

Los intereses compensatorios y moratorios

FELIPE OSTERLING PARODI

MARIO CASTILLO FREYRE

SUMARIO: 1. CONCEPTOS. A. LUCRO. B. DEFENSA CONTRA LA DEPRECIACIÓN MONETARIA. C. PRIMA DEL RIESGO. 2. TASA MÁXIMA DE INTERESES COMPENSATORIOS Y MORATORIOS. A. PARA EL INTERÉS CONVENCIONAL COMPENSATORIO. A.1. En moneda nacional. A.2. En moneda extranjera. B. PARA EL INTERÉS CONVENCIONAL MORATORIO. B.1. En moneda nacional. B.2. En moneda extranjera.

1. CONCEPTOS.

El tema del pago de intereses, sin duda alguna, es uno de los de mayor trascendencia en las transacciones civiles, comerciales y financieras. Nuestra legislación, en reconocimiento a la importancia y características que permiten hablar de los intereses como una institución del Derecho de Obligaciones, ha incorporado dentro del ordenamiento privado una regulación especial sobre la materia.

De este modo, el Código Civil Peruano de 1984 asigna un Capítulo especial, dentro de las normas del pago, en el Libro de las Obligaciones, a las reglas relativas a los intereses.

Es menester precisar que los preceptos del Código Civil sobre intereses únicamente se aplican a las operaciones de crédito celebradas entre los particulares, esto es, entre las personas naturales o jurídicas que no se encuentran dentro del sistema financiero.

La actual regulación de los intereses significa –en nuestra opinión– un avance legislativo respecto del tratamiento que el Código Civil de 1936 brindó al tema que nos ocupa. Dicho texto legal reguló en forma inconexa, asistemática y dispersa el pago de intereses, al consignar en algunos pocos artículos las normas que debían regir tan importante materia.

El Código Civil de 1936 trataba el pago de intereses con mayor atención en el Contrato de Mutuo, en el que se refería al anatocismo. Ello constituía –a nuestro modo de ver– un error conceptual, no sólo porque el Contrato de Mutuo es por naturaleza, pero no por esencia, oneroso (esto es, que perfectamente puede ser a título gratuito), sino porque no es el único acto jurídico en el que puede devengarse el pago de intereses.

El régimen de los intereses se inicia en el Código Civil Peruano de 1984 con el artículo 1242, que define a las dos clases del

interés convencional, esto es, a los intereses compensatorios y moratorios.

Al respecto, Mauricio Olaya Nohra¹ señala que la incorporación de los intereses dentro del esquema de pago permite el establecimiento de una retribución en favor del acreedor, derivada del uso que éste permite realizar al deudor de un dinero o bien que se encuentra obligado a entregarle. Estos intereses son conocidos como compensatorios.

Agrega el citado autor que la incorporación de los intereses dentro del esquema del retraso en el pago, permite establecer una sanción contra el deudor que, injustificadamente, incumple con realizar el que le corresponde en la fecha establecida con su acreedor. Estos intereses son conocidos como moratorios.

Por su parte, Gastón Fernández Cruz² considera que el artículo 1242 del Código Civil no define la noción de interés; y opta más bien por definir, en atención a la finalidad que los intereses persiguen, las clases que éstos últimos indistintamente pueden adoptar.

Es claro que el Código Civil Peruano define a dichas clases de interés en función de su finalidad. Así, con arreglo al primer apartado del artículo 1242, el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien y, de acuerdo con el pa-

rágrafo segundo del mismo precepto, es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

En igual sentido opinan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos³, al señalar que cuando se difiere en el tiempo la entrega de una suma de dinero, se suele pagar como compensación por el uso de ese capital otra suma de dinero a la que se llama interés. Este es el precio que se abona por el uso del dinero o, en su caso, por haber privado al dueño de usar ese capital.

En cuanto a la definición del interés compensatorio que el precepto legal peruano establece, Fernández Cruz⁴ manifiesta su absoluta discrepancia. Expresa, en primer lugar, que la finalidad perseguida a través de esta clase de interés, es la de obtener ganancia o lucro y no una mera retribución o pago compensatorio.

De otro lado, anota el citado autor que al considerar el artículo 1242 del Código Civil al dinero como bien, esto conlleva a ignorar o confundir las funciones de aquél con su naturaleza jurídica, aun cuando resulte difícil adscribirse en torno a esta última noción.

En opinión nuestra, al establecer el Código Civil Peruano que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, está determinando

1 OLAYA NOHRA, Mauricio. El Régimen de Intereses en el Perú. En: Diario Oficial "El Peruano". Sección Economía y Derecho, de fecha 16 de agosto de 1994.

2 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. La Naturaleza Jurídica de los Intereses: punto de conexión entre Derecho y Economía, Página 179. En: Derecho, Revista de Derecho editada por el F. E. de la PUCP. Número 45, Año 1991.

3 MOISSET DE ESPANES, Luis; PIZARRO, Ramón Daniel; y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Inflación y Actualización Monetaria, Página 221. Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1981.

4 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 208.

la necesidad de formular algunas precisiones.

Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria, deuda no pecuniaria o de valor. Por ello, correspondía ubicar a los artículos 1242 a 1250 inclusive, referidos al pago de intereses, en el Título del Pago, en el Libro de las Obligaciones, tal como lo hace el Código Civil vigente.

De este modo, ni la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de intereses.

Al respecto Von Böhm-Bawerk, citado por Fernández Cruz⁵, señala que todo capital puede producir un interés, cualesquiera que sean las clases de bienes que lo formen, ya se trate de bienes fructíferos por naturaleza o de bienes estériles, de bienes consumibles o inconsumibles, de bienes fungibles o de bienes no fungibles, de dinero o mercancías.

Busso⁶, por su parte, sostiene que el interés presupone una obligación de capital, del que representa el rendimiento.

Según Fernández Cruz⁷, es posible con-

cebir una prestación accesorio, que represente siempre el rendimiento de esos bienes tomados como capital, independientemente de la finalidad que persigan: lucrativa, a través de la expectativa de ganancia por la aplicación de ese capital; o indemnizatoria, como satisfacción al acreedor de la privación indebida de la posibilidad de aplicación del capital.

De este modo, Fernández Cruz⁸ es de opinión que al calificar el Código Civil en el artículo 1242 a los intereses compensatorios, debió establecer que éstos se deben en calidad de contraprestación por el uso y disfrute de cualquier capital.

Ello en virtud de que el interés, en opinión de Fernández Cruz⁹, —coincidente con Busso—, constituye el rendimiento de un capital.

En este orden de ideas, resulta necesario precisar los conceptos de bien, dinero y capital, respectivamente.

Guillermo Cabanellas¹⁰ señala que bien es todo aquello que compone la hacienda, el caudal, la riqueza o el patrimonio de las personas.

Como ya fue expresado por uno de los coautores de este trabajo¹¹, en la doctrina no

5 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 201.

6 BUSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Tomo IV, Página 273. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires, 1951.

7 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 201.

8 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 198.

9 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 201.

10 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Décimo Quinta Edición, Tomo VI, Página 117. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1982.

11 CASTILLO FREYRE, Mario. El Bien Materia del Contrato de Compraventa, Página 23. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XIII, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.

existe unanimidad de criterios respecto a lo que se entiende por bienes. Sin embargo, nosotros hemos adoptado aquella teoría por la cual se comprende dentro de dicho concepto a las cosas (bienes corporales) y a los derechos (bienes incorporeales).

El dinero, conforme señala Mann, citado por Carlos Villegas y Mario Schujman¹², es un medio de cambio, desde el punto de vista económico, y un medio de pago, jurídicamente hablando.

A decir de Hirschberg, citado por Gastón Fernández Cruz¹³, dinero es el común denominador del valor de todos los bienes y servicios.

En nuestra opinión, cuando de la noción del dinero se trata, es preciso hacer una distinción conceptual de los términos dinero y moneda, toda vez que ésta última es sólo una de las formas que el dinero puede revestir.

Al respecto, Villegas y Schujman¹⁴ señalan que los distintos pueblos, a través de su historia, han utilizado los más diversos elementos como dinero. Así, se usó el dinero ornamental (conchas caurí en África y territorios del Océano Indico hasta el corazón de Asia; cuentas de vidrio, ambar, coral, colmillos de marfil, etc.). Dinero utilitario (trigo, ganado, esclavos, aguardiente, armas, etc.). Dinero indumentario (pieles, cueros, tejidos, etc.). Dinero signo (fichas de juego, en Indochina; trozos de piel, en Rusia, etc.). Los

metales nobles, primero fundidos y después acuñados, etc.

En el siglo VII A.C., el dinero apareció en forma de moneda, siendo las más antiguas las de Lidia, en Persia. Así, del metal acuñado se pasó al papel moneda, y de éste último al dinero electrónico, el cual –constituido por depósitos bancarios– es movilizad o a través de tarjetas magnéticas, transferencias telefónicas o con el medio –hoy más rudimentario– llamado cheque.

A decir de Gastón Fernández Cruz¹⁵, el dinero no puede reducirse a la categoría de bien mueble de naturaleza fungible, pues ello lleva erróneamente a identificar los conceptos de moneda y dinero.

En este contexto, resulta sumamente interesante preguntarnos si la productividad que caracteriza al dinero, explica la producción de intereses en una obligación dineraria o pecuniaria.

A nuestro modo de ver, el devengamiento de intereses opera en virtud de un mandato legal o del acuerdo de partes, dentro de los límites de la ley, sobre cualquier clase de obligación. No importa el objeto de su prestación, toda vez que el interés puede generarse del dinero, capital o cualquier otro bien, independientemente de la productividad o improductividad de éstos.

En opinión de Fernández Cruz¹⁶, la afir-

12 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. *Intereses y Tasas*, Página 12. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

13 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, Página 203.

14 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. *Op. cit.*, Página 10.

15 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, Página 203.

16 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, Página 203.

mación “el dinero es esencialmente productivo, pudiendo generar intereses *per se*”, determina la falsa creencia de que el dinero es un bien fungible, fructífero por esencia.

Agrega el citado autor, que no es el signo monetario como bien, sino el valor dinerario que representa el que genera intereses.

Ello es así porque el dinero en el Derecho cumple distintas funciones de las que originalmente estaba destinado a cumplir, esto es, la de servir como:

- Unidad de cuenta.
- Instrumento de cambio.
- Medida de valor.
- Reserva.
- Depósito de valor.
- Medio de pago.

Hernández Gil, citado por Fernández Cruz¹⁷, sostiene que en el Derecho de Obligaciones, el dinero se desempeña:

- Como precio, cuando se debe en razón de la transmisión de la propiedad de un bien;
- Como renta, cuando se debe en razón del uso y disfrute de un bien;
- Como interés, cuando se debe en razón a la función de valor y cambio del dinero;
- Como retribución, cuando se debe en calidad de contraprestación de una prestación de hacer;
- Como indemnización, cuando se debe en razón a la función valorativa del “*quantum*” del daño;
- Como abono de gastos.

Por otra parte, tenemos que Hermann, también citado por Gastón Fernández¹⁸, define al capital como el patrimonio que ofrece constantemente su utilidad a las necesidades del hombre como un bien continuamente nuevo, sin que merme nada su valor de cambio.

A decir de Mesa, citado por Busso¹⁹, se entiende por capital, en sentido jurídico, la suma de dinero o cualquier otra cantidad de cosas fungibles, por la cual una persona es acreedora con relación a quien debe los intereses como compensación del uso de esa suma o cantidad.

Bajo esta óptica, Busso²⁰ sostiene que el capital al cual el interés corresponde, debe consistir –en la opinión más difundida– en dinero u otras cosas fungibles.

Agrega el citado autor que en casos especiales también una deuda de cuerpo cierto puede jurídicamente actuar como capital a los efectos de devengar intereses a cargo del obligado. Sería el caso, por ejemplo, que se entregara a una persona una cosa determinada para que la vendiera y retuviera el precio a título de mutuo.

Similar sería el caso del depositario que usó indebidamente de la cosa que le fuere confiada.

Aparicio Ramos, citado por Fernández Cruz²¹, señala que cuando se habla llana-

17 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 204.

18 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Páginas 198 y 199.

19 BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 273.

20 BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 274.

21 FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit., Página 198.

mente de capital se está haciendo referencia al concepto económico del mismo. Cuando se habla de patrimonio, se hace referencia al concepto jurídico del capital.

Ahora bien, luego de haber anotado algunas de las cuestiones preliminares al tema del interés convencional compensatorio y moratorio, nos avocaremos al estudio de dichos tipos de interés.

En relación al interés convencional compensatorio, debemos señalar que en la doctrina no existe un criterio unívoco en cuanto a su denominación.

Sostienen Villegas y Schujman²² que el término compensatorio es una denominación ligada al concepto de “compensar” y se vincula con la idea de “privación del uso”.

Agregan los autores citados que a este tipo de interés se le suele llamar “retributivo” o “lucrativo”, denominaciones éstas que expresan mejor la naturaleza del mismo. Sin embargo, por tradición y por el uso cotidiano del término compensatorio, es que se les sigue denominando intereses compensatorios.

Expresa Salvat²³ que a los intereses compensatorios se les llama también intereses lucrativos, calificativo que se ajusta a la finalidad que explica su existencia y sortea más con la crítica de que los intereses moratorios son también compensatorios.

En opinión de Cárdenas Quirós²⁴, es preferible referirse a intereses “retributivos”, ya que esta expresión refleja con mayor claridad la naturaleza de este tipo de interés: la retribución debida por el uso del dinero o de cualquier otro capital.

Agrega el citado autor que la denominación de interés compensatorio debería —en todo caso— circunscribirse al supuesto en el que se acordó a favor del acreedor una suma mayor como indemnización del daño ulterior, esto es en la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil Peruano.

De otro lado, debemos señalar que el interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo el enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha el dinero o cualquier otro bien, una retribución adecuada para su uso.

Por ello se ha dicho que los intereses compensatorios cumplen con la función económica de retribuir el uso de un capital ajeno.

Al respecto, Carlos Villegas y Mario Schujman²⁵ sostienen que el interés compensatorio cumple ciertas funciones jurídicas, entre las cuales destacan las siguientes:

(A) LUCRO.

Es claro que el interés compensatorio se

22 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 109.

23 SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General, Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tomo I, Página 421. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952.

24 CARDENAS QUIROS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II, Página 245. San Jerónimo, Lima, 1986 - 1993.

25 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Páginas 109 y siguientes.

desprende del capital, a fin de proporcionar un lucro, beneficio o ganancia al acreedor; razón por la cual no ahondan en el desarrollo de esta función.

(B) DEFENSA CONTRA LA DEPRECIACIÓN MONETARIA.

Expresan los referidos autores²⁶ que la jurisprudencia argentina ha reconocido que en época de inflación la tasa de interés se descompone en una cuota o porción que corresponde al interés puro o neto, destinado a retribuir el uso del capital, y la otra cuota o porción complementaria se destina a cubrir los distintos riesgos que el acreedor asume, entre los cuales cuenta principalmente una adecuada cobertura para contrarrestar la pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda, de tal modo que su acumulación redunde en una recomposición del capital.

En cuanto a la procedencia del ajuste del capital, Uribe Restrepo²⁷ señala que la petición de intereses y la de reajuste son compatibles y acumulables.

Al respecto debemos señalar que sobre un capital ajustado en su monto, mediante alguna cláusula de estabilización, procede el devengamiento de intereses.

Ello en virtud a que al sistema de reajuste de deudas y al pago de intereses le asisten finalidades distintas.

(C) PRIMA DEL RIESGO.

Anotan Villegas y Schujman²⁸ que el crédito es el cambio de un bien presente por un bien futuro. El cumplimiento del deudor está diferido en el tiempo; por ello, el acreedor evalúa el "riesgo del crédito" y una parte de la tasa que mide el interés se destina a cubrirlo.

Ahora bien, en lo referente al devengamiento del interés convencional compensatorio, debemos señalar que para que este tipo de interés se genere, es necesario que se haya pactado, sea al momento de contraerse la obligación o posteriormente²⁹.

Tal interés podrá devengarse a partir

26 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 111.

27 URIBE RESTREPO, Luis Fernando. Las Obligaciones Pecuniarias frente a la Inflación, Páginas 153 y siguientes. Editorial Temis, Bogotá, 1984.

28 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 111.

29 Con relación a la evolución del pacto de intereses, resulta de suma importancia citar lo expresado por Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Páginas 205 y siguientes. Editorial Perrot, Buenos Aires, agosto de 1983.). Según el citado autor, en la antigüedad se juzgó con severidad el pacto de intereses. Las leyes de Moisés lo prohibían entre los hebreos, permitiéndolo sólo respecto de extranjeros (Deuteronomio, Capítulo 23, Números 19 y 20; Levítico, XXV, 36 y 37; Exodo, XXII, 25). Aristóteles enseñaba que el dinero no engendraba dinero: *numus numum parere non potest* (Política, Libro 1º, Capítulo 3º). En Roma, originariamente el mutuo o préstamo de consumo era un contrato gratuito, que se realizaba entre amigos; pero luego, hacia fines de la República, se convirtió en una operación del *ius gentium*, con carácter especulativo, llegando a ser enorme la tasa de interés. Dice Gayo que fue necesario proteger a los prestatarios contra los usureros (Institutas, IV, 23), fijándose en aquella época la tasa máxima legal en el 1% mensual, que luego Justiniano redujo a la mitad (véase Cassimatis, Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin, tesis, París, 1931, citado por Ripert y Boulanger, tomo VIII, Número 2314, Página 532.).

Los Padres de la Iglesia fueron enemigos de toda forma de interés convencional y consideraron que era una especie de pecado el hecho de prestar a interés; al punto que San Ambrosio califica el interés como un torpe y execrable medio de lucro. En el año 314, el Concilio de Arlés prohibió a los eclesiásticos conceder préstamos a interés; en el siglo V, el Papa San León 1º Magno, extendió la prohibición a todos los cristianos.

de la fecha convenida por las partes o, en su defecto, desde que se contrajo la obligación, hasta el día del pago.

Al respecto, sostiene Carlos Cárdenas Quirós³⁰ que una excepción a la regla que acabamos de señalar la constituye el artículo 1663 del Código Civil Peruano, según el cual el mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.

Por lo tanto, para que el mutuuario no se encuentre obligado al pago de intereses compensatorios deberá acordarlo en forma expresa con el mutuante.

En la misma línea de pensamiento, Mauricio Olaya³¹ anota que el interés com-

pensatorio sólo podrá ser exigido al deudor en caso de que se haya pactado su aplicación dentro del contrato, con la única excepción del contrato de mutuo o préstamo en el que la ley presupone la existencia de intereses compensatorios.

Enseña Llambías³², por su parte, que en el Derecho Argentino, no habiendo convención expresa, las obligaciones de dinero no llevan intereses compensatorios.

En este sentido —señala el referido autor—, ha de interpretarse el artículo 621 en conexión con el artículo 2248 del Código Civil Argentino. Según el primero, la obligación puede llevar intereses. Y conforme establece el segundo, no habiendo con-

Esa doctrina, que erigió en norma jurídica lo que en el Evangelio era una regla de caridad y perfección moral (San Lucas, capítulo VI, Versículos 34 y 35: "Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir ¿qué gracia tendréis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor. Pero amad a vuestros enemigos, haced bien y prestad sin esperanza de remuneración, y será grande vuestra recompensa, y seréis hijos del Altísimo, porque El es bondadoso para con los ingratos y los malos"), impregnó toda la legislación civil desde Carlomagno (Capitular del año 789, artículo 6) hasta la Revolución Francesa: la Asamblea Constituyente en su declaración de 3-12 de octubre de 1789 declaró permitido el préstamo a interés, y luego una Ley del 5 Termidor del año V, consagraba ampliamente la libertad de contratar, estableciendo que las obligaciones serían cumplidas "en los plazos y por los valores estipulados". Con ello, la era de la prohibición del interés, que había regido en Europa, salvo en algunas ciudades italianas, como Verona, Parma y Mesina (Pertile A. *Storia del diritto italiano*, IV, 159. Torino, 1853), durante más de un milenio, quedó clausurada.

Las ideas antiguas tenían justificación en sociedades de economía estática, en las que el dinero no era, necesariamente, un ingrediente en la producción. En los estadios primitivos de la evolución económica sólo los individuos acuciados por la necesidad recurren al préstamo del dinero ajeno, que reciben en las condiciones que se les fijen. Como no son préstamos productivos sino de consumo, todo lucro que obtiene el prestamista lo logra a expensas del sacrificio del necesitado: de ahí la ausencia de justicia que caracteriza a la pretensión de cobrar un interés por el uso de un capital que no ha representado provecho para el deudor, y que verosíblemente, por las condiciones del medio, habría permanecido improductivo en manos del acreedor.

En la época contemporánea -siglos XIX y XX- la situación ha cambiado fundamentalmente. En las sociedades de economía dinámica, el dinero ha pasado a ser un factor esencial de la producción: de ahí que su uso tenga un precio de mercado, pues siempre hay alguien interesado en emplearlo como medio de financiación de alguna actividad lucrativa, que le deje alguna diferencia a su favor. Esto justifica al prestamista que cede a otro su capital, privándose así de la posibilidad de obtener un lucro, consistente en ese precio de mercado, que tiene el uso del capital. Si él cede a otro esa posibilidad, con la transmisión del dinero, es justo que cobre el valor corriente del bien del cual se desprende (conf. Busso, E., Tomo IV, Página 281, números 120-121).

Agrega Llambías que en la actualidad no se duda sobre la legitimidad del pacto de intereses: es justo el pacto en sí mismo, porque define la cuantía de una prestación que corresponde al uso de un capital, es decir, es el precio de ese uso. Adicionalmente, el interés cubre el riesgo de la insolvencia del deudor.

En suma, el pacto de intereses está ampliamente justificado. Lo que puede ser ilegítimo es la tasa del interés pactado cuando por su elevado monto ofende la moral y buenas costumbres, supuesto en el cual el pacto se anula parcialmente por usurario.

30 CARDENAS QUIROS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., Tomo II, Página 247.

31 OLAYA NOHRA, Mauricio. Op. cit.

32 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Tomo II - A, Páginas 204 y siguientes. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1983.

vención expresa sobre intereses, el mutuo se supone gratuito, y el mutuante sólo podrá exigir los intereses moratorios o las pérdidas e intereses de la mora.

Agrega Llambías que cuando la obligación de dar una suma de dinero proviene de un préstamo, no hay deuda de intereses compensatorios, salvo convención contraria; y entonces, con mayores argumentos se impone la misma solución, si por otra causa alguien tiene en su poder dinero ajeno, tal como el caso del mandatario que percibe fondos de su mandante o del gestor de negocios que recibe un pago para otro.

Héctor Lafaille³³, por su parte, expresa que al orden civil atañe observar si es todavía posible contratar el préstamo sin rédito alguno y privado de todo beneficio. Semejante figura es una excepción en el mundo de los negocios, y muy en particular por lo que hace al dinero.

Dentro de la órbita regida por el Código Civil Argentino, conforme señala el citado tratadista, cabe el préstamo gratuito, de suerte que la carencia de estipulación no se traduce en la necesidad de satisfacer intereses, salvo el caso de retardo.

De igual manera opinan Villegas y Schujman³⁴, al señalar que en virtud a una interpretación contrario sensu del artículo 621 del Código Civil Argentino los intereses compensatorios no se presumen.

De este modo, para poder demandar el interés compensatorio es necesario probar que fue convenido en forma expresa.

En materia comercial —señalan los citados autores— el principio es inverso, toda vez que el inciso 5 del artículo 218 del Código de Comercio Argentino establece que los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos.

En el Derecho Argentino, sin embargo, el mutuo comercial puede ser gratuito u oneroso, de manera que para que exista el derecho al cobro de intereses compensatorios, en las obligaciones civiles y en aquellas emergentes de mutuos comerciales, es necesario pactar dicho cobro. En las otras obligaciones comerciales, en cambio, se presume su onerosidad.

Por otra parte, en cuanto a la prueba del pacto de intereses, Salvat, citado por Villegas y Schujman³⁵, sostiene que para poder demandar el interés compensatorio es necesario probar que fue convenido en forma expresa. Para ello, sin embargo, no es preciso usar palabras sacramentales.

Afirma Busso³⁶ que la obligación de intereses debe probarse por los mismos medios y en virtud de las mismas formas que rigen para los distintos actos jurídicos.

Agregan Villegas y Schujman que dicho pacto debe fijar la fecha desde la que se de-

33 LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, Volumen II, Tomo II, Página 160. Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1943.

34 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 118.

35 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Páginas 118 y 119.

36 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 276.

ben intereses, la tasa respectiva o su monto determinado y, además, la forma de pagarlos (periodicidad, si se pagan separada o conjuntamente con el capital, etcétera).

Al respecto, señala Busso³⁷ que cuando los intereses compensatorios son objeto de acuerdo entre las partes, la misma convención deberá establecer el tiempo durante el cual rigen, y a falta de toda previsión debe entenderse que el interés se paga durante todo el tiempo en que el deudor haya tenido a su disposición el capital cuyo rendimiento representa.

De otro lado, en las siguientes líneas abordamos el tema relativo al vencimiento del interés convencional compensatorio, vale decir, desde qué momento es exigible al deudor este tipo de interés.

Conforme señala Busso³⁸, tratándose de rentas constituidas por contratos, lo usual es que se fije una fecha determinada, repetida, sucesiva y periódica (trimestres, semestres, años, etc.). En esa fecha vencerán los intereses devengados en el período inmediatamente anterior (pago atrasado o post-numerando), o los intereses aún no devengados (pago adelantado o pre-numerando).

Expresa Busso³⁹ que si se estipula el vencimiento y pago de los intereses por períodos adelantados, no implica que constituyan desde ese momento en el patrimonio del acreedor un bien adquirido definitivamente. Si el crédito se extinguiera antes de transcurrir íntegramente el período,

correspondería una devolución proporcional de los intereses que no han llegado a devengarse. El pago anticipado carecería parcialmente de causa por no haberse realizado íntegramente aquella que se tuvo en cuenta al efectuarlo.

Ahora debemos avocarnos al estudio del interés convencional moratorio, el que, a decir verdad, se constituye como la clase de interés convencional que mayores cuestionamientos y polémicas suscita.

El Código Civil de 1984, a diferencia del Código anterior, distingue el interés moratorio del compensatorio, y le señala una función distinta en las relaciones contractuales.

El interés convencional compensatorio proporciona al acreedor un lucro, un beneficio o ganancia y una compensación por el uso de un capital.

El interés moratorio, en cambio, repara los daños y perjuicios que el retraso culpable o doloso en el pago pudiese causar.

Bajo esta perspectiva, el Código Civil Peruano, conforme consigna el segundo apartado del artículo 1242, establece que el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Los intereses moratorios son, entonces, aquellos que cumplen la función económica de reparar el retardo en la ejecución de una obligación.

37 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 277.

38 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 277.

39 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 277.

Sostiene Llambías⁴⁰ que los intereses moratorios constituyen una sanción que merece el retardo del deudor.

Por su parte, Raymundo Salvat⁴¹ señala que los intereses moratorios son aquellos que el deudor puede deber, por retener un capital después de la fecha en que debía devolverlo. Agrega el citado autor, que los intereses son moratorios cuando las partes fijan el tipo de interés que regirá en caso de mora, o sea, establecen al respecto una cláusula penal.

En opinión de Alterini, Ameal y López Cabana⁴², los intereses moratorios comportan una cláusula penal moratoria, prevista para el caso de mora del deudor, reclamable sin necesidad de probar perjuicios y de la que no puede eximirse aquél mediante la demostración de no haberlos habido, no obstante la posibilidad de reducción judicial de las penas desproporcionadas y abusivas.

Expresa Busso⁴³, a su turno, que los intereses moratorios son aquellos puestos a cargo del deudor en razón del retardo incurrido en el cumplimiento de la obligación pecuniaria.

Precisa Busso, además, que los intereses moratorios no son una indemnización sustitutiva de incumplimiento total, sino

una reparación integrativa en razón del incumplimiento tardío, que, en cierta medida, es una forma de incumplimiento.

A decir de Villegas y Schujman⁴⁴, los intereses moratorios son los que debe pagar el deudor como indemnización por el atraso en que se ha incurrido (mora, cuando cumple tardíamente una obligación dineraria o no la cumple). Agregan los referidos autores que son una forma de reparar el daño sufrido por el acreedor ante el cumplimiento tardío del deudor o su incumplimiento.

Por otra parte, cabe señalar que este tipo de interés es indistintamente denominado por la doctrina como interés punitivo, moratorio o indemnizatorio.

Esta última denominación obedece al reconocimiento de la naturaleza indemnizatoria de esta clase de intereses.

Héctor Lafaille⁴⁵ distingue los intereses moratorios de los punitivos, y señala que los primeros son aquellos que se adeudan a consecuencia de retener el capital después del momento en que debió ser restituido, mientras que los intereses punitivos son debidos a efecto de una cláusula penal con que suele agravarse el retardo prolongado.

Jorquera Joaquín Llambías⁴⁶ sostiene que

40 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 216.

41 SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 421.

42 ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Curso de Obligaciones, Tomo II, Página 119. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1988.

43 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 267.

44 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 135.

45 LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 161.

46 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 223.

tal distinción no es aceptable, pues a lo sumo podrá decirse que los intereses punitivos son una especie de los intereses convencionales moratorios, los que por definición constituyen una cláusula penal moratoria.

De otro lado, ante la estrecha relación entre los intereses moratorios y la mora, consideramos necesario anotar algunas generalidades sobre ésta última noción.

Expresa Bevilacqua, citado por Jorge Eugenio Castañeda⁴⁷, que la mora es el retardo en la ejecución de la obligación. Si es por culpa del deudor, se dice que la mora es solvendi; si es por acto del acreedor, se denomina accipiendi.

Enseña el Doctor Castañeda⁴⁸ que la mora del deudor viene a ser, en última instancia, un caso de inejecución, ya que no se cumple con la obligación en el tiempo prefijado. Y aunque la obligación fuese cumplida, es obvio que el retardo ha producido daños y perjuicios.

Elemento esencial de la mora es la posibilidad del cumplimiento tardío. Por ello, la mora difiere del incumplimiento. En este último caso, la obligación jamás será cumplida.

La mora —como es sabido— debe provenir siempre de dolo o culpa, a fin de que exista la obligación de indemnizar.

En efecto, producido el retraso sin culpa o dolo del deudor, éste, en tanto pruebe que se debió a caso fortuito o fuerza mayor o a algún supuesto de simple ausencia de culpa, por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida, no será responsable de los daños y perjuicios que dicho retardo hubiere ocasionado al acreedor.

Debe aclararse además que la mora, conforme a la ley peruana, usualmente precisa de una condición formal: la interpelación.

Se requiere pues que el deudor sea interpelado, es decir, compelido al cumplimiento de la prestación. En otras palabras, salvo las excepciones previstas por la ley, hay que exigir el pago para constituir en mora.

Ahora bien, la interpelación puede ser extrajudicial o judicial, de modo que el deudor puede quedar incurso en mora aunque no haya sido demandado en juicio.

Planiol, Ripert y Esmein, citados por Jorge Eugenio Castañeda⁴⁹ afirman que hasta el momento en que el deudor no haya recibido reclamación alguna de su acreedor, puede haber creído que éste no necesitaba el cumplimiento inmediato, aun cuando hubiese pactado un plazo para dicho cumplimiento. El silencio del acreedor importa, por tanto, una prórroga tácita del plazo pactado.

En palabras de Jorge Eugenio Castañeda

47 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones*, Tomo II, Página 90. Lima, 1957.

48 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, Tomo II, Página 90.

49 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, Tomo II, Página 96.

da⁵⁰, mientras no se interpele al deudor, el acreedor está autorizando tácitamente al deudor a que postergue el cumplimiento de su obligación, presumiéndose que, en realidad, no le causa perjuicio alguno la demora.

De igual manera, Mauricio Olaya⁵¹ sostiene que de acuerdo con nuestro ordenamiento legal, si llegada la fecha de pago el acreedor no lo exige, se entenderá que ha concedido una prórroga o plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación del deudor.

En este orden de ideas, es menester señalar que el pago de los intereses moratorios constituye la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Adicionalmente, debemos mencionar que en el caso de haberse pactado la indemnización del daño ulterior, conforme a lo previsto por el artículo 1324 del Código Civil, corresponde al acreedor demostrar haberlo sufrido, en cuyo caso, además de recibir los intereses moratorios correspondientes, tendrá derecho al pago de una indemnización adicional que va a cubrir la integridad de los daños y perjuicios ocasionados por efectos de la mora.

A entender de Uribe Restrepo⁵², la indemnización principal que se deriva del incumplimiento de una obligación pecunia-

ria, la única, es precisamente la del pago de los intereses moratorios. Frente al incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, o de dar cosas distintas de dinero, los intereses constituyen una indemnización suplementaria.

En este sentido, expresa Busso⁵³ que los intereses moratorios reemplazan, en principio, a las pérdidas e intereses que corresponden a las obligaciones no pecuniarias.

A decir de René Padilla, citado por Cárdenas Quirós⁵⁴, los intereses moratorios tienen una doble función, a saber: una función indemnizatoria y una compulsiva.

La función indemnizatoria importa una liquidación convencional por anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación cause al acreedor, mientras que la función compulsiva aflora su carácter represivo e incita al cumplimiento exacto de la prestación debida, ante el temor que el deudor pueda tener de sufrir la pena.

En opinión de Mauricio Olaya Nohra⁵⁵, los intereses moratorios son una especie de indemnización legal que recibe el acreedor por la demora injustificada en que incurre el deudor y, por lo tanto, aquél no tendrá necesidad alguna de probar haber sufrido perjuicios o daños, para tener derecho a recibirlos.

50 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Página 96.

51 OLAYA NOHRA, Mauricio. Op. cit.

52 URIBE RESTREPO, Luis Fernando. Op. cit., Página 152.

53 BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 290.

54 CARDENAS QUIROS, Carlos. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., Tomo II, Página 250.

55 OLAYA NOHRA, Mauricio. Op. cit.

Laurent⁵⁶, por su parte, se ocupa de establecer la diferencia entre los intereses moratorios y la indemnización por daños y perjuicios, señalando lo que anotamos a continuación:

- La cuantía de los intereses moratorios se fija por acuerdo de partes –sujetando lo pactado a los límites señalados en dicho cobro– o por la ley.
- La indemnización, en cambio, tiene una cuantía esencialmente variable, pues ésta se determina en razón del daño que pruebe el acreedor.
- En la indemnización existe una relación entre la inejecución de la obligación y el daño que el acreedor prueba. De esta manera, el juez y la misma ley pueden determinar de una forma más certera cuál es el daño sufrido por el acreedor, sea por la inejecución o por el retardo en la ejecución de la obligación debida.

Mientras que en las obligaciones de dar una suma de dinero, al ser este último un medio universal de cambio, no puede conocerse a ciencia cierta con qué interés contrajo el acreedor dicha obligación, para luego concluir en la pérdida que le ha significado la mora del deudor. No hay, por tanto, alguna relación entre la inejecución de la obligación y la pérdida que ésta ocasiona al acreedor.

- La buena o mala fe del deudor no incide en la cuantía de los intereses moratorios debidos; en cambio, la cuantía de la indemnización podría variar según se trate de un incumplimiento doloso o culposo, de mala o buena fe.

En cuanto a la diferencia existente entre los intereses moratorios y los daños e intereses, Eduardo Busso⁵⁷ sostiene que, en principio, en las obligaciones de dar, hacer o no hacer puede plantearse una situación de incumplimiento, en cuyo caso, no siendo posible la ejecución en especie de la prestación debida, ésta es reemplazada por una suma de dinero, que corresponde a su valor (daños e intereses compensatorios). Tal reducción no es posible en las obligaciones pecuniarias, ya que el objeto principal ha quedado desde el comienzo expresado en dinero y por tanto el pago nunca puede ser imposible o inconveniente por circunstancias que se refieran a la prestación misma.

Variando de tema y en relación a si en el supuesto de mora debitoria puede o no el acreedor exigir una indemnización adicional al pago de los intereses moratorios, debemos señalar que no existe un criterio legal y doctrinario uniforme.

En nuestro ordenamiento legal, como lo hemos expresado, la responsabilidad del deudor por los daños y perjuicios que la mora en el pago cause al acreedor se limita a los intereses moratorios, salvo el pacto de daño ulterior.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1324 del Código Civil admite la posibilidad de que las partes estipulen una indemnización por daño ulterior, obligación que coexistirá con los intereses morato-

56 LAURENT, François. *Principes de Droit Civil Français*, Tomo XVI, Páginas 364 y siguientes. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893.

57 BUSSO, Eduardo B. *Op. cit.*, Tomo IV, Página 294.

rios que se hubiesen pactado o, en defecto de éstos, con el interés legal.

Expresa Mauricio Olaya Nohra⁵⁸ que en nuestro ordenamiento legal, como quiera que los intereses moratorios no siempre han de significar una satisfacción integral para el acreedor afectado con el retraso, resulta importante establecer –en aquellos contratos en que debe pagarse una suma de dinero por el deudor– la indemnización de daño ulterior que pueda derivarse del retraso. Este pacto permitirá al acreedor exigir una indemnización mayor a la que le otorgan los intereses moratorios, en caso que pueda probar de manera efectiva que los ha sufrido.

Debe precisarse que la existencia del daño ulterior, así como su cuantía, tendrán que ser probados por el acreedor; a diferencia del interés moratorio, el mismo al que está obligado el deudor, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daños y perjuicios por la mora en el pago, ni su monto.

Anota Llambías⁵⁹ que en la legislación argentina los intereses moratorios son considerados como un límite de la responsabilidad del deudor, de modo que, en principio, la extensión del resarcimiento a cargo del deudor moroso se limita al monto de los intereses legales o convenidos.

Borda, citado por Jorge Joaquín Llambías⁶⁰, expresa que sólo debe hacerse la

excepción de la hipótesis en que el contrato haya estipulado expresamente intereses moratorios, supuesto en el cual dicho pacto funciona como cláusula penal e impide pretender una indemnización mayor.

En opinión de Bibiloni, también citado por Llambías⁶¹, *el acreedor no puede afirmar que tiene derecho a una mayor indemnización, desde que con ella puede obtener el dinero que no se le entregó. Y si no tiene crédito, no es ése un hecho imputable a su deudor.*

Al respecto, señala Llambías⁶² que privado el acreedor del goce de su capital, a causa de la mora del deudor, siempre podría recurrir a un tercero y solicitarle en préstamo un capital equivalente al suyo: cuando el deudor, finalmente, paga la deuda, puede el acreedor, a su vez, restituir el préstamo recibido del tercero, con lo cual el efecto del daño soportado por el acreedor consistirá en los intereses pagados por él al tercero.

Los argumentos a favor de la tesis expuesta son los que anotamos seguidamente.

No puede el acreedor reclamar un resarcimiento adicional que exceda a los intereses moratorios convenidos, en tanto que el pacto de intereses moratorios, al asimilarse a una cláusula penal, impone prescindir del concreto daño sufrido por el acreedor, para estar al monto de los inte-

⁵⁸ OLAYA NOHRA, Mauricio. Op. cit.

⁵⁹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 220 y 221.

⁶⁰ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 221.

⁶¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 220.

⁶² LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 220.

reses fijados. Parece irrefutable que mediante ese pacto, por congruencia de solución con la cláusula penal, no pueda el acreedor pretender una indemnización suplementaria.

De otro lado, no siendo aplicables a las obligaciones pecuniarias los preceptos relativos a daños y perjuicios provenientes de la inejecución de las obligaciones en general, aquéllas quedan sujetas a la norma que no autoriza expresamente al cómputo de un renglón resarcitorio distinto de los intereses.

Por consiguiente, la función resarcitoria que la indemnización de daños y perjuicios cumple con respecto a las obligaciones en general, es desempeñada con respecto a las obligaciones de dinero, por los intereses.

En el Derecho Francés, en cambio, según la modificación que la Ley del 9 de abril de 1990 introdujo al artículo 1153 del Código Napoléon, para el supuesto de mora deudoria, el deudor podría verse obligado al pago no sólo de intereses moratorios, sino también al pago de una indemnización adicional por los daños y perjuicios que la mora en el cumplimiento de la prestación debida hubiere causado al acreedor.

La modificatoria de la parte final del artículo 1153 del Código Civil Francés establece que: "el acreedor al cual su deudor en mora ha causado, por su mala fe, un perjuicio independiente del retardo, puede obtener daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito."

Expresa Laurent⁶³ que si bien las obligaciones de dar sumas de dinero tienen un tratamiento especial en el supuesto de mora, esto no significa que el acreedor de aquellas se vea privado de demandar una indemnización de daños y perjuicios, ya que —a decir verdad— la naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios no es incompatible con aquella regulada por el Derecho común.

Anota Busso⁶⁴, por su parte, que los autores franceses se preguntan si los contratantes, previendo un daño especial y determinado, podrían convenir en una indemnización a cargo del deudor, mayor que la representada por el pago de los intereses moratorios. Durantón, uno de los primeros en plantear el caso, propone el siguiente ejemplo: si yo he estipulado que tú me pagarás una suma en una época determinada, y os he hecho saber que necesito esa suma, a fin de poder ejercer una facultad de opción cuya pérdida me representaría un grave quebranto, ¿sería lícito que en la obligación que tú contraes hacia mí se estipulara una pena especial mayor que la tasa ordinaria del interés?

Un sector de la doctrina acepta la validez de tal cláusula, considerando que ella no importa, bajo ningún concepto, una usura disimulada, sino que es la garantía de un peligro que el acreedor corre, pues en ninguna forma podría ser ilícito que tome precauciones para su seguridad, y la indemnización que se estipule tiene causa suficiente, ya que no corresponde a la privación del capital sino al daño especial que las partes tuvieron en cuenta.

63 LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 370.

64 BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 296.

En el caso del Derecho peruano, tal como antes hemos referido, existe la norma consignada en el parágrafo segundo del artículo 1324, que al prever el pago de una indemnización adicional y distinta a los intereses moratorios, determina que sean lícitas las estipulaciones que las partes convengan en este sentido, siempre y cuando –para evitar la cobranza de intereses usurarios– el acreedor pruebe la existencia y cuantía del daño no resarcido por tales intereses moratorios.

Más aún, también es claro, conforme a la ley civil peruana, que para exigir el pago de intereses moratorios no se precisa demostrar el dolo o la culpa del deudor, ya que la presunción del artículo 1329 del Código Civil determina el actuar culposo del deudor, salvo prueba en contrario. De este modo, luego de constituido en mora el deudor, los intereses moratorios operan automáticamente. Caso distinto, sin duda, es el de la reparación del daño ulterior, pues allí se precisa que el acreedor pruebe los daños sufridos, aunque el deudor podrá eximirse de su pago, como sucede en la hipótesis anterior, si demuestra causa no imputable para la inejecución de la obligación.

Convinando con Eduardo Busso⁶⁵, debemos señalar que la negativa a admitir el resarcimiento del daño mayor, posiblemente se debe a cierta confusión entre los intereses moratorios y la cláusula penal.

A nuestro modo de ver, si bien ambas figuras presentan caracteres semejantes, éstos sólo permiten sostener una afinidad

mas no una identidad entre las dos instituciones.

Efectuamos tal aseveración por existir entre ellas diferencias en cuanto a su naturaleza, regulación y efectos.

Busso⁶⁶ sostiene que los intereses moratorios pueden ser asimilados a la cláusula penal, pero existen entre una y otra figura jurídica diferencias en lo relativo a las condiciones de devengamiento.

Por otra parte, según el propio Busso⁶⁷ es un punto debatido el de saber si en caso de dolo o mala fe, la responsabilidad del deudor de obligaciones pecuniarias puede ser mayor que la representada por los intereses moratorios.

Una primera tesis entiende que si el acreedor ha sufrido, a consecuencia de la culpa del deudor –culpa grave, equivalente al dolo–, un perjuicio distinto al constituido por el retardo mismo, tiene derecho a obtener una reparación independiente de los daños e intereses moratorios devengados por el retraso.

Otros autores, en cambio, opinan que en materia de obligaciones pecuniarias los intereses moratorios son, en todos los casos, la única indemnización procedente. El dolo del deudor no debía determinar un agravamiento de la responsabilidad a su cargo.

Bibiloni, citado por Eduardo Busso⁶⁸, impugna la conveniencia de que se agrave

65 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 299.

66 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 295.

67 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 297.

68 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 298.

la responsabilidad del deudor de mala fe, señalando que no es posible distinguir entre daños derivados de la mora y daños de inejecución por otras causas, porque al decir “daños de la mora” se ha dicho todo. En las obligaciones de dinero, los intereses moratorios corresponden a los daños que son consecuencia directa e inmediata de la inejecución, únicos indemnizables.

En opinión de Busso⁶⁹, sin embargo, es justo y razonable agravar la responsabilidad del deudor que ha obrado con dolo o mala fe.

Al respecto, Eduardo Busso anota que dada una situación de incumplimiento y dada la producción de una serie de daños, no puede decirse que entre ellos, unos hayan derivado del incumplimiento mismo y otros de la mala fe del deudor. La relación de causalidad entre el incumplimiento y los daños es independiente de la calificación jurídica que corresponda a la conducta del deudor que dejó de cumplir. Es cierto que entre las consecuencias de un hecho, puede hacerse una clasificación entre las inmediatas y las mediatas, y es justificado que en el caso de haber existido dolo del deudor su responsabilidad se extienda a las segundas, pero esto supone una imputación subjetiva y no causación objetiva.

A decir de Llambías⁷⁰, el principio que limita la responsabilidad del deudor a la deuda de los intereses moratorios no es absoluto. Presenta varias excepciones, a saber:

- Cuando media convención que autoriza

el resarcimiento del daño mayor que no queda cubierto con los intereses;

- Cuando la ley lo decide así, en casos concretos determinados;
- Cuando el deudor actúa con dolo en la inejecución de la obligación.

Por otra parte, un tema que suscita polémica es el referido al devengamiento de los intereses moratorios.

La doctrina señala que para que los intereses empiecen a correr, es menester que se trate de una deuda cierta, líquida y exigible.

A entender de Eduardo Busso⁷¹, una deuda es cierta cuando sobre su existencia no se presentan dudas legítimas.

La posibilidad de que un crédito pueda ser impugnado, no es suficiente para afirmar que falta deuda cierta del obligado, pues –según señala dicho autor– el requisito de la certidumbre de la deuda, en cuanto a hacer correr intereses moratorios, debe ser referido al conocimiento que el deudor tuviera, o debiera tener, sobre la existencia y legitimidad de la obligación. Si inculpablemente la ignoraba, o si de buena fe pudo considerar que tenía motivos justificados para impugnarla, no se le debe condenar al pago de intereses moratorios, pues éstos constituyen la sanción de un incumplimiento voluntario y culpable.

Es punto debatido el saber si la liquidez de la deuda es requisito para que el deudor esté obligado al pago de intereses moratorios.

69 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 298.

70 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 224.

71 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo II - A, Página 300.

Jorge Joaquín Llambías⁷² anota que durante algún tiempo se pensó que sólo las deudas líquidas devengaban intereses de esta clase.

En palabras de Busso⁷³, existe un sector en la doctrina que sostiene que mientras no haya suma líquida, definitivamente fijada, el acreedor no puede exigir pago alguno al deudor ni constituirlo en mora, y por tal causa no corren los intereses moratorios.

Por su parte, Llambías⁷⁴ expresa que esta postura se afirma en la máxima *in illiquidis non fit mora*, y que por eso se sostiene que no puede haber mora si todavía no media liquidación de la deuda, porque entonces no cabe reprochar al deudor por no pagar.

No obstante ello, conforme expresa el citado tratadista argentino, ha prevalecido una opinión contraria; de modo que la liquidez no es considerada como un requisito para el curso de los intereses moratorios.

Se ha dicho que no hay razón para sostener que los créditos ilíquidos no devengan intereses, por cuanto la ley, en parte alguna, contiene la exigencia de ese requisito.

A entender de Busso⁷⁵, la iliquidez del crédito no descarta que el deudor pueda incurrir en culpa contractual con relación al

cumplimiento de la obligación. En efecto: si el monto de la suma que adeuda no es determinado, debe buscar un entendimiento con el acreedor a los efectos de su fijación, ya que toda obligación coloca a las partes en la necesidad jurídica de adoptar las disposiciones necesarias para facilitar su cumplimiento. Y en el caso de que el entendimiento no pudiera concretarse, el deudor –para no incurrir en responsabilidad– debe consignar la suma que en su concepto corresponda. Especialmente debe hacerlo cuando el acreedor inicia juicio, y no lo dispensa de la obligación de consignar el hecho de que se demande una suma excesiva.

De igual manera, señala Llambías⁷⁶ que el deudor, una vez constituido en mora, no puede escudarse en la ausencia de liquidez de la prestación para privar al acreedor del goce de su capital. Aunque la suma a pagar no esté definida, siempre puede el deudor consignar en pago la cifra que él entiende adeudar, a fin de eximirse del aditamento de los intereses, sin perjuicio de completar el pago, con posterioridad, si los jueces estimasen que la consignación es insuficiente.

En cuanto a la exigibilidad de la deuda, se ha expresado que las deudas no exigibles no devengan intereses moratorios.

Este requisito guarda directa relación con el plazo que se ha convenido para el cumplimiento de la obligación. Así, una

72 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 210.

73 BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 302.

74 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 210.

75 BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 303.

76 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 211.

obligación es exigible cuando el plazo para el pago se halla vencido.

El reconocimiento que el deudor haga de la obligación no importará necesariamente su exigibilidad, por cuanto tal reconocimiento versa sobre la existencia o certeza de la deuda antes que sobre su exigibilidad.

Al respecto, señala Busso⁷⁷ que el reconocimiento podrá asignar a la deuda el carácter de exigibilidad sólo cuando la manifestación del deudor incluyera esta última circunstancia.

Agrega Eduardo Busso que si la obligación no consigna plazo, el juez fijará el día en que deba hacerse la entrega del dinero. No podría haber mora en tanto no se produzca la fijación judicial de un plazo y el vencimiento de éste.

Resulta de interés preguntarnos si en la hipótesis de una fijación judicial de plazo para el pago, el juez podría declarar la existencia de una mora anterior a la sentencia.

En opinión de Busso⁷⁸, si de las circunstancias del caso resultara que el deudor debió cumplir la obligación en tiempo anterior, el juez podría condenarlo al pago de la suma reclamada, con los intereses a partir del momento en que por interpelación del acreedor se configuró la mora.

Señala el citado autor que debe admitirse la posibilidad de fijar retroactivamen-

te el momento inicial de los intereses, en virtud de la necesidad de que la sentencia coloque la situación de las partes en su justo juicio. Aunque sin duda no puede haber mora mientras no haya plazo, y no se deben intereses si no hay mora, no es menos cierto que la decisión de la sentencia debe considerarse, en cuanto a sus efectos, pronunciada y vigente desde la fecha en que el demandado debió cumplir la obligación.

En esta hipótesis, entonces, la sentencia contendrá –necesariamente– una doble fijación de plazo: declarará que la obligación hubo de cumplirse en tal fecha y condenará al deudor a que la satisfaga en el plazo habitual para las ejecuciones de sentencia, con intereses a partir del momento de la mora.

Jorge Eugenio Castañeda⁷⁹ sostiene que en las obligaciones sin plazo, pero en las que se presume que se quiso conceder, se requiere que el juez lo señale. Es incontestable, a su entender, que la intimación en las obligaciones que no señalan plazo, si no se ha cuidado antes que el juez lo fije, no hace incurrir en mora al deudor.

Además, expresa el citado profesor, si no aparece del tenor o de la naturaleza y circunstancias de la obligación que deseó concederse plazo al deudor, dicha obligación será exigible inmediatamente.

Cabe precisar, según enseña el propio Jorge Eugenio Castañeda⁸⁰, que en las obligaciones puras, de cumplimiento inme-

77 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo II - A, Página 306.

78 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 306.

79 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Página 91.

80 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo II, Página 89.

diato, no se produce la mora del deudor a no ser que el acreedor reclame su cumplimiento.

De otro lado, Eduardo Busso⁸¹ recuerda que el crédito de intereses no brota íntegro en un momento determinado, sino que va naciendo y aumentándose paulatina y sucesivamente (*prorrata temporis*). La productividad del capital actúa en forma regular y continua a través del tiempo.

Por nuestra parte, puntualizamos que el devengamiento de los intereses moratorios requiere de la concurrencia de ciertos supuestos de hecho. Estos son, a saber: que la deuda principal sea cierta, líquida y se encuentre vencida e impaga. Vale decir, conocida en su existencia y cuantía; asimismo, exigible en su cumplimiento, sin que se haya verificado el pago.

Es preciso, además, que se produzca la hipótesis de una mora deudoria, debiendo concurrir para ello los requisitos generales necesarios para la configuración de la mora del deudor, cuyo análisis efectuaremos en su momento.

No obstante lo señalado, debemos aclarar que para que se configure la mora es indispensable que el deudor incurra en incumplimiento doloso o culposo. De donde resulta evidente que si el deudor retrasa el cumplimiento de la prestación a su cargo por causa no imputable, queda liberado de la responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios que dicho retraso pudiere haber causado al acreedor.

En este orden de ideas, anotamos que el supuesto de un deudor súbitamente empobrecido, esto es que ha devenido en insolvente con posterioridad al momento en que contrajo la obligación, no lo exime del pago de los intereses moratorios, pues esta hipótesis, para efectos de la teoría del Derecho de Obligaciones, es asimilable al incumplimiento por causa imputable al deudor, con las consideraciones y salvedades relativas a la culpa. Resulta, entonces, que tal caso no es exoneratorio de responsabilidad, aún cuando se requiere, desde luego, la constitución en mora del deudor.

Respecto a la procedencia del devengamiento de intereses en el supuesto de mora creditoria, Busso⁸² señala que cuando la mora del acreedor es posterior al acto por el cual el deudor hizo lo que de su parte correspondía para la transferencia de la suma a pagar, y es el acreedor quien indebidamente retarda el acto integrativo necesario para que esa transferencia se consume, podría pensarse que se produce una suspensión del curso de los intereses debidos.

Ello en virtud de que el vínculo obligatorio que enlaza a dos personas, en cuanto a la obtención de una finalidad que es de interés recíproco, las coloca en la necesidad de cooperar a su cumplimiento. El acreedor no puede negarse –sin motivo– a recibir el pago, ni puede con su conducta agravar la situación del deudor.

Empero –agrega el citado tratadista argentino–, si el deudor ha sido cronológi-

81 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 276.

82 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 316.

camente el primero en ser constituido en mora, ha quedado en una situación antijurídica que no se borra por la sola circunstancia de que el acreedor posteriormente se haya hecho coculpable de su prolongación en razón de una resistencia indebida a la recepción del pago.

Sostiene Eduardo Busso que en tales situaciones el deudor no debe contentarse con insistir en que le reciban la suma, sino que debe consignarla a la orden del acreedor. Mientras no lo haga, está reteniendo indebidamente la suma que debió pagar, y esa retención es un hecho objetivo que determina la continuidad de los intereses a su cargo, aun cuando haya manifestado su intención o haya realizado actos en el sentido de querer realizar el pago.

Desde este punto de vista, es menester señalar que la mora en tanto estado o situación permanente, una vez constituida subsiste indefinidamente hasta que el deudor cumpla la obligación o hasta que concurra una causa especial que la suspenda. Mientras dura la mora se devengan ininterrumpidamente los intereses a cargo del deudor.

Por otra parte, para que el devengamiento de los intereses moratorios pueda producirse, es obvio que se precisa de la constitución en mora.

Al respecto, debe anotarse que mientras no se requiera judicialmente o de manera extrajudicial al deudor para que verifique el pago, los intereses moratorios no podrán empezar a correr, ya que si bien podría

producirse un atraso en el pago, no habría realmente mora.

Este último requisito dependerá de cada ordenamiento legal. Así, por ejemplo, enseña Busso⁸³ que en virtud al artículo 622 del Código Civil Argentino que establece que: “el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación desde el vencimiento de ella”, es posible sostener que la constitución en mora no es necesaria en materia de obligaciones pecuniarias.

De igual manera, Héctor Lafaille, citado por Busso⁸⁴, anota que en la legislación argentina existirían razones para considerar que en el artículo 622 del Código Civil de ese país se prescinde del requisito de la constitución en mora, ya que se dice explícitamente que el obligado adeuda los accesorios “desde el vencimiento de ella”.

Agrega Eduardo Busso⁸⁵ que la enunciación del precepto del Código Civil Argentino encara dos cuestiones:

- (a) Quién debe los intereses.
- (b) Desde cuándo se deben los intereses.

Con referencia a este segundo punto, la solución legal es terminante: “desde el vencimiento”. No es admisible que este efecto jurídico sea desvirtuado por la frase “deudor moroso”, la misma que es simplemente adjetiva e incidental.

Por nuestra parte, insistimos que en el ordenamiento legal civil peruano, salvo en el caso de mora automática –sea convencio-

83 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 308.

84 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 307.

85 BUSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 308.

nal o legal—, se requiere de la constitución en mora para que los intereses moratorios empiecen a devengarse.

Es evidente, sin embargo, que es este otro de los temas controversiales que presentan los intereses moratorios.

Jorge Joaquín Llambías⁸⁶ sintetiza las diversas posiciones que la doctrina ha adoptado en torno a esta cuestión. Expresa Llambías que son tres las tesis doctrinarias que intentan precisar el momento a partir del cual corren los intereses moratorios. Dichas posiciones son las que anotamos a continuación.

- (a) Si los intereses moratorios son convenidos, se adeudan desde el vencimiento de la obligación, independientemente del estado de mora del deudor. A nuestro modo de ver, esta posición podría justificarse con una norma como la del artículo 622 del Código Civil Argentino, según la cual a partir del vencimiento de la obligación corren los intereses moratorios. A entender de Llambías⁸⁷, el artículo 622 del Código Civil Argentino sólo ha contemplado el caso de las obligaciones en que el vencimiento de la deuda implica automáticamente la mora del deudor, y por ello es que liquida intereses moratorios desde dicho vencimiento. Agrega Llambías que las obligaciones de dinero, en las que el vencimiento y la mora están disociados, no quedan comprendidas en la letra del precepto

antes acotado. No obstante, están regidas, por analogía, por principios semejantes. Sólo que estando separados el vencimiento y la mora, y tratándose de liquidar intereses moratorios, ya no es posible computarlos sino a partir de la mora, aunque antes hubiese ocurrido el vencimiento material de la obligación.

- (b) El cómputo de los intereses moratorios corre a partir de la constitución en mora del deudor.

Al respecto, expresa Llambías⁸⁸ —en criterio que compartimos—, que sería inconcebible computar intereses moratorios sin mora.

Sostiene Llambías que el incumplimiento material de la obligación sólo se hace jurídicamente relevante mediante la constitución en mora.

- (c) Los intereses moratorios corren desde el vencimiento de la obligación, con tal que el acreedor constituya en mora al deudor; pero, ocurrido ésto, “los efectos del requerimiento se retrotraen a la época del vencimiento”.

A nuestro modo de ver, la contradicción en la que incurre esta tesis es evidente, toda vez que si se sostiene que para el devengamiento de los intereses moratorios se requiere de la constitución en mora del deudor, no puede aducirse, a su vez, que tales intereses corren desde el vencimiento de la obligación, aun cuando el deudor, en esta oportunidad, no haya sido constituido en mora. A decir de Llambías⁸⁹, si los intereses —por ser moratorios— sólo se adeudan mediando constitución en mora, no

86 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Páginas 217 y 218.

87 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 217.

88 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 217.

89 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 218.

hay razón para hacerlos remontar a un momento anterior a dicha mora, como sería el del vencimiento de la deuda.

Por otra parte, precisa señalarse que nuestro ordenamiento jurídico ha destinado una regulación especial para los casos de obligaciones laborales y tributarias incumplidas en su oportunidad.

Así tenemos que ante el retraso en el pago de determinadas deudas laborales, es de aplicación el Decreto Ley N° 25920, vigente desde el 11 de diciembre de 1992.

Conforme a esta norma, el incumplimiento de una deuda de carácter laboral ocasiona el devengamiento del interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día siguiente de aquél en el cual se produjo el incumplimiento, hasta la fecha de su pago efectivo, inclusive. Y no será necesario que el trabajador afectado lo exija judicial o extrajudicialmente, ni pruebe el daño sufrido.

Debe precisarse que el tema de los intereses moratorios en materia laboral resulta ser uno de los más complejos y admite diversas posiciones.

Al respecto, hemos de señalar como antecedentes que, frente al retardo en el pago de las deudas laborales ordenadas por la autoridad judicial, se creó, por Decreto Supremo N° 003-80-TR, una indemnización especial compensatoria equivalente al 2% mensual sobre el monto de la deuda laboral, la que habría de computarse desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la fecha de la ejecución del fallo.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 033-85-TR⁹⁰, se dejó sin efecto la indemnización especial compensatoria y se dispuso que las deudas laborales determinadas en proceso judicial o administrativo de trabajo, devengarán el interés legal desde el día siguiente al de su incumplimiento.

Por otra parte, la aplicación de la tasa de interés moratorio para efectos tributarios se regula por las disposiciones específicas del Código Tributario.

Así, en el artículo 33 de dicho cuerpo legal, se establece que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) fijará la tasa de interés moratorio (TIM) para las deudas de los tributos que administra y, en el caso de las deudas de los tributos administrados por otros órganos, la TIM será fijada por Resolución del Ministerio de Economía y Finanzas.

En materia tributaria son, entonces, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y el Ministerio de Economía y Finanzas, según el ámbito que les corresponda, los órganos competentes para fijar el interés moratorio para las deudas de esa naturaleza.

Finalmente, en cuanto a los intereses convencionales compensatorios o moratorios, debemos precisar que, según el régimen vigente, la tasa de dichos tipos de interés –para las personas ajenas al sistema financiero– se determina por acuerdo de partes. Sin embargo, aquélla no puede ser pactada libremente o sin restricción alguna, porque el artículo 1243 del Código Civil prevé tasas máximas.

90 El Decreto Supremo N° 033-85-TR fue derogado por el artículo 2 del Decreto-Ley N° 25920, antes citado.

Sobre el particular, expresa Llambías⁹¹ que si los intereses se originan en la convención de las partes, han de liquidarse conforme a la tasa pactada, siempre que no sea usuraria.

Juega en ello el respeto por la libertad contractual que ha de ser amparada, mientras no infrinja el orden público o no ofenda la moral y las buenas costumbres.

De este modo, si bien la tasa de interés convencional compensatorio o moratorio se determina por acuerdo de partes, ésta —para que lícitamente pueda convenirse y cobrarse— debe haberse fijado dentro del límite que la ley establece.

Este límite no es otro que la tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio que determina el Banco Central de Reserva del Perú, con arreglo, conforme se ha señalado, a lo previsto por el artículo 1243 del Código Civil.

2. TASA MÁXIMA DE INTERESES COMPENSATORIOS Y MORATORIOS.

Nuestra legislación civil ha optado por establecer un límite a los intereses que las partes libremente pueden convenir en las obligaciones de dar sumas de dinero, a través de la fijación de tasas máximas.

De allí que la finalidad principal, entre los varios objetivos del artículo 1243 del Código Civil Peruano, sea la de establecer una tasa máxima en el cobro de los intereses convencionales.

Este tipo de tasas, como hemos señalado, supone un riesgo abstracto, promedio, en las operaciones de crédito, cuyo monto, una vez determinado sobre el caso concreto, puede ser disminuido o aumentado, en razón a los criterios que intervienen en la fijación de las tasas de interés.

El dinero no es tan sólo un instrumento de cambio, sino también una mercancía, y como tal su valor no puede ser normalmente fijado por disposición legal, ya que éste depende de múltiples factores, entre los cuales figuran la oferta y la demanda, la estabilidad o la inestabilidad de la moneda, el cuadro general de la economía del país, el curso de los acontecimientos políticos, etc.

En este sentido, debe entenderse que el Banco Central de Reserva del Perú, al establecer un interés máximo, no está fijando precisamente el valor del dinero, sino tan sólo las condiciones más propicias en el mercado, en cumplimiento del mandato que la ley le encomienda, a saber: la formulación de una política crediticia.

Por otra parte, debemos señalar que la cuantía o monto del interés por cobrar se justifica en cada caso en particular, principalmente en razón al riesgo, al tiempo que importa la operación de crédito, a las circunstancias especiales de las partes contratantes y al contexto en que el acto se celebró.

Al respecto Karl Larenz⁹² anota que la cuantía de los intereses fijados por contrato no tienen más límite que el señalado por ley, la que algunas veces prescinde —con ra-

91 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II - A, Página 213.

92 LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, Tomo I, Página 186. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

zón- de la fijación de un límite máximo, puesto que la cuantía del tipo correspondiente de interés considerado en cada caso como "adecuado" depende de factores variables, como son la fluidez del mercado de capitales, las garantías ofrecidas en el caso concreto y el riesgo unido a la cesión del capital.

Se ha dicho, por ello, que si estas causas influyen en la fijación de las tasas de interés, estos no deben tener una tasa fija. Lo contrario podría significar el establecimiento de una tasa prontamente obsoleta e injusta.

Ahora bien, el empleo de tasas máximas como límite, techo o tope del interés convencional exigible, data de muchos siglos atrás.

En Babilonia, el Código de Hammurabi establecía una tasa de 33.30% anual para el préstamo de trigo y un 20.00% anual a los préstamos de dinero.

Según anotan Villegas y Schujman⁹³, quien pidiera intereses más elevados de los allí fijados, perdía el derecho no sólo a ellos, sino que, conforme establecía el Código de Hammurabi, perdía todo el capital.

En Egipto, el interés máximo se estableció en una tasa de 30.00%, con la limitación de que los intereses acumulados no debían sobrepasar el doble del capital original.

Como vemos, la preocupación por fijar un límite en las tasas de interés tiene antigua data.

En este sentido, podemos señalar que en el Derecho Romano esa preocupación se reflejó en la Ley de las XII Tabas, las que fijaron el límite máximo de interés en la "uncia", es decir, en no más de $\frac{1}{2}$ del capital, al que se denominó *femus unciarum*. Este límite máximo fue confirmado en el año 357 A.C. por la *lex duilia menenia*.

Posteriormente, Justiniano fijó tasas máximas de interés variables. Así, para las personas ilustres, el interés máximo era del 4.00%, y la tasa ordinaria, en cambio, era del 6.00%; para los comerciantes, incluyendo a los banqueros, era del 8.00% anual.

Contemporáneamente, en Alemania, Italia e Inglaterra, existe un límite al monto de los intereses por cobrar.

En Francia, si bien la Revolución de 1789 suprimió el interés máximo, éste fue restablecido por Ley del 3 de septiembre de 1807. Al respecto nos dice Laurent⁹⁴ que se fijó un interés máximo de 5.00% en materia civil y de 6.00% en materia comercial, pero que, sin embargo, más allá del porcentaje máximo, debe conocerse el por qué las tasas de interés en materia civil difieren de aquéllas en materia comercial.

⁹³ Las operaciones comerciales son mucho más lucrativas que las civiles. Luego, es justo que quien presta a otro para asuntos de comercio, perciba un interés más elevado.

Por otra parte, normalmente en el ámbito comercial los actos se celebran sobre la base de la buena fe comercial, mientras que en las operaciones civiles se estipulan

93 VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 41.

94 LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 376.

y constituyen ordinariamente derechos reales de garantía, que otorgan mayor seguridad al cumplimiento de la deuda. Esto es lo que ha llevado al legislador francés a diferenciar el tipo máximo de interés según la naturaleza de la operación.

No obstante, en 1918 se abrogó el interés máximo en las operaciones comerciales, alegándose que las razones que justifican el préstamo con intereses son las mismas que prohíben la limitación de la tasa de interés en materia de intereses.

En el Perú, según el régimen actual, la fijación de las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio para las operaciones de crédito que realizan los particulares, esto es, las personas ajenas al sistema financiero, corresponde a la autoridad monetaria, o sea al Banco Central de Reserva del Perú (BCR).

En tal sentido, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto-Ley N° 26123 del 30 de diciembre de 1992, vigente a partir del 1 de enero de 1993, prescribe en el primer párrafo de su artículo 51, que el Banco Central establece, de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero.

Ahora bien, la obligatoriedad del establecimiento de dichas tasas, a través de las publicaciones que el Banco Central de Reserva efectúa en el Diario Oficial "El Peruano", es absoluta. Así lo establece el artículo 4 del Decreto-Ley N° 26123, al señalar que las disposiciones que emita el Ban-

co en ejercicio de sus obligaciones son de forzoso cumplimiento para todas las entidades del sistema financiero, así como para las demás personas naturales y jurídicas cuando corresponda.

Al respecto, se ha dicho que la facultad del Banco Central de Reserva del Perú de fijar tasas máximas de interés, emana del Código Civil y de su Ley Orgánica, cuyo artículo 51 contiene la misma facultad prevista por el artículo 1243 del Código Civil, limitándolo a las operaciones concertadas fuera del sistema financiero.

La facultad de fijar tasas máximas mediante circulares, proviene del artículo cuarto de la misma Ley Orgánica del BCR y no de la Constitución, pues en el artículo 84 de la Carta Magna vigente se señala únicamente, entre otras funciones del Banco Central de Reserva, la de regular la moneda y el crédito del sistema financiero.

Sapena Pastor⁹⁵ considera –sobre la fijación de tasas de interés en Paraguay– que la intervención del Banco Central de Reserva servirá de moderador de las tasas de interés, con más aptitud y agilidad que las regulaciones legislativas, pues, según señala, no es conveniente la fijación por ley de dichas tasas. Este sistema es rígido, y cualquier fijación resulta prontamente obsoleta, ya que las tasas de interés están forzadamente relacionadas con las condiciones económicas y financieras del país.

Resulta pertinente recordar la evolución de las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio que, con arreglo a lo prescrito por el primer

95 SAPENA PASTOR, Raúl. Fuentes Próximas del Código Civil, Páginas 18 y 19. Editorial El Foro, Asunción, Paraguay, 1986.

párrafo del artículo 1243 del Código Civil, el Banco Central de Reserva del Perú ha venido publicando desde 1985.

Las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio para las personas ajenas al sistema financiero, han sido publicadas en el Diario Oficial "El Peruano", a través de dos docenas de avisos, comprendidos entre el 1 de enero, 1 de febrero de 1985 y el 28 de diciembre de 1990.

Mediante aviso de fecha 12 de marzo de 1991, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de ese mes y año, el Banco Central de Reserva del Perú hizo de público conocimiento que las tasas efectivas máximas del interés convencional compensatorio y moratorio, expresadas en términos mensuales, a partir del 11 de marzo de 1991, serían las siguientes:

TASA EFECTIVA MÁXIMA DE INTERÉS CONVENCIONAL COMPENSATORIO:

Para las operaciones sujetas y no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas:

Plazo hasta 360 días	TAMN
De 361 a 719 días	TAMN + 1
De 720 a más días	TAMN + 2

TASA EFECTIVA MÁXIMA DE INTERÉS CONVENCIONAL MORATORIO:

Para deudas sujetas y no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas el equivalente al 15% de la TAMN.

A partir de este momento se varió la manera de establecer las tasas, pues ellas dejarán de ser fijas —como venían siéndolo— para convertirse en referenciales.

En aviso de fecha 4 de julio de 1991, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 6 de ese mes y año, el Banco Cen-

tral de Reserva del Perú hizo de público conocimiento que las tasas efectivas máximas del interés convencional compensatorio y moratorio, expresadas en términos mensuales, a partir del 1 de julio de 1991, serían las siguientes:

TASA EFECTIVA MÁXIMA DE INTERÉS CONVENCIONAL COMPENSATORIO:

Para las operaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas:

Plazo hasta 360 días	TAMN
De 361 a 719 días	TAMN + 1
De 720 a más días	TAMN + 2

Y para las operaciones sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas:

Plazo hasta 360 días	TAMN
De 361 a 719 días	TAMN + 1
De 720 a más días	TAMN + 2

La tasa efectiva máxima por todo concepto dependerá del plazo del crédito y será calculada de forma tal que el rendimiento de estas operaciones, incluido el reajuste, sea equivalente a las tasas señaladas para las obligaciones no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas, según el plazo correspondiente.

Se precisó, además, que en los préstamos de dinero entre personas ajenas al sistema financiero no estaba permitido el cobro de comisiones u otros cargos.

No estaban comprendidos en esta limitación los saldos de precio en las ventas de bienes muebles e inmuebles, en los cuales era de aplicación, adicionalmente, la comisión que se estableciera de acuerdo al dispositivo legal correspondiente.

TASA EFECTIVA MÁXIMA DE INTERÉS CONVENCIONAL MORATORIO:

Para las operaciones sujetas y no sujetas al

Sistema de Reajuste de Deudas el equivalente al 15% de la TAMN.

Sobre este tipo de interés se señaló que el interés moratorio se cobraba sólo cuando se hubiera pactado y únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago, cuyo plazo estuviera vencido.

El interés moratorio se computaba y cobraba a partir de la fecha en que el deudor incurría en mora, sin perjuicio del cobro del interés convencional compensatorio y de las comisiones autorizadas y pactadas que se cobraban sobre el saldo del capital impago, aun cuando el plazo no estuviera vencido o, en su caso, sin perjuicio del interés legal.

Por tanto, en los casos en que la devolución del préstamo se efectuaba por cuotas, el cobro del interés moratorio únicamente procedía sobre la parte correspondiente al capital de las cuotas vencidas e impagas, mientras se mantuvieran en esa situación.

Es de hacer notar que a partir del 1 de enero de 1995, la tasa máxima del interés convencional compensatorio y moratorio, para las personas ajenas al sistema financiero, en moneda nacional, esto es la TAMN, se expresa en términos efectivos anuales.

Vale recordar en este punto que la tasa máxima de interés convencional se expresó en términos mensuales durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1988 y el 31 de diciembre de 1994.

Por otra parte, para una mejor comprensión de la materia, conviene conocer que son varias las políticas que pueden asumirse en un régimen de tasas máximas de interés.

Dichas tasas pueden fijarse en un tanto porcentual o en una tasa referencial.

Al respecto, se ha dicho que si el Banco Central de Reserva fijase la tasa máxima de interés convencional en un tanto por ciento, requeriría de un contexto económico de estabilidad monetaria, ya que éste es un factor determinante e indispensable para que puedan ser normalmente respetados los límites señalados para el cobro de intereses.

Esto es, si la moneda estuviera sometida a fuertes presiones inflacionarias y, por tanto, si perdiera valor en apreciable medida, nadie operaría a ese tipo, simplemente porque habría que compensar primero la desvalorización sufrida, además del interés. Es obvio que también en este caso, inevitablemente, surgiría un mercado negro de dinero.

Son éstas, quizá, las razones por las que el régimen que gobernó hasta el 2000 y el vigente han adoptado una tasa referencial de variación diaria.

De otro lado, las tasas máximas de interés pueden tener una periodicidad anual o mensual. Asimismo, pueden ser tasas efectivas o nominales y, finalmente, únicas o diferenciadas, según el tipo de interés, las monedas sobre las cuales van a aplicarse, el tiempo que dure el crédito otorgado y de acuerdo a si este último se halla o no sujeto al sistema de reajuste de deudas, en adelante S.R.D.

En cuanto a las características y cuantía de la tasa máxima de interés convencional compensatorio y moratorio que actualmente los particulares pueden cobrar en sus operaciones de crédito, debemos señalar que dichas tasas fueron publicadas en el

Diario Oficial "El Peruano" el 6 de julio de 1991, las mismas que rigen a partir del 1 de dicho mes.

En esa publicación se estableció:

(a) PARA EL INTERÉS CONVENCIONAL COMPENSATORIO.

Una tasa referencial, de periodicidad anual, efectiva o diferenciada, según se trate de moneda nacional o extranjera, por el tiempo de duración del crédito y dependiendo de si este último se sujetó o no al S.R.D.

(a.1) En moneda nacional.

Para operaciones no sujetas al S.R.D.

La tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio, en términos anuales:

- Tratándose de créditos con un plazo no mayor de 360 días, es igual a la tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda nacional: TAMN.

- Tratándose de créditos con un plazo de 361 a 719 días, es igual a la tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda nacional más 1: TAMN + 1.

- Tratándose de créditos con un plazo de 720 o más días, es igual a la tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda nacional más 2: TAMN + 2.

Para operaciones sujetas al S.R.D.

La tasa efectiva máxima de interés convencional compensatorio, en términos anuales, por todo concepto, debe ser calculada de forma tal que el rendimiento de las operaciones, incluido el reajuste, sea equivalente a la tasa señalada pa-

ra las operaciones no sujetas al S.R.D.

(a.2) En moneda extranjera.

En dólares de los Estados Unidos de América.

Para este caso, la tasa máxima efectiva de interés convencional compensatorio, en términos anuales, es igual a la tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda extranjera: TAMEX.

Ahora bien, habiéndose utilizado la TAMN o TAMEX como tasa máxima del interés convencional compensatorio, es preciso anotar que éstas son las tasas promedio ponderado de las que la Banca múltiple paga por sus operaciones activas, sea en moneda nacional o extranjera, las mismas que son calculadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS).

Dichas tasas son publicadas día a día en el Diario Oficial "El Peruano" por la SBS desde el 1 de abril de 1991. Asimismo, los factores diarios y acumulados correspondientes a dichas tasas son igualmente publicados en el referido periódico y en el cuadro N° 26 de la Nota Semanal del Banco Central de Reserva del Perú.

(b) PARA EL INTERÉS CONVENCIONAL MORATORIO.

Se ha establecido una tasa referencial de periodicidad anual, efectiva y diferenciada según el tipo de moneda sobre el cual habrá de calcularse.

(b.1) En moneda nacional.

La tasa efectiva de interés convencional moratorio, en términos anuales, tratándose de operaciones sujetas al sistema de reajuste de deudas o no, es equivalente al 15% de la tasa activa de mercado pro-

medio ponderado en moneda nacional, esto es el 15% TAMN.

Es necesario precisar que el interés moratorio se cobra sólo cuando se haya pactado y únicamente sobre el monto de la deuda correspondiente al capital impago, cuyo plazo esté vencido, y que el mismo se computa y percibe a partir de la fecha en que el deudor incurra en mora.

(b.2) En moneda extranjera.

En dólares de los Estados Unidos de América.

Para este caso, la tasa efectiva máxima de interés convencional moratorio, en términos anuales, es igual al 20% de la tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda extranjera, esto es, el 20% TAMEX.

Deben tenerse presente, en todo caso, las precisiones dictadas por el Banco Central de Reserva en cuanto al cómputo y cobro del interés moratorio.

Hasta el momento nos hemos referido al interés máximo que los particulares pueden cobrarse entre sí, en sus operaciones de crédito, al que hemos denominado crédito civil propiamente dicho, para distinguirlo del crédito comercial y financiero.

Ahora bien, precisa anotarse que el establecimiento de una tasa máxima de interés en términos efectivos ha generado una polémica que no ha perdido actualidad y en torno a la cual se han emitido las más diversas opiniones.

El problema consiste en precisar si realmente la determinación de una tasa efectiva de interés, al constituir una expresión

capitalizada de intereses, contraviene lo dispuesto por el artículo 1249 del Código Civil, esto es, la prohibición de capitalizar intereses.

Al respecto, debemos señalar que en el medio jurídico nacional predomina una opinión que sostiene que el establecimiento de una tasa máxima compuesta sobre la base de tasas efectivas, lejos de contravenir el tenor del artículo 1249 del Código anotado, expresa los costos finales del crédito, con capitalización.

Cuando el Banco Central de Reserva señala como "tasa máxima" de interés convencional compensatorio a los promedios ponderados diarios de tasas de interés convencional compensatorio TAMN (tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda nacional) y TAMEX (tasa activa de mercado promedio ponderado en moneda extranjera), no trasgrede el contenido y alcances del artículo 1249, pues en lugar de fijar, por ejemplo, como tasa compensatoria convencional para el día 27 de febrero de 1995, en moneda nacional, el 37.91% anual, señala que debe ser la TAMN de ese día, lo que resulta siendo más práctico, si consideramos que diariamente varían la TAMN y la TAMEX.

La TAMN y la TAMEX constituyen las "tasas máximas" posibles de ser concertadas por las partes como compensatorias; mientras que el 15% de la TAMN y el 20% de la TAMEX, constituyen las tasas máximas posibles de ser concertadas como interés moratorio, fuera del sistema financiero. Es obvio que conforme lo dispone el artículo 1249 del Código Civil, estas tasas no son susceptibles de ser capitalizadas, salvo las excepciones que el propio Código establece. ■