

Mutuo

Concepto y nociones introductorias

Dice el artículo 1,942 CC: *Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.*

La definición que antecede repite, casi textualmente, la contenida en el artículo 2,196 del Código Civil chileno, en el artículo 1,740 del Código Civil español, en el artículo 1,813 del Código Civil italiano y en el artículo 2,221 del Código Civil de Colombia y, podríamos decir, representa el enfoque clásico del mutuo en el ámbito latino: un contrato de préstamo de cosas fungibles, que son entregadas al mutuario para su consumo y del que nace la obligación de éste de devolver a su acreedor otras tantas cosas de la misma especie y calidad.

Señala Puig Brutau¹ que en el Derecho Romano, el mutuo (*mutuum*) no podía nacer si la propiedad del dinero o de las cosas fungibles no pasaba al receptor, de modo que si el mutuante no transfería el dominio de ellas al mutuario, no había contrato de mutuo. Dice el indicado autor: *el contrato de mutuo aparece pues, como un desplazamiento patrimonial que engendra la obligación de tener que restituir lo recibido.* El contrato de mutuo, en los códigos civiles de los países antes mencionados, sigue la línea trazada para el *mutuum* desde el Derecho Romano: un contrato real, que transfiere el dominio de cosas fungibles o dinero, para su consumo por el receptor y con la obligación de éste de restituir lo recibido.

¹ Puig Brutau, *Op. cit.*, pág. 373.

En la actualidad, los contratos reales y, en especial, el *mutuo clásico* están en crisis, pues se cuestiona su esencia *real*, aparte de que el desarrollo comercial moderno ha creado nuevas figuras de contratos de préstamo consensual que son menos rígidas que el mutuo (apertura de crédito, cuenta corriente, etc.), en donde la entrega de la cosa no es condicionante de la existencia del contrato y que se adaptan mejor al sistema jurídico del siglo XXI. Por ello, el mutuo clásico casi está en desuso y la doctrina moderna manifiesta la necesidad de cambiar la naturaleza jurídica del mutuo y convertirlo en un contrato consensual, lo que se ha reflejado ya en el Código Civil mexicano (artículo 2,384), que lo define como *contrato por el que el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario o mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad*, y en el Código suizo de las obligaciones (citado por Sánchez Medal²), que en su artículo 312 define al mutuo como *contrato por el cual el prestamista se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, con la obligación a cargo de este último de devolver otro tanto de la misma especie y calidad*.

Si vamos a la realidad de la contratación, debemos reconocer que los contratos no surgen en forma espontánea, sino son el resultado de una negociación que se refleja y adquiere realidad en el consentimiento y que los contratos reales no son excepción. Ciertamente que en ellos, a la par del consentimiento, se requiere la entrega de la cosa; pero la simple entrega de la cosa no genera el contrato, si no existe previamente un acuerdo de voluntades de las partes (una de entregar la cosa, para que le sea reintegrada dentro de cierto plazo y, otra, de recibir la cosa con la obligación de reintegrarla). La doctrina clásica trataba de explicar esa situación, explicando que previo a la entrega de la cosa que daba nacimiento al contrato real, existía una *promesa bilateral de contrato de mutuo* (en la que una parte se obligaba a entregar una cosa a la otra y ésta a su vez se obligaba a recibirla, con la obligación de restituirla dentro de cierto tiempo) y que al efectuarse la entrega de la cosa, surgía automáticamente el *contrato unilateral de mutuo* (en que únicamente el mutuuario asumía la obligación de reintegrar lo recibido y si no había ocurrido antes la entrega, no había obligación por parte del deudor).

2 Sánchez Medal, *Op. cit.*, pág. 219.

Tales explicaciones no convencen y Puig Brutau³ y Sánchez Medal⁴ las critican con mucha acritud. Señala Puig Brutau que el consentimiento inicial de las partes no produce una *promesa de contrato de mutuo*, sino un verdadero contrato consensual, que *da nacimiento a una obligación de entregar una cantidad o un objeto a cambio de que otra se obligue a devolverla, después de recibida, en el tiempo convenido* y que los contratos llamados *reales*, no son más que una categoría de los contratos consensuales, en donde las obligaciones del deudor nacen por efecto de la entrega de la cosa por el acreedor, sin que sea esencial la entrega en el propio momento de la celebración del contrato, para que éste exista. Por su parte, Sánchez Medal refuerza esa posición, explicando que *hay contratos en que la obligación de una de las partes debe por fuerza ejecutarse antes que la obligación de la otra; pero no quiere decir que sea la entrega misma de la cosa lo que perfecciona el contrato, ya que como observaba García Goyena, es el consentimiento o el acuerdo de voluntades lo que perfecciona también este contrato, para concluir que en el derecho moderno, todos los contratos se perfeccionan por el acuerdo de voluntades, sea que se exprese sin formalidades o revestido de determinadas formalidades, según el caso, pero ya no es el sistema del viejo Derecho Romano, que admitía el perfeccionamiento de los contratos, bien sea al pronunciar ciertas palabras o frases o por la escritura de las mismas, en los contratos *verbis o litteris*, respectivamente o por el hecho de realizar la entrega de la cosa en los llamados contratos reales, puesto que hoy día todos los contratos sólo se perfeccionan por el acuerdo de voluntades y son, por lo tanto, consensuales, según la atinada observación de García Goyena.*

Nos atrevemos nosotros a tomar parte en la discusión doctrinal, a fin de señalar que es inconcebible que un *contrato de promesa de mutuo*, se convierta automáticamente en un *contrato de mutuo* por el solo hecho de la entrega de la cosa al deudor. Los contratos de promesa tienen por objeto la celebración de un *segundo contrato*, que no nace automáticamente del cumplimiento de las obligaciones contraídas en el *precontrato*, sino que requiere de una nueva manifestación o acuerdo de voluntades de las partes, sobre todos los extremos del contrato (Art. 1,541 CC). De una promesa de contrato de compraventa, nace la obligación de celebrar un contrato de compraventa y de una promesa de contrato de arrendamiento, un vínculo que obliga a las partes a celebrar el arrendamiento y, por ello, de un contrato de promesa de mutuo

3 Puig Brutau, *Op. cit.*, pág. 39.

4 Sánchez Medal, *Op. cit.*, pág. 218.

nacería también la obligación de celebrar un contrato de mutuo; pero ninguno de los contratos definitivos se perfecciona por la simple entrega de la cosa, ni por el pago del precio o la renta, sino que en todos ellos, el cumplimiento del contrato de promesa resulta en la celebración del contrato prometido y no existirá éste en tanto las partes no manifiesten su consentimiento a la celebración del segundo contrato.

El artículo 1,518 CC confirma esa posición, cuando destaca que *los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez*. La entrega de la cosa mutuada no es una *formalidad* (como lo sería la escritura pública en el contrato de mandato o en el de sociedad), sino el cumplimiento de la obligación del acreedor y el cumplimiento de una obligación nunca constituye una *formalidad*.

Características

Lo expuesto anteriormente, nos permite señalar que las características del contrato de mutuo en el *derecho moderno* son:

- a) **Contrato consensual:** Es el consentimiento de las partes y no la entrega de la cosa lo que da nacimiento al contrato, aunque la obligación de restitución de una de las partes, no nacerá si la otra no ha cumplido previamente con la entrega. Por ello, el mutuante no podría exigir al mutuario la restitución de la cosa mutuada, si antes no la ha entregado al mutuario y se han cumplido las estipulaciones contractuales para que surja la obligación de pago y, por otra parte, el mutuario tendría derecho a exigir al mutuante la entrega de la cosa, en caso éste incumpliere su obligación.
- b) **Contrato de contenido obligatorio:** Puig Brutau⁵ afirma que el mutuo no es un contrato típico de disposición o de transferencia de dominio (como la compraventa o la donación), pues en el mutuo nace, de la entrega de la cosa, la obligación por parte del mutuario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Además, la calidad de *cosa fungible* que es de la esencia en el objeto del contrato, tiene mucha importancia, puesto que *el destino normal de las cosas fun-*

5 Puig Brutau, *Op. cit.*, pág. 374.

gibles está en ser objeto de actos que las convierten en propiedad de otro sujeto de derecho y no cabe entregar una cosa fungible para que sea usada conforme a su destino, sin que el receptor adquiera su propiedad. Por ello, el efecto real del contrato (entrega/ transferencia de dominio), queda subordinado a su contenido obligacional y la celebración del contrato de mutuo, no constituye un acto de disposición, sino de administración, para los fines de la capacidad del mutuante.

- c) **Gratuito u oneroso:** Tradicionalmente, el mutuo era gratuito y sólo era oneroso cuando se pactaba expresamente el pago de intereses por parte del mutuario. El *préstamo con interés* era una modalidad del mutuo y en una gran mayoría de los códigos civiles extranjeros consultados (España, México, Argentina, Chile, Colombia), se regula como normalmente gratuito y excepcionalmente oneroso. El Código Civil de Guatemala (Art. 1,946 CC), siguiendo al Código Civil italiano (Art. 1,815), establece que el mutuo es normalmente oneroso, al disponer que el deudor *debe* pagar intereses a su acreedor, salvo pacto en contrario y que a falta de disposición, se aplicará el interés legal.
- d) **Contrato bilateral:** Dada la consensualidad del contrato, nacen del mismo obligaciones principales para ambas partes: el mutuante debe entregar la cosa mutuada al mutuario y éste queda obligado a restituirla al vencimiento del plazo y a pagar intereses. Es un contrato de ejecución diferida, pues aunque las obligaciones de una de las partes normalmente se cumplen simultáneamente con la celebración del contrato (entrega de la cosa mutuada), las del mutuario deben cumplirse después de que transcurra cierto tiempo; pero ello no afecta la bilateralidad. Puig Brutau⁶ lo expresa muy gráficamente cuando dice que *es menester que la (obligación) del prestamista se extinga por cumplimiento, para que nazca la del prestatario.*

Borda⁷ afirma la bilateralidad del contrato de mutuo, porque *la circunstancia de que una de las partes llene todas sus obligaciones al celebrar el contrato, no significa que no estaba obligada a hacerlo conforme el acuerdo de voluntades* y el contrato supone para el prestamista, la obligación de entregar la cosa.

6 Puig Brutau, *Op. cit.*, pág. 375.

7 Borda, *Op. cit.*, pág. 774.

Las características que el mutuo tiene en el derecho moderno, no se dan en nuestra legislación civil, pues en Guatemala y de acuerdo con la definición que trae el artículo 1,942, el contrato de mutuo es:

- 1) **Contrato real:** Ya que *se requiere para su perfección la entrega de la cosa* (Art. 1,588 CC). El concepto que trae el artículo 1,942 CC subordina el valor del consentimiento de las partes al contenido real del contrato, cuando establece como elemento esencial de éste, la entrega de la cosa. Es más, el consentimiento de las partes pareciera ser innecesario y ni siquiera se insinúa su necesidad en el concepto legal del contrato. Para nuestro Código Civil, no hay contrato de mutuo, si la cosa no ha sido entregada previa o simultáneamente con la celebración del mismo. La entrega de la cosa puede ser real, simbólica o legal (Art. 1,810 CC).

- 2) **Unilateral:** Del mutuo no nacen obligaciones para ambas partes, sino exclusivamente para el mutuuario (Art. 1,587 CC). El mutuante cumplió con su obligación de entrega cuando se celebró el contrato, de modo que sobre él ya no recae obligación alguna. Es únicamente el mutuuario quien asume la obligación de restitución, con o sin intereses, de la cosa mutuada.

- 3) **Transmisor de dominio:** La enajenación de la cosa mutuada es de la esencia del contrato, pues la entrega se hace *para su consumo* (Art. 1,93 CC) y mal se puede consumir una cosa, si no se tiene la propiedad de la misma. La transferencia de dominio es lo que diferencia más claramente al mutuo del depósito, pues en este último no se transfiere la propiedad de la cosa, sino únicamente su guarda y custodia, no para su consumo y utilización. Téngase además presente que, como lo indica Borda⁸, *si bien hay una identidad necesaria entre las cosas consumibles y las fungibles, estas categorías tienen un paralelismo casi constante y sólo, en casos de verdadera excepción, marchan separadas y que, por ello, basta que la cosa sea fungible o bien consumible para que el préstamo deba considerarse de consumo y el que la presta sólo pretende se le restituya otra de la misma especie y calidad; tenga o no conciencia de ello, lo cierto es que se desprende de su propiedad, de la cual pasa a ser titular el mutuuario.*

8 Borda, *Op. cit.*, pág. 773.

- 4) **Restitución de cosas de la misma especie y calidad:** Ello también es de la esencia del contrato, pues si en el contrato se estipula la devolución de cosas distintas, *ya no será mutuo aunque así lo llamen las partes, sino compraventa o permuta*⁹. Si en el contrato se estableció la facultad del deudor de cumplir su obligación mediante una prestación distinta, no se desnaturaliza el mutuo, como tampoco ocurre si, por imposibilidad de restituir en especie, el deudor cumple entregando el valor que las cosas tenían en la fecha en que se debió efectuar el pago (Art. 1,954 CC).
- 5) **Oneroso:** Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario debe pagar intereses al mutuante y si no se estipuló la tasa, se presume que debe cargar el *interés legal* (Art. 1,946 CC).
- 6) **Principal:** El mutuo es un contrato principal, que existe por sí solo y es usual que el contrato principal de mutuo incluya uno o más accesorios (fianza, hipoteca, prenda, etc.).

Contratos afines

- a) **Comodato:** La diferencia fundamental entre el mutuo y el comodato estriba en la naturaleza de la cosa prestada, pues en el mutuo debe ser fungible (consumible) y la cosa objeto de comodato debe ser no fungible, ni consumible, dado que el comodatario debe restituir precisamente la misma cosa que recibió. Por otra parte, en el mutuo hay transferencia de dominio de la cosa al mutuario, quien como nuevo propietario de ella asume los riesgos de la misma, en tanto que en el comodato el comodante sigue siendo el propietario y corre con los riesgos de la cosa. Finalmente, el comodato es esencialmente gratuito, en tanto que el mutuo puede ser gratuito u oneroso.
- b) **Arrendamiento:** Borda¹⁰ afirma que si el mutuo es gratuito, no hay posibilidad de confusión con el arrendamiento; pero que el mutuo oneroso sí tiene puntos de contacto con el arrendamiento, que precisan de análisis, ya que ambos

⁹ Borda, *Op. cit.*, pág. 773.

¹⁰ Borda, *Op. cit.*, pág. 776.

contratos tienen significación económica similar, al proporcionar el uso de una cosa a cambio de un precio (renta o interés). La diferencia fundamental estriba en la naturaleza de las cosas objeto de los contratos, pues las cosas fungibles o consumibles no pueden ser objeto de arrendamiento, además de que en el arrendamiento el arrendador mantiene la propiedad y el riesgo de la cosa, en tanto que en el mutuo el mutuuario adquiere la propiedad y los riesgos.

- c) **Sociedad:** ¿Qué contrato se celebra cuando una persona entrega dinero o cosas fungibles a otra para un negocio social? Sería mutuo si el acreedor no participa de las pérdidas, ni asume la calidad de socio y existe una obligación de restitución a cargo de la sociedad. Sería aporte de capital, si el que entrega asume la calidad de socio, lo que implica el riesgo de participar en las pérdidas y la inexistencia de una obligación de restitución. Lo expuesto nos parece particularmente interesante e importante, dado que es usual que los socios de una sociedad otorguen préstamos a ella y conviene dejar muy claro que las calidades de socio y de acreedor de la sociedad no son incompatibles.
- d) **Compraventa y permuta:** Tanto el mutuo como la compraventa y la permuta son contratos traslativos de dominio y pueden tener por objeto cosas fungibles y consumibles. La diferencia clara entre esos contratos estriba en que la compraventa y la permuta son de ejecución instantánea, en tanto que el mutuo es de ejecución diferida en lo que se refiere a la obligación del deudor y que en el mutuo la contraprestación del deudor es de *restitución* de cosas de la misma especie y calidad, en tanto que en la compraventa es el pago del precio, y en la permuta, la transferencia de dominio de cosas de diferente especie.
- e) **Depósito irregular:** En el depósito irregular, el depositario adquiere el dominio de la cosa depositada y asume la obligación de restituir cosa equivalente, lo que a primera vista provoca una relación jurídica idéntica a la que deriva del mutuo. Sin embargo, un análisis más profundo nos permite encontrar diferencias entre esos contratos. Veamos: i) en el depósito irregular, el depositante queda obligado al pago de honorarios al depositario, en tanto

que en el mutuo, es el que recibe la cosa quien remunera al acreedor; y ii) el depositante puede elegir, en cualquier tiempo, la restitución de la cosa, en tanto que el mutuante únicamente puede hacerlo cuando ha vencido el plazo del contrato.

- f) **Donación:** El mutuo gratuito y la donación tienen puntos de contacto pues ambos son *gratuitos* y transfieren el dominio de cosas y pueden tener por objeto cosas fungibles y consumibles. Sin embargo, en el mutuo gratuito la gratuidad se refiere al *uso* de la cosa durante el tiempo del contrato, no hay *animus donandi* (liberalidad) y el mutuario tiene la obligación de restituir lo recibido. En la donación, es la transmisión de la propiedad lo que se realiza con propósito de liberalidad y el donatario no tiene obligación alguna de restituir.
- g) **Apertura de crédito:** Este contrato está regulado por el Código de Comercio y es definido por el artículo 718 C de C, en la siguiente forma: *Por el contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o bien, a contraer obligaciones por cuenta de éste, quien deberá restituir las sumas de que disponga o a proveer cantidades pagaderas por su cuenta y a pagar los gastos, comisiones e intereses que resulten de su cargo.*

El mutuo y la apertura de crédito tienen muchísimos puntos de contacto, pues ambos son contratos de préstamo, cuyo objeto es el dinero; pero se diferencian fundamentalmente por la entrega de lo prestado, que en el mutuo regulado por nuestro CC debe haber ocurrido cuando se celebra el contrato, en tanto que en la apertura de crédito, la entrega puede ocurrir mucho después. Por ello, la bilateralidad y la consensualidad del contrato de apertura de crédito es clara y evidente, a diferencia del mutuo en donde esos temas, como ya hemos visto, son objeto de controversia.

Por otra parte, el objeto del contrato de mutuo es dinero o *cosas fungibles*, en tanto que el contrato de apertura de crédito parecería quedar limitado a operaciones con dinero. No creemos que esto sea fundamental, pues no vemos inconveniente en que el acreditante entregue al acreditado cosas fungibles o mercancías y cargue al crédito el valor de las mismas, siempre que así se haya previsto en el contrato.

Saltan así a la vista las ventajas que tiene el contrato de apertura de crédito, sobre el mutuo, y ello también explica por qué el contrato de apertura de crédito ha ido provocando la obsolescencia del mutuo y el desuso de éste.

La modalidad de *cuenta corriente* (Art. 723 C de C), en el contrato de apertura de crédito, hace aún más atractivo financieramente este contrato, pues permite al acreditado hacer pagos a cuenta del saldo a su cargo, lo que le reduce el costo del crédito por intereses y automáticamente le restituye el *margin por girar* a cargo del crédito.

Elementos del contrato

- a) **Elementos personales:** En el contrato de mutuo siempre hay por lo menos un acreedor (mutuante) y un deudor (mutuario) y ambas partes deben tener capacidad de ejercicio.

El caso de los menores, incapaces y ausentes debe analizarse con cuidado para determinar si sus representantes legales pueden celebrar el contrato de mutuo, sea en la posición del mutuario, o en la del mutuante. No existe prohibición expresa en el Código Civil, que impida al representante legal dar a mutuo bienes fungibles o dinero del menor o incapaz; pero en nuestra opinión, el dar prestado a mutuo excede de lo que razonablemente constituye administración, pues implica la transmisión del dominio de las cosas fungibles a un tercero. Además, el mutuo es un contrato que conlleva riesgo para el acreedor y no aceptamos que el representante legal de un menor o incapaz, pueda arriesgar una parte del patrimonio del prestamista, dando prestado a persona que después puede resultar insolvente. Por ello, somos de la opinión que quien ejerce la patria potestad sobre un menor, el tutor o el guardador de los bienes de un ausente, requiere de autorización judicial para poder dar a mutuo bienes fungibles o dinero de su representado y basamos nuestro criterio en lo que disponen los artículos 264 y 332, inciso 1 CC.

Toca ahora ver la posibilidad de que el representante legal pueda recibir a mutuo, para el menor o incapaz. Si el préstamo se rige por pactos razonables y es invertido honesta y cuidadosamente en el incremento del patrimonio del

menor o incapaz, la contratación del mutuo podría ser muy beneficiosa para éste y no implicaría mayor riesgo; pero ¿cómo se puede garantizar y asegurar que el préstamo no se contrate en condiciones usurarias o leoninas o que el producto del mismo no sea malgastado descuidadamente? Nuestro Código Civil asume una postura de prudencia encomiable, prohibiendo a quien ejerza la patria potestad sobre menores, *contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de su ordinaria administración, sin contar con autorización judicial* (Art. 264) y, en el caso del tutor, señalando con claridad que *para tomar dinero a mutuo debe sujetarse a las condiciones y garantías que acuerde el juez* (Art. 332, inc. 2 CC).

Examinemos ahora la capacidad del mandatario y del representante legal de una sociedad para dar o recibir a mutuo.

El mutuante transfiere la propiedad de las cosas fungibles objeto del contrato al mutuario, lo que parecería constituir un acto de disposición. Sin embargo, cuando las partes contratantes tienen capacidad para contratar y obligarse, el elemento *transferencia de dominio* de los bienes fungibles no tiene la trascendencia que pudiera tener en el caso de los menores o incapaces, aparte de que aquéllas tienen el discernimiento necesario para evaluar y asumir riesgos. Por ello y porque los artículos 1,692 y 1,693 CC no incluyen el dar o recibir a mutuo entre los negocios jurídicos para los que el mandatario requiere de facultad o poder especial, somos de opinión que el mandatario general puede representar a su mandante en la celebración del mutuo, sea como mutuante o como mutuario.

En el caso de los representantes legales de las sociedades, tiene validez lo expuesto en el párrafo anterior, pero el criterio fundamental debe condicionarse al *giro ordinario* de la sociedad o, en otras palabras, si el dar o recibir a mutuo es una actividad normal y ordinaria de dicha persona jurídica (Arts. 47 y 163 C de C). Es indiscutible que el representante legal de un Banco puede celebrar contratos en que el Banco da a mutuo, pues ello es una de las actividades y operaciones corrientes de este tipo de empresas; pero ¿puede válidamente el representante legal de una sociedad anónima dedicada al cultivo de café, dar a mutuo dinero o café? ¿Puede ese mismo representante legal recibir a mutuo dinero de un Banco para financiar la cosecha?

Creemos que la primera duda debe resolverse negativamente, pues definitivamente se sale del *giro ordinario* de la sociedad, el dar dinero o café a mutuo, al igual que lo sería para el representante legal de otra sociedad que no previere en su objeto el otorgamiento de préstamos. Por ello, para la celebración de tales contratos, el representante legal debería contar con autorización especial que conste en la escritura social, en acta de órgano competente o en mandato (Art. 47, parte final del C de C).

En la segunda duda, nos inclinamos por la afirmativa, pues la contratación de préstamos para la realización del giro ordinario de la sociedad, definitivamente tiene relación con éste y quedaría incluido dentro del espíritu del artículo 47 C de C, aparte de que el artículo 1,762 CC obliga a *todos los socios (?) por la deuda de que se ha aprovechado la sociedad, aunque se haya contratado por algún socio sin autorización*. En la práctica, sin embargo, se acostumbra requerir al representante legal de una sociedad que va a recibir un préstamo, prueba de que está autorizado para ello por el órgano competente de la sociedad, lo que nos parece una previsión aceptable, que evita futuras discusiones y litigios que pudieren plantearse por sociedades deudoras de mala fe, para alegar la falta de facultades de su representante legal en la celebración del préstamo, como medio para exonerarse del pago del préstamo.

El artículo 1,785 CC prohíbe al liquidador de una sociedad civil, *tomar dinero a préstamo* si no cuenta con autorización judicial para ello. El Código de Comercio no contiene norma específica al respecto, pero como las atribuciones de los liquidadores, detalladas en el artículo 247 C de C, tienden al *cierre* de operaciones de la sociedad y el artículo 254 C de C les impide emprender nuevas operaciones, somos de opinión que el liquidador de una sociedad mercantil no tiene facultad para recibir ni dar a mutuo, a menos que lo autorice especialmente la Junta General de Socios, la Asamblea de Accionistas o un juez.

- b) **Elementos reales:** Únicamente pueden ser objeto del contrato de mutuo, el dinero y las cosas fungibles (Art. 1,942 CC), entendiéndose que, como antes comentamos, las cosas fungibles normalmente también son consumibles, lo que armoniza con el carácter de *préstamo de consumo*, que reviste el mutuo. No obstante lo anterior, la consumibilidad de las cosas no es, en nuestra opinión,

de la esencia del contrato, pues nada impediría celebrar un contrato de mutuo cuyo objeto sean cosas fungibles no consumibles (por ejemplo, un lote de libros o de escritorios), ya que la *consumibilidad* de éstas habría que referirla a la posibilidad de su disposición o negociación (lo que implicaría *consumo* en sentido lato). El mutuario quedaría obligado a restituir a su acreedor, un lote idéntico de libros o escritorios, para cuyo efecto, habría que tener buen cuidado de describir en detalle las características y especificaciones de esos bienes.

- c) Cuando el artículo 1,942 CC menciona dinero, se refiere a la moneda que pueda circular legalmente en el país. De conformidad con el artículo 2 de la Ley Monetaria (Dto. 203 del Congreso), el quetzal era al 30 de abril de 2,001, la única moneda legal de Guatemala y todos los precios, impuestos, tasas, honorarios, sueldos, salarios, comisiones, primas, intereses, dividendos, alquileres, contratos y obligaciones de cualquier clase, que debían ser pagados, cobrados, percibidos o ejecutados en Guatemala, *se expresarán y liquidarán exclusivamente en quetzales*. Esa disposición ha sido derogada por el artículo 9 de la Ley de Libre Negociación de Divisas (Dto. No. 94-2000 del Congreso, con vigencia a partir del 1 de mayo de 2001), por lo que el quetzal ha dejado de ser la única moneda legal de nuestro país y, después de dicha fecha, es libre la disposición, tenencia, contratación, remesa, transferencia, compra, venta, cobro y pago de y con divisas extranjeras (Art. 1 Dto. 94-2000 del Congreso).

El mismo Decreto No. 94-2000 del Congreso, señala que el quetzal se empleará como *moneda de cuenta y medio de pago en todo acto o negocio de contenido dinerario y tendrá poder liberatorio de deudas*, aunque las partes de un contrato son libres de pactar lo contrario y los tribunales y órganos administrativos deben respetar y hacer cumplir lo que las partes hayan acordado al respecto.

También se prevé del establecimiento de un *tipo de cambio de referencia* del quetzal frente al dólar de los Estados Unidos de América, que será fijado por el Banco de Guatemala y se usará para determinar el tipo de cambio aplicable para la liquidación de obligaciones tributarias u otras que supongan pagos al Estado o del Estado y sus entidades, así como para la resolución de conflictos en el ámbito administrativo y judicial.

No obstante lo anterior, creemos oportuno e interesante analizar los efectos de la desvalorización o devaluación de la moneda nacional, en el contrato de mutuo, pues hemos visto cómo, en los últimos años, su relación con monedas extranjeras y, particularmente, con el dólar de los Estados Unidos de América, ha ido deslizándose hacia abajo y ha generado intentos de indexar los préstamos otorgados en moneda nacional. En nuestra opinión, si se ha contratado un préstamo a mutuo en quetzales, el deudor cumple su obligación restituyendo igual cantidad de esa moneda y no debiera existir, en ese caso, la posibilidad jurídica de indexar el quetzal relacionándolo con su valor con otras monedas en el tiempo (en otras palabras, si hace tres años recibí a mutuo por Q100, mi obligación sigue siendo de restituir Q100 a mi acreedor, aunque en ese período, el valor el quetzal se haya reducido substancialmente). El artículo 1,395 CC así lo establece y lo confirma Castán¹¹, citado por Puig Brutau¹², cuando dice: *... la desvalorización del dinero no tiene influencia sobre el mutuo en el sistema del Código Civil.*

A partir del 1 de mayo de 2001, hay la posibilidad legal de contratar legalmente un mutuo (y en general, cualquier contrato) en cualquier moneda extranjera. Cierto que en Guatemala, el dólar de los Estados Unidos de América, no tiene la calidad de moneda oficial (como ha ocurrido recientemente en El Salvador y Ecuador); pero nadie puede negar que, aunque no lo sea, es una moneda que circula en nuestro país y tiene la calidad de bien fungible y consumible. Por ello, somos de opinión que aun durante la vigencia del artículo 2 de la Ley Monetaria (Dto. 203 del Congreso) sí era posible celebrar un contrato de mutuo cuyo objeto fuese alguna moneda extranjera y que la obligación del mutuario será restituir igual cantidad de esa moneda. El artículo 2 (segundo párrafo) de la Ley Monetaria, reconocía la validez de los contratos que impongan obligaciones en *Plata u oro metálico, en monedas o divisas extranjeras o en cualquier unidad monetaria que no sea el quetzal... cuando éste (el contrato) pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, en cuyo caso se liquidarán las respectivas obligaciones en quetzales, efectuando la conversión sobre la base de las paridades legales correspondientes, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago, según resulte*

11 Castán, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 7a. Edición, Madrid, 1953, pág. 430, nota 1.

12 Puig Brutau, *Op. cit.*, pág. 379, nota 37.

más favorable al deudor. Es difícil explicar con mayor claridad que un contrato celebrado en Guatemala, entre personas domiciliadas acá, que contenga obligaciones en moneda extranjera, es válido y exigible; pero que como las monedas extranjeras no son un medio de pago actualmente reconocido en Guatemala, las obligaciones pueden liquidarse en quetzales, que sigue siendo la moneda nacional, a la tasa de cambio que resulte más favorable al deudor.

En apoyo de lo anteriormente expuesto, el artículo 1,396 CC reconoce la posibilidad de que una obligación requiera el pago en moneda extranjera y, obviamente por los mismos motivos antes comentados, señala que el deudor cumple entregando *su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en la plaza el día del pago.*

Es evidente que tales disposiciones no son armónicas en cuanto a la determinación de la tasa de cambio a aplicar para la conversión de la moneda extranjera a la moneda nacional, pues una la refiere a la vigente en la fecha de pago y otra, a la de la fecha de la obligación o a la de la fecha de pago, según resulte más beneficioso al deudor, problema que debe resolverse de conformidad con las normas de la LOJ; pero ambas normas sí son concurrentes en cuanto a la validez de la obligación.

Para concluir sobre el tema del préstamo a mutuo de moneda extranjera, traemos a cuenta el artículo 3, inciso a) de la Ley Monetaria (Dto. 203 del Congreso), en cuanto a que de las limitaciones y restricciones que contenía el artículo 2 de esa misma ley que antes hemos comentado, *se exceptúan... (a) las obligaciones que establezcan pagos desde Guatemala al extranjero o desde el extranjero a Guatemala y las directamente relacionadas con la financiación de las mismas...* Interpretamos esta norma, en el sentido de que tales obligaciones no son liquidables en moneda nacional, sino deben serlo en la moneda pactada, lo cual parece lógico ya que se trata de contratos de carácter internacional.

Por tratarse de un contrato real, traslativo de dominio de las cosas mutuadas, el riesgo de las cosas pasa automáticamente al mutuario y de conformidad con lo que establece el artículo 1,943 CC, a él corresponde el deterioro, destrucción o depreciación de la cosa. En esa misma forma, dispone que las mejoras y frutos civiles y naturales que produzca la cosa mutuada, corresponden al mutuario.

El artículo 1,944 CC responsabiliza al mutuante de *los daños que sufra el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no le dio aviso oportunamente*. Esa norma es clara, en lo que se refiere a la responsabilidad del mutuante frente al mutuario; pero no aclara el efecto que ello tiene en cuanto al contrato y, particularmente, sobre la obligación de restitución que tiene el mutuario. La validez del contrato no se afecta por los daños que sufra la cosa, pues el mutuario carece de acción redhibitoria y sólo goza de la acción estimatoria, para reducir la obligación de restitución por el monto de los daños sufridos (Art. 1,561 CC). Además, en el mutuo, la obligación de saneamiento por vicios ocultos tiene una regulación diferente de la que establecen los artículos 1,562 y 1,563 CC, pues el conocimiento de los vicios ocultos o defectos de calidad por parte del mutuante únicamente le obliga a responder por los daños causados al mutuario, en tanto que según el Art. 1,562 CC, el enajenante de *mala fe* responde por daños y perjuicios, asume el riesgo de pérdida de la cosa y queda obligado a devolver el precio. En el caso que el mutuante haya desconocido la existencia de los vicios ocultos, ello produce una *reducción proporcional* del valor de los bienes, que implicaría en el mutuo una rebaja en la obligación de restituir (Art. 1,945 CC), en tanto que según las normas generales, el enajenante de *buena fe* sólo responde por la restitución del precio y el reembolso de los gastos del contrato (Art. 1,562 CC).

En doctrina se discute si el mutuante debe ser propietario de la cosa mutuada y, en su caso, qué ocurre en caso de mutuo de cosa ajena y su responsabilidad en caso de evicción del mutuario. La gran mayoría de los autores es de opinión que la validez del contrato no se ve afectada en caso de que después resulte que el mutuante no era propietario de las cosas y que, de su parte, existe la obligación de sanear la cosa. El artículo 1,543 CC señala que hay derecho a saneamiento por evicción, en *todo contrato oneroso en que se transfiera la propiedad, la posesión, el uso, goce o disfrute de una cosa*, por lo que en nuestro medio es claro que en el caso de mutuo oneroso, la responsabilidad del mutuante por evicción es clara e indiscutible. Surge la duda en el caso del mutuo gratuito y a falta de disposición especial nos parece que, por equidad y aplicando analógicamente el artículo 1,944 CC, el mutuante responde de la evicción y de ocurrir ésta, el mutuario quedaría eximido de su obligación de restitución.

Elementos formales: El Código Civil no establece norma alguna que obligue a revestir el contrato de mutuo, de formalidad o solemnidad especial, por lo que a

este contrato le son aplicables las normas generales que, en cuanto a *forma de los contratos*, establecen los artículos 1,574 al 1,578 CC.

Efectos del contrato

En cuanto al mutuante: Del contrato de mutuo nace para el mutuante un *derecho personal* o de crédito en contra del mutuario, para obligarle a la restitución de la cosa mutuada. Existiría, por parte del mutuante, la obligación de entregar la cosa; pero por la calidad de contrato real que le asigna nuestro Código Civil, ella ha sido ya cumplida o es cumplida por el mutuante en el momento de la celebración del contrato, de modo que la misma se agota al recibir el mutuario la cosa. En el mutuo consensual, esa obligación del mutuante existe y tiene vigencia hasta que él cumple con la entrega de la cosa mutuada. Al tratar de los elementos reales del mutuo, hemos discutido la responsabilidad del mutuante, hacia el mutuario, por la mala calidad, vicios ocultos y saneamiento por evicción de la cosa y nos referimos a lo allí expuesto.

En cuanto al mutuario: Por el contrato de mutuo, el mutuario adquiere la propiedad de las cosas objetos del mismo, de modo que la entrega material de las cosas mutuadas al mutuario, no sólo transfiere su tenencia o posesión, sino que opera como una verdadera *tradición*, trasladando el dominio al mutuario. Su principal obligación es restituir la cosa mutuada, en el término convenido, devolviendo al mutuante igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad (Art. 1,942 CC). Se insiste en las palabras *igual cantidad*, pues si se conviniera en que el mutuario devuelva *menor* cantidad de la prestada, habría donación a favor del mutuario, por la parte no sujeta a devolución. A la inversa, si se pacta que el mutuario deba devolver *mayor* cantidad que la recibida, el exceso tendría la calidad de *intereses* o de contraprestación a favor del mutuante.

La restitución debe hacerse transmitiendo el dominio al mutuante de bienes de la misma especie y calidad, y si el objeto del mutuo fueron cosas diferentes del dinero, las alzas o bajas que haya sufrido el precio de las cosas a restituirse no afecta la obligación del deudor, quien tiene que devolver *igual cantidad* de ellas, (salvo el caso de los intereses) (Art. 1,952 CC); pero *si las cosas fueron apreciadas al tiempo del contrato, el deudor está obligado a satisfacer el valor que se les dio, aunque*

valgan más o menos al tiempo del pago (Art. 1,953 CC). En caso de restitución en especie, el mutuario debe tener la propiedad de lo que entrega y tener capacidad para disponer de la cosa y queda obligado ante el mutuante por el saneamiento de lo entregado en pago (Art.1,383 CC).

Si examinamos esas normas a la luz de los principios generales que rigen el pago, y particularmente el artículo 1,386 CC, vemos que al acreedor no puede obligársele a aceptar en pago *cosa distinta de la que se le debe*. Por ello, nuestra interpretación de tales normas se resume así: i) si las cosas no han sido valoradas o apreciadas al celebrar el contrato, el pago debe hacerse entregando al mutuante por lo menos igual cantidad de cosas de la misma especie, cualquiera que sea su precio. El riesgo o beneficio de las variaciones del precio de la cosa, durante el plazo del contrato, corresponde al deudor; ii) si las cosas fueron apreciadas, el deudor cumple entregando a su acreedor cosas de la misma especie y calidad, cuyo precio sea equivalente al resultado de la apreciación o avalúo convenido. En este caso, es el acreedor el que corre con el riesgo del aumento o reducción del precio durante la vigencia del contrato; iii) si las cosas fueron apreciadas, el deudor también podría alternativamente, pagar el valor que se les dio y el acreedor estaría obligado a recibirlo; y iv) si el mutuario no pudiere restituir en género, podrá pagar el valor que la cosa prestada tenga en la fecha en que debiera ser devuelta (Arts. 1,397 y 1,954 CC). En cuanto a esto último, Borda¹³ dice: *la imposibilidad de que la ley habla, debe ser juzgada prudentemente por los jueces; no será indispensable que tenga carácter absoluto, bastando con que las dificultades sean notables... el interés del prestamista queda plenamente satisfecho con el pago de una suma de dinero equivalente al precio de la cosa en la fecha y lugar de entrega*.

Si el objeto del contrato ha sido dinero, la restitución toma la forma de pago de obligación en moneda nacional o en moneda extranjera, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1,395 y 1,396 CC y la autorización contenida en el Decreto No. 94-2000, e insistimos en la cita que anteriormente hicimos de Castán (*la desvalorización del dinero no tiene influencia sobre el mutuo en el sistema del Código Civil*).

13 Borda, *Op. cit.*, pág. 782.

El autor Arturo Valencia Zea¹⁴ estudia la aplicabilidad de la *cláusula de la imprevisión* o de la teoría del riesgo creado, a la obligación de restitución del mutuario e indica que en economías afectadas por la devaluación monetaria o la inflación, *puede suceder que entre el día del contrato de mutuo y el día que el mutuario deba pagar, haya variado notablemente el precio de las cosas prestadas*. En nuestra opinión, Valencia Zea está en lo correcto y la teoría de la imprevisión (Art. 1,330 CC) tiene aplicación en el mutuo, cuando la obligación de restitución del mutuario se refiere a cosas que no han sido apreciadas (Art. 1,952 CC) y el precio de las mismas ha *variado de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios, imposibles de prever y de evitar*, haciendo el cumplimiento de la obligación de restitución demasiado onerosa para el mutuario. Si el mutuo es de dinero o de cosas que fueron apreciadas, dicha teoría del riesgo creado no tendría aplicación, de conformidad con lo que disponen los artículos 1,953, 1,955 y 1,395 CC.

El pago o restitución debe hacerse al vencimiento del plazo convencional y, si en el contrato no se ha establecido, se entenderá que es de seis meses, para los préstamos en dinero y en la fecha de la próxima cosecha de los productos mutuados, si se trata de cereales (Art. 1,950 CC). La indicada norma es incompleta, pues no establece un plazo legal para el cumplimiento de la obligación de restitución de cosas que no sean dinero o cereales, por lo que cuando se trate de esos bienes, habría que aplicar la norma contenida en el artículo 1,401 CC y acudir a juez para que lo fije prudencialmente. En el mutuo gratuito, el plazo corre a favor del mutuario y el acreedor no puede exigirle el pago antes del vencimiento, pero de acuerdo con el artículo 1,956 CC, aquél sí puede obligar al acreedor a recibirlo antes de esa fecha; pero si la obligación es dineraria y devenga intereses (mutuo oneroso), el plazo corre a favor de ambas partes y el deudor puede restituir antes del vencimiento y obligar al acreedor a recibir lo prestado, pero queda obligado a pagar los intereses por todo el plazo convenido, aun por el tiempo que no ha corrido (Art. 1,956 CC).

El deudor debe cumplir la obligación de restitución en el lugar convenido en el contrato y, en su defecto de pacto, el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor

14 Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, tomo IV, *De los contratos*, Editorial Temis, Bogotá, 1,980, pág. 242 y ss.

en la fecha en que la obligación es exigible (Art. 1,398 CC), siendo por cuenta de éste los gastos judiciales y extrajudiciales que cause el pago (Art. 1,299 CC).

Es posible pactar que la restitución se realice mediante amortizaciones periódicas, en cuyo caso la constancia de pago del último período haría presumir legalmente (sujeto a prueba en contrario), el pago de los anteriores (Art. 1,402 CC) y que la mora en el pago de una o más de las amortizaciones convenidas pueda dar lugar a la extinción del plazo y acelere la obligación de restitución del saldo adeudado.

Para que el acreedor pueda exigir judicialmente al mutuario la restitución de lo prestado, después de vencido el plazo del contrato o el plazo legal o judicial, sería por supuesto necesario que el mutuario haya caído en mora, lo que ocurre, salvo pacto en contrario, mediante la interpelación del deudor (Arts. 1,428, 1,430 y 1,431 CC).

Interés

Alessandri y Somarriva¹⁵ comentan que *los intereses constituyen la remuneración que el deudor en dinero u otras cosas ha de satisfacer al acreedor por la privación que para él supone el no disfrute del capital debido.*

La cuestión del interés en el mutuo ha sido objeto de discusiones de tipo ético, económico y jurídico, desde la antigüedad. Originariamente, el mutuo era fundamentalmente gratuito y, como dice Puig Brutau¹⁶, era una de las *figuras jurídicas en las que puede encarnar fácilmente el espíritu de altruismo; pero en el mutuo con interés se ha manifestado muchas veces la fuerza del egoísmo, hasta el punto de que a veces se ha dicho que la historia del préstamo con interés es la historia de la usura.*

Por ello, el mutuo tradicional es gratuito y sólo corren intereses cuando así lo pactan las partes expresamente. Así lo establecía el artículo 1,921 del Código Civil de 1877 (*En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados y los intereses serán los convenidos*) y también así está consignado en los códigos civiles de México (Art. 2,393), España (Art. 1,755), Argentina (Art. 2,248), Colombia (Art. 2,230), etc.

15 Alessandri y Somarriva, *Op. cit.*, pág. 587.

16 Puig Brutau, *Op. cit.*, pág. 381.

El artículo 1,946 CC, siguiendo al Código Civil italiano (Art. 1,815), invierte la tendencia tradicional en relación a intereses en el mutuo, al establecer que *salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor*. De allí que, en nuestro medio, el mutuo es, normalmente un contrato oneroso y sólo excepcionalmente, cuando se pacta que no generará intereses, tendrá la calidad de gratuito.

a) **El interés en los préstamos de cosas y de dinero:** La determinación de los intereses, cuando el préstamo es de dinero, no representa problema alguno, pues es el resultado de un cálculo matemático simple (cantidad prestada, multiplicada por la tasa de interés y aplicada al tiempo corrido); pero cuando el objeto del préstamo son cosas, encontramos algunos problemas que merecen atención:

I) Obligación de devolver *igual cantidad de la misma especie y calidad* (Art. 1,942 CC): Esta norma parecería impedir que el mutuante pueda exigir el pago de intereses, sobre las cosas fungibles prestadas, pues el mutuario cumple su obligación devolviendo *igual cantidad* de lo recibido.

El legislador incurrió en el error de incluir en el artículo 1,942 CC, una definición o concepto del mutuo gratuito, no obstante que el mutuo es fundamentalmente oneroso en nuestro medio (Art. 1,946 CC). La restitución de *igual cantidad* de cosas implica el cumplimiento de la obligación, cuando no corren intereses; pero es totalmente incongruente con el mutuo con intereses, en donde el cumplimiento de la obligación del mutuario comprende indisolublemente la restitución de lo prestado, más los intereses (Arts. 1,403 y 1,407 CC).

Es claro que, en esas condiciones, la norma del artículo 1,942 CC no puede interpretarse literal y estrictamente, si las partes no han pactado que el mutuo sea gratuito y que en el caso del mutuo oneroso, el mutuario debe también pagar los intereses convenidos o, en su defecto, los legales; y

II) ¿Cómo calcular intereses en el mutuo de cosas? A falta de pacto entre las partes, ello dependerá de la forma de restitución del mutuo. Así, si el mutuario debe devolver *igual cantidad de la misma especie y calidad*, sin que las cosas se

hayan apreciado (Art. 1,952 CC), los intereses se calcularían sobre el valor que tengan las cosas al momento de entregarse, pues ese fue el *valor recibido* por el mutuario y el *valor entregado* por el mutuante. Si las cosas fueron apreciadas (Art. 1,953 CC), los intereses se calcularían sobre ese valor y si el mutuario está en la imposibilidad de restituir en especie y cumple en dinero su obligación de acuerdo con el artículo 1,954 CC, el valor de las cosas en la fecha de devolución sería la base para el cálculo de los réditos.

- b) **Los intereses convencionales y legales. Intereses usurarios:** En Guatemala, las partes son libres para convenir en el tipo de interés y, en la actualidad, no existe norma alguna que establezca un tope al tipo de interés. Hasta los bancos, que históricamente han estado sujetos a la fijación de tasas máximas de interés por parte de la Junta Monetaria, están ahora en libertad de convenir con sus clientes, el tipo de interés que generarán los préstamos y los depósitos de ahorro, según resolución No. 144-89, emitida por la Junta Monetaria, en su sesión del 25 de agosto de 1989.

Por ello, corresponde en primer lugar a las partes convenir, en el contrato, sobre el tipo de interés que devengará la obligación y, únicamente a falta de pacto, se *presumirá que las partes aceptaron el interés legal* (Art. 1,946 CC). Se trata de una presunción legal, que admite prueba en contrario y que permitiría establecer, por el comportamiento de las partes durante el plazo del mutuo, que en efecto corren intereses a una tasa diferente de la legal.

El artículo 1,947 CC señala que el *interés legal* es del seis por ciento (6%) anual, norma que si bien fue justa y razonable en su tiempo, cuando la moneda era estable y no se conocía la inflación, hace varios años que devino obsoleta. La tasa de interés en las operaciones activas de los bancos está alrededor del 20% anual y ha llegado hasta casi el 30% anual; que la tasa de los certificados representativos de inversiones en bonos del Estado que coloca el Banco de Guatemala, anda arriba del 15% anual; que la tasa de interés sobre depósitos a plazo que pagan los bancos fluctúa entre un 12% y 22% anual.

Ante esa situación, el Congreso en el Decreto No. 29-95 de fecha 25 de abril de 1995, confirmó la libertad que tienen los particulares de convenir en la

tasa de interés (Art. 1) y en los artículos 5 y 6 modificó los artículos 48 y 87 de la Ley de Bancos, a fin de dejar en libertad a éstos para convenir con sus ahorrantes y deudores, en el tipo de interés aplicable a sus operaciones pasivas y activas.

En lo que se refiere al contrato de mutuo, el Decreto No. 29-95 del Congreso, modificó el artículo 1,947 CC, el que quedó así:

El interés legal es igual al promedio ponderado de las tasas de interés activas publicadas de los bancos del sistema el día anterior a la fecha de su fijación, reducido en dos puntos porcentuales. En defecto de su publicación o en caso de duda o discrepancia, se solicitará informe a la Superintendencia de Bancos, el cual tendrá carácter definitivo.

El artículo 1,948 CC fue también modificado por el artículo 10 del Decreto No. 29-95, con el siguiente texto:

Las partes podrán acordar el interés que les parezca. Cuando la tasa de interés pactada sea manifiestamente desproporcionada con relación al interés corriente en el mercado, el juez podrá reducirlo equitativamente, tomando en cuenta la tasa indicada en el artículo 1,947 y las circunstancias del caso.

El artículo 1,948 CC no tipifica como contrato usurario (en donde la lesividad de la obligación produce la nulidad del contrato), sino ante un *pacto usurario* por la existencia de un *acuerdo* sobre un tipo de interés desproporcionado e injusto. En este caso, se mantiene la validez del contrato y únicamente se puede ajustar judicialmente la tasa de interés, para que refleje un tipo razonable y equitativo, de acuerdo con el tipo corriente y las circunstancias del caso. La determinación de si una tasa de interés es *manifiestamente desproporcionada* es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias existentes cuando se contrajo la obligación y en la fecha de pago. Hace algunos años, una tasa de interés del 12% anual, era normal y razonable, pero en el pasado reciente, la tasa de interés bancario *normal y razonable* estuvo a niveles del 22%-28% anual.

Todas las normas de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, que le permitían ejercer control sobre los tipos de interés, fueron modificadas por el Decreto No. 29-95 del Congreso, para armonizarlas con la liberación del tipo de interés en forma permanente y general, en cuenta el artículo 30, inciso del Decreto No. 215 del Congreso (Ley Orgánica del Banco de Guatemala), que facultaba a la Junta Monetaria para *fijar las tasa máximas de interés sobre las operaciones pasivas y activas de los bancos*, fue modificada para que la función del Banco de Guatemala en ese sentido se limite a elaborar y divulgar indicadores del comportamiento de los tipos de interés.

Finalmente, es procedente recordar que la *usura* está tipificada por el artículo 276 del Código Penal como un delito penado con prisión de 6 meses a 2 años y multa de Q 200.00 a Q 2,000.00 (que en la actualidad resultan ridículamente bajas). Dicha norma, indica que comete *usura* quien *exige a su deudor, en cualquier forma, un tipo de interés mayor que el máximo que fije la ley o evidentemente desproporcionado con la prestación, aun cuando los réditos se encubran o disimulen bajo otras denominaciones* .

- c) **Acumulación y capitalización de intereses:** El artículo 1,949 CC prohíbe la capitalización de intereses en las obligaciones civiles, aunque permite a los bancos hacerlo si la Junta Monetaria lo autoriza. Por su parte, el artículo 691 C de C (reformado por el artículo 8 del Decreto No. 29-95 del Congreso), permite expresamente la capitalización de intereses en las obligaciones mercantiles, mediante pacto expreso *y siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el período de que se trate* .

En doctrina, se diferencia entre *acumulación de intereses* y *capitalización de intereses* o *anatocismo* , entendiéndose por *acumulación de intereses* el hecho de que los intereses en mora generen a su vez intereses, en tanto que por *capitalización de intereses* se entiende aquella operación por la que el monto de intereses no pagados se adicionan al capital adeudado, de modo que generan intereses como capital. En Guatemala y para efectos prácticos, la acumulación y la capitalización de intereses son sinónimos y producen el mismo efecto: que los intereses en mora generan, a su vez, intereses al mismo tipo que el préstamo.

Señala Borda¹⁷ que *los convenios sobre anatocismo deben considerarse inmorales cuando el plazo de la capitalización es tan breve que infla desmesuradamente el capital, de modo que la capitalización diaria, semanal o mensual de intereses, aún al tipo corriente, resultaría usuraria. Por supuesto, estamos de acuerdo con esa posición.*

- d) **Forma de pago de intereses:** Los intereses deben pagarse en los plazos, forma y lugar convenidos y, salvo estipulación en contrario, en los que rigen la obligación principal.
- e) **Pago de intereses y prórroga de plazo:** De acuerdo con el artículo 1,951 CC, *en los préstamos de dinero, el pago de los intereses caídos o de los incurridos después del vencimiento del plazo, no implicará prórroga de éste, norma que nos parece muy clara y razonable.*

Pero, ¿qué ocurre si el acreedor recibe del deudor intereses anticipados? En Argentina, como lo indica Borda¹⁸, *importa concesión tácita de plazo recibir intereses adelantados; en los préstamos de dinero el plazo se entiende entonces prorrogado durante todo el período cubierto por los intereses.* Nuestro Código Civil no toca expresamente ese tema, pues la norma que comentamos antes se refiere a *intereses caídos o incurridos después del vencimiento del plazo*, lo que implica que ya se han generado y que son frutos civiles ya producidos. En nuestra opinión, procedería interpretar a *contrario sensu*, que la recepción por el acreedor de intereses que no tienen la calidad de *caídos o incurridos*, como lo serían los intereses anticipados, sí produce la prórroga del plazo por el período cubierto por ellos, además de que sería una manifestación tácita de consentimiento por parte del acreedor (Art. 1,252 CC).

- f) **Cuotas niveladas:** En los préstamos de dinero a largo plazo, es usual que se pacte lo que se llama *cuota nivelada*, o sea que la amortización que periódicamente debe realizar el deudor, ha sido calculada matemáticamente para comprender i) los intereses correspondientes al período vencido y ii) una suma para abonar a capital. De esa manera, conforme transcurre el plazo del préstamo, se

17 Borda, *Op. cit.*, pág. 786.

18 Borda, *Op. cit.*, pág. 783.

va reduciendo la parte de cada cuota nivelada que corresponde a intereses y, paralelamente, va aumentando la cantidad que se aplica a reducir el capital.

- g) **Intereses moratorios:** No deben confundirse los intereses que genera el préstamo, como la renta del capital del que el acreedor se priva, de los intereses *moratorios*, que son los que se deben pagar por el deudor en compensación de los daños y perjuicios causados al acreedor por la mora en la restitución del capital, a falta de otro pacto (Art. 1,435 CC).

Los intereses moratorios corren aún si el mutuo es gratuito, pues no se generan, ni justifican por el beneficio que el mutuario obtiene de la utilización de lo mutuado, sino derivan del incumplimiento o mora del mutuario en su obligación de restitución.

De acuerdo con el artículo 1,435 CC, las partes son libres para pactar y convenir en la forma como el deudor debe indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que le cause la mora en el cumplimiento de la obligación que consista en el pago de dinero, de modo que los intereses moratorios se aplicarían únicamente a falta de otro pacto al respecto y se deben calcular, en ese caso, al tipo de interés convenido y, si el mutuo era gratuito o no se pactó, sobre el tipo legal determinado de conformidad con el artículo 1,947 CC, como fue reformado por el artículo 9 del Decreto No.29-95 del Congreso.

Por ello, nos parece que son válidos los pactos por los cuales, en caso de mora, el deudor conviene en pagar un interés más alto que el aplicable durante el plazo de la obligación o en indemnizar de otra forma a su acreedor.

- h) **Tipo de interés variable:** Los efectos de la devaluación monetaria y de la inflación y de otras variables, se reflejan en el tipo de interés, de modo que éste va ajustándose a las variaciones que generan esos fenómenos económicos. Ello ha resultado en el establecimiento de tasas de interés variable (Ver Decreto Ley No. 122-84, que modificó el artículo 101 del Decreto No. 215 del Congreso-Ley Orgánica del Banco de Guatemala), por virtud de las cuales contractualmente, se establezcan fórmulas de *escala móvil* o *indexación* en cuanto al tipo de interés.

En los préstamos otorgados por bancos o instituciones internacionales, es usual que se ligue el tipo de interés al LIBOR (*London Interbank Offering Rate* o sea la tasa de interés en que, en una fecha determinada, se ofrecen préstamos de semejantes características, en el mercado interbancario de Londres, Inglaterra), o al *Prime Rate* (tasa preferencial que un banco determinado aplica en cierta fecha a los préstamos que otorga a sus clientes financieramente más sólidos) y que periódicamente se ajuste el tipo de interés del préstamo, a las variaciones sufridas por el LIBOR o por *prime rate*.

- i) **Intereses en caso de pago anticipado:** De conformidad con el artículo 1,956 CC, *el deudor de una suma de dinero puede anticipar el pago, pero cubriendo los intereses respectivos por todo el tiempo que falte para el vencimiento del plazo.*

Ello confirma lo que antes hemos indicado en cuanto a que en el mutuo oneroso de dinero, el plazo se estipula en beneficio de ambas partes, pues si bien el deudor puede pagar anticipadamente su obligación, el acreedor no tiene obligación de aceptar el pago si no se le pagan intereses por todo el plazo.

El texto de esa norma sólo se refiere a los préstamos de dinero, lo que excluye al mutuo de cosas y nos obliga a examinar si el deudor puede, en ese caso, cumplir anticipadamente su obligación de restituir y, en su caso, cómo se calcularían los intereses. El artículo 1,282 CC contiene el principio que, a falta de convenio u otras circunstancias, *el plazo se presume convenido a favor del deudor*, por lo que nada obsta a que el mutuuario ejercite el derecho que le otorga esa norma y pueda liberarse anticipadamente. Por otra parte, los intereses convencionales correrían únicamente hasta la fecha del pago, al no serle aplicable la norma del artículo 1,956 CC.

Lo anteriormente comentado es aplicable únicamente a las obligaciones *no bancarias*, pues en el caso de los préstamos bancarios, el artículo 87 de la Ley de Bancos (reformado por el artículo 8 del Decreto No. 29-95 del Congreso), establece que los intereses se deben únicamente sobre los saldos pendientes de pago y *por el tiempo que dichos saldos estuvieren vigentes.*

- j) **Mora en el pago de intereses:** Nuestro Código Civil guarda silencio en cuanto a los efectos de la mora del deudor en el pago de los intereses convencionales, de modo que el incumplimiento del deudor en el pago de los intereses únicamente daría derecho al cobro de los mismos y ello obliga a los notarios y demás personas que participan en la preparación de contratos de mutuo, a considerar la necesidad de incluir pacto expreso que regule las consecuencias de la mora en el pago de los réditos convenidos.

El artículo 1,204 del Código Civil argentino citado por Borda¹⁹, permite al acreedor pedir la resolución del contrato y exigir el pago o devolución de lo mutuado, en caso de mora del deudor en el pago de los intereses.

Por su parte, el artículo 693 C de C, establece que cuando se ha estipulado que una obligación *ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible la obligación*. Esa norma, aplicable a las obligaciones mercantiles, permitiría al acreedor, el exigir el pago de lo mutuado, en caso de mora del deudor en el pago de intereses a su vencimiento, aun cuando no haya vencido el plazo del préstamo.

- k) **Presunción de pago de intereses e imputación de pagos:** Conviene recordar que si se ha pactado el pago periódico de intereses de una obligación, la constancia de pago de intereses correspondientes al último período, constituye presunción legal de pago de los anteriores (Art. 1,402 CC) y que el pago del capital presume el de los intereses, salvo que se hubiere aceptado el pago con la reserva correspondiente (Art. 1,403 CC).

El artículo 1,407 CC impide al deudor aplicar el pago a capital, si hubiere intereses pendientes e, igualmente, aplicar el pago a intereses, si hay gastos pendientes a cargo del deudor, salvo que el acreedor consienta a ello.

- l) **Intereses e imputación de pagos en obligaciones bancarias:** Las instituciones bancarias tienen un régimen especial en lo que se refiere a estos temas y así vemos que de conformidad con el artículo 86 de la Ley de Bancos (Dto. 315

¹⁹ Borda, *Op. cit.*, pág. 788.

del Congreso), el plazo de los créditos corre en beneficio del deudor, quien puede en cualquier tiempo hacer amortizaciones extraordinarias o cancelar totalmente el saldo insoluto de la obligación y que el artículo 87 de esa misma ley, modificado por el artículo 6 del Decreto No. 29-95 del Congreso (que antes hemos comentado), los intereses deben aplicarse, en caso de préstamos, únicamente sobre los saldos pendientes de pago y por el tiempo que dichos saldos estuvieren vigentes. Sin embargo, en el caso de descuento de documentos, los bancos pueden retener los intereses correspondientes a un período máximo de dos meses, en caso de pago de la obligación descontada, antes de que transcurra dicho plazo.

En virtud de dichas normas, en caso de pago anticipado de un préstamo bancario (que no sea por el sistema de descuento), el banco no puede aprovecharse del beneficio que al acreedor otorga el artículo 1,956 CC y sólo puede cobrar intereses hasta la fecha del pago y únicamente sobre el saldo que estaba pendiente.

Por otra parte, en las obligaciones bancarias es usual que el deudor tenga el derecho de imputar sus pagos en forma diferente de como lo establece el artículo 1,407 CC que antes hemos comentado y, por ello, los bancos aceptan pagos parciales a cuenta del préstamo, aun si hay intereses o gastos pendientes de pago y llevan separadamente las cuentas del capital y de los intereses y gastos. Ello es consecuencia de una interpretación literal y estricta del artículo 86 de la Ley de Bancos, ya que como el derecho que otorga al deudor de hacer amortizaciones y pagos parciales, en cualquier tiempo, es incondicional y absoluto, el imputar pagos en la forma que, para obligaciones civiles, establece el artículo 1,407 CC constituiría una limitación de ese derecho.