

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**El Préstamo: Estudio Comparativo de esta Figura entre
las Legislaciones de México, Venezuela y Ecuador**

T E S I S

QUE PARA OBTENER
EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

BOLIVAR NAVARRETE HEREDIA



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

A la memoria de mi madre,
Sra. Isabel Heredia de Navarrete, q. e. p. d.,
símbolo de abnegación y ternura.

A mi padre, Sr. Mario Navarrete
Gutiérrez, con todo mi amor, ---
respeto y admiración; quien con -
su aliento me impulsó hasta la cul-
minación de mi Carrera.

A mi abuelita, Sra. Epifanía
Gutiérrez, con ternura.

A mis hermanos.

**A mi novia, Srta. Socorro Manza-
nares Hernández, con amor.**

**A mis maestros, con mi eterno
reconocimiento y gratitud.**

**A mis familiares, amigos y a toda
persona que me ayudó en la culmi-
nación del presente trabajo.**

**A mi maestro, Lic. Omar Olvera de
Luna, con respeto, afecto y gratitud
por su desinteresada y valiosa orien-
tación en la elaboración del presente
trabajo.**

**"EL PRESTAMO. ESTUDIO COMPARATIVO
DE ESTA FIGURA ENTRE LAS LEGISLACIONES DE MEXICO, VENE-
ZUELA Y ECUADOR".**

CAPITULO I. - EL PRESTAMO.

- A. - Antecedentes en el Derecho Mexicano.
- B. - Naturaleza Jurfdica.
- C. - Elementos.

**CAPITULO II. - ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA LEGISLACION
MEXICANA Y LA DE VENEZUELA.**

- A. - Elementos.
- B. - Conceptos diferenciales.
- C. - Opini3n Personal.

CAPITULO III. - EL PRESTAMO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA.

- A. - Elementos.
- B. - Conceptos diferenciales.
- C. - Opini3n Personal.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

CAPITULO I
EL PRESTAMO.-

A.- Antecedentes en el Derecho Mexicano.

B.- Naturaleza jurídica.

C.- Elementos.

Es de mi interés en el presente trabajo, plantear las - diferencias conceptuales, jurídicamente hablando, que presenta la figura contractual del Préstamo, en las legislaciones Mexicana, de Venezuela y Ecuatoriana, para exponer una semblanza de los diferentes criterios de los legisladores en esta figura por demás importante dentro - de las relaciones mercantiles.

Dentro de la legislación mexicana, el préstamo (o mútuo) es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles a la otra parte, misma que se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Desglosando el concepto anterior, se tiene que contrato es el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. En el caso del préstamo, la figura contractual transmite - derechos y crea obligaciones.

Por contratante se entiende cada una de las partes que interviene en la celebración de un contrato, y que por ese mismo acto, adquiere derechos y obligaciones correlativas a su contraparte.

Por "propiedad", y de acuerdo con Rafael de Pina (1), debe entenderse "el derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por las leyes, y sin perjuicio de tercero.

Por "bienes fungibles", de acuerdo con el artículo 763 del Código Civil para el Distrito Federal, debe entenderse los bienes - muebles que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, -

cantidad o calidad.

Por "especie" deberá entenderse el conjunto de cosas que se asemejan por tener caracteres comunes; naturaleza y calidad común a determinado grupo. "Pagar en especie" significa reintegrar el préstamo en frutos o géneros de las mismas características, y no en dinero.

El que recibe en préstamo (mutuario) una suma de dinero u otra cosa fungible, tiene la obligación de devolver al mutuante otro tanto de la misma especie y calidad.

La obligación de restitución debe ser cumplida en forma distinta, según el carácter de la cosa prestada; así: si se trata de préstamos en dinero, el mutuario cumplirá su obligación devolviendo una cantidad igual a la recibida, conforme a la ley monetaria vigente; si se trata de préstamos de títulos o valores, el mutuario cumple devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Si se trata de préstamos en especie, el mutuario devolverá, también salvo pacto en contrario, igual cantidad de la misma especie o calidad, o bien su equivalente en numerario si se hubiese extinguido la especie debida.

En cuanto al plazo, la cosa prestada deberá devolverse en el tiempo convenido en el contrato. En los préstamos por tiempo indeterminado no podrá exigirse al mutuario la devolución de la -

cosa prestada, sino después de los 30 días siguientes a la Interpelación que se le haga, judicial o extrajudicialmente ante Notario o dos testigos, de acuerdo con el artículo 360 de nuestro Código de Comercio.

Las partes pueden estipular un interés. El mismo será legal o convencional; el interés legal es el 6% anual, y el convencional será fijado por los contratantes y puede ser mayor o menor que el legal.

En caso de mora, el mutuuario deberá pagar al mutuan- te, desde el día siguiente al del vencimiento del plazo estipulado para la devolución, el interés pactado para este caso, o, en su defecto, el del 6% anual.

Cuando el préstamo se hiciere en especie, los intere- ses habrán de calcularse sobre el valor que las cosas prestadas tengan en el lugar en que deberá hacerse la devolución el día siguiente al del - vencimiento, o por el que determinaren peritos, si la mercancía estu- viere extinguida al tiempo de hacerse ese cálculo.

Si el préstamo fuere de títulos o valores, el interés - moratorio será el que los mismos valores devenguen, o bien el legal - de 6% anual.

Los intereses vencidos y no pagados, de acuerdo con el artículo 363 del Código de Comercio, no devengarán intereses, aun- que los contratantes podrán capitalizarlos, siempre y cuando así se es- tipulare al momento de la celebración del contrato.

Cuando el mutuuario efectúe entregas a cuenta, y no

resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de los intereses por orden de vencimiento, y después, al capital.

Ahora bien, para estar en posibilidad de establecer las diferencias que han surgido en relación a esta figura en las distintas legislaciones mercantiles de México, es necesario remitirnos a los Códigos de Comercio de 1854 y de 1889. El primero dice en su Capítulo IV, - "De los Préstamos":

Art. 291. - Se reputa mercantil el préstamo, cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas de éste".

Art. 292. - La demora en el pago de la deuda, constituye al comerciante en la obligación de satisfacer el rédito legal que corresponda al importe de aquélla, desde el día en que conste en forma auténtica que fue interpelado al pago, bien en virtud de providencia judicial o simplemente por requerimiento que le haga el acreedor por ante escribano público".

Art. 293. - Si el préstamo no consistiere en dinero sino en especies, se graduará su valor para los efectos de que se habla en el artículo próximo anterior, por los precios mercuriales que tuviesen las cosas prestadas el día en que venciere la obligación en el lugar en que debiera hacerse la devolución".

Art. 294. - En los préstamos hechos por tiempo indeterminado, no podrá exigirse la restitución al deduro, sin prevenírsele

con treinta días de anticipación".

Art. 295.- En los préstamos de dinero por cantidad determinada, cumple el deudor devolviendo igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda, cuando se haga la devolución. Mas si se hubiese contraído sobre monedas específicamente determinadas, con condición de devolverlo en otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, aun cuando sobrevenga alteración en el valor nominal de las monedas que recibió".

Art. 296.- No se entiende que hay obligación de pagar réditos, si no se pactan expresamente y por escrito".

Art. 297.- Los réditos de los préstamos entre comerciantes, se pactarán siempre en cantidad determinada de dinero, aun cuando al préstamo sirviesen de materia efectos, o géneros de comercio".

Art. 298.- En aquellos casos en que por la ley está el deudor obligado a pagar réditos de los valores que tiene en su poder, - estos réditos serán de un seis por ciento al año sobre el capital de la deuda".

Art. 299.- El rédito convencional que los comerciantes establezcan en sus préstamos, no podrán tampoco ascender del seis por ciento al año; sin que en defensa de un rédito mayor pueda tenerse por bastante la costumbre de la plaza ni otra consideración alguna, que no sea la de una ley nueva que altere la tasa aquí señalada".

Art. 300.- El comerciante a quien se probare haber exigido y recibido por razón del préstamo un rédito mayor del seis por

ciento, queda sujeto a las penas establecidas por el derecho común para los que cobran usuras ilegítimas."

Art. 301.- Los descuentos de las letras de cambio, pagarés a la orden y demás valores de comercio endosables, no están sujetos a la tasa del seis por ciento; y las partes los contratarán con entera libertad a precios convencionales".

Art. 302.- No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que hecha liquidación de éstos no se incluyen en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien de común acuerdo, o bien por una declaración judicial, se fija el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado".

Art. 303.- Siempre que un acreedor haya dado documento de recibo a su deudor por la totalidad del capital de la deuda, sin reservarse expresamente la reclamación de réditos, se tendrán éstos por condonados".

Una sola diferencia, y mínima, encontramos entre el contenido básico de este Código y el vigente; se refiere a la interpe-
lación que deberá hacerse al deudor, que en la legislación actual incluye la modalidad de hacerlo ante dos testigos, a falta de orden judicial o de fedatario público.

Ahora bien, por lo que se refiere al Código de Comercio de 1884, éste indebidamente había estudiado el Préstamo junto con el Comodato. Este es traslativo de uso y no obstante, el ordenamiento anterior, bajo la denominación genérica de préstamo, comprendió las dos especies: mutuo y comodato. Consideraba el citado Código que -- existían características comunes, tomando en cuenta que en el mutuo -- había la transmisión del dominio de una cosa fungible, con la obligación del mutuuario de restituir otra de la misma especie y calidad, y en el comodato, había la transmisión gratuita del uso de una cosa no fungible, con la obligación de restituir ésta individualmente.

El artículo 2661 del citado Ordenamiento anterior declaraba: "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 a 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".

Por su parte, el actual Código considera que son contratos con características sustancialmente distintas, y estudio al mutuo, como lo hace la doctrina, entre los contratos traslativos de dominio y al comodato entre los traslativos de uso. Realmente, no hay características comunes para formar el género préstamo que creó el -- Código de 1884, pues en el mutuo se transmite el dominio y en el comodato el uso solamente. Además, el mutuo puede ser gratuito u oneroso cuando se estipula un interés. En cambio, el comodato siempre por esencia

es gratuito, y, respecto de las cosas materia del contrato, el mutuo recae sobre géneros o bienes fungibles y el comodato sobre cosas no fungibles. Por ello el actual código ha separado estos contratos.

Doctrinariamente podemos señalar respecto de la definición, análisis y caracterización del mutuo: que su esencia es transferir el dominio. Se caracteriza como traslativo de dominio, gratuito u oneroso, bilateral, consensual en oposición a real y a formal. En cambio, conforme al Derecho Romano y al Código de 1884, el mutuo era un contrato traslativo de dominio, gratuito u oneroso, siempre -- unilateral, pero con la característica fundamental de que era real en oposición a consensual y consensual en oposición a formal.

Al respecto, Planol (2) nos dice: "Hay mutuo o préstamo de consumo cuando la propiedad de la cosa prestada se transfiere al deudor y éste, después de haberla enajenado o consumido, se libera mediante la prestación de una cosa de la misma naturaleza".

Hoy el mutuo es bilateral y no unilateral como lo era en el derecho romano y en el Código de 1884, en virtud de que ya no es un contrato real, es decir, existe por el simple consentimiento, antes de la entrega de la cosa, y es obligación del mutuante entregarla. Primero se forma el contrato sin que haya necesidad de entregar la cosa, y una vez constituido, nace la obligación del mutuante de entregar la cosa en forma y términos que se hayan convenido, o los que disponga la ley. En cambio en el Código de 1884 y en el Derecho Romano, el mutuo era un contrato real, es decir, no existía sino hasta el mo-

mento en que se entregaba la cosa. La misma entrega era elemento constitutivo del contrato y por ende, no era una obligación nacida del mismo, pues sin la entrega no habfa contrato y por tanto, no podía -- formarse o nacer obligación alguna.

Se les llamaba, bajo ese criterio, "antecontratos" a los llamados de mutuo, pero en los que una parte se obligaba a entregar dinero o bienes fungibles, y sólo obligaban a concertar el contrato definitivo, surgiendo éste hasta el momento de la entrega de dichos - efectos.

Por otra parte, el mutuo es consensual en oposición a formal, ya que no requiere para su validez la observancia de alguna - formalidad escrita.

Desde otro punto de vista, el mutuo puede ser civil y mercantil. Este último, como ya he dicho, lo define el Código de Comercio.

También puede clasificarse el mutuo en: simple y -- con interés. Es simple cuando no se estipula una compensación en - dinero, o algún otro valor, por la transferencia de la cosa, de tal - manera que el mutuuario sólo reportará la obligación de restituir - ésta, y se llama con interés, cuando sí queda pactada esa compensación al momento de celebrar el contrato; en este caso generalmente el deudor se obliga a pagar una suma de dinero por el disfrute de --

valor dado en mutuo, además de la restitución de la especie recibida. El interés no sólo puede consistir en dinero, sino en cualquier otra ventaja de orden económico, es decir, en especie.

Elementos esenciales. - Respecto a este contrato de mutuo, hay que señalar sus elementos de existencia y de validez. En cuanto a los primeros, el consentimiento se sujeta a las reglas generales y el objeto tiene estas características especiales: sólo pueden ser objeto de mutuo los bienes fungibles, tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primer uso, como los que no lo son. En éste, como en algunos otros contratos, se suele confundir el carácter de bien consumible con el de fungible, y es que la fungibilidad generalmente corresponde con la consumibilidad. Pero, por bien consumible se entiende aquél que se agota con el primer uso, y por fungible, aquél que tiene un poder liberatorio equivalente en los pagos, es decir, que en el cumplimiento de las obligaciones tiene -- igual valor al de otro bien y, por tanto, puede intercambiarse al momento de realizar su devolución.

Pues bien, el mutuo debe recaer sobre bienes fungibles y los bienes consumibles que no sean fungibles, no pueden ser objeto de este contrato.

En cuanto a sus elementos de validez, es necesario mencionar en primer término a la capacidad, que debe ser la especial para enajenar a efecto de dar y recibir en mutuo, ya que el contrato, -

como he dicho, es traslativo de dominio y a su vez, el mutuuario - se obliga a restituir, lo que significa que tanto mutuante como mutuuario ejecutan actos de dominio, para lo que se requiere, según las - reglas generales, capacidad especial.

Por otra parte, en el mutuo, como en cualquier otro contrato en que no se cumplan los elementos de validez, el efecto -- será la simple restitución anticipada y nunca podrá tolerarse un enriquecimiento sin causa.

Otro elemento de validez en este contrato y relaciona- do igualmente con la capacidad, es el de la lesión, la que ha sido espe- cialmente reglamentada por el Código actual en el contrato de mutuo - con interés. Los casos típicos de lesión se han presentado en la usura y por ésto el derecho la ha combatido a través de esta figura.

No obstante que los Códigos de Comercio anteriores al vigente admitieron la lesión para el contrato de compraventa única- mente, al reglamentar la sociedad se declaró la nulidad de las cláusulas leoninas, es decir, de aquéllas en que todas las ganancias fuesen - para un socio y todas las pérdidas para el otro. En el contrato de mu- tuo la usura no fue prevista por el Código de 1884, de tal manera que - se respetó el principio de la autonomía de la voluntad, y el de la obli- gatoriedad de los contratos.

Pero ya en los Códigos Penales nuestro y contemporá- neos, se tomaron medidas para evitar el fraude en los casos de inte- rés desproporcionado, explotando la ignorancia o las malas condicio-

nes económicas. Al respecto, el artículo 387 fracción VII del Código Penal para el Distrito Federal, dice: "Las mismas penas señaladas - en el artículo anterior (es decir, las que se imponen para el delito de fraude, consistentes en prisión que puede ir desde tres días y doce - años y multa desde cinco hasta diez mil pesos), se impondrán: ... VIII.- Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos - o lucros superiores a los usuales en el mercado".

No obstante que nuestro Código vigente toma del alemán y del suizo el concepto de lesión, (en el sentido de aceptar que - es sobre todo en los contratos de crédito y especialmente en el mutuo con interés en donde se presenta el problema de la usura), sólo protege al que ha sido víctima en el mutuo de una explotación indebida por su ignorancia, miseria o inexperiencia, estipulando un interés más - alto que el legal, con una acción de reducción equitativa del tipo de - interés convencional, dejando esta reducción al criterio judicial. -- Todavía no existe la repudiación absoluta del acto ilícito consistente en la explotación indebida. Aún existe la tendencia a considerarlo válido y a que surta efectos. Sólo se admite como remedio la reducción equitativa. Económicamente, la solución es correcta: si la -- explotación indebida origina la desproporción en el tipo del interés, la protección eficaz consistirá en reducir ese tipo. Sin embargo, la protección es perfecta sólo para el futuro. Respecto de las prestaciones pasadas y los intereses pagados, no hay reducción ni restitución.

En cambio, la sanción de nulidad abarca las prestaciones pagadas con anterioridad que en ocasiones pueden tener mayor interés pecuniario, indudablemente, que las que deban pagarse. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, no debe aceptarse que un acto viciado e ilícito sea tolerado por el derecho, por una simple modificación de sus términos, suprimiendo la explotación indebida para lo futuro.

El caso de lesión en nuestro Código, está clasificado entre los de nulidad relativa, conforme al artículo 2228, pero al mismo tiempo el artículo 17 provoca un problema de técnica, en virtud de que señala una acción de rescisión o de disminución de la prestación, señalando igualmente un término para intentarlas. Así, lo que en el Código alemán es nulidad absoluta, en el artículo 17 es rescisión, en el artículo 2228, nulidad relativa; en el Código Penal, delito de fraude, y en el mutuo con interés, contrato válido, simplemente sujeto a reducción. O sea que existen, de hecho, una variedad de criterios para solucionar este problema jurídico. A su vez, el artículo 2396, desde otro ángulo de vista, permite para combatir la usura, llegar a una rescisión especial del contrato. Para los casos en que el interés sea superior al legal y se haya estipulado un plazo, el deudor puede, después de 6 meses de concertado el contrato y mediante aviso previo de dos meses, reembolsar el capital antes de que fenezca el término fijado. Es una rescisión especial, porque en definitiva obliga a respetar el

contrato por 8 meses, 6 que se imponen como previos para dar aviso y 2 que deben pasar después de éste. El deudor hará consignación de la cantidad y quedará liberado, en el caso de que el mutuante se rehúse a recibirla.

Se pueden armonizar todas estas situaciones tan especiales, en relación al contrato de mutuo con interés, diferenciando los casos de fraude y los de lesión, tal y como lo prevé el artículo 2228, a fin de abarcar las consecuencias restitutorias de la nulidad. O bien, concretar el caso a un problema civil de acto válido, pero con una acción para obtener sólo la reducción equitativa del interés, conforme al artículo 2395.

Anatocismo. - Es un pacto virtud del cual mutuante y mutuuario convienen en que los intereses se capitalicen y produzcan a su vez, nuevos intereses.

El artículo 2397, siguiendo su tendencia proteccionista con respecto al mutuuario, prohíbe la capitalización de intereses, es decir, el pacto llamado de anatocismo, lo que constituía otra forma de lesión tolerada por el Código de 1884, dentro del principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, el precepto no es absoluto: sólo declara nulo el pacto en que de antemano se estipule la capitalización de intereses; pero puede el deudor, después de causados, otorgar un contrato nuevo, para capitalizarlos.

La capitalización de los intereses es peligrosa porque aumenta con rapidez el pasivo de los deudores poco afortunados, que -

no pueden pagar regularmente los intereses de sus deudas. Supongamos el tipo de interés fijado al 4%. Si los intereses no son pagados, y se suman cada año al capital, éste se duplicará más o menos en diecinueve años.

Ya en la antigüedad se habían experimentado los peligros del anatocismo. Muchos usureros abusaban de esta convención, que a primera vista parece favorable a los deudores, pues les dispensa de pagar anualmente los intereses, pero que tiende a agobiarlos rápidamente bajo el peso de sus deudas.

El antiguo derecho había conservado la prohibición tradicional, pero el Código Civil no la reprodujo.

Teoría de la Imprevisión. - Este problema de la ley también debe relacionarse con el de la teoría de la imprevisión de los contratos. Constituye un caso en que esa teoría ha recibido su reconocimiento expreso en la ley, de tal suerte que, lo que es imprevisible en los demás contratos, está previsto en el de mutuo. El legislador no ha podido todavía resolver este problema para todos los demás contratos, elaborando una regla general que dé un criterio al juez, para modificar los contratos ante circunstancias extraordinarias que eviten de tal manera su cumplimiento o que lo hagan en ocasiones imposible -- desde el punto de vista económico.

Para el mutuo con interés, ha dado una regla que puede servir como criterio para los casos generales de imprevisión.

Es decir, podría sostenerse que cuando las circunstancias se alteren

en forma tal que uno de los contratantes se encuentre imposibilitado para poder cumplir sus obligaciones, por una crisis económica, el juez podrá decretar una reducción equitativa en el monto de las mismas.

Para concluir el análisis de los elementos de validez, sólo resta decir que en mutuo, el consentimiento puede manifestarse expresa o tácitamente, y por tanto, es consensual en oposición a formal; que no necesita para su validez ni siquiera la expresión verbal cuando, de los actos ejecutados, se desprende claramente la voluntad tácita de dar y recibir en mutuo.

Como medida de seguridad, se recurre no sólo a la expresión verbal, sino a la forma escrita y, en ocasiones, como formalidad ad probationem, debe otorgarse el mutuo por conveniencia procesal, en escritura pública, sobre todo para la procedencia de la acción ejecutiva.

Ahora bien, en relación a las obligaciones del mutuante, puede decirse que según la definición y considerando que en el Código vigente el mutuo es un contrato bilateral, el mutuante estará obligado a transmitir el dominio de la cosa fungible al mutuuario. La transmisión del dominio de la misma, se rige por las normas generales, de tal suerte que no se operará la traslación de la propiedad, sino hasta que la cosa se haga cierta y conocida de la otra parte.

Es conveniente determinar en esta figura, el momento en que se transmite la propiedad al mutuuario para resolver el

problema de los riesgos y también para el caso de evicción.

En cuanto al primer problema, existe el principio general de que los géneros nunca perecen. Como el mutuo recae sobre géneros, tenemos la aplicación inmediata de este principio para dicho contrato. La regla dada, supone que no ha existido la entrega real, jurídica, virtual o ficta, puesto que si se hace la entrega en cualquiera de esas formas, o el mutuuario manifiesta conocer la cosa, de tal manera que ésta se individualice, ya la regla deja de tener aplicación.

La cosa genérica se convierte por la entrega o por el conocimiento que de la misma tenga el mutuuario, en un bien individualmente determinado.

El principio, en este caso, no se aplica por dos razones: primero porque ya no se trata de géneros y segunda, porque la cosa peca siempre para el dueño de la misma, que en el caso es el mutuuario, a quien se le transmitió el dominio desde el momento en que la cosa se hizo cierta y determinada con su conocimiento.

Una segunda obligación del mutuante consiste en entregar la cosa al mutuuario, como consecuencia de la transmisión de la propiedad operada en su favor. La entrega de la cosa se rige de acuerdo con las normas generales de la compraventa, siguiendo el principio de la exactitud en los pagos.

Otra obligación del mutuante consiste en responder

de los vicios o defectos ocultos de la cosa, siempre y cuando los conozca y no los manifieste al mutuuario.

Además, tiene la obligación de responder por la evicción; es decir, que siguiendo la regla general, si el mutuuario es privado de la cosa por virtud de sentencia ejecutoriada anterior a la traslación del dominio, el mutuante debe responder, excepto si categóricamente por pacto expreso, el mutuuario acepta los riesgos de la evicción, o cuando no denuncia el pleito oportunamente al mutuante, cuando celebra transacción, compromiso en árbitros, o cuando sea anterior al contrato la causa que motiva la evicción, o imputable al mutuuario.

Una obligación especialísima del mutuante consiste en pagar el impuesto sobre la renta. Esta especialidad radica en que ya no es una obligación en favor del mutuuario, sino del Fisco.

Respecto de las obligaciones del mutuuario, la principal es desde luego la de restituir bienes de la misma especie, calidad y cantidad, de los que haya recibido en mutuo.

Respecto de las obligaciones monetarias, serán motivo de apartado especial en capítulos posteriores.

Pero sí conviene hablar aquí de la restitución en tiempo, lugar, forma y sustancia convenidos: si no se ha convenido el tiempo de restitución, dependerá éste de la naturaleza de la cosa. En cuanto al lugar, el mutuuario debe restituir en diferentes lugares, según sea la naturaleza de la cosa prestada, y a falta de convenio, en el domicilio

del deudor.

Los otros principios que rigen la exactitud en los pagos o sean los relativos a la sustancia y al modo, también se observan para la devolución de la cosa, con la característica de devolver siempre géneros de la misma especie, calidad y cantidad, y en las obligaciones monetarias, la cantidad en moneda que tenga curso legal, independientemente de que su valor intrínseco, sea diferente del nominal o de que la especie entregada haya dejado de tener circulación.

Otra de las obligaciones del mutuuario consiste en responder de los vicios y defectos ocultos de la cosa restituida y de la evicción. Como la restitución implica el cumplimiento de una obligación de dar, en todos los casos en que derive de un contrato conmutativo, el enajenante está obligado a responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada y del saneamiento para el caso de evicción.

Respecto de la evicción también el mutuuario estará obligado al saneamiento, cuando el mutuante la sufra, es decir, cuando un tercero lo prive de la cosa por sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho anterior a la restitución. La evicción que padece el mutuante en este caso, se equipara a un no pago y tendrá, por tanto, expedita nuevamente su acción para exigir el pago en la forma y términos convenidos.

Desde otro punto de vista. haré referencia ahora al préstamo que surge entre cualquier institución de crédito y sus

clientes; dicho contrato adopta una estructura similar a la del mutuo y se documenta generalmente mediante la suscripción de un pagaré mercantil por parte del cliente.

Se trata, pues, de un préstamo de dinero con su contenido típico de obligaciones, a saber: obligación de restitución de la suma prestada y obligación de pagar intereses. Para Garrigues (3) se trata de un contrato bilateral precisamente porque el banco cede su dinero para recibir un interés, y esta recepción de intereses constituye, por tanto, la causa del contrato para el banco.

Es práctica usual de nuestra banca, que los sujetos idóneos de crédito gocen de determinada cantidad de "préstamos directos" y de otra determinada cantidad en "descuentos", dentro de su línea de crédito.

En los "préstamos personales", el banco no persigue de inmediato la conveniencia de saldos en Cuentas de Cheques, - sino más bien la promoción e incremento de las Cuentas de Ahorro y el cumplimiento de una función de promoción y ayuda al negocio en pequeño, al artesano, al profesionistas, etc. y en cierto sentido, apoyo al "crédito de consumo", es decir, al crédito consuntivo, entendiéndose por tal aquél en que los fondos se emplean en bienes o servicios -- que se consumen o se acaban, sin producir riqueza.

Se distinguen tres categorías, a saber:

Créditos personales de promoción o ayuda financiera a pequeños negocios.

Créditos personales de consumo.

Y Créditos personales para gastos específicos.

a) Para el otorgamiento de los créditos personales, los bancos tienen como elementos de juicio: la solvencia moral del solicitante determinada por una encuesta de carácter especial; su arraigo en una actividad productiva, de la que dependan sus ingresos fijos o básicos; la cuantía de dichos ingresos; sus aptitudes de la actividad, sea de la índole que fuere; su capacidad económica para liquidar el crédito solicitado; sus fuentes adicionales de ingresos y las garantías personales o reales que pueda ofrecer.

En un Manual de Instrucciones sobre Préstamos Personales citado por Mario Bauche Garcíadiego (4), se reglamenta el servicio de préstamos personales, desde el punto de vista de los usuarios, como sigue:

1.- No se otorgarán esta clase de préstamos a --- "sociedades".

2.- En principio, esta clase de operaciones no podrán tener como finalidad cubrir adeudos contraídos por el solicitante, salvo casos especiales.

3.- El crédito tendrá un propósito productivo o de --- ayuda financiera al negocio en pequeño, al profesionista, etc., para -- atender necesidades legítimas de las personas dentro de sus capacidades y posibilidades.

4.- Cuando el crédito tenga como finalidad el consumo, se destinará preferentemente a la adquisición de artículos o bienes duraderos que mejoren el standard de vida familiar y cuando su destino sea cubrir gastos, éstos deberán tener un objeto útil para el usuario, como reparación de casas, coche, gastos escolares, atención médica,

pago de seguros, vacaciones, etc. Siempre se evitará otorgar este préstamo para finalidades y gastos superfluos, pues la experiencia ha mostrado que esto desequilibra la economía de las personas y los presupuestos familiares.

5.- Esta clase de préstamos se otorgarán con o sin garantía, y el plazo máximo para su amortización será de 11 meses "y fracción".

6.- Para que estos préstamos tengan el efecto psicológico deseado, deberán ser económicos para el usuario y sencillos en su trámite, devengando un interés de acuerdo con las normas establecidas que generalmente es del 12% anual...."

10.- La amortización se hará mediante pagos periódicos mensuales.

11.- Requieren de una investigación concreta y especializada".

b) El enfoque de la política hacendaria y bancaria ha sido la de no comprometer los fondos de las instituciones de crédito en préstamos consuntivos, o sea en créditos en que los fondos se emplean en bienes o servicios que se acaban sin producir riqueza. Sin embargo, desde 1962, por reformas a la ley bancaria, se introdujo la posibilidad de que las instituciones de Ahorro intervinieran en operaciones de crédito para la adquisición de bienes de consumo duradero, posibilidad que fue extendida a las instituciones de depósito y a las sociedades financieras, en 1965.

El propósito de la medida fue el de impulsar en for-

ma importante la adquisición de bienes de consumo duradero no su-
tuarios, para un extenso sector de la población que normalmente no
tiene acceso al crédito bancario.

Este tipo de préstamo no puede ser otorgado sino
a personas físicas y deberá ser destinado exclusivamente a la adquisi-
ción de bienes de consumo duradero, de los que en la terminología co-
mercial se denominan de "línea blanca" y "línea negra".

c) Los créditos para "actividades determinadas",
solamente pueden ser otorgados a favor de empresas establecidas per-
manentemente en la República y la hipoteca constituida en favor de la
sociedad financiera sobre la unidad completa de una empresa industrial,
agrícola o ganadera, deberá comprender no solamente los inmuebles,
sino también concesiones, todos los muebles, y abarcar incluso hasta
el dinero en caja de la explotación corriente, y los créditos a favor
de la empresa nacidos directamente de sus operaciones, sin perjuicio
de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimien-
to normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del
acreedor, salvo pacto en contrario.

Pero este tipo de préstamo bancario sale definiti-
vamente de nuestra idea básica, tema del presente trabajo, por lo que
dedicaremos los capítulos siguientes a realizar un estudio comparati-
vo entre nuestra legislación en cuanto al préstamo, y los códigos re-
lativos en los países hermanos de Venezuela y Ecuador.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS. CAPITULO PRIMERO.-

(1) DE PINA VARA, RAFAEL. Derecho Mercantil Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México, 1967.

(2) PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo X, "Los contratos civiles".

(3) GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, Madrid, 1947.

(4) GARCADIIEGO, MARIO B. Operaciones Bancarias, - Edit. Porrúa, S.A., 1951.

C A P I T U L O I I .
ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE
LA LEGISLACION MEXICANA Y -
LA DE VENEZUELA.

A. - Elementos,

B. - Conceptos diferenciales.

C. - Opinión Personal.

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO:

La legislación en su artículo 358 reputa mercantil el préstamo, cuando:

Se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio. Y el préstamo que se contrae entre comerciantes,

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO:

La legislación extranjera tiene similitud en su artículo 527, al indicar: el préstamo es mercantil cuando concurren las circunstancias siguientes:

Que alguno de los contratantes no comerciante - (esta legislación no lo presume como la nuestra, dado que califica el préstamo como mercantil a pesar de que uno de los contratantes no lo sea, indistintamente, sea el acreedor o deudor); que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio.

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO:

En su artículo 359 establece:

Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el -- deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pa-

go, sin que esta prescripción sea renunciable.

Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor, será en daño o beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllas se hubieran extinguido, -- salvo pacto en contrario.

Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se - hubiere extinguido la especie debida.

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO, -

Las consideraciones previstas en el artículo 359 - de nuestro Código de Comercio, no las tiene esta legislación objeto del estudio comparativo.

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO, -

El artículo 360 regula: en los préstamos por tiempo indeterminado, no podrá exigirse al deudor el pago, sino después de los treinta días siguientes a la interposición que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial ante un Notario o dos testigos.

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO, -

En la normación de este cuerpo legislativo, sólo señala lo siguiente:

"En los préstamos hechos por tiempo indeterminado, no puede exigirse el pago sin prevenir al deudor con treinta días de anticipación", sin indicar las autoridades competentes o los medios para la notificación para el préstamo de plazo indeterminado.

En cuanto a los intereses, -

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO, - En su artículo 361, ordena: "Toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés".

Asimismo, el artículo 362, a la letra indica: ---
"Los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.

Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la --- mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.

Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, -
el rédito por mora será el que los mismos títulos o valores deven-

guen , o en su defecto el seis por ciento anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la bolsa, si fueren cotizables o, en caso contrario, por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento".

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO.-

Esta legislación, en su artículo 529, señala a la letra: "El préstamo mercantil devenga intereses, salvo convención en contrario. Debe hacerse por escrito la estipulación de un interés distinto del corriente en la plaza, y la que exonere de intereses al deudor. Si la deuda consistiera en especies no amonedadas, se estimarán para el cálculo de intereses, y por su valor en el tiempo y lugar en que se contrajo".

Comparando ambas legislaciones, logramos desprender que lo pactado en materia de intereses nunca puede ser en forma verbal, sino por escrito y señalando obviamente el tanto por ciento, y en caso de eximirse al deudor del pago de intereses, también debe señalarse en forma escrita; consecuentemente no es admisible el acuerdo de voluntades de índole oral.

Por otra parte, en materia de no pactar por escrito los intereses, la legislación mexicana prevé el pago de un interés del 6% anual, cantidad que en la actualidad no es comparable con ninguna

política financiera, por ser un interés de carácter irrisorio; al -- contrario, la legislación venezolana participa de un criterio más -- amplio, al señalar que para los efectos del no pacto de intereses, debe estarse a dos presupuestos de hecho: el primero de ellos es la configuración del tiempo, y en segundo lugar, la jurisdicción o lugar en donde se contrajo la obligación.

Esta situación ubica necesariamente a la conducta de las partes al interés que rija en el país y en la época determinada, fundándose en la costumbre de índole mercantil o en los dictámenes que emitan las autoridades correspondientes, tratándose de la regulación del interés en materia de préstamos.

Nuestra legislación llega a señalar la forma y términos que debe solventar el préstamo en títulos o valores, y la legislación venezolana no señala ningún precepto con respecto a los mismos.

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO.-

El artículo 363 ordena: "Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos".

Lo que este precepto señala, es que no es permitido lo que se conoce como anatocismo, para evitar que el deudor siempre se encuentre en la situación de desventaja frente al acreedor.

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO. -

El ordenamiento extranjero regula una situación similar en su artículo 530, al decir: "Que no se deben intereses sobre intereses, mientras que, hecha liquidación de éstos, no fueren incluidos en un nuevo contrato como aumento de capital. También se debe cuando de común acuerdo, o por condenación judicial, se fije el saldo de cuentas incluyendo en él los intereses devengados".

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO. -

Prevé la siguiente situación jurídica en su artículo 364: "El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos.

Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital".

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO. -

En su artículo 531 establece un principio, considerando lo siguiente: "El recibo de intereses pagados además sin reserva, hace presumir el pago de los devengados anteriormente".

Esta legislación no regula el recibo del capital que nuestra legislación considera: que cuando se otorgue éste, se encuentran cubiertos los intereses; en cambio, la legislación venezolana sólo presume que los intereses anteriores no señalados en el recibo, se encuentran liquidados: considerando que -- nuestra legislación en este sentido, es más justa para el deudor, porque al extinguir el capital, necesariamente los intereses no se podrán causar.

Y aquí cabe mencionar el artículo 387 del Código Penal para el Distrito Federal, que al señalar los tipos del delito de fraude específico, menciona en su fracción VIII: "... al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de - contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros - superiores a los usuales en el mercado... "

A esto se llama en nuestro Derecho "fraude de usura", sancionado también civilmente en el artículo 17 del Código Civil: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria Inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligue, el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su -- obligación".

El fraude tipificado en la fracción examinada, -- presupone en el pasivo ignorancia o inexperiencia sumas o sea un -

estado de indefensión frente a las malas artes del agente; o bien - un cierto apremio económico que obliga al pasivo a reconocer las ventajas usurarias que el activo le impone. El dolo del activo consiste en la conciencia y voluntad de aprovechar aquellas circunstancias para obtener las ventajas usurarias que amparan sus contratos o convenios.

El interés legal es "del nueve por ciento", pudiendo ser también convencional y por ello mayor o menor que el legal; cuando 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; es éste el criterio del Código Civil para el Distrito Federal, señalado en el artículo 2396.

El Dr. Raúl Cervantes Ahumada (1), dice: "Como un freno al pacto de intereses usurarios, el Código Civil dispone que si se ha establecido un interés más alto que el legal, el deudor, después de 6 meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualesquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos, (Art. 2396); sería justo, - para evitar abusos, aplicar esta disposición en el campo mercantil".

Como hemos mencionado, el mutuo o préstamo - es el más antiguo y típico de los contratos de crédito.

La concepción del mutuo como negocio de crédito, que es la que interesa al mercantilista, no puede basarse en la tesis de la fructificación; el interés en el mutuo se basa en la posibilidad de cambiar el capital por un suelo productivo de renta, mas por este hecho, una suma de dinero no puede considerarse productiva, puesto que pasa a ser propiedad del que la recibe, convirtiéndose en una cosa diferente.

Tampoco parece aceptable la teoría de la productividad conforme a la cual el capital produce un interés.

Los intereses, para quienes sostienen la teoría de la productividad, son la contraprestación que se debe pagar por el uso y goce del capital y entienden que las cosas pueden gozarse continuamente en el tiempo y restituirse.

Pothier señaló que no puede haber goce derivado de un acto único de enajenación o de consumo.

Algunos partidarios de la teoría del goce o uso, los germanos, entienden que el capital es el objeto del mutuo y ven en él una suma de valores, que no pierden su sustancia aunque -- cambie de forma. El capital así considerado sería algo fungible, y las cosas que lo integran, intercambiables, de suerte que el valor es lo que sobrevive a la enajenación o consumo de las cosas.

Algunos tratadistas señalan que el objeto del mutuo no es una cosa sino un valor diferenciándose del comodato y --

arrendamiento, separando el valor de la cosa del uso de la misma. No les parece aceptable pues no existen "valores abstractos aunque sí cosas valiosas."

Carresi entiende que el crédito es un derecho personal de obligaciones.

En el mutuo oneroso el cambio se realiza no entre el capital dado y el recibido, pero entre el disfrute del capital y el -- precio correspondiente, conviene considerar el interés.

El crédito es derecho creado a la exclusiva para -- la circulación, que en el mutuo se concede en disfrute; en el depósito en custodia, aún con facultad de uso por el depositario y en la prenda en garantía.

La doctrina del cambio también llamada del lucro y del beneficio, entienden varios estudiosos del derecho que las cosas no se dan en goce de una cantidad ideal, pero en propiedad para obtener otras cosas en cambio; en el mutuo el tiempo es elemento esencial de suerte que se trataría de una diferencia cronológica y no cuantitativa como en la compraventa, las cosas dadas y las recibidas. -

Carnelutti (2) no coincide con esta doctrina en -- cuanto emplea la dicción "cambio", pues no cree que la finalidad -- del mutuo sea dar cosas fungibles para después recibir otras en cambio, transcurrido cierto tiempo.

Luis Muñoz (3) entiende que los elementos del -- contrato de mutuo como cualquier otro negocio de crédito, son la --

substitución, elemento traslativo -entrega y restitución- y el aplazamiento, bien entendido que en la praxis comercial, los intereses son normalmente otro elemento del negocio jurídico bilateral, puesto que en el préstamo comercial no cabe presumir la gratuidad.

En cambio, en el Derecho Romano, el mutuo era gratuito; la entrega y la restitución lo caracterizaban plenamente.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS. CAPITULO SEGUNDO.-

(1) CERVANTES AHUMADA, RAUL. Derecho Mercantil.
Editorial Herrero, S. A., México, 1975.

(2) CARNELUTTI, Sulla distinzioni fra quote ed azioni,
Riv. Dir. Comm, 1915, Tomo II.

(3) MUÑOZ, LUIS. Contratos Comerciales. Buenos Ai-
res, 1960.

**CAPITULO III. -
EL PRESTAMO EN LA LEGIS-
LACION ECUATORIANA.**

- A. - Elementos.**
- B. - Conceptos diferenciales.**
- C. - Opinión Personal.**

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO. -

Nuestra legislación, en su artículo 358 reputa -
mercantil el préstamo cuando: "se contrae en el concepto y con ex-
presión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio".

Y se presume mercantil el préstamo que se con-
trae entre comerciantes.

CODIGO DE COMERCIO DE LA REPUBLICA DE
ECUADOR.

La legislación extranjera tiene similitud en su -
artículo 553, al señalar que el préstamo se tiene por mercantil cuan-
do se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas presta-
das se destinan a actos de comercio.

"Aunque las partes no sean comerciantes,"-- -
Nuestra legislación presume que es mercantil el que se contrae entre
comerciantes, y en cambio este ordenamiento sólo atiende al aspecto
objetivo del acto de comercio, sin interesar las personas que en él -
intervienen.

CODIGO DE COMERCIO MEXICANO. -

En el artículo 359 se establece: que consistien-
do el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad -
igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente en la Repúbl-

ca al tiempo de hacerse el pago sin que esta prescripción sea renunciable.

Si se pacta la especie de moneda siendo extranjera, en que ha de hacerse el pago, la alteración que experimente en valor, será en daño o beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.

Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida.

CODIGO DE COMERCIO DE ECUADOR.-

Esta legislación regula en su artículo 556 el pago en moneda nacional y en moneda extranjera, señalando literalmente:

"En los préstamos hechos en dinero por una -- cantidad determinada genéricamente, cumple el deudor con devolver cantidad igual numérica, con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolución.

Pero si se hizo sobre monedas específicamente

determinadas, con la condición de devolver otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, aún cuando se hubiere alterado el valor de la moneda".

Ambos Códigos de Comercio contienen el principio de devolver la misma cantidad pactada en moneda extranjera, sin considerar que el préstamo original se haya pactado en moneda nacional y sólo el pago en numerario distinto; esto coloca al deudor en desventaja al tener que regresar moneda distinta de la recibida por el simple hecho de haberse pactado el pago en moneda extranjera.

Con lo anterior quiero señalar un principio: que cuando se pacte el pago en moneda extranjera y se reciba moneda nacional, originalmente podrá extinguirse el pago con la simple entrega de la moneda nacional al equivalente a la fecha de contratación. El sentido de equidad lo encontramos en la Ley Monetaria vigente, pero previamente indicaré en forma breve lo que repercute el pagar en moneda extranjera, tanto en las referencias históricas con que contamos al respecto, como, y sobre todo, en relación a nuestro país:

Obligaciones en moneda extranjera son las contraídas entre personas residentes en distintos países, aunque tales personas posean una misma nacionalidad, siempre que la

moneda utilizada en sus transacciones pecuniaras sea ajena a la propia comunidad de pago. Esta última consideración es lo que califica de extranjera a una moneda.

La importancia de la moneda extranjera en las relaciones económicas, políticas y sociales se advierte en -- cualquier momento de la perspectiva histórica humana. Desde -- la época romana hasta los reinos medievales, y desde entonces -- hasta la aparición de las nacionalidades con sus Estados autónomos, la función y variedades del dinero fueron perfilándose más y más hasta el presente, con todos los tipos de dinero y las diversas monedas actuales.

Si se examinan los antecedentes inmediatos, podrá decirse con certeza, que fue a partir de mediados del siglo XIX cuando las cuestiones financieras ocuparon un lugar cada vez más importante en las relaciones entre los Estados y entre los -- pueblos, a medida que se incrementaban los movimientos internacionales de capitales. Frecuentemente han sido estudiadas las -- causas de tales movimientos: acrecentamiento del ahorro individual y, por consiguiente, de la riqueza mobiliaria, en varios grandes Estados, merced al aumento de las actividades industriales y -- del nivel de vida; nacimiento e impulso de la sociedad por acciones; facilidad de las relaciones comerciales, gracias al desarrollo de las comunicaciones y al de los transportes terrestres y marítimos; nuevo estado de ánimo del pueblo ahorrador respecto de los países lejanos, creado por la lectura de la prensa y el inte-

rés de los viajes; en fin, progreso de la organización bancaria, que encauza los capitales y orienta las inversiones.

Con la liberación -mayor o menor- de los regímenes de control de cambios y con la convertibilidad de las monedas, las economías de los pueblos entran en una fase de neo-liberalismo y las relaciones financieras internacionales se intensifican. Las obligaciones en moneda extranjera adquieren cada vez mayor volumen.

Entre los contratantes existe una tendencia general a elegir como moneda contractual la del país conectado con el negocio jurídico que sea más fuerte económicamente. Esto explica por qué los problemas que surgen de las obligaciones en moneda extranjera no son, comparativamente, tan importantes en los Estados Unidos y no lo fueron antaño en gran Bretaña: siempre tuvieron más trascendencia en el Continente europeo y en Iberoamérica. En algunos países europeos, la moneda extranjera es empleada en gran escala en contratos que no sobrepasan la esfera local, a fin de que los respectivos derechos y obligaciones emergentes reposen sobre una base más estable.

La elección de moneda extranjera no siempre ha respondido a una motivación de defensa de los intereses del acreedor o del deudor; también resulta instrumento de especulación. Las operaciones económicas-financieras que abarcan hoy las más complejas iniciativas comerciales, no permiten desconocer esta faceta de la especulación que, de incentivo e impulso promotor

de grandes empresas, degenera a veces - cuando se abusa de medidas de excepción para obtener ventajas ilícitas- "en cáncer que las corroe y malogra" (1).

Tanto en operaciones financieras públicas - como privadas la especulación constituye a veces, bajo formas -- de legalidad, una laera social que es necesario perseguir, especialmente en el sector de la moneda extranjera que nos hemos - propuesto tocar dentro de nuestro trabajo.

En general, se suele hablar de obligaciones en moneda extranjera para indicar aquel conjunto de relaciones -- que se llevan a cabo en un signo monetario que no es el nacional. Ahora bien, puede haber obligaciones que sean pagaderas en moneda extranjera y que no rebasen el ámbito nacional, por ser contraídas entre ciudadanos de un mismo Estado y, propiamente, -- aquellas otras obligaciones contraídas en moneda extranjera llamadas obligaciones monetarias internacionales, porque una o varias personas que concertan el pago, pertenecen a nacionalidad distinta y su moneda no les es común.

De aquí que entre las obligaciones en moneda - extranjera y las obligaciones monetarias internacionales, la nota diferencial radique en el ámbito nacional o internacional en que se -- desenvuelven. Cuando ciudadanos de un mismo Estado contraen obligaciones en moneda extranjera y están sometidos a un régimen de -- curso forzoso, la moneda prometida está in prestatione pero no in solutione, por cuanto la moneda extranjera elegida, aunque se ha -

pactado en la prestación obligatoria, tan sólo actúa como un índice de valor para el momento del pago o ejecución de la deuda, si bien debe entregarse por el deudor moneda de curso forzoso. Entonces se ha utilizado como un índice monetario que suele constituir una de las llamadas cláusulas de estabilización del valor monetario: la cláusula valor moneda extranjera, frecuente en aquellos contratos de tracto sucesivo en que, ante el temor de que se deprecie la moneda nacional, se invoca una moneda extranjera --- "fuerte" para que actúe como índice de conversión en el momento del pago.

Del estado general de desorientación que surge en casos como el que mencionamos, pueden deducirse algunas conclusiones:

a) El imperio de los valores morales y económicos ha de ser, necesariamente, restaurado. La suplantación de un entendimiento universal y de principios generales por la adopción de axiomas relativos de corto alcance y de área concreta, como los propios ideales territoriales, podrá paliar la necesidad latente, mas no la remedia.

b) La moneda dejó de ser expresión auténtica de la medida del valor patrimonial real, para convertirse en una escala relativa y ficticia, bajo normas dirigidas y para una economía determinada.

La significación de la moneda, que ha de mantener vivos sus caracteres clásicos permanentes de instrumento de cambio, medida común de valor y elemento liberador de toda clase de obligaciones, - permite formarse idea de la necesidad de un reajuste económico en el que las obligaciones monetarias, principalmente en moneda extranjera, sean - estimuladas mediante una vigorización del crédito y del ahorro.

c) Esa necesidad y ese reajuste no se conciben sin una base moral que inspire a gobernantes y gobernados y que no puede reflejarse solamente en medidas de vigilancia y de represión. De otro modo, las especulaciones agravarían el mal de origen hasta hacerlo prácticamente insoluble. Los deudos procedentes de obligaciones en moneda extranjera vienen a representar la sustancia del crédito, motor del comercio y de la actividad económica. Si esas obligaciones no se cumplen, o se conciben con una finalidad ilícita, se dañará gravemente al crédito y al ahorro.

Las obligaciones estrictamente monetarias no pueden, por su naturaleza genérica, ser tratadas en idéntico plano que las de prestación de servicios, alimentos, o de dar un objeto determinado, y tantas otras figuras jurídicas donde la moneda se conjuga como un equivalente de la necesidad o del interés en el ámbito del Derecho Privado; máxime, cuando se produce un cambio radical de las circunstancias económicas, jurídicas y sociales de una comunidad nacional concreta que repercuten sobre la moneda. Tal cambio de circunstancias puede llevar a la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, con objeto de restablecer la equivalencia de las aludidas prestaciones.

Lemkin (2), dice al respecto: "La cláusula rebus sic stantibus, se ha enfrentado, en la doctrina jurídica, con el principio pacta sunt servanda. La primera se atiende a razones de equidad y brinda al juez la posibilidad de tener en cuenta las modificaciones de las condiciones exteriores mediante una sentencia dictada ex aequo et bono. El segundo garantiza la seguridad de los negocios, en cuanto --

reconoce la intangibilidad de las obligaciones concertadas."

De la mencionada cláusula que, después del auge que alcanzó en la Edad Media, yacía prácticamente en el olvido desde los siglos XVII y XVIII, ha vuelto a hacerse uso, aunque con extremada cautela y en casos singulares, por los tribunales de diversos países, ante las profundas alteraciones y crisis económico-monetarias que pudieran determinar una manifiesta desigualdad en las contraprestaciones de las partes según la letra del contrato. Es evidente que la cantidad convenida y a pagar en determinado lapso de tiempo, por suministro de materiales o por una cosa vendida, no tiene el mismo valor si entretanto la moneda de pago ha experimentado una sensible devaluación o un aumento de poder adquisitivo; y tratando de evitar la contraprestación injusta, por desproporcionada y contraria a la intención que racionalmente presidió el contrato, la función judicial se convierte en moderadora y equitativa.

Los tribunales de diversos países han aplicado en sustancia la cláusula rebus sic stantibus a gran número de contratos sinalagmáticos, especialmente a los de tracto sucesivo, para acomodar los precios a la baja de la moneda. Es notorio que incluso el legislador hubo de fijar, por necesidades de mercado o abastecimiento, precios oficiales o de tasa a múltiples mercancías o productos. El espíritu de la norma, ha presidido esa función reguladora de Derecho, por más que se hayan elaborado ciertas teorías justificativas que, en el fondo, no son sino manifestaciones de la repetida norma: en el Derecho francés,

y no obstante el culto jurisprudencial que el mismo rinde al principio pacta sunt servanda, la teoría de la imprevisibilidad; en la doctrina - alemana y austríaca, la de la diferencia desmedida en la prestación; - en el common law, la tesis de la condición implícita, para aliviar la carga del deudor cuando se produzcan sucesos imprevisibles que hagan razonablemente imposible el cumplimiento de la obligación.

La norma rebus sic stantibus ha trascendido del ámbito judicial al legislativo. Así, fue acogida ya por el Código de las - Obligaciones de Polonia, de 1934, y en cierta forma, por el Código Civil Italiano.

Aparte la excepcional ponderación que requiere la aplicación de dicha norma por los tribunales, parece lógico que, por la misma razón que imponga la contracción del débito en caso de revalorización monetaria, deberá imponerse la elevación del mismo en el supuesto de devaluación.

El mismo Lemkin (3) hace notar que en diversos países se ha desarrollado una jurisprudencia que, en conjunto, se pronuncia por un aumento de la suma monetaria nominal fijada en el contrato, - proporcionalmente a la disminución del poder de compra de la moneda -- devaluada.

Con todo, estas aplicaciones en el derecho civil interno de cada país, en orden a contratos de la naturaleza citada, no permiten, sin más, su extensión a las obligaciones estrictamente monetarias, - máxime si se trata de obligaciones en moneda extranjera. La cuestión se enlaza con la del cumplimiento de la obligación pactada. Por lo pronto, -

la situación del arrendatario, del comprador, etc., no es idéntica a la que se presenta en el caso de la deuda simple de dinero. Imponer una pérdida al acreedor de suma como resultado de la depreciación, es una cosa; y otra, totalmente distinta, es compeler al deudor de bienes o servicios a cumplir la prestación en virtud de una contraprestación que se ha convertido en sólo una fracción de lo que era en el momento de concluirse el contrato,

A este respecto reconocemos que los tribunales se inclinan por un enfoque diferente de estos dos problemas, concediendo al deudor un alivio en este último supuesto, aunque se lo denieguen en el primero. Situaciones que vemos reflejadas en la legislación de los países motivo del presente trabajo.

En general, el principio moderador de la cláusula rebus sic stantibus no opera en las obligaciones monetarias, particularmente en moneda extranjera. Y es que los códigos sólo conocen una imposibilidad absoluta, como es la desaparición del objeto comprometido. Se trata, pues, de lo que algunos autores llaman imposibilidad "objetiva", la cual no puede producirse jamás en las deudas de dinero, porque el dinero siempre existe y, para una especie determinada, en virtud del curso legal, se puede siempre sustituir una moneda por otra, y el oro, por papel moneda, en su caso.

Por lo demás, las obligaciones estrictamente monetarias, singularmente las internacionales, hállanse afectadas en esencia por el régimen o legislación sobre divisas del país donde se contrajeron y por el orden público del mismo.

Guisan (4), en el epígrafe titulado "Cláusulas en Moneda Extranjera y sus Deformaciones", expone respecto de la legislación comparada, el distinto rigor que cabe aplicar a las deudas nacionales y a las internacionales; y en materia de pagos de esta última categoría, a nadie se le oculta la peligrosa extensión de la cláusula rebus sic stantibus para la seguridad jurídica y la regularidad de las transacciones: extensión que puede conducir a valorizaciones contrarias a las fijadas por el poder público. En todo caso, habría que pronunciarse por el incremento de la suma nominal debida, en proporción al demérito o desvalorización del poder adquisitivo de la moneda de que se trate. Hasta en la aplicación de su Derecho Interno, los jueces en general, han extremado la parquedad, contemplando únicamente la ruina de una de las partes, un enriquecimiento ilegítimo o una acusada falta de equidad entre las prestaciones. Hoy, a tono con las corrientes de estabilización monetaria, se tiende incluso a suprimir todas esas contingencias aleatorias, volviendo a la normalidad de las relaciones jurídicas.

Por lo que se refiere a nuestro país, los artículos 4o. y 10o. de la Ley Monetaria de 1931, en sus reformas de 1935, específicamente, señala lo siguiente:

"Las obligaciones de pago en moneda extranjera, -- contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del artículo octavo de esta Ley, a menos que el deudor -

demuestre, tratándose de operaciones de préstamo, que la moneda recibida del acreedor fue -- moneda nacional de cualquiera clase, o que, -- tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la obligación, fue moneda nacional de cualquier clase; en estos -- casos, las obligaciones de referencia se solventarán en moneda nacional, en los términos de esta ley, al tipo que se hubiere tomado en cuenta -- al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida, a la moneda extranjera, o si no es posible fijar ese tipo, -- al que haya regido el día en que se contrajo la -- obligación".

Queda facultada la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para proveer, en la esfera administrativa, a la ejecución de las disposiciones de esta Ley".

- - -

Ahora bien, por lo que respecta al tiempo de la -- obligación en la figura contractual que nos ocupa, el código de comercio mexicano, en su artículo 360, regula:

"En los préstamos por tiempo indeterminado, no

podrá exigirse al deudor el pago, sino después de los 30 días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o dos testigos".

Código de Comercio de Ecuador:

Art. 554. - Regula en igual forma que el nuestro los préstamos por tiempo indeterminado, con la diferencia del tiempo - a que se hace exigible el pago y a la letra dice: "En los préstamos hechos por tiempo indeterminado, no puede exigirse el pago sin provenir al deudor con diez días de anticipación. "

Además, el artículo 555 señala elementos que - debe tomar en consideración el juzgador, cuando no es bien determinado el plazo del préstamo, al manifestar: "No resultando bien determinado el plazo del préstamo, el juzgado lo fijará prudencialmente, tomando en consideración: términos del contrato, naturaleza de la operación a que fuese destinado el préstamo y las circunstancias personales del prestador y prestamista".

Estos artículos de estudio, señalan en forma más equitativa la manera en que se habrá de hacer exigible el pago cuando no es bien determinado el plazo del préstamo, en relación con nuestro Código de Comercio, ya que si bien es cierto que el de México fija un término de treinta días después de hecha la interpelación, el Código de Comercio de Ecuador deja al arbitrio del juez el que, con el estudio de ciertos elementos que lo ubicarán en la realidad, emita su resolución en la que - se señalará el momento exigible del pago para el deudor, esto es, que - siendo el plazo de pago un elemento tan importante del contrato de prés-

tamo, y éste de carácter bilateral, se presume la voluntad del prestamista, y en esta forma no dejar en desventaja al deudor, ya que si por el tipo de operación a que fuese destinado el préstamo, el deudor no pudiera cubrir el pago a los treinta días que le señala nuestro ordenamiento mercantil, se vería en la necesidad de rematar bienes o bien obtener nuevos préstamos a intereses mayores a los estipulados legalmente, - todo esto en su perjuicio patrimonial.

El Código de Comercio Mexicano en su artículo 361 dice: "Toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste -- precisamente por escrito, se reputará interés".

Y el artículo 362: "Los deudores que demoren - el pago de sus deudas, deberán satisfacer, desde el día siguiente al de su vencimiento, el interés pactado en este caso, o en su defecto, el -- seis por ciento anual".

" Si el préstamo consistiere en especie, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que debe hacerse la devolución, el día - siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la mercadería estuviese extinguida al tiempo de hacerse su valuación". "Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que - los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto, el 6% anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la bolsa, si - fuesen cotizables o , en caso contrario, por el que tuvieran en la plaza -

al día siguiente al del vencimiento".

Código de Comercio de Ecuador. -

En su artículo 557 señala: "El préstamo mercantil devenga intereses, salvo convención en contrario. Deben hacerse por escrito la estipulación de intereses distintos del legal, y la que exonere de intereses al deudor.

Si la deuda consistiere no en dinero, sino en otras especies, se estimarán éstas para el cálculo de intereses, por su valor - en el tiempo y lugar en que aquél se contrajo".

Continuando con el análisis comparativo de nuestra legislación con la de Ecuador, ha de manifestarse que en relación al préstamo en estudio y en especial a los intereses que éstos causan, por regla general el préstamo mercantil devenga intereses salvo convenio - en contrario, en que habrá de hacerse por escrito, en tratándose de intereses fuera de los legales o de su exoneración.

Las consideraciones señaladas en el tercer párrafo de este artículo nuestro en estudio, no los contempla la legislación ecuatoriana, aunque bien nuestro Código prevé el tipo de interés anual que debe regir en caso contrario al fijado por las partes.

El Código de Comercio Mexicano, en su artículo 363 dice: "Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses; los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos".

Código de Comercio de Ecuador. -

Art. 561. - "No se deben réditos de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial, sino desde que, liquidados éstos, se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital, o desde que, de común acuerdo, o bien por declaración judicial, se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces, lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas y sean exigibles de contado".

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.- CAPÍTULO TERCERO.-

(1) RODRIGUEZ SASTRE, ANTONIO. Las Obligaciones -
en Moneda Extranjera. Edit. de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

(2) LEMKIN, Le réglementation des paiements interna-
tionaux. París, 1939.

(3) LEMKIN, ob. cit.

(4) GUIBAN, Cláusulas en moneda extranjera y sus defor-
maciones. París, 1945.

CONCLUSIONES.

I. - El **mútuo** es el contrato consensual por excelencia, y el más antiguo de los contratos de crédito.

II. - En el préstamo bancario las obligaciones de las partes conforman el contenido típico del **mútuo**.

III. - No es admisible el acuerdo oral de voluntades en lo referente a pago de intereses: principio común en las legislaciones - motivo de estudio en el presente trabajo.

IV. - Las diferencias básicas entre el **mútuo** y el comodato y el arrendamiento, se encuentran claramente señaladas en los tres Códigos estudiados, en la separación del valor de la cosa y el uso de la misma.

V. - En el **mútuo**, el tiempo es elemento esencial.

VI. - Cuando se pacta el pago en moneda extranjera y se recibe moneda nacional, originalmente podrá extinguirse el pago con la simple entrega de la moneda nacional al equivalente a la fecha de contratación.

VII. - La importancia de la moneda extranjera en las rela-

ciones económicas, políticas y sociales, es clara en cualquier momento de la Historia, y en todos los países.

VIII. - Entre los contratantes, existen tendencias claras - a elegir como moneda contractual la del país conectado con el negocio - jurídico que sea más fuerte económicamente, aunque la elección de moneda extranjera es, casi siempre, instrumento de especulación, por lo que el Imperio de los valores económicos ha de ser restaurado.

IX. - La tendencia más generalizada en cuanto a obligaciones en moneda extranjera, se orienta hacia la conveniencia de aumentar la suma monetaria nominal del contrato, en proporción a la disminución del poder de compra de la moneda devaluada, en cada caso.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

BAUCHE GARCADIIEGO, MARIO. Operaciones Bancarias. Edit. Porrúa, S.A., México, 1951.

CARNELUTTI, Sulla distinzioni fra quote ed azioni. Revista de - Derecho Comercial, Génova, 1915. Tomo II.

CERVANTES AHUMADA, RAUL. Derecho Mercantil. Editorial - Herrero, S.A. México, 1975.

DE PINA VARA, RAFAEL. Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México, 1967.

GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, Madrid. 1947.

GUISAN, Cláusulas en Moneda Extranjera y sus Deformaciones. - París, 1945.

LEMKIN. Le réglemmentation des paiements internationaux. París, - 1939.

MUÑOZ, LUIS. Contratos Comerciales. Buenos Aires, Argentina, 1960.

PLANIOL Y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. - Tomo X, "Los contratos Cíviles".

RODRIGUEZ SASTRE, ANTONIO. Las Obligaciones en Moneda Extranjera. Edit. de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

CODIGO DE COMERCIO DE MEXICO.
Imprenta de Jose Mariano Lara.
México, 1854.

CODIGO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
Edt. Oficial, Imprenta de Francisco Díaz de León. México, 1889.

CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS. 2lo. Edic.
Edt. Porrúa, S.A., México, 1971.

CODIGO DE COMERCIO (República de Ecuador). Edt. T. Navarrete,
(Serie Comercial), Quito, Ecuador. 1963.

CODIGO DE COMERCIO VENEZOLANO. Colección Arandina. Edt.
"La Torre", Caracas, 1965.