



TRATADO

DEL CONTRATO

DE PRESTAMO A LA GRUESA.



ARTICULO PRIMERO.

El préstamo á la gruesa es un contrato por el cual el uno de los contraentes, que es el mutuante, presta al otro, que es el mutuuario, una cierta suma de dinero con la condicion de que en caso de pérdida de los efectos sobre los cuales dicha suma ha sido prestada, acaecida por algun accidente marítimo ó de fuerza mayor, nada podrá repetir el mutuante, sino en cuanto alcanzare lo que queda de ellos: y en caso de feliz llegada ó que esta haya dejado de realizarse por algun vicio de la misma cosa, ó por culpa del capitan ó de los marineros, el mutuuario estará obligado á devolver al mutuante la suma con un cierto beneficio convenido, por precio del riesgo que corrian dichos efectos, y con que el mutuante cargó.

Estos contratos de préstamo á la gruesa, llámanse tambien simplemente contratos á la gruesa. Se llaman ademas *contratos á vuelta de viage*, por razon de que ordinariamente el prestador ó mutuante corre los riesgos hasta á la vuelta del buque, y solo el compete la repeticion de la suma prestada en caso de feliz llega-

da del buque, bien que algunas veces estos contratos solamente se hacen para la ida, y no para la vuelta.

1. Este contrato estaba ya en uso entre los romanos, conocido con el nombre de *nauticum fenus* ó de *contractus trajecticie pecunie*, como es de ver en los títulos del Digesta y del Código de *nautico fcnore*.

2. Este contrato está permitido no solo en el fuero externo, sino tambien en el de la conciencia, ya que nada tiene de usurario: pues la usura que está prohibida por las leyes civiles y eclesiásticas consiste en exigir algo que exceda de la suma prestada. en recompensa del préstamo, *vi mutui*: pero en este contrato el beneficio que se estipula á mas de la suma prestada, no es la recompensa del préstamo, sino el precio de los riesgos con que carga el mutuante para descargo y beneficio del mutuuario.

Por la naturaleza del contrato de préstamo el mutuuario carga con los riesgos de la suma de dinero cuya propiedad le ha sido transferida por dicho contrato, y con mucha mas razon con el riesgo de las cosas á las cuales ha aplicado dicha suma, y la pérdida que sufre en ellas, aunque por fuerza mayor, no le libra de la obligacion que ha contraido de devolver al mutuante la suma que tomó prestada. *Incendium cere alieno non liberat debitorem; l. 11, cod. si cert. pet.* Si pues el mutuante consiente en tomar sobre sí esos riesgos, débele ser permitido estipular por ellos un precio.

Con todo aunque el beneficio marítimo se haya estipulado algun tanto crecido por el contrato á la gruesa, aun en el fuero de la conciencia se reputa que no es mas que el precio de los riesgos marítimos, y por lo mismo enteramente licito. Si la intencion de las partes ha sido comprender en este beneficio, á mas del precio de los riesgos, la recompensa del préstamo que el mutuante hace de la suma prestada, este beneficio seria en quanto á esta recompensa ilícito y usurario: *infra. art. 2, §. 4.*

3. El contrato de préstamo á la gruesa, es un contrato real, como el mutuo ordinario, pues recibe su perfeccion por la tradicion de la suma prestada. Es tambien *unilateral*, pues por este contrato el mutuante ninguna obligacion contrae con el mutuuario que es el que está obligado á devolver la suma prestada, con el beneficio marítimo, so condicion de que no acaezca ningun accidente de fuerza mayor que cause la pérdida de los efectos sobre los cuales se hizo el préstamo.

4. Este contrato es de recíproco interés de las partes, en lo que se diferencia del préstamo ordinario, que es un contrato de beneficencia cuyo interés solo pertenece al mutuuario, á quien concede el mutuante el uso gratuito de la suma que le presta; en vez de que el contrato á la gruesa se hace por el recíproco interés de ambos, pues el mutuante no se propone el hacer un favor al mutuuario, sino el recojer la ganancia marítima que se haya estipulado, como no se lo impida algun accidente.

5. Finalmente el préstamo á la gruesa es de la clase de los contratos aleatorios. El riesgo de la pérdida de los efectos sobre los cuales se hace el préstamo, con que carga el mutuante, tiene un precio que es el valor del beneficio marítimo que se obliga á pagarle el mutuuario en caso de feliz llegada.

6. Este contrato forma una especie particular diferente de todos los demas contratos. Al que mas se parece es al de seguros marítimos, pues en este contrato el mutuante carga respecto de los efectos sobre los cuales se hace el préstamo, con todos los riesgos con que cargan los aseguradores por el contrato de aseguracion con respecto á los efectos asegurados. Pero si bien hay esta conformidad entre estos dos contratos, con todo son muchas y muy considerables las diferencias entre uno y otro.

1.^a En el préstamo á la gruesa el mutuante entrega al mutuuario la suma de dinero que este invierte en la compra de los efectos de cuyo riesgo se encarga aquel: lo contrario sucede en el contrato de aseguracion, pues los aseguradores nada entregan al que hace asegurar sus efectos.

2.^a En el préstamo á la gruesa, al cargar el mutuante con los riesgos de los efectos sobre los cuales hace el préstamo, ninguna obligacion contrae con el mutuuario: pues la pérdida procedente de fuerza mayor, cuyo riesgo corre, no constituye al mutuuario acreedor del mutuante, solo impide que le sea deudor de la suma que ha recibido prestada: al contrario en el contrato de aseguracion los aseguradores contraen con el asegurado la obligacion de indemnizarle, en quanto alcanzare la suma asegurada, todas las pérdidas y perjuicios sufridos por un accidente de fuerza mayor con respecto á dichos efectos.

3.^a El préstamo á la gruesa es un contrato *real y unilateral*, y el de aseguracion es *consensual y sinalagmático*.

ARTICULO II.

DE LO QUE FORMA LA SUBSTANCIA DEL CONTRATO DE PRESTAMO A LA GRUESA.

7. Cinco son las cosas que forman la substancia de este contrato: 1.º una suma de dinero que sea prestada: 2.º una ó muchas cosas sobre las cuales se haga el préstamo: 3.º los riesgos á los cuales dichas cosas están expuestas con los que carga el mutuante: 4.º una suma convenida que el mutuuario se obliga á pagar al mutuante en caso de feliz llegada, por precio de los riesgos que ha corrido, lo que se llama *beneficio marítimo*: 5.º el consentimiento de las partes en todas estas cosas.

§. I.

De la suma prestada.

8. Para formar un contrato á la gruesa, tal cual está en uso entre nosotros, es menester que uno de los contraentes preste al otro una suma de dinero con las condiciones acostumbradas en este contrato.

Aunque segun el uso se requiere para este contrato el que se preste una suma de dinero, no por esto dejan de poderse prestar otras cosas. Como que este contrato encierra un mutuo al cual se añade una convencion por la cual el mutuante carga con los riesgos, pueden ser materia del mismo todas las cosas que *pondere, usu, numero et mensura constant, et quæ usu consumuntur*; l. 2, §. 1, ff. de rebus cred.

§. II.

De las cosas sobre las cuales se hace el préstamo a la gruesa.

9. La parte que toma prestada una suma de dinero á la gruesa, la toma sobre ciertas cosas que están especialmente afectas, en caso de feliz llegada, á la restitucion de la suma asegurada, pero cuyos riesgos marítimos sufre el mutuante.

Las cosas sobre las cuales se hacen ordinariamente á los arma-

dores los préstamos á la gruesa, son; «el cuerpo y quilla del buque, sus arcos y aparejos, lo que comprende las velas, cordages, vergas, polea y demas utensilios, *armamento y vituallas*, esto es, cañones y demas armas, provisiones de boca y guerra, *unida ó separadamente*, y el todo ó parte de su cargamento, lo que debe entenderse del cargamento que pertenece al armador á quien se hace el préstamo.

10. Con respecto á los contratos de aseguracion, se sentó por principio que no se permite hacer asegurar sino lo que se tiene, y aquello que corre riesgo de perderse, y por consiguiente está prohibido el hacer asegurar efectos por una suma mayor del valor que representan, como lo vimos en el contrato de aseguracion, n. 149; ahora bien lo mismo en el contrato á la gruesa está prohibido el tomar prestado sobre el buque ó mercancias del cargamento mas allá de su valor.

11. Con respecto á esto debe distinguirse si ha habido fraude ó no por parte del mutuuario. Si no hubo tal fraude, es decir, si se ve que al tiempo del contrato el mutuuario no tenia intencion de tomar prestado por mas de lo que valian los efectos sobre que tomaba el préstamo, y que contra su intencion y creencia el valor de esos efectos es menor que la suma prestada, en tal caso el préstamo á la gruesa no es de todo punto nulo, sino que subsiste en cuanto alcance el valor de dichos efectos; y por consiguiente si estos se pierden, el mutuuario quedará libre, si, de la obligacion de restituir la cantidad que le fué prestada, en cuanto dicho valor alcanzare, pero deberá satisfacer lo que excediere de este valor, como mal prestado. De la propia suerte en caso de feliz arribada el mutuante solo podrá pedir el beneficio marítimo en cuanto sea proporcionado con dicho valor. En cuanto al exceso asi en caso de pérdida como de feliz arribada siempre podrá exigirlo, con mas los intereses, como en indemnizacion de haber estado privado hasta la restitucion del uso de su dinero.

Ejemplo: Un comerciante tomó de buena fé prestada á la gruesa una suma de 2,000 duros sobre un cargamento que despues se vió no ser mas que de 1,800, estipulando el beneficio marítimo de 100 duros. Como este préstamo debe subsistir en cuanto alcanzare al valor real del cargamento, en caso de perderse este por un accidente de fuerza mayor, el comerciante quedará libre de la obligacion de restituir los 1800 duros, y solo deberá devolver

los 200, exceso del préstamo sobre el valor del cargamento, con el interés corriente de esta suma y en caso de feliz arribada puesto que el mutuante no corrió el riesgo sobre los 200 duros que constituye la decima parte de los dos mil sobre que se celebró el préstamo, tendrán que deducirse de los cien duros que forman el beneficio marítimo, diez duros que son su decima parte, sin que pueda pedir sobre los 2000 los intereses corrientes en la plaza.

En el segundo caso, es decir cuando el mutuuario sabia al tiempo del contrato que los efectos sobre que tomaba el préstamo á la gruesa, no alcanzaban á la cantidad prestada, no tendrá lugar una simple reduccion del contrato, sino que este es enteramente nulo, de suerte que la pérdida entera de los efectos sobre que se hizo el préstamo, no libra al mutuuario de la obligacion de devolvér toda la cantidad prestada.

12. Como el fraude no se presume nunca, deberá facilmente atenderse al mutuuario, si quiere justificar su buena intencion: para lo cual le bastará algun motivo plausible que pudiese haberle inducido en error.

13. ¿Porque, se dirá, ha de obligarse el mutuuario á la gruesa cuando obró de buena fé á que pague intereses por el exceso de la cantidad prestada sobre el valor de los efectos, ya que el préstamo subsiste en cuanto á este exceso á la manera de un mutuo ordinario en que no pueden mediar intereses, como no sea desde el dia en que el mutuuario fué constituido en demora? A esto respondo, que el mutuante solo prestó la suma estipulada en cuanto creyó que era igual al valor de los efectos sobre que la prestaba, y que por lo que mira al exceso no lo habria prestado á haber conocido el verdadero valor de dichos efectos. Como el mutuuario con la falsa declaracion que hizo, aunque sin mala fe, fué la causa de que se viese privado del uso del dinero que forma el exceso, es de ahí que debe indemnizarle con el pago de los intereses los perjuicios que por hecho propio le ha acarreado.

14. Asi como solo puede hacerse asegurar lo que ya se tiene, y nunca las ganancias que se esperan; asi tampoco pueden los armadores tomar préstamos á la gruesa sobre los fletes que esperan percibir, ni los comerciantes sobre las ganancias que esperan hacer con sus géneros. El préstamo á la gruesa que sobre tales cosas es celebrarse, es nulo, y el mutuuario estará obligado á res-

tituir la cantidad prestada tanto si se pierde el buque y los géneros, como si llegan felizmente á puerto. Por la misma razon tampoco el mutuante podrá pedir el beneficio marítimo, ni siquiera puede pedir intereses por la cantidad prestada, como no sea desde el dia de la demanda, porque en este caso no puede decir, como en el antecedente, que fué inducido en error por un hecho del mutuuario, ya que sabia, ó debia saber tanto como este, que no era lícito el préstamo á la gruesa sobre tales cosas.

15. En cuanto á los salarios de los marineros, por mas que esté prohibido hacerlos asegurar, por no pertenecerles todavia, ya que solo tendrian derecho á ellos en caso de feliz arribada, y ademas por temor de que estando seguros de cobrarlos tal vez mirarian con menos esmero por la conservacion del buque, en que ningun interes tendrian; no obstante se les permite tomar préstamos á la gruesa sobre ellos, á pesar de que las mismas razones mediaban en uno y otro contrato. Por lo mismo se exigen dos circunstancias: 1^a que la cantidad prestada no pase de la mitad del valor de tales salarios; 2^a que el préstamo se haga en presencia y con consentimiento del capitán. En el curso de un viaje se requiere otra tercera circunstancia, y es el consentimiento del consul.

§. III.

De los riesgos.

16. Es de la esencia del préstamo á la gruesa que se hallen expuestas las cosas sobre que se hace, á algunos riesgos, pues de ellos se encarga el mutuante por cierto precio.

Estos riesgos son todos los casos fortuitos que pueden causar la pérdida de los efectos sobre que se presta el dinero, en el tiempo y lugares estipulados. Por casos fortuitos se entienden todos los accidentes de fuerza mayor con que cargan los aseguradores en el contrato de seguros.

17. No son casos fortuitos los accidentes que emanen de un vicio de la cosa misma, ó de un hecho de su dueño. En esto se parecen los mutuantes á la gruesa á los aseguradores; por tanto tén-gase por repetido aqui lo que dijimos en el tratado sobre los seguros, cap. 1, art. 2, §. 3.

18. Los mutuantes á la gruesa lo mismo que los aseguradores

no corren con los riesgos sino en los lugares y tiempos estipulados. Véase sobre esto lo que dijimos en el tratado anterior, n. 62, y siguientes.

Finalmente el mutuante solo se reputa sujetarse á los riesgos que corran los efectos sobre que prestó el dinero estando en el buque en que se dijo en el contrato que se hallaban ó serian cargados. Tambien en este punto tiene aplicacion exacta lo decidido en caso análogo respecto de las aseguraciones: vease el tratado anterior. n. 68.

Ejemplo: Hé aqui un caso interesante que se ha presentado en el tribunal del almirantazgo. Pedro habia prestado á la gruesa á Santiago una cantidad de dinero en las Indias Orientales, sobre un cargamento de géneros que este tenia en el buque llamado *Duque de Penthièvre*. Al arribar Santiago á la Isla de Francia, se traslada con sus géneros al buque *Pondichery*, cuyo capitan lo recibe en virtud de una orden del gobernador que asi se lo manda, haciendo antes una protesta solemne ante escribano, en que declara que verificado el trasborde por orden superior, los riesgos que Pedro habia tomado sobre sí respecto del cargamento del primer buque, debian en adelante entenderse respecto del segundo. El *Pondichery* fué apresado por los ingleses, y el *Duque de Penthièvre* arribó felizmente á puerto. Pedro pide la cantidad prestada y ademas el beneficio marítimo. Santiago se negaba á este pago alegando un certificado de la compañía de Indias en que constaba que el gobernador de la Isla de Francia habia dado orden al capitan del *Pondichery* para que lo recibiese á bordo. Pedro replicaba que ese documento demostraba que Santiago que no podia trasladarse á otro buque sin una orden del gobernador, habia conseguido esta orden, pero no que le hubiese sido preciso verificar la traslacion; y como sin una necesidad indeclinable ó sin consentimiento de Pedro no podia cambiar la condicion de este y sujetarle á otros riesgos que los que habia tomado sobre sí, pedia Pedro que se le condenase á pagar la cantidad prestada y el beneficio marítimo. El tribunal asi lo falló.

§. IV.

Del beneficio marítimo.

19. No puede haber préstamo á la gruesa sin un beneficio marítimo, es decir, sia una cantidad de dinero ú otra cosa que el mutuuario se obligue á entregar el mutuante á mas de la cantidad prestada como precio de los riesgos á que se expone.

Si alguno prestase dinero á un armador para cierto viaje bajo condicion de que no se restituyese en caso de ser apresado el buque ó de perderse por algun accidente de fuerza mayor, sin exigirle por ello premio alguno, este contrato no seria un préstamo á la gruesa sino un simple mutuo con parte de donacion de la cosa prestada caso de perderse el buque, cuya donacion fuera válida en fuerza de la tradicion del dinero, con tal que fuese entre personas hábiles.

20. El beneficio marítimo consistía entre los romanos en un interés que se devengaba mientras duraban los riesgos, y se llamaba *nauticum fenus*; ó *usura nautica*. Antes de Justiniano no habia regla alguna que fijase estos intereses que se dejaban al libre arbitrio de las partes; Paulo, *sent. II*, 14, 3. Pero dicho Emperador, *l. 26, cod. de usur.*, despues de haber prohibido la *centesima* que era el uno por ciento al mes, en los mutuos ordinarios, lo permite en estos contratos, pero prohibe estipular mayores intereses.

Entre nosotros el beneficio marítimo no consiste en un tanto por ciento al mes ó al año, á no ser que el préstamo se haga para un tiempo limitado de navegacion. Pero cuando se hace para un viaje á un lugar determinado, el beneficio marítimo se reduce á una cantidad fija proporcionada á la cantidad prestada. Por lo demas de cualquier manera que se estipule, no hay ley alguna que limite este beneficio sobre que las partes pueden contratar libremente. La ley de Justiniano no es seguida entre nosotros.

21. Cuando el préstamo se hace para ida y vuelta del buque, por lo regular se estipula que si no ha vuelto dentro cierto tiempo desde este tiempo el beneficio marítimo aumentará á razon de un tanto por ciento al mes hasta la vuelta.

22. Como los riesgos son mayores en tiempo de guerra, acos-

túmbrase por lo común estipular que en caso de sobrevenir ella el beneficio aumentará en tanta cantidad. Pero si tal pacto no hubiese mediado, sobreviniendo despues del contrato una declaracion de guerra, ¿ podrá el mutuante á la gruesa pedir un aumento en el beneficio marítimo? A su favor puede decirse que se les concede este aumento respecto de la prima á los aseguradores que se hallan en un caso igual en cuanto á los riesgos. En contra puede alegarse que lo que se concede á los aseguradores es en favor *contra rationem juris*, y por iuterés público, segun vimos en el *trat. de segur. marit.*, n. 83. Ahora bien es un principio que *quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias*.

§. v.

Del consentimiento.

23. Para la validez del préstamo á la gruesa lo mismo que para la de los demas contratos, es necesario el consentimiento de las partes en todas las cosas de que el contrato se compone. Asi es que debe haber consentimiento, 1.º sobre la cantidad prestada, es decir, que el mutuante ha de haber querido dar y el mutuuario recibir prestada la cantidad objeto del contrato, cuyo consentimiento queda suficientemente justificado cuando el mutuante ú otro en su nombre contó el dinero, y el mutuuario ú otro por él lo recibió.

24. Debe haber consentimiento, 2.º en los efectos sobre que se hace el préstamo. Asi es que si yo creo prestar á un armador una cantidad sobre el buque *Lis*, y el cree recibirla sobre el *Alcides*, será nulo el contrato por falta de consentimiento. Pero nunca llega este caso, porque jamas deja de expresarse en la escritura el nombre del buque sobre que se hace el préstamo, y aun el del capitan que lo manda.

El consentimiento debe asimismo recaer, 3.º sobre los riesgos que el mutuante toma sobre sí. Faltaría este consentimiento, si las partes no estuviesen acordes acerca de la especie de riesgos con que carga el mutuante. Tampoco llega jamas este caso, porque se presume que convinieron las partes en que esos riesgos serán los que la ley prefiija, á no ser que haya pacto en contrario, el cual debería ser escrito.

25. Finalmente debe mediar el consentimiento, 4.º sobre el beneficio marítimo, es decir, que el mutuuario ha de querer obligarse á pagar al mutuante en caso de feliz arribada la misma cantidad por la cual el mutuante quiere cargar con los riesgos marítimos. Por lo demas nunca se atiende á una de las partes que alegare no haber convenido en lo que consta en la escritura del contrato.

ARTICULO III.

DE LAS FORMALIDADES DEL PRESTAMO A LA GRUESA.

26. En cuanto á las formalidades que han de guardarse en este contrato, deben distinguirse las que conciernen á la substancia del contrato, de las que se dirigen mas bien á la prueba del mismo.

Como este contrato encierra un mutuo y un convenio particular por el cual el mutuante carga con los riesgos marítimos por cierto precio, para su formacion lo mismo que para el mutuo será necesaria una traslacion de dominio del dinero prestado en fuerza de la tradicion hecha por el mutuante al mutuuario: *l. 2, §. 2 y 4, ff. de reb. cred.*

Si el mutuante no es dueño del dinero que presta, ó no tiene facultad para disponer de él, hay un defecto en la forma, que hace nulo el contrato por faltar la traslacion de dominio. Pero si el mutuuario consume de buena fé este dinero, se hace válido el contrato en fuerza de esta consuncion que equivale á la traslacion de dominio, *ll. 13. 19. 55, ff. d. tit.* Al hablar del mutuo dijimos acerca de este lo bastante.

27 Las escrituras en que se extienden estos contratos, conciernen á la prueba y no á la substancia del contrato. Si no hubiese escritura, y una de las partes negase la celebracion del contrato, la otra no podria justificarlo por no admitirse la prueba testimonial. El contrato fuera válido en conciencia, pero sin fuerza ante los tribunales.

28. Aun ante estos puede el mutuante deferir el juramento decisorio al mutuuario acerca de la verdad y condiciones del contrato.