

mente; es decir, aunque el objeto del litigio pase de 150 francos. Pero se sostenía que según el derecho común, al que no deroga el derecho mercantil, la prueba testimonial y, por consiguiente, las presunciones no debían admitirse, porque se trataba de probar contra y además del acta; en cualquiera materia, se decía, letras prevalecen á testigos. Esto es verdad. ¿Pero podrá decirse en el caso que las presunciones se invocaban contra y además del contenido en el acta? No, se trataba de un hecho que no constaba en el acta y que no podía constar, puesto que no se había cumplido en el momento en que se redactó el escrito, habiendo sido entregados los fondos prestados sólo posteriormente á dicha acta; luego el principio de que letras pasan testigos no era aplicable. Por lo tanto, se permanecía bajo el imperio del derecho común que admite las presunciones en materia comercial. La Corte de Casación lo sentenció así (1) y esto no nos parece dudoso.

521. El deudor no paga los intereses que debe; no cumple, pues, la obligación que ha contraído. Se pregunta si en este caso el prestamista puede exigir la restitución del préstamo antes de la época convenida. Esto es pedir si la condición resultaría tácita está subentendida en los contratos unilaterales. En nuestra opinión no teniendo el prestamista obligaciones el contrato permanece unilateral; y hemos enseñado también que la condición resolutoria tácita no existe más que en los contratos sinalagmáticos. Esto decide la cuestión. La opinión contraria es, sin embargo, de doctrina y de jurisprudencia. Se invoca el art. 1902 como argumento *a fortiori*. (2) Según este artículo el deudor de una renta perpetua puede ser obligado al rescate si deja de cumplir las obligaciones durante dos años ó si deja de ministrar al prestamista las seguridades ofrecidas en el

1 Denegada, 6 de Febrero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 253).

2 Aubry y Rau, t. IV, p. 602, nota 9, núm. 396 (4.ª edición).

trato. En nuestro concepto esta disposición es excepcional; en todo caso no se le puede considerar como una aplicación del art. 1134; luego hay que apartarlo, pues no hay lugar á aplicar por vía de analogía una disposición que deroga el derecho común; esto fuera extender excepciones, lo que no se permite al intérprete.

La Corte de Bruselas se pronunció en favor de la opinión que combatimos. Un préstamo fué hecho bajo la condición de que el prestamista por sí ó por apoderado tendría el derecho de examinar los libros y la caja del tomador y exigir un balance de sus negocios y operaciones; el tomador, notificado de ejecutar esta obligación, se negó á ella. Fué sentenciado² que habiéndose negado el deudor á cumplir las obligaciones de la convención el acreedor estaba fundado en pedir la rescisión. (1) La Corte no motiva su decisión; esto es suponer que la resolución es de derecho común cuando el deudor no cumple con sus obligaciones. Y la condición resolutoria, como toda condición, debe estar estipulada, puesto que es una convención; y no hay convención ni concurso de consentimientos. El único derecho que el acreedor tenga por el contrato es obligar al deudor á cumplir sus obligaciones, ya sea directamente, cuando es posible la ejecución forzada, ya sea por el embargo y la venta de sus bienes. Esto es tan seguro que en derecho romano la condición resolutoria tácita era desconocido, había que estipularla; de esto el pacto comisorio. El Código ha subentendido este pacto en los contratos sinalagmáticos; sin ningún texto, sin ningún principio permite extender el art. 1184 á los contratos unilaterales. Esto nos parece decisivo. Para que el prestamista pueda reclamar la restitución de la cosa por razón de inejecución de las obligaciones del tomador es necesario que estipule este derecho. Ni siquiera puede decirse que

1 Bruselas, 21 de Diciembre de 1853 (Pasierisia, 1854, 2, 279).

esto sea una condición resolutorio propiamente dicha, pues el contrato no está resuelto, operando siempre la resolución retroactivamente; mientras que, en el caso, el solo efecto del pacto es poner fin al contrato antes de la época convenida; se trata, pues, de un plazo más bien que de una condición. Esto es una razón más para exigir una convención expresa, pues no hay ninguna ley que admita como principio que el deudor pierde el beneficio del plazo cuando no cumple sus obligaciones; la ley no lo declara decaído del plazo más que cuando cae en quiebra ó cuando por su hecho disminuye las garantías que tenía ofrecidas al acreedor por su contrato. Se trata, pues, de extender el art. 1188, y los decaimientos no se extienden.

El prestamista puede estipular que el tomador perderá su beneficio del plazo si no paga regularmente los intereses; esto es incontestable. Puede aun estipular que á falta del pago de un solo vencimiento de intereses, el capital se hará exigible de plano después del apremio; la Corte de Liege lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del pacto comisario; los principios que rigen la condición resolutoria estipulada en casos de inejecución de las obligaciones del deudor se aplican por analogía al caso en que se trata de lo que se llama plazo un resolutorio.

522. El art. 1906 prevee el caso contrario: el tomador paga intereses que no estaban estipulados; la ley decide que no puede repetirlos ni imputarlos en el capital. ¿Cuál es el sentido de esta disposición y cuál es el caso que prevee? Los autores no están acordes. Nos parece que los términos de la ley determinan su sentido cuando se comparan con los principios que rigen el pago indebido. Si pago lo que no debo puedo repetir lo que he pagado, suponiendo que he pagado por error. Diciendo que el tomador no puede repe-

1 Lieja, 23 de Mayo de 1863 [*Pasicrisia*, 1863, 2, 370].

tir los intereses que pagó aunque no estuviesen estipulados, la ley decide implícitamente que el deudor pagó lo que debía; lo que supone que los intereses se debían en virtud de la convención de las partes, aunque no fueron estipulados en el acta; en otros términos, la ley supone una convención tácita que queda probada por la ejecución que las partes le dan, el tomador al pagar los intereses y el prestamista al recibirlos. Puesto que los intereses se debían, la consecuencia es que no pueden ser repetidos ni imputados en el capital.

La mayor parte de los autores enseñan que el art. 1906 prevee el caso en que no hubiera ninguna convención relativa á los intereses; suponen que el tomador, por escrúpulos de conciencia y para no permanecer obligado al prestamista, cree deber pagar intereses que realmente no debe. Esta explicación no es muy admisible. Los escrúpulos de conciencia y los deberes de delicadeza son extraños al derecho; la ley no puede tomarlos en consideración; sólo hay un contrato que consagra la ley aunque no tenga más móvil que sentimientos morales, es la donación. Debe, pues, suponerse que el tomador, por sentimientos de gratitud, paga los intereses y que el prestamista los recibe con este título; habría entonces un donativo manual; que tal pueda ser la intención de las partes contratantes esto es incontestable. ¿Pero es esto el caso que prevee la ley? No hay una sola palabra en el art. 1906 que implique la idea de una liberalidad; y no se podía mucho suponer que aquel que pide prestado por necesidad y á título gratuito está en el caso de hacer una liberalidad al prestamista á quien pidió un favor. Era, además, inútil preveer esta hipótesis; el derecho común basta para decidir que aquel que paga seriamente lo que no debe no puede repetir, puesto que no puede tener más intención que la de hacer una liberalidad bajo forma de pago; no puede tratarse, en este caso, de repetir lo indebido, pues

los donativos manuales son donaciones, y toda donación es irrevocable. Pero si esto puede suponerse en el caso del pago de una suma capital, no puede mucho suponerse cuando se trata de un deudor que se encontró en la necesidad de pedir prestado. Hay otra dificultad en la hipótesis de una liberalidad. ¿En presencia del texto del art. 1906 pueden las partes interesadas ser admitidas á probar que hay liberalidad? Este es el interés de la cuestión. Si el pago de los intereses constituye una liberalidad habrá lugar á la devolución, á la reducción y á la revocación por causa de advenimiento de hijos. El tomador paga intereses no estipulados por el contrato: ¿se admitirá á las partes interesadas á probar que fué una liberalidad? Esto es dudoso, pues la ley establece una presunción contraria. Al negar al tomador la repetición y al admitir la imputación en el capital, supone que el tomador ha pagado lo que debía; le niega la acción judicial por presunción de este pago; luego la prueba contraria no es de admitirse, según el art. 1352.

Todavía hay otra explicación del art. 1906; que el tomador pague una deuda natural, y el que paga una deuda natural; voluntariamente, no está obligado á repetir lo que ha pagado. Esta explicación es poco satisfactoria. El que paga lo que no debe no debe nada, ni natural ni civilmente. Si el tomador no debe intereses en virtud de una convención tácita debería decir que puede repetir, y no se ve ninguna razón para negarle la acción en repetición. La pretendida obligación que se invoca no sería más que un deber de delicadeza, y ésta no es una obligación que tenga un efecto cualquiera en dercho. (1)

523. Otra es la cuestión de saber si el tomador que paga por error los intereses que cree deber puede repetir lo que ha pagado. La afirmativa no nos parece dudosa. Este

1 Véase en diversos sentidos Pont y los autores que cita, t. I, p. 113, número 252.

no es el caso previsto por el art. 1906, cualquiera que sea la explicación que se admita. En nuestro concepto la ley supone que los intereses se debían en virtud de una convención tácita; si no hay ninguna convención no hay duda, luego hay repetición. Tal sería el caso en que los herederos del tomador pagaran los intereses en la falsa persuasión en que estarían creyendo que dichos intereses habían sido estipulados. Si se admite que no había deuda natural aun habrá lugar á la repetición porque la deuda no ha sido voluntariamente pagada (art. 1255). Si se supone que el tomador hace una liberalidad por reconocimiento esto sería un pago hecho ya aceptado con una intención de liberalidad; si, pues, el pago había tenido lugar sin intención de liberalidad el prestamista habría pagado por error y, por consiguiente, podría repetir. (1)

524. ¿Cuál es el tipo del interés que debe pagar el deudor? La legislación ha variado en este punto. El Código Civil (art. 1907) distingue el interés convencional y el legal; el legal está fijado por la ley; en cuanto al convencional puede exceder al de la ley, siempre que ésta no lo prohíba. El Código Civil no lo prohíbe; luego el interés convencional se abandona á la voluntad de las partes contrayentes. Pero la redacción del art. 1907 implica una reserva; supone que podrá promulgarse una ley que prohíba á las partes estipular un interés superior al legal. Se sabe que esta ley fué promulgada tres años después de la publicación del Código Napoleón, el 3 de Septiembre de 1807. La discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado explica la ambigüedad que revela la redacción del art. 1907; los miembros del Consejo estaban divididos; todos admitían la legitimidad del interés, los legistas temían el abuso de intereses exorbitantes, hubieran querido que se limitara el interés convencional prohibiendo á las partes contratantes sobrepasar el

1 Compárese Durantón, t. XVII, p. 659, núm. 600.

interés legal. Esta restricción estaba en oposición con el principio de libertad consagrado por el legislador. Si está permitido estipular interés por simple préstamo, como lo dice el art. 1905, es porque el dinero es una mercancía cuyo precio varía así como el de los abarrotos; desde luego el arrendamiento del dinero como el de cualquiera otra mercancía, debe ser enteramente libre, el precio varía según la abundancia ó la escasez de las mercancías, son la oferta y la demanda las que determinan el precio del arrendamiento como el precio de la venta. ¿Con qué derecho intervendrá el legislador para obligar al capitalista á contentarse con un rédito de 5 p. S cuando la escasez del numerario ha alzado el precio de la plata? Estas consideraciones de economía política fueron muy bien expuestas en el Consejo de Estado, entre otros por Bérenger. Comenzó por recordar que en el derecho antiguo todo préstamo á interés se reputaba como usurario. Estos perjuicios han hecho lugar al verdadero principio, el que formula el Código en el art. 1905. Sin embargo, se ha respetado estableciendo un interés legal como un remedio contra el abuso del préstamo con interés, lo que implica que el préstamo con interés es un mal que es preciso remediar. El interés es un mal se dice, cuando es injusto, y es injusto cuando es exorbitante. Los legistas Meleville y Tronchet no faltaron para hacer valer estos motivos para limitar el título del interés. Bérenger les contestó, y la respuesta es perentoria. Un interés de 7 p. S puede no ser más injusto que el de 3 p. S , pues que es de naturaleza del interés ser variable como el monto de las rentas como toda mercancía cuyo precio varía según las circunstancias. Cuando se ha fijado el interés de 5 p. S el dinero no se empleaba más que á la compra y á la explotación de tierras; los productos que podría dar el dinero, eran, pues, muy limitados, mientras que en las épocas actuales el dinero empleado en el comercio y la industria procura ganancias más considerables. Hoy to-

mando al 7 p. S se pueden obtener ganancias mucho más grandes que en los tiempos en que se tenía el dinero al 5 p. S . No hay, pues, regla de justicia absoluta para la fijación del interés; no se puede, pues, determinar como no se puede fijar un máximum para los abarrotos y las mercancías. Bérenger añade que la ley que fijara el tipo del interés convencional sería casi siempre violada; imponer á las partes contratantes un límite que lesiona su derecho es provocarla á eludir la ley: el que puede sacar 6 p. S á su dinero no lo prestará á 5 p. S ; si, sin embargo, lo presta en apariencia al 5 p. S porque la ley lo obliga él buscará, de acuerdo con el tomador, á substraerse á la prohibición; esto es acostumbrar á los ciudadanos á violar la ley eludiéndola. Bérenger tenía razón en decir que nada es más peligroso. ¿Qué se volvería la sociedad si los hombres perdieran el respeto debido á las leyes y las violaran sin escrúpulo de conciencia porque les parecían injustas? (1)

525. Los partidarios de la libertad lo dijeron, pero la victoria fué incompleta; el texto mismo del art. 1907 hacía preveer que una ley nueva intervendría poniendo el interés convencional en relación con el interés legal; tal fué el alegato de la ley de 3 de Septiembre de 1807. Es inútil hacer conocer los motivos de esta ley que está abrogada en Bélgica. Los legistas, Merlin en cabeza, aprobaron las restricciones que la ley hacía á las partes contratantes. (2)

Hombres de tradición los mejores jurisconsultos no llegaron á libertarse de las preocupaciones que pueden tener en sus estudios, confunden fácilmente á la ley con el derecho y consideran como razón escrita lo que los antiguos han formulado en textos legislativos. Cuando en 1836 Lherbette atacó vivamente la ley de 1807 el Procurador

1 Sentencia del Consejo de Estado de 7 Pluvioso, año XII, núm. 15 (Locré, t. VII, ps. 269-272).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Intereses*, pfo. VI, núm. 5 (t. XV, página 452). Véanse los testimonios en Pont, t. I, p. 120 núm. 263.

General Dupín se hizo defensor de ella y triunfó en la Cámara de Diputados. En 1862 un excelente economista, Miguel Chevalier, en vano demostró que la ley de 1867 violaba todos los principios y no evitaba ningún mal, la economía política sucumbió de nuevo y también fué el legista, el Procurador General Dupín, quien triunfó.

Sin embargo, uno de nuestros buenos jurisconsultos, Duvergier, aunque en favor de las medidas restrictivas había comprobado desde el año de 1843 que la ley de 1807 erró completamente su alegato. La ley de 1807, dice, no cumplió su promesa del Código, desconoció este principio esencial: que el interés es variable; el límite que pone y las penas que pronuncia contra los que lo traspasan y á quienes castiga como usureros lejos de ser una protección para los tomadores se vuelve contra ellos. Cuando las partes están libres en sus convenciones el tipo del interés está determinado ordinariamente por razón de abundancia ó escasez de numerario y en atención á la solvencia del tomador. Si la ley les prohíbe pasar del interés legal los contratantes que no quieren someterse á éste, el prestamista porque pierde y el tomador porque no puede perder dinero al 5 p. $\frac{3}{4}$ cuando vale 6, disimulan y violan la ley eludiéndola; retienen en el momento del préstamo la parte de interés que excede del tipo legal ó se hace una venta á rescate ó contratos pignorativos. Todos estos rodeos agravaron la posición del deudor. Sin duda se le admite á probar el fraude á la ley y los procesos no faltan bajo el imperio de la ley de 1807, pero estos procesos se vuelven contra el tomador. El prestamista que corre el riesgo de perder el interés estipulado y de ser condenado como usurero exige una prima contra estos riesgos, á los que se expone, como dice Montesquieu; el tomador paga el precio del dinero y los peligros de las penas que la ley impone (1)

1 Duvergier, *Del préstamo*, p. 323, núm. 247.

526. La ley de 1807 produjo también otro mal; los mismos tribunales han eludido las prohibiciones. Hemos muchas veces comprobado que cuando el legislador desconoce el estado social, así como los derechos de las partes contratantes, los tribunales tratan de corregir los vicios de la ley interpretándola no en la mente en que fué dictada sino con el nuevo espíritu que solicita su reforma ó su abolición. Ya pasaba así en el derecho antiguo. Turgot lo hizo notar. «Es cosa notoria, dice, que no hay plaza de comercio en la que la mayor parte del dinero que rola para el tráfico no sea dinero prestado y cuyos intereses están fijados por la sola convención según la abundancia más ó menos grande del dinero y la situación más ó menos segura del tomador. La rigidez de las leyes cedió á la fuerza de las cosas. Fué necesario que la jurisprudencia moderase en la práctica los principios especulativos y se ha llegado á tolerar abiertamente el préstamo por darle el descuento á toda clase de negocios de dinero entre comerciantes. Siempre sucederá así cuando la ley prohíba lo que la naturaleza de las cosas hace necesario.» (1)

La enseñanza es grave; es una mala ley la que lleva á los tribunales á eludir las disposiciones, pues eludir las leyes es violarlas; y ¿qué sucederá con el respeto á la ley cuando aquellos que son sus guardianes dan el ejemplo de la violación? Sin embargo, el legislador no aprovechó la lección. ¿Qué sucedió? Bajo el imperio de la ley de 1807, como en el derecho antiguo, los jueces se colocaron arriba de la ley. La jurisprudencia francesa admite que el descuento no está sometido á las disposiciones prohibitivas de la ley de 1807; asimila el descuento á la venta de un crédito futuro; se pudiera decir otro tanto del préstamo con interés; es

1 Turgot, Memoria acerca del préstamo de dinero presentada al Consejo de Estado en 1769.

seguro que se encuentran todos los elementos de este contrato en el descuento: una suma dada por el banquero, una suma igual devuelta ó cuya restitución es al menos garantizada por el deudor y, en fin, el precio; es decir, el interés. Sólo que en lugar de ser pagada periódicamente ó cuando la resolución, el descuento está recibido de antemano por el banquero en el instante en que da el dinero. Lo mismo pasa con la comisión que no es otra cosa que un interés disfrazado bajo otro nombre. Si un banquero me presta 100 pesos al 6 p. S y además del interés de 60 francos por año pago una comisión de 1 y medio p. S , pago en realidad bajo el nombre de *comisión* 15 ó 20 francos además del interés legal; es decir, que el interés real será de 7 y medio á 8 p. S (1)

Hacemos á un lado la cuestión de saber si se puede estipular un interés superior al interés legal por razón de los riesgos extraordinarios que corre el prestamista; está controvertida. Lo que hemos dicho basta para demostrar que la jurisprudencia moderna, como la antigua ha tratado de acomodarse con la ley como en teología hay que acomodarse con el cielo. Dejemos expedientes vergonzosos para los teólogos y mantengamos la ley aunque viole el derecho y la justicia, pero también que se apresure el legislador en modificar y abrogar leyes que hieren la conciencia general. El último autor que escribió acerca del préstamo comprueba que Holanda, Inglaterra, Italia y hasta España han adelantado á Francia aboliendo las leyes que restringían la libre especulación de intereses. M. Pont olvidó citar á Bélgica; ya hemos dado á conocer la ley belga en el título *De las Obligaciones*, ígual que trasladamos (t. XIV, número 316).

527. La ley belga de 5 de Mayo de 1865 ha vuelto al sistema del Código Civil; abandona el interés convencional

1 Seguimos la opinión de Pont, t. I, núms. 283-285.

á las libres estipulaciones de las partes contratantes. Si fija un interés legal de 5 p. S en materia civil y de 6 p. S en materia mercantil, es para el caso en que las partes no estipulen intereses: tales son los intereses moratorios á los que el juez condena al deudor que está apremiado y los intereses legales que corren de plano en virtud de la ley. Traducimos al título *De las Obligaciones* en lo que se refiere á los intereses legales y moratorios. En cuanto á los intereses convencionales el art. 1907 dispone que el tipo debe ser fijado por escrito. ¿Cuál es el objeto de esta disposición? ¿Entendieron los autores del Código hacer de un préstamo un contrato solemne? La negativa es segura. Notemos primero que la ley sólo exige un escrito para el tipo del interés; de modo que puede suceder que el interés no esté estipulado por escrito y no obstante se deba siempre que el tipo esté estipulado por escrito; sin embargo, el *tipo* hace parte de la convención; es, pues, imposible que la convención sea solemne para el tipo y no solemne para la misma estipulación de los intereses. El motivo que dictó al art. 1907, 2.º inciso, prueba hasta la evidencia que fué la mente del legislador prescribir un escrito como condición de solemnidad del contrato. Boutteville lo expuso en términos declamatorios en su informe al Tribunado: «El tipo del interés convencional, dice el artículo, debe estar fijado por escrito. ¡Ah! Los vampiros que abusan de la miseria, del infortunio, no es en plena ley como hacen sus vergonzosas estipulaciones, con las que preparan la ruina de sus víctimas; no es á la faz de los Tribunales como reclaman el paso de escandalosas, espantosas usuras que no temen permitirse. Es en la sombra y lejos de la vista del público como consuman sus iniquidades y se aseguran sus frutos. Sí, legisladores, independientemente de los poderosos motivos que justifican, que reclaman la disposición, esta sólo precaución de la ley sería suficiente garantía para la moral pública contra el desborda-