

LA CAPITALIZACION DE INTERESES

Si se acude a la doctrina y a la legislación comparada se comprueba, fácilmente, que la capitalización de intereses es una cuestión asaz controvertida. Prohibido el anatocismo en el Derecho Romano, no se le niega sin embargo su justicia. De ahí que se encuentra no sólo su prohibición absoluta sino también su permisión, aunque bajo determinadas condiciones. Y es que la doctrina no encuentra suficiente justificación teórica para que los intereses del capital, que también son dinero, no produzcan el efecto de obligar al deudor también a compensarlos en la medida que el uso del capital le siga reportando utilidad.

Sin embargo, las prohibiciones y restricciones a la capitalización de intereses se justifican en el temor de su abuso y de su conversión en arma funesta en manos de usureros. El peligro es grande si se piensa que basta un lapso considerablemente corto para que la obligación de pagar una suma de dinero con intereses capitalizables, se duplique.

La tendencia de la legislación para la aceptación del anatocismo, aunque con algunas restricciones, se inicia con la promulgación del Código Napoleón. Desde entonces, los códigos del siglo XIX, inspirándose en el francés, permiten la capitalización de intereses, con restricciones en cuanto a que su factibilidad se dé por convención posterior a la de la pactación de la obligación de capital y el vencimiento de sus intereses, como a que su procedencia resulte de un mandato judicial.

Planteada la cuestión de la capitalización de intereses en nuestro Derecho, el Código de 1852 no fue ajeno a la orientación fijada por el Código Francés de 1804, aunque sólo referido a la posibilidad de pactación posterior o, por lo menos, que se tratara de intereses capitalizados luego de dos años de atraso.

El Código de Comercio permitió, en cambio, la capitalización de los intereses líquidos y no solventados, sin

ninguna restricción, ni en cuanto a los períodos ni en cuanto a la forma ni oportunidad del convenio.

La ley Nº 2760, represiva del agio y la usura, prohibió, en términos absolutos, la capitalización de intereses en todo contrato de préstamo de dinero y en toda operación que le fuera sustancialmente equivalente.

Promulgado el vigente Código Civil, se ha permitido nuevamente el anatocismo, aunque con dos importantes restricciones: que se trate de intereses con dos años de atraso y que su pactación conste por escrito.

Este es, pues, a grandes rasgos, el panorama de la cuestión de la capitalización de intereses en nuestro Derecho. El trabajo que presentamos se ocupará de determinar la licitud del anatocismo y si las limitaciones de la ley civil son aplicables a toda modalidad contractual. Haremos una breve referencia histórica para estudiar el sentido de su prohibición en el Derecho Romano y Derecho Canónico, consideraremos las disposiciones del Código Napoleón y de los que han servido de fuente e inspiración al legislador peruano que promulgó tanto el código civil abrogado como el código vigente, deteniéndonos en la revisión de nuestro derecho positivo.

Conviene, al propósito de nuestro trabajo, dejar establecido que el anatocismo resulta de una obligación de pagar intereses como consecuencia de una deuda de dinero. Es necesario, entonces, aunque brevemente, determinar el concepto de obligación de capital y la del pago de intereses como consecuencia de la anterior, así como las cuestiones que se derivan en relación con los intereses, tales como la usura y el anatocismo.

a) Por obligaciones de capital entendemos aquellas obligaciones que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero y que derivan de un contrato, de los cuales el más generalizado es el de mutuo. Dentro de la clasificación romanista y tradicional, pertenecen a la categoría de obligaciones de dar.

b) Los intereses, al decir de los tratadistas, vienen a ser los frutos civiles del capital. La obligación de pagarlos radica en la presunción de que representan la utilidad de que se priva el titular de un capital y el beneficio que dicha utilidad proporciona a quien usa del capital durante el tiempo que lo tiene consigo. En buena cuenta, son también obligación de capital, ya que representan su rendimiento.

c) La determinación del concepto de usura nos lleva a considerar el vocablo en su doble acepción. Si atendemos a su raíz etimológica, usura deriva del término latino **usu**, que designaba el concepto de **interés** como equivalente a **precio de uso**; de este modo, usura debe entenderse como el lucro que se obtiene prestando dinero y cobrándose una retribución (interés) por el uso de ese dinero. Pero, si bien el significado expuesto no tiene un contenido de ilicitud, el abuso de la retribución a cobrarse por los préstamos de dinero ha dado lugar a que en la vulgarización del término, a la **usura** se le haya dado el significado de lucro excesivo y abusivo; de ahí, que se da la figura de la usura cuando el interés pactado es desmesurado y abierta o encubiertamente sobrepasa la tasa del interés máximo fijado por la ley. Esta acepción del significado de "usura" sí tiene un contenido de ilicitud y es, también, la que en el lenguaje corriente se ha impuesto.

EL ANATOCISMO

A la capitalización de los intereses, o sea, la acumulación al capital de los intereses devengados para formar otro capital que también devengue intereses, se la llama anatocismo. El vocablo deriva de **ana**, repetición; y **tokos**, interés.

Como ya hemos advertido, esta cuestión de la capitalización de intereses es asaz controvertida y no hay tratadista que al ocuparse de ella no señale su peligrosidad por la rapidez con que puede aumentarse el pasivo de un deudor. Se estima que cuando el acreedor puede exigir el capital y los intereses acumulados, la deuda resulta agobiadora para el deudor. De ahí que la capitalización de intereses sólo es admitida con ciertas restricciones debido, precisamente, a su onerosidad.

La práctica de la usura, entendiéndose ésta como préstamo de dinero sujeto a un interés, desde la antigüedad puso de manifiesto la peligrosidad del anatocismo. Se señala a Grecia, y no a Roma, como el pueblo que llevó esta práctica a su mayor extremo. Al deudor que no cumplía con devolver el capital y los intereses convenidos, se le sumaban los intereses al capital sin

ninguna limitación. El anatocismo así consumado, que se presentaba favorable a los deudores, pues los dispensaban anualmente de pagar los intereses, terminaba por sumirlos en una carga onerosísima que duplicaba o triplicaba en poco tiempo el capital usurariamente entregado.

Esta práctica continuó en los primeros tiempos de Roma, llegándose a formar un verdadero estamento social integrado por personas que se dedicaban exclusivamente a tan lucrativo negocio. La práctica llegó a extremos tales que, sin prohibirse el anatocismo, la legislación romana hubo de comenzar a establecer tasas máximas para el cobro de intereses. Así, la Ley de las XII Tablas y la Ley Licinia impusieron tasas cada vez más rebajadas de intereses, llegando la Ley Genucia a prohibir en absoluto, bajo ciertas penas, el cobro de intereses. Pero esta situación no fue del todo remediada. La práctica de la usura y el abuso del anatocismo, crearon situaciones conflictivas que muchas veces trascendieron al ámbito de lo político. Y ese estado de cosas perduró a lo largo del Imperio, hasta llegar a Justiniano.

Fue, pues, el emperador Justiniano quien, no obstante las limitaciones ya existentes en cuanto a tasas de intereses, las redujo aún más, permitiendo su elevación sólo cuando se tratara de comerciantes. El mismo Justiniano, extremando las restricciones ya establecidas en la legislación, terminó por prohibir el anatocismo en forma absoluta. Desde entonces, se proscribió en Roma que los intereses engendraran nuevos intereses.

La aparición del cristianismo y su influencia en Roma, mantuvo la proscripción del anatocismo. El Derecho Canónico prohibió a los clérigos toda forma de usura y, con ello, de una manera total y absoluta, el anatocismo. La prohibición concuerda con la posición de la Iglesia como enemiga del enriquecimiento sin lícita ni justa causa.

La capitalización de intereses en los principales códigos

La prohibición del anatocismo sancionada, como hemos visto, en el Derecho Romano y mantenida por el Derecho Canónico, no fue observada por el Código Civil Francés de 1804, que permitió la capitalización de intereses, aunque con algunas restricciones.

El Código de Napoleón legisló sobre el anatocismo en los arts. 1154 y 1155, dentro del título III, "De los contratos y de las obligaciones convencionales en general", tratándolo como efecto de las obligaciones (Capítulo III) y, concretamente, dentro de las "indemnizaciones de daños y perjuicios que resulten de la falta de cumpli-

miento de la obligación“. El art. 1154 está referido a los intereses vencidos de capitales exigibles y el art. 1155 a las rentas vencidas provenientes de arrendamientos, alquileres, pensiones devengadas de rentas perpetuas o vitalicias, así como a las restituciones de frutos y a los intereses pagados por un tercero para liberar al deudor.

Las reglas establecidas por el **Code Civil** permitieron que los intereses vencidos de los capitales pudieran producir otros intereses, pero sólo en virtud de una demanda judicial o por convenio entre acreedor y deudor, pero señalando como restricciones que los intereses capitalizables lo fueran vencidos de por lo menos un año, que la demanda o la convención fuera incoada o celebrada, respectivamente, después del vencimiento de los intereses capitalizables, y, por último, que cuando se trate de demanda judicial los intereses no pueden devengarse sino desde el día de su interposición. La jurisprudencia francesa, en el siglo pasado, amplió estas restricciones en el sentido de que la capitalización de intereses correspondientes a fracciones de año podía hacerse, pero siempre que existiera por lo menos una anualidad vencida, y que podía pactarse por adelantado la capitalización, siempre que los intereses no pagados se capitalizaran por lo menos vencida una anualidad. Es interesante resaltar que la misma jurisprudencia francesa permitió, tratándose de relaciones entre comerciantes, que la capitalización pudiera hacerse en períodos menores de un año (1).

Resultaría obvio referirnos a la gran influencia que ha ejercido del Código Napoleón. Bastaría sólo indicar que los códigos de Europa y América que se promulgaron con posterioridad recogieron las normas que en materia de anatocismo estableció el **Code Civil**. Así, el Código Italiano de 1865 hizo suyas estas prescripciones en sus arts. 1232 y 1233, y el Código Argentino, obra del eminente jurista Vélez Sarsfield, en su art. 624, también permite la capitalización de intereses. Nuestro Código de 1852 tampoco fue ajeno a este influjo.

A) El Código Civil Español, promulgado en 1888, no prohíbe el anatocismo. El artículo 1109 establece que “los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”. Es decir, que establece las siguientes restricciones para la capitalización de intereses: que se trate de intereses vencidos y que sean judicialmente reclamados. La tasa de interés que devengue la acumulación debe ser legal, y no admite otra

forma de capitalización que no sea la obtenida mediante demanda judicial. El mismo numeral 1109 remite al Código de Comercio cuando se trata de “negocios comerciales” y a los reglamentos especiales en los que se refiera a montes de piedad y cajas de ahorro.

La referida disposición se encuentra ubicada en el capítulo II, “De la naturaleza y efecto de las Obligaciones” del libro IV, “De las Obligaciones y Contratos”.

Aparte del derecho histórico español, que legisló con detenimiento sobre la usura y toda materia relativa al pacto de intereses, sirve de precedente al citado artículo 1109 la ley de 14 de marzo de 1856, cuyo artículo 7º, refiriéndose a los préstamos de capital, prescribió que “durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados, no pueden devengar intereses” y que “transcurrido el plazo, los líquidos y no satisfechos podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento de capital”, siempre que el pacto conste por escrito.

En opinión de algunos comentaristas españoles (2) la citada disposición de la ley de 14 de marzo de 1856 mantiene su vigencia no obstante la promulgación del Código Civil (1888).

Sin embargo, aún cuando no es opinión generalmente compartida, la jurisprudencia española ha establecido que el pacto de anatocismo es lícito (3), debiendo los tribunales apreciar la existencia de la usura, esto es, de intereses mayores que los normales del dinero (4). Ha servido de fundamento a los tribunales españoles para declarar la licitud de la capitalización de intereses aún cuando la misma no se ajuste al tenor del art. 1109, lo dispuesto por el art. 1255 del Código Civil, que si bien establece la libertad de contratación, como señala Vizcarrro. “Ha multiplicado las argucias ideadas para asegurar el logrero sus ganancias y el necesitado su ruina”(5).

En cuanto a las disposiciones del Código de Comercio (1885) a que se remite el comentado artículo 1109, pueden citarse los arts. 317 y 319, insertos dentro de la regulación del préstamo mercantil, cuya interpretación concuerda con el tenor del precepto que sobre capitalización de intereses ha consagrado el Código Civil.

2 Sánchez Román, citado por Manresa, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo XIX, pág. 630.

3 *Sentencias de 6 de febrero de 1906, 16 de octubre de 1908 y 21 de octubre de 1911*, citadas por Rinblas-Majada, *Cód. Civil*, pág. 668.

4 Los tribunales españoles han sido autorizados para determinar la existencia de la usura, por ley de 23 de julio de 1908 (*Ley Azcárate*).

5 *El Préstamo Usurario*, pág. 22.

1 *Colección de las Instituciones Políticas y Jurídicas de los pueblos Modernos*, Madrid 1888, pág. 314.

B) El Código Civil Alemán, vigente desde 1900, permite la capitalización de intereses siempre que el pacto no tenga el carácter de previo, ya que, en caso contrario, la convención de anatocismo es nula. Así resulta del numeral 248, el cual, no obstante, establece dos excepciones en relación a las cajas de ahorro, las instituciones de crédito y los establecimientos bancarios, en cuanto a los intereses no cobrados de las imposiciones, y a las instituciones de crédito autorizadas para emitir obligaciones al portador, en cuanto a los préstamos con interés. El citado numeral 248 se encuentra ubicado en el título primero, "Obligación a la prestación" de la sección primera, "Contenido de las relaciones obligatorias" del libro segundo, "Derecho de las relaciones obligatorias".

Así, pues, el Código Civil Alemán sólo permite el anatocismo mediante convención entre acreedor y deudor luego de vencidos y no pagados los intereses, es decir, que la convención, para ser válida debe ser posterior a la acumulación de intereses vencidos, ya que, si es previa, se le sanciona con nulidad. No establece el Código plazo para el pacto de anatocismo ni prescribe tampoco formalidad específica. Tampoco permite la capitalización de intereses en el caso de incoarse reclamación judicial.

La prohibición al pacto previo está dada en términos absolutos, como aparece del primer apartado del numeral 248. Sin embargo, como ya hemos advertido, sí permite considerar como nuevas imposiciones a interés las cantidades que resulten de los intereses no cobrados en las imposiciones dinerarias efectuadas en las cajas de ahorros, instituciones de crédito, considerando entre éstas a las cooperativas de préstamo (6), y en los establecimientos bancarios; del mismo modo, permite también el pacto previo, tratándose de los créditos de intereses atrasados en los casos de préstamos concedidos por instituciones de crédito autorizadas por ley para emitir obligaciones al portador con interés, conforme aparece del segundo apartado del ya citado numeral 248 del BGB.

El Código de Comercio Alemán, al igual que el Civil, promulgado en 1897 y puesto en vigencia a partir de 1900, ha introducido también una excepción a la nulidad del pacto de anatocismo previo. El artículo 355 permite el cobro de intereses al cierre de una cuenta corriente, en cuya determinación del saldo se han incluido ya los intereses, en razón de que no prescribe que sea el momento de la liquidación de la cuenta la oportunidad del pacto de anatocismo. Y resulta ser excepción la norma

contenida en el referido numeral, no sólo por la ya comentada disposición del Código Civil, sino porque a tenor de lo establecido por el art. 353 el cobro de un interés compuesto, es decir, de intereses de intereses, supone la necesidad de convención entre acreedor y deudor, mientras que tratándose de un contrato de cuenta corriente, en el que por lo menos una de las partes es comerciante la facultad de exigir el interés compuesto emana del propio numeral 355.

C) El Código Suizo de las Obligaciones no se ocupa, en artículo especial, de la capitalización de intereses, sólo el numeral 314, que consagra reglas relativas a los intereses, hace referencia al anatocismo. Se encuentra ubicado dentro de la normación del contrato de préstamo de consumo, que es materia el capítulo segundo del título noveno relativo a los préstamos.

La referencia que contiene el art. 314 establece también la prohibición, bajo pena de nulidad, de pactar de antemano que los intereses se agreguen al capital para que a su vez ellos mismos devenguen intereses. Además, el mismo art. 314 mantiene el régimen de reserva para los casos en que conforme a las reglas de comercio sea posible el cálculo de intereses compuestos en las cuentas corrientes y otros usos análogos admitidos específicamente para las operaciones de cajas de ahorro.

D) El Código Civil Brasileño de 1916 en su artículo 1262, in fine, contiene una referencia a la capitalización de intereses. Este artículo, ubicado dentro de la regulación del contrato de mutuo, establece la permisividad de que por cláusula expresa se fijen intereses en los préstamos de dinero o de otras cosas fungibles. Dichos intereses — prescribe el indicado numeral 1262 — pueden fijarse por debajo o por encima de la tasa legal y pueden ser capitalizados.

Es así, que el Código brasileño, tratándose de intereses convencionales, adopta una posición liberal en esta materia, aún más si tenemos en cuenta que establece la posibilidad del anatocismo sin ninguna restricción.

Pero no ocurre lo mismo con el Código de Comercio, que sí prohíbe el cobro de intereses de intereses, salvo los de los saldos liquidados en cuenta corriente. El artículo 253, ubicado en el título "Del mutuo y de los intereses mercantiles", establece la referida prohibición de cobrar intereses de intereses y de acumular intereses al capital, aunque se haya ejercitado acción judicial por el acreedor sobre el deudor.

Se presenta, pues, una contradicción entre el ordenamiento civil y el mercantil, ya que el primero no impone restricción alguna al anatocismo. Teixeira de Freitas,

6 Ennecerus, Kipp, Wolf, *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, pág. 59.

citado por Bevilaqua (7), conciliando la prohibición del Código de Comercio con la libertad preceptuada por el Código Civil, explica que el artículo 253 no prueba el anatocismo, sino que su veda está referida sólo al caso de que la capitalización de intereses no haya sido expresamente estipulada.

E) El Código Italiano de 1942, como su antecedente, el de 1865, permite el anatocismo de virtud de una demanda judicial o de una convención posterior al vencimiento de los intereses capitalizables, pero siempre que se trate de intereses debidos al menos por seis meses. El artículo 1283, al consagrar la regla, establece que su disposición opera a falta de usos en contrario. El referido artículo 1283 está contenido dentro de la Sección I “De las obligaciones pecuniarias” del capítulo VII, “De algunas especies de obligaciones”, del libro IV, “De las obligaciones”.

Como es sabido, el vigente Código Civil Italiano ha integrado en un solo “corpus” la codificación civil con buena parte de la mercantil, por lo que la norma contenida en el ya citado numeral 1283 es aplicable a toda relación jurídica, sea estrictamente civil o de comercio.

Sin embargo, el Código deja a salvo, en materia de anatocismo, los usos contrarios, a los cuales las “Disposiciones sobre la ley en general” del mismo código, señalan como fuente del Derecho (art. 1º) y les confiere eficacia en cuanto sea referidos por las leyes y reglamentos (art. 8º). De este modo, sobre la disposición del art. 1283, pueden prevalecer ciertos usos establecidos para el pago de intereses compuestos, como, por ejemplo, los que se practican en materia de operaciones de banca, cajas de ahorro y otras similares.

Aun cuando el actual Código Civil Italiano es posterior a nuestro Código vigente, no hemos querido dejar de referirnos a él por la importancia que tiene hoy en día. Sin lugar a dudas su importancia radica no sólo en el hecho de ser uno de los códigos de más reciente promulgación, sino porque el modificador italiano ha plasmado en él la más avanzada doctrina sancionándola legislativamente.

La capitalización de intereses en el derecho peruano

Corresponde ahora, luego de la referencia a los antecedentes históricos del tema materia de nuestro estudio y del comentario, aunque breve, de los códigos europeos y americano que más han influido en la formulación de nuestro ordenamiento civil y mercantil, ocuparnos de

la capitalización de intereses en nuestro Derecho. Para ello seguiremos un orden cronológico, pero al referirnos a la codificación abogada, trataremos sólo de los códigos que alcanzaron sanción legislativa y tuvieron considerable vigencia en el tiempo.

A) Inspirándose en la doctrina económica que establecía absoluta libertad en materia de estipulación de intereses, el Código Civil peruano de 1852, bajo la influencia del Código Napoleón, consintió también en el anatocismo, aunque con restricciones en el orden de que la capitalización de intereses pudiera verificarse luego de dos años de atraso y sólo por medio de pacto escrito, como aparece en su artículo 1823.

Pero el Código del 52 no legisló sobre el anatocismo en la forma como la había hecho el Código Francés, ya que el numeral que permite la capitalización de intereses no fue ubicado, como en el Código Napoleónico, al tratarse de las obligaciones y de los efectos de su inexecución, sino dentro del contrato de mutuo, limitando así al ámbito de aplicación de sus restricciones. Resultó entonces que la posición asumida por el codificador peruano fue singular respecto al código que lo inspiró y a otros códigos de la época, que, como el italiano de 1865 y el argentino, legislaron sobre el anatocismo en la parte pertinente a las obligaciones y, concretamente, a las obligaciones de dar sumas de dinero. Aun cuando el contrato de mutuo es fuente de obligaciones de capital, el singular tratamiento del legislador peruano del 52, pues, refirió la posibilidad de la capitalización de intereses a sólo los contratos de préstamos de dinero, tratamiento que, a su vez, ha recogido el legislador del 36, que también se ocupa del anatocismo dentro del contrato de mutuo.

Cabe advertir como consecuencia de lo anteriormente expuesto, que dentro de la sistemática del Código del 52, el mutuo era uno de los llamados contratos reales y constituía el título I de la sección cuarta del libro tercero “De las obligaciones y contratos” y que este modo de tratar la cuestión ha dado lugar, desde ya, a la permanente interrogante que se formula en nuestro Derecho acerca de si las restricciones con las que se consintió en el anatocismo son o no aplicables a los otros contratos de los que se derivan obligaciones de pagar intereses.

Es necesario señalar también que la motivación de la norma contenida en el art. 1823 del Código Civil de 1852, era la protección del deudor; que esta protección radicaba, precisamente, en la única posibilidad de capitalizar intereses con dos años de atraso como mínimo, pu-

7 Bevilaqua, Clovia, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, pág. 455.

diéndose pactar sólo en esa oportunidad el anatocismo, que, para mayor protección del deudor, requería de forma escrita. Sin embargo, hubo jurisprudencia equivocada, como señala J. E. Castañeda (8), que restó los benéficos efectos de la norma establecida por el numeral 1823, ya que se admitió como válido y eficaz el pacto de capitalización en el mismo contrato originario del mutuo. Parece ser, como lo señala el mismo autor (9), que el adverbio “entonces” utilizado en la redacción del art. 1823, se interpretó como de modo y no de tiempo.

Hubo, pues, una cierta confusión durante la vigencia del Código Civil abrogado, confusión a la cual contribuyó el Código de Comercio anterior al que hoy nos rige, promulgado en 1853, que no exigió el atraso previo.

El Código de Comercio de 1853 que, como queda expuesto, permitió la capitalización de intereses, legisló sobre esta materia en los artículos 351 y 352, incluidos dentro del título correspondiente a los “préstamos y los réditos de las cosas prestadas”.

El art. 351, que permitió la acumulación de los intereses para formar un capital que a su vez devengara intereses, tuvo una redacción bastante defectuosa. Estableció que “no se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial, mientras que, hecha liquidación de éstos, no se incluyen en un nuevo contrato como aumento del capital; o que, bien de común acuerdo, o bien por una 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 proceden estén vencidas y sean exigibles de contado”. Es decir, que el pacto de anatocismo no requería necesariamente de forma escrita, pero sí de que se tratara de obligaciones vencidas y exigibles. No requirió, como lo estableció el Código Civil, de atraso en las obligaciones vencidas.

La situación legal del anatocismo, derivada de las interpretaciones señaladas fue, pues, anómala. Se desvirtuó en el sentido de las restricciones con que se permitía la capitalización de intereses. Ya con el Código de Comercio de 1902, la ley N° 2760 y, principalmente, con la vigencia del Código Civil de 1936, la situación será substancialmente aclarada y modificada.

B) El Código de Comercio vigente desde 1902, trajo una importante innovación respecto del Código abrogado de 1853 y del Código de Comercio Español que le sirvieron de fuente, ya que incorporó el contrato de cuenta

corriente a su articulado. Así, pues, nuestro Código de Comercio no sólo trata del anatocismo al legislar sobre el contrato de préstamo mercantil, sino que también lo hace al ocuparse de la cuenta corriente.

En lo que respecta al préstamo mercantil, el Código se refiere a la capitalización de intereses en los artículos 312 y 314, que acusan como fuente a los artículos 351 y 352 del Código de 1853 y que son reproducción literal de los arts. 317 y 319 del Código de Comercio Español, vigente desde 1885.

Ya hemos visto que conforme al Código Civil de 1852 vigente en la época de la promulgación del actual Código de Comercio, sólo era permitida la capitalización de intereses cada dos años de atraso y por medio de un convenio que constara por escrito (art. 1823). El Código de Comercio, no obstante declarar que los intereses vencidos y no pagados no devengarían intereses permitió, en cambio, que mediante acuerdo se pudiera proceder a la capitalización de los intereses líquidos y no satisfechos que, como aumento de capital, devengaran nuevos réditos, tal como aparece de su artículo 312.

No estableció, pues, el Código de Comercio, como sí lo hizo el Código Civil abrogado, restricción alguna en cuanto a los periodos que debían comprender los intereses vencidos ni tampoco en cuanto, a la forma del convenio. Es más, en consonancia con la doctrina que establecía absoluta libertad en materia de estipulación de intereses, el Código de Comercio no prescribió limitación alguna en cuanto al tipo y tasa de interés (art. 310).

Como única restricción a la práctica del anatocismo, amparada casi con irrestricta libertad en los contratos de préstamo, el Código de 1902 no ha permitido que interpuesta una demanda pueda seguirse acumulando intereses al capital para exigir mayores réditos, conforme lo prescribe el artículo 314.

En cuanto al contrato de cuenta corriente, sobre el que el Código legisla en la sección décimo cuarta “Del contrato de cuenta corriente mercantil y bancaria” del libro segundo dedicado a los contratos, la referencia a la capitalización de intereses la encontramos en los artículos 574 y 583 relativos a la cuenta corriente mercantil y bancaria, respectivamente. La regulación de este contrato no tiene su antecedente en el Código Español sino que se inspira en el Código de Comercio Argentino y señala como antecedente legislativo nacional la ley de 15 de enero de 1900, como es de verse en la Exposición de Motivos del Código (10).

10 de la Lama, Miguel Antonio, *Código de Comercio*, Tomo I, pág. 112.

8 Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo II, pág. 190.

9 Ob. Cit. pág. 191.

El artículo 574 establece que las partes en el contrato de cuenta corriente mercantil pueden pactar la capitalización de intereses por períodos no menores de seis meses, con lo cual se establece una excepción respecto al plazo de 2 años para la capitalización de intereses prescrito por el Código Civil abrogado, que es también el mismo plazo que acoge el vigente código del 36. Pero hay que señalar que no puede hablarse con toda propiedad de una excepción, por cuanto la cuenta corriente es un contrato con caracteres peculiares y especiales que lo diferencian perfectamente del mutuo, materia dentro de la cual se ha legislado sobre el anatocismo en nuestro ordenamiento civil.

En cuanto a la capitalización de intereses en la cuenta corriente bancaria, el artículo 583 dispone que sea por semestres, salvo estipulación en contrario.

No obstante la salvedad que ya hemos indicado sobre las diferencias sustanciales entre la cuenta corriente y el mutuo, sea civil o mercantil, sobre las que insistiremos más adelante, ha habido jurisprudencia ajena a los principios que delinear la cuenta corriente y que ha llegado incluso a declarar que “la capitalización de intereses en la cuenta corriente es opuesta a la ley” (11).

C) Así, pues, tal como hemos visto, tanto el Código Civil del 52 como el vigente Código de Comercio, sancionaron irrestricta libertad en cuanto a la pactación de intereses. Esta situación trajo como consecuencia una alarmante práctica usuraria a la que se trató de reprimir con la promulgación de la ley N° 2760 de 26 de junio de 1918.

Esta ley, conocida como de represión del agio y usura, limitó la tasa de intereses al 14% anual si la cantidad prestada fuera de S/. 500.00 ó más y al 18% al año si fuera menor de dicha suma. Tratándose de préstamos de dinero prohibió la capitalización de intereses en términos absolutos (art. 7) y extendió sus alcances a toda operación sustancialmente equivalente a los préstamos de dinero “cualesquiera que sean las formas que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido” (art. 8). Sin embargo, la misma ley hizo una limitación de sus alcances al dejar establecido que sus disposiciones “no corresponden a las operaciones bancarias, ni a las otras instituciones análogas” (art. 19).

Posteriormente, la ley N° 6244 del 21 de setiembre de 1928 ratificó, en cuanto a la tasa máxima de intereses señalado por la ley N° 2760, que ésta era la permitida

11 Ej. Sup. de 2 de diciembre de 1941, citada por García Calderón, *Código de Comercio*, pág. 274.

“para toda clase de indemnizaciones e intereses pactados por las partes en los contratos de préstamo de dinero y de las operaciones sustancialmente equivalentes”.

De este modo, pues, la capitalización de intereses permitida en las maneras prescritas por los arts. 1823 del Código Civil de 1852, entonces vigente, y 312 del Código de Comercio, quedó sin efecto al producirse la derogación de tales disposiciones. La ley N° 2760, al establecer la prohibición del anatocismo, no distinguió entre mutuo civil y préstamo mercantil.

La jurisprudencia de los tribunales a partir del 26 de junio de 1918, fecha de la promulgación de la ley N° 2760, se uniformó en cuanto a la prohibición de la capitalización de intereses sin distinguir, muchas veces, la modalidad contractual dentro de la cual se había adoptado y sin constreñir la prohibición a sólo los préstamos de dinero y operaciones que le fueran “sustancialmente equivalente”. Así, el principio sustentado en algunas ejecutorias supremas anteriores a la promulgación de la ley N° 2760 en el sentido de que la capitalización de intereses “es de ley y de esencia en la cuenta corriente, cada seis meses, por lo menos”, como la del 28 de diciembre de 1914 (12), se ve negado en otras ejecutorias como las de 30 de setiembre y 14 de noviembre de 1927 (13).

D) La Ley de Bancos, promulgada por decreto-ley N° 7159 de 23 de mayo de 1931, como resultado de las recomendaciones formuladas por la llamada Misión Kemmerer, hace referencia en su art. 77, modificado por el decreto-ley N° 11055 de 15 de julio de 1949, a la capitalización de intereses. Dicho numeral establece en relación con los depósitos de ahorros, que tales depósitos “principiarán a ganar interés desde el día de su imposición, y los intereses serán capitalizados cuando menos, semestralmente”, como un modo de dar incentivo a los imponentes de ahorros.

La capitalización de intereses permitida por el art. 77 de la Ley de Bancos opera tanto con las cajas de ahorros de las sociedades de beneficencia pública como con las secciones de ahorros de los bancos comerciales, con la prohibición a estos últimos de otorgar otros beneficios a sus depositantes de ahorros.

Sin embargo, siendo el depósito bancario una de las principales actividades que cumplen los bancos comerciales, la capitalización de intereses puede funcionar, en

12 Postigo Cáceres. *Jurisprudencia Mercantil*, Tomo I, pág. 52 (Ver dictámen fiscal).

13 Aparicio y Gómez Sánchez, *Código Civil*, Tomo IV, pág. 321.

la práctica, con dos de las formas del depósito bancario: con los depósitos de ahorros, ya indicado anteriormente, y con los depósitos a la vista que constituyen los llamados “depósitos en cuenta corriente”. Con los primeros, o sea con los ahorros, tal como lo preceptúa el art. 77 de la Ley de Bancos, los intereses se capitalizan semestralmente, al 30 de junio y 31 de diciembre, respectivamente.

Tratándose de los depósitos en cuenta corriente, que pueden cancelarse en cualquier momento, la capitalización de intereses puede hacerse trimestralmente, conforme a práctica bancaria autorizada por la Superintendencia de Bancos, o en la oportunidad de la eventual cancelación de la cuenta corriente, con la salvedad de que en tal caso las fracciones de trimestres se reputan como trimestres completos. Pero hay que advertir que conforme al art. 171 de la Ley de Bancos, el art. 567, inc. 4º, del Código de Comercio — que declara inherente a la cuenta corriente la producción de intereses de todos los valores del crédito y débito — no debe ser interpretado en el sentido de que el pago de intereses en esta forma de depósitos es obligatorio para las empresas bancarias. Prescribe el citado numeral 171 que cualquier arreglo para el pago de intereses sobre los depósitos en cuenta corriente debe ser materia de acuerdo privado entre la empresa bancaria y sus depositantes. Es decir que, en buena cuenta, los bancos comerciales se reservan como facultad propia la de pagar intereses, y su consiguiente capitalización, en las imposiciones dinerarias que hagan sus correntistas.

En cuanto a los créditos bancarios, otra de las principales actividades que cumplen los bancos comerciales le son aplicables también las disposiciones de los depósitos a la vista, ya que, en todo caso, todas las operaciones crediticias están íntimamente vinculadas con la cuenta corriente, ya se trate de créditos en cuenta corriente, en cualquiera de sus formas, o de créditos en descuento.

E) Con la promulgación del actual Código Civil el 30 de agosto de 1936 y su puesta en vigencia a partir del 14 de noviembre del mismo año, prácticamente culmina el proceso del tratamiento legislativo nacional a la cuestión de la capitalización de intereses. Decimos que prácticamente culmina, porque con posterioridad al Código Civil solamente la ley Nº 9807 de 19 de febrero de 1943, en su artículo 19, se ocupa de la capitalización de intereses para prohibirla y sancionarla con nulidad en los contratos de compra-venta y promesa de venta de lotes en las urbanizaciones a que dicha ley se refiere.

El Código del 36, al igual que el del 52, cuyo artículo 1823 le sirve de fuente, trata de la capitalización de intereses al legislar sobre el contrato de mutuo en su artículo 1586. El vigente Código, pues, no se ha ocupado del anatocismo al tratar de las obligaciones y de los efectos de su inejecución, como lo han hecho el Código Napoleónico — remoto antecedente — y los códigos español y alemán, que sirvieron de inspiración al codificador peruano del 36. En esta materia nuestro Código se alinea con el código brasileño que, como ya vimos, también legisla sobre el anatocismo dentro del contrato de mutuo. El moderno Código Civil Italiano de 1942 trata la materia dentro de las obligaciones.

Esta posición del legislador peruano del 36, al igual que la del 52, es bastante singular con respecto a la mayoría de los códigos, como ya lo hemos señalado al ocuparnos del Código abrogado, siendo de advertir que los propios comentaristas del Código han tratado de la capitalización de intereses al estudiar el Derecho de las Obligaciones. Así, Angel Gustavo Cornejo (14), Rosendo Badani (15) y Jorge Eugenio Castañeda (16).

Tal como lo indica la Exposición de Motivos (17), la capitalización de intereses no está prohibida en materia civil y el Código permite el pacto entre acreedor y deudor, pero no en el momento de convenirse la obligación. Como lo señala Manuel Augusto Olaechea (18) el vigente Código no modifica lo que al respecto imponía el código anterior sino que evita la equívoca interpretación ya referida al comentarse el Código del 52.

En opinión del mismo Dr. Olaechea, la nueva redacción del numeral 1586, cuyo antecedente es el art. 1823 del Código abrogado, permitirá al deudor darse cuenta de la onerosidad de la capitalización y hacer un esfuerzo para pagar al acreedor, ya que si se somete al fuerte gravamen que la capitalización representa, lo hara con plena conciencia.

Ahora bien, la forma de capitalización de intereses permitida por el art. 1823 del Código del 52 fue derogada por el art. 7 de la ley Nº 2760 que, en términos absolutos, prohibió el anatocismo, extendiendo tal prohibición también a los préstamos mercantiles, tal como ya hemos visto al ocuparnos de la ley Nº 2760. El art. 1586 del

14 *Código Civil*. Exposición sistemática y comentario. Tomo II, págs. 290 - 291.

15 *Obligaciones*. Curso Universitario. pág. 53.

16 *Instituciones de Derecho Civil*. El Derecho de las Obligaciones, Tomo II, págs. 187 - 191.

17 Guzmán Ferrer, *Código Civil*, Tomo II, pág. 647.

18 Guzmán Ferrer, *Código Civil*, Tomo II, pag. 647.

actual Código ha derogado la prohibición permitiendo la capitalización de intereses cada dos años de atraso y por convenios escritos, aclarando el sentido de la restricción que a su vez impone y evitando equívocas interpretaciones. No puede ya dudarse que el pacto de anatocismo debe ser siempre posterior al convenio de la obligación de capital.

Pero, por otra parte, tenemos que considerar que, necesariamente, por la ubicación del art. 1586, el pacto de anatocismo supone la previa existencia de un contrato de mutuo, siéndole, por tanto, accesorio. Sin embargo, conviene detenernos en el análisis del precepto y determinar sus alcances.

Resulta incontrovertible que la norma del art. 1586 prohíbe la capitalización de intereses no vencidos y autoriza sólo la de los atrasados, pero con ciertas restricciones. Para su validez se precisa, en primer término, que la capitalización se haga cada dos años y, luego, que el pacto lo sea por escrito. Así el deudor, como lo ha propugnado M. A. Olaechea, podrá tomar conciencia del aumento de su débito y de su mayor responsabilidad resultante del convenio de capitalización. No bastará que reconozca el monto de una obligación a la cual se han acumulado intereses de intereses.

Si atendemos, entonces, al sentido de las restricciones del art. 1586 y consideramos el proceso que en el orden legislativo ellas han sufrido, así como la interpretación jurisprudencial, concluiremos en que ambas restricciones constituyen reglas de orden público, esto es, que la autonomía de la voluntad no prevalece frente a la manera establecida como el Código Civil consiente en la capitalización de intereses.

Así, pues, tienen indiscutible carácter imperativo las restricciones tendientes a que la capitalización sólo se haga sobre intereses que tienen por lo menos dos años de atraso y que el convenio para tal efecto adopte la forma escrita.

Tenemos, entonces, que la inobservancia de la restricción relativa a los periodos de capitalización acarrea la nulidad del pacto de anatocismo por aplicación de lo prescrito por el art. III del título preliminar, y por lo dispuesto por el inciso 2º del art. 1123 del Código.

Tratándose de la segunda restricción, esto es, que el convenio conste por escrito — que en este caso es el requisito de forma exigido por la ley, conforme al art. 1075 — la nulidad se funda en lo dispuesto en el mismo art. 1123, inciso 3º, por cuanto la manifestación de voluntad en ese acto jurídico que es el pacto de anatocismo no se ha ajustado a la forma prescrita. En ambos casos,

la nulidad es absoluta, pero si el convenio de capitalización es accesorio a un contrato principal de mutuo, no importará la nulidad de éste, conforme al art. 1127.

Por último, aun cuando el art. 1586 no lo manifiesta expresamente, es obvio que su recta interpretación es en el sentido de que el pacto de anatocismo, observada la forma de ley, sólo surtirá sus efectos en el futuro, es decir, que los intereses capitalizados sólo producirán intereses a partir del momento del convenio, y que no podrá convenirse el cálculo del interés compuesto para que comience a correr con anterioridad a la fecha del pacto de capitalización siendo también este implícito precepto de carácter imperativo y, por ende, de orden público.

La capitalización de intereses en las modalidades contractuales

Nos toca ahora enfrentar la interrogante que se plantea en nuestro Derecho acerca de si la citada norma contenida en el artículo 1586 del Código Civil deroga o no las de la legislación mercantil en materia de anatocismo y si la misma regla, colocada dentro del contrato de mutuo, es extensiva a otros contratos. Para responderla vamos a estudiar, aunque someramente, aquellos contratos en los que las relaciones entre las partes pueden dar lugar a que se capitalicen los intereses, tales como el préstamo de dinero a través de algunas de sus modalidades, y la cuenta corriente mercantil y bancaria.

A) Al estudiar el préstamo de dinero, lo haremos considerando el mutuo civil, el préstamo mercantil y esa modalidad de préstamo que es la llamada habilitación. Tratándose del mutuo civil, es fácil colegir que por la ubicación del precepto establecido por el numeral 1586 del Código Civil, la capitalización de intereses está prohibida y sólo puede pactarse cada dos años por convenios escritos. Como ya lo hemos expuesto, más que de prohibición debe hablarse de limitación, toda vez que la citada disposición del Código Civil vino a derogar la prohibición que, en términos absolutos, introdujo la ley N° 2760.

Así, pues, en materia civil, la capitalización de intereses está prohibida en principio y sólo puede pactarse válidamente observándose las restricciones impuestas por el artículo 1586 del Código Civil.

Por otra parte, si atendemos a la naturaleza del contrato, el préstamo mercantil no guarda ninguna diferencia de fondo con el mutuo civil. Tan sólo se distinguen por la calificación introducida por el ordenamiento mercantil en atención a las personas contratantes o al destino que se les da a las cosas prestadas (art. 305 del

Código de Comercio), así como a la garantía que se ofrezcan (art. 306 del mismo Código). De ahí que llegamos a sostener que tratándose del contrato de préstamo mercantil, el anatocismo resulta limitado en aplicación del artículo 1586 del Código Civil, el cual, como hemos ya indicado, constituye regla de orden público.

Debemos recordar que la ley N^o 2760 derogó el artículo 312 del Código de Comercio, el cual, por ser posterior al Código del 52, hizo ineficaz la disposición del art. 1823 del Código abrogado cuando el préstamo fuese entre comerciantes. El artículo 1586 del Código Civil, que como ha quedado dicho, derogó la prohibición establecida por la ley N^o 2760, lógicamente ha modificado el referido numeral 312 en el sentido de que la capitalización de intereses sólo puede pactarse con las limitaciones con las que la ley civil consiente en el anatocismo. Además, viene en apoyo de nuestra opinión la norma contenida en el segundo párrafo del art. 1823 de las Disposiciones Finales del Código Civil vigente, según las cuales las disposiciones del Código de Comercio y otros códigos especiales se considerarán derogadas cuando expresamente se haga referencia a materias comprendidas en dichos códigos y que estén en oposición a ellas.

Podemos concluir, pues, que aun tratándose de préstamo mercantil, la capitalización de intereses sólo podrá hacerse cada dos años de atraso y por convenios escritos.

Con respecto a la habilitación, que consiste en el suministro de sumas de dinero a medida que vayan siendo solicitadas y hasta el máximo previsto, con la obligación de restituirlas en el plazo que acuerden las partes, constituyendo así, una apertura de crédito muy usual dentro del ámbito de algunas actividades económicas donde también se le distingue con la denominación de avío, es indiscutible que para que dentro de éste contrato puedan capitalizarse intereses, deberá ser observada la limitación impuesta por el art. 1586 del Código Civil.

Respecto a esta modalidad del préstamo que es la habilitación, debemos considerar que puede operar como apertura de crédito simple o en cuenta corriente. Esta última, a pesar de su denominación, es inconfundible con el contrato de cuenta corriente, como bien lo aclara la Exposición de Motivos del Código de Comercio: "la apertura de crédito en cuenta corriente es, por su esencia, un préstamo, que se verifica cuando una persona — por lo general un banquero — suministra a otra, con garantía o sin ella, dinero a interés, obligándose a devolverlo con los réditos y derechos de comisión pactados

por aquel servicio" (19). La diferencia entre ambas radica en que en la apertura de crédito en cuenta corriente se pueden efectuar reembolsos parciales que extingan el débito y den la posibilidad de volver a usar del crédito total, lo cual no ocurre cuando la apertura de crédito es simple.

Ahora bien, sea que la habilitación funciones como apertura de crédito simple o como apertura de crédito en cuenta corriente, es, a no dudarlo, una "operación substancialmente equivalente a un préstamo de dinero" y, como tal comprendida en la prohibición prescrita por la ley N^o 2760, la cual, como ha quedado establecido, ha sido atemperada por el art. 1586 del Código Civil.

B) Como hemos visto, tanto el contrato de mutuo civil como el de préstamo mercantil y la habilitación son, en el fondo, entrega de dinero, con obligación para quien lo recibe de devolverlo. A tales modalidades contractuales fue aplicable la prohibición de capitalizar intereses establecida por la ley N^o 2760, siéndoles, en consecuencia, pertinente la modificación introducida por el art. 1586 del Código Civil. Sin embargo, tratándose del contrato de cuenta corriente, las citadas disposiciones no son aplicables y el art. 574 del Código de Comercio, que permite la capitalización de intereses por períodos no menores de seis meses, mantiene su vigencia.

Conforme a la propia Exposición de Motivos del Código Civil, la capitalización de intereses "en el orden comercial es lícita y en algunos contratos forma parte de su estructura, como ocurre en la cuenta corriente" (20). Y esto, porque la cuenta corriente no puede ser confundida con el préstamo, ya que en éste existen deudor y acreedor conocidos. "En la cuenta corriente — expresa la Exposición de Motivos del Código Mercantil — no existe acreedor ni deudor antes de la liquidación final... La cuenta corriente no es un préstamo recíproco, porque la intención de los contratantes no es hacerse mutuos" (21). Basta, pues, acudir a los artículos 563 y siguientes del Código de Comercio para comprobar que efectivamente la cuenta corriente es un contrato de una connotación jurídica propia, muy diversa del préstamo de dinero, cualquiera que sea su modalidad.

Ahora bien, los efectos compensatorios y novatorios que caracterizan a la cuenta corriente impiden la distinción entre capital e intereses hasta antes del cierre y liquidación final. Pero tales características no obstan para que los correntistas puedan, conforme al art. 574

19 García Calderón, *Código de Comercio*, pág. 266.

20 Guzmán, Ferrer, *Código Civil*, Tomo II, pág. 647.

21 García Calderón, *Código de Comercio*, pág. 267.

del Código de Comercio, pactar la capitalización de intereses por períodos no menores de seis meses en las oportunidades en que estipulen balances parciales.

Por otra parte, el principio de indivisibilidad, que también caracteriza a la cuenta corriente, hace que el saldo hasta su determinación final no pueda ser considerado como formado en parte por una suma representativa de intereses, sino que, más bien, se entiende como un todo, en el cual se confunden las remesas y sus intereses. De ahí que llegue a sostenerse “que es erróneo hablar de anatocismo en la cuenta corriente, ya que éste significa capitalización de intereses, o sea intereses que no fueron pagados en su oportunidad debida y que pasan a confundirse con el capital, aumentando así al monto de sus futuros intereses” (22).

Pero, a lo que sí alcanza la limitación impuesta por el art. 1586 del Código Civil, es a los intereses que re-

22 Patrón Irigoyen, *La Cuenta Corriente en el Derecho Positivo y en la Doctrina*, págs. 94 y 95.

sulten del saldo definitivo luego de la liquidación final y consecuente cierre de la cuenta, ya que la suma de dinero que resulte de dicho saldo se convierte en un crédito ordinario exigible por el acreedor al deudor, ya determinados. Es obvio que si la cuenta corriente ha sido cerrada ya ha dejado de existir, siendo pertinentes, entonces, a la relación sobreviniente entre acreedor y deudor, las disposiciones aplicables a las simples obligaciones de capital.

En cuanto a la cuenta corriente bancaria que a la regulación que de ella hace el Código de Comercio se suma la Ley de Bancos, la capitalización de intereses procede en la forma prescrita por el art. 171 del Estatuto bancario y la práctica establecida por los bancos comerciales, como ya hemos visto al comentar la Ley de Bancos. Sólo cabe agregar que luego de cerrada la cuenta y de girada la letra a la vista, a que se refiere el último apartado del artículo 581 del Código de Comercio, no será ya lícita la capitalización de intereses si no se sujeta a la regla establecida por el art. 1586 del Código Civil.