

CONTRATO DEL MUTUO O PRESTAMO DE CONSUMO

ANTECEDENTES HISTORICOS

Este contrato, en el derecho romano era considerado aquel mediante el cual una persona entregaba a otra, cosas fungibles y consumibles, con la obligación de que esta la devolviera lo prestado en igual cantidad y especie.

El préstamo de dinero con interés como forma de mutuo se reconoció en la Ley de las XII tablas.

Para que este tipo de Contrato se contemplare en nuestra legislación civil, primero se ubico en el derecho romano, luego en el derecho francés, posteriormente en el código civil chileno, para llegar, con similar contenido a nuestro estatuto civil,

DEFINICION

Es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargos de restituir otras tantas del mismo género y calidad, artículo 2221 del Código Civil.

BIENES CONSUMIBLES

Aquellos que no pueden servir a su destino principal sin destruirse; como los alimentos.

BIENES FUNGIBLES

Aquellos bienes muebles en que cualquiera de la especie equivale a otro de la misma calidad y en igual cantidad; como dos ejemplares de una edición

PARTES

- **Mutuante, prestador o dador:** el que entrega la cosa.
- **Mutuuario, prestatario o receptor:** el que recibe la cosa.

CARACTERISTICAS

El mutuo tiene por objeto cosas fungibles, ya que impone, al hacerse la entrega, un acto traslativo de dominio y el mutuuario, al usarla, las consumirá. Es indiferente, eso sí, que se dé el aprovechamiento esperado o querido. Basta que recaiga el negocio sobre cosas que se suponen que con el uso natural y conveniente se destruye.

El mutuo tiene las siguientes características:

- **REAL:** se perfecciona mediante la entrega de la cosa prestada, mediante la tradición la cual transfiere el dominio (artículo 2222 del Código Civil). En este caso, la tradición se da desde dos puntos de vista:
 - Entrega como hecho material y
 - Tradición como modo de adquirir el dominio de la cosa prestada, si el mutante tiene plena capacidad se transfiere el dominio, por ser un acto traslativo de derecho de propiedad. Si el prestador no es el dueño de la cosa no hay tradición, aun que se haga la entrega, por faltar un requisito indispensable para tal efecto como es la capacidad del tradente, como lo exige el artículo 740 del Código Civil, No

obstante lo anterior; puede darse la figura del mutuo de cosa ajena, que como contrato tiene plena validez.

- **UNILATERAL:** después de haberse perfeccionado el contrato con la entrega surge la obligación para el receptor para devolver otras tantas del mismo género y calidad y de pagar en el evento que se hubiere pactado intereses. No se desprende, en principio obligaciones para el mutante, sin embargo posteriormente pueden surgir obligaciones para el mutuante para el desarrollo del contrato, como responder de los perjuicios al mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada; incluso si los vicios ocultos eran tales que conocidos no se hubiera celebrado el contrato, el mutuario podrá pedir que se rescinda el contrato.
- **GRATUITO:** por su naturaleza, es el mutuario el que recibe utilidad del acto jurídico. El mutuante, por su parte, sufre el gravamen. Cuando esto ocurre se ofrece el mutuo como gratuito. Empero, este carácter no es de la esencia, ya que se puede imponer al mutuario la obligación de pagar intereses. En este evento se convierte en oneroso y conmutativo. Con idéntico criterio se presenta cuando el mutuante participa a manera de utilidad, en el rendimiento del capital mutuado.

También deberá el mutuario intereses legales a partir de la mora del pago del dinero prestado, por cuanto el artículo 1617 numeral 1 del Código Civil, de modo general dispone que si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, a manera de perjuicio, el deudor siempre deberá intereses legales si no se ha pactado ninguno. Como esto hay que observarlo alrededor de la indemnización por la mora en forma alguna modifica o altera la gratuidad del mutuo.

- **PUEDE SER ONEROSO:** cuando el mutuante sufra el gravamen y se le impone al mutuario la obligación de pagar intereses. Mutuo en comercial.
- **PUEDE SER CONMUTATIVO:** Cuando el mutuante participa a manera de utilidad en el rendimiento del capital mutuado.
- **ES PRINCIPAL:** el mutuo subsiste por si solo, sin requerir de otra convención. Por el contrario, otros negocios acceden al mutuo, para servirle de garantía, como la hipoteca, la prenda, etc.
- **ES NOMINADO:** su calificación y desarrollo emanan de la misma calificación y organización sustancial del código civil.
- El contrato de mutuo puede ser celebrado en forma **verbal o escrita**.

ACTOS DE DISPOSICION DEL MUTUO

Cuando el mutuante entrega la cosa, habiendo la capacidad de trair, se transmite el dominio. Hay un desprendimiento de la propiedad. Hay disposición plena, el mutuario se hace dueño de la cosa con la obligación de devolver igual género y calidad, puede ser la misma cosa prestada, pero bajo la consideración restitutoria.

Los riesgos de la cosa prestada los asume el mutuario, por ser dueño de ella. O sea, la aplicación de principio "res perit domino". La cosa perece para el dueño. Sin embargo parece redundante hablar de riesgos cuando se supone que con la transferencia del dominio todos los derechos radican en el prestatario, y como tal lo puede ejercer como verdadero dueño, siempre y cuando no sea contrato la ley o contra derecho ajeno.

ELEMENTOS

- **CAPACIDAD PLENA DE LOS CONTRATANTES:** porque el mutuante se desprende del dominio de la cosa prestada y por tanto ejerce actos de disposición, y el mutuario al tener que devolver igual genero y calidad también extrae posteriormente bienes de su patrimonio para el cumplimiento de esta obligación restitutoria; por esto se exige la capacidad suficiente para enajenar (plena) si no se tenía derecho de disposición se permite la reivindicación de las especies mientras conste su identidad, si esta ha desaparecido el que la recibió de mala fe es obligado al pago inmediato por el máximo de

intereses legales.

Si el mutuario es de buena fe solo se obliga al pago con los intereses estipulados y después de pasados los 10 días subsiguientes a la entrega de la cosa prestada.

- **CONSENTIMIENTO:** como expresión previa para la conformación teniendo en cuenta los siguientes requisitos:
 - ♦ Que sea legalmente capaz.
 - ♦ Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
 - ♦ Que recaiga sobre un objeto lícito.
 - ♦ Que tenga una causa lícita
- **OBJETO:** se confunde con el bien prestado, el cual debe recaer sobre las cosas fungibles lícitas.

OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

El mutuario debe devolver igual cantidad de cosas del mismo género y calidad de la recibida, fuere cual fuere su precio al momento de su devolución, cuando se trata de préstamo de cosas fungibles diferentes al dinero. En caso de que no sea posible o no lo exigiere el mutuante, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que se debe hacer el pago. Pero el valor determinante para su devolución no es el que tuvieron al momento de la entrega sino al de la restitución.

Si se ha prestado dinero solo se debe devolver la suma numérica enunciada en el contrato. No se puede tener en cuenta la fluctuación en el poder adquisitivo de la moneda, salvo estipulación en contrario.

Si se ha prestado moneda extranjera de circulación en nuestro país puede pagarse en moneda colombiana, mediante la relación entre las dos clases de moneda y teniendo en cuenta las normas fijadas por el Bando de la República.

Momento de la devolución:

- La restitución debe hacerse en el término fijado por las partes: mutuante y mutuario quienes expresan su voluntad; el mutuario debe pagar toda la suma debida antes del término convenido excepto si se han pactado intereses el cual tiene su fundamento en el contrato gratuito del contrato. Si el mutuo es oneroso, es decir cuando el mutuario se obliga a pagar intereses por la cantidad prestada, este criterio se restringe porque el mutuante también persigue provecho que se mide con los intereses pactados.
- A falta de estipulación expresa si no se ha fijado el término para el pago no habrá derecho a exigirlo dentro de los 10 días subsiguientes a la entrega. Es el plazo mínimo establecido por la ley. Si antes de los 10 días contados a partir de la entrega el mutuario no se constituye en mora de devolver la cantidad y género pactados.
- Cuando se deja al mutuario en libertad de cumplir o pagar en el momento en que le sea posible, el mutuante puede exigir al juez por medio de un requerimiento que fije el término de devolución, el cual nunca podrá ser inferior a los 10 días subsiguientes a la entrega. Lo fija el juez teniendo en cuenta las estipulaciones del contrato, la naturaleza de la operación a que se haya destinado el préstamo y las circunstancias personales del mutuante y mutuario.

Lugar de la devolución. La restitución debe hacerse en el lugar que convengan las partes. A falta de expresa estipulación debe hacerse en el domicilio del deudor, teniendo en cuenta los principios generales del derecho civil.

PRESTAMO CON INTERESES

Las partes pueden acordarlos, surgiendo una obligación convencional de pagar intereses por un préstamo ya sea en dinero o cosas fungibles. El único caso en que el mutuario debe intereses aunque no se hayan pactado, es cuando se constituye en mora de restituir, según lo señala el artículo 1617 numeral 1. Los intereses que se deben en este caso son los legales. El interés se podría definir como el provecho o remuneración que obtiene el mutuante como contraprestación de lo que tradite a favor del mutuario.

El pacto de intereses modifica el carácter gratuito del mutuo para convertirlo en oneroso, dichos intereses deben estipularse expresamente, porque al contrario del mutuo comercial, se presume y supone que es gratuito y por tanto no se causan intereses.

Los intereses pueden ser:

- **Convencionales.** En ejercicio de su autonomía de voluntad, los contratantes pueden señalar la tasa de los intereses, sin embargo esta libertad contractual está sujeta a varias restricciones impuestas por la ley, como la lesión enorme, usura, intervención del estado y el anatocismo.
- **Corrientes.** Solo hay lugar a esta clase de intereses cuando la ley, en defecto de estipulación contractual al respecto autorice su cobro. El interés corriente se probará con certificación de la superintendencia bancaria, quien lo fijará anual o mensualmente como ocurre en la actualidad, o con los informes de bancos o con copia de la resolución de la junta monetaria respecto de operaciones especiales que ésta regule
- **Legales.** Los fija el código civil (artículos 1617 y 2232), estableciendo un interés legal cuya tasa fijó en el 6% anual. Esta tasa rige a falta de estipulación convencional o de expresa autorización del interés corriente, en la mora de las obligaciones o dinero.

CARTA DE PAGO

Al estipularse intereses, y el mutuante da un paz y salvo o carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirá pagados. Por ser una presunción legal, la cual admite prueba en contrario. La carga de la prueba se invierte: debe el mutuante acreditar que a pesar de haber dado la carta de pago por los intereses, no fueron cubiertos por el mutuario.

ANATOCISMO

Es la acumulación de intereses con la suma principal, para formar un capital superior que a la vez va a producir interese, esta manera de cobrar intereses sobre intereses lo prohíbe el artículo 2335, del código civil.

OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

El mutuante es responsable de los perjuicios que experimenta el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 2217; Si los vicios ocultos eran tales que, conocidos no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda. El pago de los perjuicios puede tener ocurrencia en el evento de la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada. En atención a la enajenación que se desprende del contrato de mutuo, el prestatario no puede ejercer derecho de retención para el pago de indemnización de perjuicios, por cuanto se considera que es el dueño de la cosa prestada y para que se dé esa garantía, se requiere básicamente que el retenedor no sea dueño, sino simple tenedor.

MUTUO EN MATERIA COMERCIAL

No define el Código de Comercio el contrato de mutuo. Únicamente destina siete artículos 1163 a

1169 para resaltar, principalmente, el carácter oneroso de este negocio mercantil. De esta manera se corrobora la falta de técnica en el articulado comercial. Haciendo obligatoria la remisión a las reglas civiles para entenderlo y ubicarlo sustancialmente

ONEROSIDAD DEL MUTUO

Prevalece en el mutuo comercial el carácter oneroso, porque la norma general es que el mutuario deba pagar interés por las sumas de dinero o por el valor de las cosas entregadas en mutuo. Si da una cosa en préstamo de consumo el mutuario estará obligado a cubrir intereses legales a falta de estipulación expresa sobre la índole de los intereses. Así lo dispone el artículo 1163:

Salvo reserva expresa, el documento de recibo de los intereses correspondientes a un periodo de pago hará presumir que se ha pagado los anteriores.

OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

- ***OBLIGACION DE RESTITUCION:*** el mutuario estará obligado a restituir lo prestado de acuerdo a lo convenido; o sea que el término para cumplir el prestatario esa obligación es el qué expresamente haya pactado con el mutuante. Pero si las partes otorgantes no lo estipularen, así la restitución se deja a la voluntad o posibilidad del mutuario, se hará su fijación por el juez competente tomando en consideración las estipulaciones del contrato, la naturaleza de la operación o que se haya destinado, el préstamo y las circunstancias especiales del mutuante y del mutuario (artículo 1164). Mientras que el Código Civil llena el vacío contractual del término de restitución, dejando un margen mínimo de 10 días siguientes a la entrega, el Código de Procedimiento Civil, para que haga la fijación sin consideración a un plazo mínimo y de acuerdo a las circunstancias especiales con que se hay rodeado el negocio.

El mutuario estará obligado a restituir otras tantas del mismo género y calidad de la entrega por el mutuante. Sin embargo, cuando ello no fuere posible o notoriamente difícil, por causas no imputables al mutuario, éste deberá pagar el valor correspondiente a tales cosas en la época y lugar en que debe hacerse la devolución (artículo 1165).

Si la restitución debe hacerse por instalamentos o cuotas periódicas no podrá exigir el mutuante la devolución total, cuando el mutuario se coloque en mora en el pago de una de las cuotas. Solamente podrá demandar el pago de las cuotas vencidas. Con todo si en el contrato se estipula que el mutuante podrá declarar de plazo vencido la totalidad de la obligación, la obligación de restitución es total, por constituir, ese acuerdo, una expresión de voluntad vinculante. Es, en síntesis, un pacto válido, que no contraría ni la moral, ni la ley, ni el orden publico.

- ***OBLIGACION DE PAGAR INTERESES:*** el solo hecho de entregarse una cosa en préstamo de consumo implica para el mutuario la obligación de cubrir los intereses, que a falta de estipulación será el legal. La falta de convención expresa de intereses hace que el mutuo se liquide el legal, en tanto, cuando se trata de cualquier otra clase de negocios generador de créditos, será el corriente bancario, que es señalado por la Superintendencia Bancaria y si en el mutuo se habla de interés sin especificar o aclarar la clase se entenderá que es corriente bancario.

El interés moratorio en ningún caso podrá ser superior al doble del interés, porque se considera que es lesivo para el mutuario. Si se llegare a pactar un interés desproporcionado, la sanción que inicialmente imponía el artículo 884 del Código de Comercio era la pérdida de todo el interés, ahora con la vigencia de la Ley 45 de 1990, la perdida de los intereses cobrados en exceso, aumentado en un monto igual. El deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción. Todo esta previsto en el

artículo 72 de la nombrada ley.

El artículo 1168 prohíbe los pactos que conlleven la simulación de los intereses legalmente admitidos.

La prohibición de estipular intereses de intereses, de que trata el artículo 2235 del Código Civil, también es de recibo en materia mercantil. Sólo que en el artículo 886 del Código de Comercio establece una regla que bien puede convertirse en excepción: " los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos", entendiéndose "por interés pendientes o atrasados aquellos que sean exigibles, es decir, los que no han sido pactados oportunamente" como lo identifica el artículo 1º. del decreto 1454 de 1989

- **LA RESTITUCION CUANDO EL MUTUO NO ES DINERO:** Cuando el mutuo no sea en dinero y la restitución de las cosas se haga imposible o notoriamente difícil, por causas no imputables al mutuario, este deberá pagar el valor correspondiente a tales cosas en la época y lugar en que debe hacerse la devolución.
- **INDEMNIZACION DE DAÑOS POR VICIOS OCULTOS:** Las obligaciones del mutuante que se desprenden de la indemnización por los daños que por los vicios ocultos o la mala calidad de la cosa mutuada sufra el mutuario, si este lo ha ignorado o podido ignorar sin su culpa. Pero, cuando se estipula sin intereses el mutuante solo estará obligado a la indemnización mencionada si, teniendo conocimiento de la mala calidad o vicios de naturaleza intrínseca no haya advertido de ellos el mutuario.

OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

Tal como lo hace el Código Civil, el artículo 1167 establece los alcances de las obligaciones del mutuante que se desprenden, básicamente, de la indemnización por los daños que por los vicios ocultos o la mala calidad de la cosa mutuada sufra el mutuario, si éste las ha ignorado o podido ignorar sin su culpa. Pero, cuando se estipula sin interés, el mutuante sólo estará obligado a la indemnización mencionada si teniendo conocimiento de la mala calidad o vicios de naturaleza intrínseca, no haya advertido de ellos el mutario.

PROMESA DE CONTRATO DE MUTUO

Si se promete dar una cosa, a título de préstamo de consumo, él prometiente mutuante deberá cumplir lo prometido. Empero puede abstenerse si las condiciones patrimoniales del otro contratante se han alterado en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que él prometiente mutuario le ofrezca garantía suficiente.

CONTRATO DE MUTUO

CESAR ANDRES MONTALVO OREJUELA

VIII Diurno

Doctor

EULISES ARTEAGA

Abogado

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

DERECHO CIVIL CONTRATOS

SANTIAGO DE CALI

2000

17