto del impuesto".

La fracción XII del citado artículo 316 presume, salvo prueba en contrario, (que "valora" la Tesorería del D.F.), que existe derecho a percibir los intereses a pesar de que no se estipulen en los documentos - que hagan constar las operaciones relativas, o bien cuando se haga constar un interés menor del 6% anual, o cuando se estipule que temporal o permanentemente, total o parcialmente no se causen.

Aunque discutibles respecto a su validez constitucional, vemos los anteriores preceptos como un intento de evitar el incumplimiento.

El 317 declara que tienen derecho a percibir ingresos gravables las personas que celebren alguno de los actos o contratos que se enu-meran en el artículo anterior, aun cuando, por no haberse vencido el plazo

convenido o por cualquiera otra causa el pago de las prestaciones gravables no sea aun exigible. Desde el punto de vista constitucional, son aplicables los comentarios sobre disposiciones análogas en la anterior Ley del Impuesto sobre la Renta.

Es conveniente apuntar que esta Ley de Hacienda del Distrito Federal tampoco contempla las tasas de interés, ya que grava indiscriminadamente con un 5% los ingresos obtenidos por los conceptos citados.

Importante es el artículo 319 ya que reputa como intereses-- las indemnizaciones o penas convencionales que se pacten. En la misma -- forma, considera como interés, la diferencia entre la cantidad recibida y -- la que se obliga a devolver.

D.- En la Ley Federal del Trabajo.

Esta ley que tiende a proteger al trabajador que por sus con diciones económicas y sociales se encuentra en desventaja con respecto a -- su patrón. En el tema que nos ocupa, la Ley Federal del Trabajo contie-- ne el siguiente precepto:

Art. 91.- "El salario no deberá retenerse en todo o en parte por concepto de multas".

"Cuando el trabajador contraiga deudas con el patrón por concepto de an-- ticipo de salarios, pagos hechos con exceso al trabajador, errores, pérdi--

das, averías, compra de artículos producidos por la misma empresa, - o rentas de cualquier especie, el patrón podrá descontar la parte del salario que de acuerdo con el trabajador convenga para este efecto, - la que nunca podrá ser mayor del treinta por ciento del excedente - del salario mínimo".

"Fuera de las excepciones antes expresadas y de los casos en que se trate de cuotas, sindicales ordinarias o para la constitución de cooperativas y de cajas de ahorro, en que de una manera expresa manifiesten - su conformidad los trabajadores, el salario no deberá ser retenido, ni descontado o reducido en forma, ni en cantidad alguna".

"Los anticipos que el patrón haga al trabajador por cuenta de salarios, - en ningún caso devengarán intereses".

La fracción VIII del artículo 123 de la misma Ley, otorga al trabajador el derecho a rescindir el contrato de trabajo por reducir el pa -- trón el salario del trabajador sin su consentimiento, causa que también le da derecho a la indemnización que establece el artículo 124.

A pesar del consentimiento del trabajador, el patrón nunca -- podrá descontar más del 30% del salario mínimo.

Ahora cabe preguntarnos si un descuento hecho por el patrón - al salario mínimo del trabajador, con el aparente consentimiento de éste, -- coloca al patrón en la situación prevista por la fracción XVII del artículo - 387 del Código Penal.

CAPITULO IV

OPERACIONES TENDIENTES A DESVIRTUAR LA PROTECCION AL MUTUARIO .- SU ILICITUD.

"El ingenio humano, ayudado por el talento de los juristas, -- han encontrado infinidad de procedimientos, mediante los cuales el mutuan- te puede obtener el pago de un interés, sin que a los ojos de la ley y tri- bunales está violando las disposiciones que lo prohíben o limiten. Y así te- nemos que se celebran contratos de préstamo con hipoteca, con prenda, -- acompañado de un pacto comisorio; contratos de venta con pacto de retro- venta; se estipula que el acreedor prendario recibirá una cosa fructífera y -- que tendrá derecho de aprovecharse de los frutos". (1)

Considero de especial interés las formas contractuales que -- comúnmente se usan para ocultar un interés lesivo o para hacer nugatoria la garantía constitucional del debido proceso o para eludir las obligaciones fis- cales a cargo del mutuante.

A.- La Retroventa y los Fideicomisos.

Es siempre preocupación del mutuante la seguridad que el --

(1) Agustín García López: Apuntes de Contratos, México, D.F. 1961, pri- mera parte, pág. 191.

mutuario le ofrezca para el pago del objeto del mutuo.

Uno de los sistemas que han inspirado más seguridad al mutuario ha sido la simulación de una compraventa con pacto de retroventa, en garantía de un contrato de mutuo.

El capítulo correspondiente a la retroventa que figuraba en el Código de 1884, fue derogado por Decreto de 5 de abril de 1917 expedido por el primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo. Con anterioridad se expidió por la misma autoridad, el día dos de abril del mismo año, otro decreto que en sus arts. 1o. y 1 transitorio, se establecía que quedaba abolido el contrato de compraventa, con pacto de retroventa y que los gobernadores de los Estados procederían desde luego a hacer a las legislaciones respectivas, las reformas necesarias para que se asegurara la eficacia del Decreto.

El propio Decreto de 5 de abril de 1917, adicionó el art. - 2819 del Código de 1884 en la siguiente forma:

"La promesa de ventas será nula cuando se haga sobre el bien raíz que haya sido objeto de compraventa entre los mismos contratantes".

Antes de esta adición, por Decreto de fecha 2 del mismo mes y año al que antes hemos aludido, se prohibió el contrato de promesa de venta sobre el bien raíz objeto de compraventa entre los mismos contra-

tantes. (art. 2o.)

La retroventa antes de la reforma que hemos indicado, fue regulada por los arts. 3035 y siguientes del Código de 1870. En ambos cuerpos legales la retroventa era un derecho real y sólo podía tener lugar en bienes raíces; si el vendedor no hacía uso del derecho de retracto en el término convenido, o en el de cinco años, la venta quedaba irrevocablemente consumada; el vendedor podía demandar la cosa aún hallándose en poder de tercero; el comprador tenía sobre ella, mientras no se realizaba la retroventa, todos los derechos del vendedor, excepto los que importaran perjuicio al derecho de retracto.

El artículo 2302 del Código vigente asimiló la prohibición:

"Queda prohibida la venta con pacto de retroventa, así como promesa de venta de un bien raíz que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes".

En estas condiciones un contrato de compraventa, con pacto de retroventa, concertado para el sólo efecto de que el bien objeto del contrato sirva como garantía de un contrato de mutuo, es nulo porque así lo dispone el artículo 8o. del Código Civil.

Pero también hay que analizar esta operación contemplando lo que dispone nuestro Código sobre la simulación de los actos jurídicos, ya que se nos presenta como una solución de nulidad del pacto de retroventa-

en aquellos Estados en que no está prohibida por la Legislación Civil.

El artículo 2180 define el acto simulado en los siguientes términos:

"Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas."

El artículo 2181 distingue:

"La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le dá una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter".

Respecto a sus efectos:

"La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, este acto no será nulo si no hay ley que así lo declare".

Es así como un contrato de compraventa con pacto de retroventa, que ha sido celebrado para que el bien objeto de dicha compraventa sirva como garantía de un mutuo, nada tiene de real puesto que carece de sus elementos esenciales: consentimiento de ambas partes para comprar y vender y el precio de la operación.

El contrato de compraventa, por no tener nada de real, está simulado absolutamente y por lo tanto no produce efectos jurídicos.

El verdadero contrato, el de mutuo, aunque oculto, está simulado relativamente y por lo tanto no será nulo por este motivo. (2)

Sobre quienes pueden pedir la declaración de nulidad, nos habla el artículo 2183:

"Puede pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública".

Sobre el particular la Suprema Corte ha establecido que los contratantes sí pueden ejercer la acción de simulación del acto celebrado entre ellos. (3)

Si se exigiera la forma escrita para el contrato de mutuo con interés, además de obligar al mutuario a cumplir con sus obligaciones fiscales, se le disuadirá de encubrir los contratos de mutuo bajo otras formas -- con el objeto de ocultar un interés usurario.

Una solución acertada también sería declarar nulo el pacto de intereses cuando el contrato de mutuo quede encubierto bajo otra forma contractual cualquiera, (4) o cuando sea simulado parcialmente.

(2) Amparo directo 6405/57, volumen XXVII.- 4a. 113.

(3) Amparo directo 4891/59.

(4) Ver en el Capítulo II, inciso c), la referencia a la Ley de Azcárate.

a.- Los Fideicomisos.

Otro sistema que los juristas han ideado para garantizar los derechos del mutuante, ha sido la celebración de negocios fiduciarios y de fideicomiso en diversas formas:

1.- El negocio fiduciario en virtud del cual el mutuario entrega un bien al mutuante como garantía del cumplimiento de su obligación.

2.- El fideicomiso de garantía en el que el fideicomitente (mutuario) entrega un bien al fiduciario como garantía de obligaciones contraídas frente al fideicomisario (mutuante). Su "finalidad es asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas por quien lo constituye o por tercero". (5)

1.- Sobre el primer caso, el negocio fiduciario que generalmente disfraza un pacto comisorio o un contrato de compraventa con pacto de retroventa, caben las siguientes consideraciones:

a) La Ley de la materia prohíbe el negocio fiduciario en el que el fiduciario no sea una institución autorizada como tal por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

b) La Suprema Corte en interesante ejecutoria (6) ha estable

(5) Octavio A. Hernández: Derecho Bancario Mexicano, México, 1956. Tomo II, No. 985.

(6) Amparo directo 7131/61 María Guadalupe López Torres.

cido lo siguiente:

"La venta en garantía de un préstamo es un negocio fiduciario prohibido por la Ley. Sólo es lícito el fideicomiso expreso, con intervención de las instituciones de crédito autorizadas para operar como fiduciarias. El acreedor no puede apropiarse por sí y ante sí los bienes dados en garantía, sino los procedimientos señalados en nuestras leyes y los contratos de compraventa en garantía de operaciones de mutuo son objeto de una simulación parcial y nulos por lo tanto. En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato aparente y la subsistencia de una operación disimulada, debiendo restituirse las partes, las prestaciones que mutuamente se hubieran hecho, de conformidad con los artículos 1680, 1682 y 1686 del Código Civil del Estado de Guanajuato, que es el de el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California de 1884".

Y en los considerados se lee:

"Cuarto:... "Nuestras leyes no admiten el pacto fiduciario - que permite al acreedor quedarse con los bienes del deudor - para pagarse su crédito. Está proscrito en el país el pacto de fiducia tácito por resultar ilícito, por más que los textos legales se refieran al fideicomiso, que es su modalidad especí

fica".

En efecto, el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito terminantemente establece en su último párrafo que es "nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario", y en el artículo 359 previene: "quedan prohibidos: I.- Los fideicomisos secretos. -- II..." En el actual Código Civil del Distrito y Territorios Federales se mantiene la misma restricción a la autonomía de la voluntad en materia contractual, pues de no pagar en el plazo respectivo el deudor prendario, el acreedor no se queda con el bien dado en prenda, sino que podrá pedir su venta judicial, y de no poderse vender se le adjudicará en las dos terceras partes de la postura legal, y puede el deudor convenir en que el acreedor no se quede con el bien dado en prenda, sino que podrá pedir su venta judicial, y de no poderse vender se le adjudicará en las dos terceras partes de la postura legal, y puede el deudor convenir en que el acreedor se quede con la prenda en el precio que se fije al vencer la deuda, pero no al tiempo de celebrarse el contrato (artículo 2881 y 2883). Y por lo que hace a la hipoteca el código vigente establece que "el acreedor hipotecario puede adquirir una cosa hipotecada en remate judicial, o por adjudicación en los casos en que no se presenta otro postor, de acuerdo con lo que establece el Código de procedimientos civiles. Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la --

deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero". (Artículo 2916).

"Al comentar la protección legal al deudor prendario, Rojina Villegas señala que con ella "se trata de evitar que el acreedor abuse de cierta necesidad económica del deudor y esto se logra cuando el pacto se celebra con posterioridad al otorgamiento del contrato". Y respecto de la protección al deudor hipotecario, afirma que "en el caso del segundo párrafo del artículo 2916, la prohibición legal de que el precio se fije en el momento de ser otorgada la escritura, o antes del pago, obedece a lo siguiente: de otro modo podría el deudor convenir un precio de adjudicación en el que se le perjudicaría; podrá el acreedor obtener la cosa lesionando los derechos del deudor. Por idéntica razón se prohíbe el pacto comisorio, mediante el cual las partes convenían en que el acreedor no pagado se haría propietario de la cosa; este pacto era logrado por el acreedor, cuando el deudor, necesitado con urgencia de recursos aceptaba perder la cosa a sabiendas de que su valor era superior al crédito garantizado; el peligroso pacto comisorio, después de haber sido considerado lícito durante el derecho romano primitivo, fue prohibido y posteriormente todas las legislaciones lo consideran ilícito y nulo".

2.- El segundo caso, o sea el fideicomiso constituido ante una institución de crédito debidamente autorizada, para garantizar las obli-

gaciones del fideicomitente frente al fideicomisario y en el que el fideicomitente afecta en fideicomiso un bien, mismo que será adjudicado al fideicomisario en caso de incumplimiento, obliga a las siguientes consideraciones:

a) Formalmente, la constitución de este fideicomiso es válida, de acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones -- Auxiliares.

b) Sobre la adjudicación en caso de incumplimiento, caben las siguientes consideraciones:

a') El mutuario fideicomitente acepta las condiciones que se le imponen por su estado de necesidad (apremiante o no), con la seguridad de que cumplirá con su obligación y por lo tanto no será necesario tomar las drásticas medidas que lo han obligado a autorizar en caso de incumplimiento de su parte.

b') La adjudicación lisa y llana indudablemente lo priva de su propiedad sin una sentencia dictada por un tribunal, y por lo tanto contraría nuestro orden constitucional.

c') El espíritu de nuestra legislación civil también se vería contrariado pues nuestro Código Civil, en lo que se refiere a la prenda y a la hipoteca, tiende a proteger al deudor prendario o hipotecario estableciendo el procedimiento para hacer efectiva la garantía:

Los artículos 2881, 2882, 2883, 2884, 2885, 2886 y 2887 - del Código Civil fijan las modalidades a que habrá de sujetarse el acreedor para hacer efectiva la garantía que se constituye con la prenda. Sin embargo, el artículo 2883 autoriza a convenir, con posterioridad a la celebración del contrato de prenda, que el acreedor se quede con la prenda, en el precio que se le fije al vencimiento de la deuda; el artículo 2887 declara nula la cláusula que autoriza al acreedor a apropiarse la prenda aunque ésta sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de la manera establecida.

En la misma forma, nuestro Código Civil, al tratar lo relativo a la hipoteca, en su artículo 2916, tiende a proteger al acreedor hipotecario, pues establece:

"El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada - en remate judicial o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establezca el Código de Procedimientos Civiles". "Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al extinguirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos - de tercero".

De lo expuesto se infiere que nuestro Código Civil trata de-

proteger al deudor de adjudicaciones automáticas que se ve obligado a pagar por lo difícil de su situación. Creemos que la ley de la materia debería contener una prohibición expresa para la cláusula de adjudicación.

B.- Títulos de Crédito.

Es frecuente en nuestro medio la suscripción de títulos de crédito con el objeto de facilitar los pagos parciales de capital e interés provenientes de un contrato de mutuo.

1.- Considero interesante analizar la situación proveniente de un contrato de mutuo viciado cuyo capital e interés, objeto de las obligaciones del mutuario, haya sido documentado con títulos de crédito:

En virtud de la autonomía del título de crédito que ha sido puesto en circulación, no sería procedente oponer en vía de excepción la nulidad del contrato que tuvo origen la suscripción de dicho título. Sin embargo, una vez declarada la nulidad del contrato original, podrá el mutuario repetir contra el mutuante beneficiario original de los títulos.

En el caso de que el pago del título fuera exigido por el beneficiario o mutuante, podría oponerse como excepción personal del demandado, la nulidad del contrato de mutuo original, de acuerdo con lo que establece la fracción X del artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.- Como en la práctica los intereses pactados en un contrato de mutuo también son documentados con títulos de crédito con vencimientos sucesivos, pactándose en el contrato original una sobretasa para el caso de que el mutuante promueva juicio para exigir el pago del crédito y sus accesorios, considero interesante el análisis de esta situación.

El objeto que se persigue, generalmente, mediante la aceptación por parte del mutuario de títulos de crédito con vencimientos sucesivos, por el importe de los intereses, es que no conste en el contrato original, el pacto de intereses elevados y evitar así el pago de los impuestos correspondientes.

En apariencia, se trata de una pena convencional para el caso de incumplimiento, pero en realidad se está simulando la verdadera tasa de interés.

En estas circunstancias, estamos frente a una simulación relativa, de acuerdo con el artículo 2181 del Código Civil, pues a un contrato de mutuo con intereses a una tasa elevada, se le da una falsa apariencia de contrato de mutuo con interés mínimo o gratuito para efectos fiscales.

Como el artículo 2182 del Código Civil declara válido el acto real que oculta la simulación relativa ya que dice que no será nulo si no hay ley que así lo declare, contemplamos nuevamente la necesidad de que la ley declare nulo el pacto de intereses que se ha simulado absolutamente o relativamente.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

1.- El concepto de propiedad absoluta ha sido ampliamente superado. El Derecho debe garantizar dentro de sus limitaciones, un término armónico para que el detentador de la riqueza no sea explotado ni explotador, que aquél que la necesita tampoco sea ni lo uno ni lo otro y, en esta armonía hacer cumplir cabalmente la función social de la propiedad.

2.- La historia nos enseña como el legislador de todos los tiempos ha visto al mutuario como la parte débil y ha establecido limitaciones al pacto de intereses en los contratos de mutuo.

3.- Nuestro derecho refleja fielmente en su evolución los cambios políticos de nuestra tormentosa historia.

4.- El artículo 2395 de nuestro Código Civil que concede al mutuario una acción para reducir los intereses pactados cuando sean "tan desproporcionados que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor", contradice al 17 del propio Código que en forma general concede acción rescisoria, "cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia-

o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que es evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga".

5.- Considero poco eficaz la protección que nuestro Código da al mutuario, y en consecuencia propongo:

- a.- La forma escrita debería exigirse en los contratos de mutuo interés.
- b.- El pacto de intereses concertado en las condiciones que describen los artículos 17 y 2395 debe estar sancionado con nulidad absoluta.
- c.- El pacto de intereses que haya sido simulado bajo cualquier forma debería estar sancionado con nulidad absoluta.
- d.- El pacto de capitalización de intereses no debe autorizarse hasta que la obligación se haya vencido.

6.- El tipo de fraude de usura que establece la fracción III del artículo 387 del Código Penal puede ser considerado como una ley prohibitiva o de interés público; por lo tanto, un contrato de mutuo con intereses usurarios, contraría esta disposición lo cual acarrea su nulidad absoluta que no desaparece por la confirmación o la prescripción.

7.- Es necesaria la creación dentro del Código Penal, de un tipo específico de fraude de usura que no contemple en su tipo simple, el-

elemento subjetivo del sujeto activo.

8.- La ley del Impuesto sobre la Renta debería contemplar - también las tasas de interés.

9.- La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones auxiliares debe prohibir a las fiduciarias las adjudicaciones por incumplimiento y establecer o remitir a un proceso de remate.

BIBLIOGRAFIA

- Borja Soriano Manuel: "Teoría General de las Obligaciones". México, 1959.
- Dublán Manuel y Lozano José María: "Legislación Mexicana o Colección - Completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República".- Edición Oficial, México, 1876.
- Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos.- Madrid 1852.
- Foignet René: "Manual Elemental de Derecho Romano".- Puebla, Pue. 1956.
- García López Agustín: "Apuntes de Contratos".- México, 1961.
- Gide Carlos y Rist Carlos: "Historia de las Doctrinas Económicas".- Madrid, 4a. Edición.
- Hernández Octavio A.: "Derecho Bancario Mexicano".- México, 1956.
- Jiménez Huerta Mariano: "Derecho Penal Mexicano".- México, 1963.
- Lozano Noriega Francisco: "Cuarto Curso de Derecho Civil".- México, 1962
- Marx Carlos: "El Capital" F.C.E.- México, 1966.
- Mateos Alarcón Manuel: "La Evolución del Derecho Civil Mexicano desde la Independencia hasta nuestros Días". México, 1911.
- Mazeaud: "Henri, Leon y Jean. "Lecciones de Derecho Civil".- Buenos Aires, 1960.
- Mendieta y Núñez: "El Derecho Precolonial".- México, 1937.
- Minguijón Adrián Salvador: "Historia del Derecho Español".- Barcelona, - 1933.
- Petit Eugene: "Tratado Elemental de Derecho Romano".- México, 1958.

- Puig Peña Federico: "Tratado de Derecho Civil Español".- Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- Rojina Villegas Rafael: "Derecho Civil Mexicano".- México, 1960.
- Rojina Villegas Rafael: "Compendio de Derecho Civil".- México, 1966.
- Ruggiero Roberto: "Instituciones de Derecho Civil".- Madrid, 1929.
- Santo Tomás: "Summa Theológica".
- Serebrovski V. y Jalfina R.: "Fundamentos del Derecho Soviético. Moscú, 1962.
- Sohm Rodolfo: "Instituciones de Derecho Privado Romano".- México, 1951.
- Troplong M.: "Le Droit Civil Expliqué".- París, 1845.
- Villaine Jean: "La Enseñanza Social de la Iglesia".- Madrid, 1961.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.