

EL MUTUO

CONCLUSIONES FORO 10

1. Notas y elementos esenciales del mutuo que lo distinguen de los contratos traslativos de dominio.

De acuerdo al artículo 1942 del Código Civil, 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. De esta norma se extraen los elementos esenciales que configuran el contrato de mutuo y lo diferencian de los contratos traslativos de dominio.

En primer lugar: el objeto real u objetivo del mutuo consiste en dinero u otras cosas fungibles. Dentro de la denominación de bienes muebles fungibles se ubican las cosas que están destinadas a consumirse por el uso y por lo tanto pueden ser sustituidas por otras de igual especie, calidad y cantidad. Ejemplos: el dinero, el azúcar, los granos. Naranjas de Rabinal, manías de Chiquimula, café de Antigua, Ron Zacapa Centenario (denominación de origen).

El Código Civil define bienes fungibles como los bienes muebles que pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad: y no fungibles los que no pueden ser reemplazados por otros de las mismas cualidades. Art. 454. Así, la nota distintiva la hace radicar el Código Civil en la sustitución. Una libra de manías de Chiquimula puede ser sustituida por otra libra de manías de Chiquimula. Un quintal de naranjas de Rabinal se sustituye por otro quintal de naranjas de Rabinal. Veinte botellas de Ron Zacapa Centenario (denominación de origen) pueden ser sustituidas por otras veinte botellas de Ron Zacapa Centenario (denominación de origen).

El Código Civil de 1877 en el artículo 507 definía como cosas fungibles las que se consumen con el primer uso; y no fungibles las que pueden usarse sin destruirse aun cuando se deterioren por el uso. Una casa puede usarse sin destruirse o consumirse pero se deteriora con el uso.

El Código Civil de 1933 en el artículo 378 llamaba bienes fungibles, los que se consumen con el primer uso apropiado a su naturaleza. Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son fungibles.

La distinción tiene vital importancia en materia contractual, pues dependiendo cuál sea el objeto del contrato así será su tipificación. Si el acuerdo de voluntades se lleva a cabo sobre un quintal de naranjas de Rabinal para que la otra persona elabore jugos y los venda en su negocio obligándose a devolver un quintal de naranjas de Rabinal, el contrato se configura como mutuo.

Pero si una persona entrega a otra un quintal de manías de Chiquimula, cerrado, sin posibilidad de consumir las manías ni darle otro destino más que custodiar el quintal de manías a cambio de una remuneración en tanto aborda un transporte, el contrato es de depósito.

Otro caso, si una persona se obliga a entregar a otra veinte botellas de Ron Zacapa Centenario (denominación de origen) a cambio de un precio sin que quien las reciba deba devolver igual cantidad de especie y calidad.

Nótese la diferencia, en el primer caso las naranjas fueron entregadas para su consumo con posibilidad de sustitución; en el segundo caso fueron entregadas para su custodia sin posibilidad de sustitución. En el tercer caso, las botellas de licor fueron entregadas sin obligación de restitución contra pago de un precio. El primer acuerdo se tipifica como mutuo y además el mutuario deberá pagar la tasa de interés que se haya pactado o en su defecto el interés legal sobre el valor de la cosa, las naranjas.

El segundo acuerdo se tipifica como contrato de depósito y quien entrega las manías para que sean custodiadas deberá pagar una remuneración al depositario.

El último acuerdo de voluntades se tipifica como compraventa pues traslada la propiedad a cambio de un precio y por consiguiente no existe obligación de restitución, por haber adquirido la propiedad el comprador puede darle a la cosa el destino que mejor le parezca: consumirlas, guardarlas o revenderlas.

El otro elemento esencial del contrato de mutuo que se deriva del artículo 1942 es lo ya indicado, la sustitución de la cosa prestada por otra en igual cantidad de la misma especie y calidad.

A diferencia de lo expuesto por Díez Picazo y Gullón (DÍEZ PICAZO, LUIS ANTONIO GULLÓN, 2005) quienes analizan el artículo 1752 del Código Civil español, redactado en forma completamente diferente al Código Civil guatemalteco vigente, en este último no se puntualiza la adquisición de la propiedad de la cosa mutuada, de ahí que la exposición de motivos del Código Civil exprese que ubica al contrato de mutuo no dentro de los traslativos de dominio sino dentro de la categoría de los contratos de consumo.

“Atendiendo al objeto de los contratos, los clasificamos en el orden siguiente: ... Contratos que transmiten el uso o consumo: arrendamiento, mutuo, comodato. ... 61. PRÉSTAMO. El mutuo y el comodato son contratos de préstamo. Siendo el primero de consumo y el segundo de uso... El deudor mutuario recibe la cosa para consumirla y por lo tanto, debe transmitírsele la propiedad de la misma” (SALARZAR, 2002).

Se estima que la explicación que hace en este apartado la exposición de motivos del Código Civil ha sido mal interpretada porque en el Artículo 1907 del Código Civil de 1933 se disponía que “El que recibe algo en mutuo es dueño de la cosa prestada, desde que se le entrega; y le corresponden la mejora, deterioro o destrucción que sobrevenga después”. Una disposición semejante a la transcrita ya no se incluyó en el actual Código Civil, al que se le dio naturaleza de contrato de consumo.

Si el contrato de mutuo fuese esencialmente traslativo de dominio o si la nota esencial y característica de este contrato fuera la transmisión del dominio o propiedad, no tendría el

mutuario la obligación de devolver igual cantidad de la misma especie y calidad. Como quedó ejemplificado.

Es una paradoja, es contradictorio e ilógico que en materia de derechos reales y en materia contractual se afirme que al transmitir el uso se transmite también el dominio si dentro de las facultades del dominio también se encuentra la del uso, el cual puede ser transmitido independientemente del resto de facultades del dominio.

Como la transmisión de la cosa mediante el mutuo, por naturaleza de ésta, se hace para el consumo, es lógico que se destruya y que por eso deba devolverse igual cantidad, calidad y especie. Pero dicho efecto no debe entenderse como transmisión de propiedad y así se estima que lo entendió al final el legislador de facto que emitió el actual Código Civil al eliminar de las disposiciones expresas del mutuo la que establecía la transmisión de la propiedad. Porque si el mutuo implica la transmisión de la propiedad no habría obligación de devolver igual cantidad, calidad y especie.

El ordenamiento jurídico es coherente y congruente, de ahí que el artículo 713 del Código Civil respecto al usufructo establece que si el usufructo comprende cosas que no pueden usarse sin consumirse, el usufructuario está obligado a restituirlos en igual género, cantidad y calidad; y si esto no fuere posible, a pagar su valor si se hubiesen dado estimadas, o su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, si no fueron estimadas. En ninguna parte de este artículo se establece que el usufructo de cosas que no pueden usarse sin consumirse, cosas fungibles, comprenda también la transmisión de la propiedad porque entonces no sería usufructo. Tanto el contenido del artículo 713 como el del 1942 y subsiguientes, son coherentes y congruentes.

En resumen, las notas que distinguen al mutuo de los contratos traslativos de dominio consisten en que: se trata de un contrato de consumo, en el que por naturaleza de las cosas prestadas, éstas se destruyen con el uso o que no pueden usarse sin destruirse; segunda nota, la norma contenida en el artículo 1942 en ninguna parte establece que se transfiera el dominio o propiedad de las cosas prestadas por ilógico e incoherente con el resto del ordenamiento jurídico.

2. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón afirman que entre las notas del mutuo está la normal gratuidad. Explique si en el Código Civil el mutuo es normalmente gratuito.

La respuesta es rotundamente negativa, pues el artículo 1946 establece: Salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal.

Para convertir en gratuito el mutuo, las partes deben pactar que “no se generan intereses”. Si las partes prescinden de este pacto, de cualquier manera el mutuario pagará interés pero será el interés legal. Si el mutuante no desea que el mutuario pague interés legal, debe pactarse la tasa de interés, la cual es actualmente libre así lo dispone el artículo 1948 del Código Civil: Las partes pueden 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 1947 y las circunstancias del caso. El subrayado no aparece en el texto.

El artículo 1948 prácticamente ha abrogado los contratos usurarios pues el único efecto que establece cuando la tasa de interés es manifiestamente desproporcionada, es que las partes pueden pedir al juez que proceda a reducir la tasa equitativamente, tomando en cuenta la tasa del interés legal y las circunstancias del caso, por medio de una revisión del contrato.

El interés legal es, según el artículo 1947, igual al promedio ponderado de las tasas de interés activas publicadas de los bancos del sistema al 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.

En resumen, el mutuo al entrar en vigencia el actual Código Civil, dejó de ser gratuito al establecer que solo por pacto el contrato no generará intereses. Así se pronuncia la exposición de motivos:

“Fue –el mutuo- un contrato gratuito y para hacerlo oneroso era necesario que las partes lo estipularan expresamente. Actualmente, la legislación se inspira en el principio contrario y así lo hemos establecido en el Artículo 1946. Salvo pacto el deudor –mutuario- pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal. Es el interés la compensación que recibe el acreedor –mutuante- por la privación del dinero u otra cosa fungible que entregue al deudor –mutuario-...” Los agregados no están en el texto.

Al respecto el Artículo 1921 del Código Civil de 1933 establecía: “En el mutuo no se deben intereses, sino en el caso de estar pactados; y los intereses serán los convenidos”.

3. Cuáles son las cláusulas (no redactar escritura) que debe contener la escritura de mutuo.

PROPUESTAS HECHAS EN EL FORO:

- a) -CLAUSULA PRIMERA: Se hacer mención de cuál es la cantidad de dinero **en efectivo** o los bienes fungibles que se darán a través del contrato de mutuo. CLAUSULA SEGUNDA: Se debe estipular el Plazo en que se va a cancelar o a restituir, la tasa de interés que pactaron las partes, la forma, lugar y tiempo en que se realizarán los pagos, y además se hará mención si puede ser trasferida la obligación a terceras personas CLAUSULA TERCERA: Se deberá mencionar **lo que se va a dejar como garantía** de que si se cumplirá la obligación de **cancelar** o bien restituir la cosa fungible que se nos prestó, y se puede dejar como garantía a un fiador, a un bien mueble **y/o** inmueble y cualquier que fuera el caso se deberá individualizar lo más concreta mente que se pueda. CLAUSULA CUARTA: Clausula del saneamiento
- b) PRIMERA: Monto, forma de pago, plazo, porcentaje de intereses, lugar de pago. SEGUNDA: declaración de aceptación por el mutuario. TERCERA: garantía CUARTA: aceptación de las partes.

Comentario [V1]: ¿por qué en efectivo? La ley no impone que sea en efectivo.

Comentario [V2]: En el instrumento público no se usa lenguaje coloquial sino jurídico. Debió decir: Se pacta la forma de garantizar el cumplimiento.

Comentario [V3]: Cancelar y pagar son jurídicamente distintos. CANCELAR= dejar sin efecto. PAGAR= cumplimiento de la obligación.

Comentario [V4]: Ilógico. O es “y” o es “o”

Comentario [V5]: Con esta forma de redacción bastarían dos cláusulas: una que contiene la configuración del contrato y la segunda lo relativo a la garantía.

- c) PRIMERA: a) La cantidad mutuada, b) El plazo, c) la forma de pago; d) la tasa interés que registrará el contrato e) el lugar de pago, f) La cesión del crédito SEGUNDA: La aceptación del mutuario como deudor del mutuante acreedor. TERCERA: La constitución expresa de la garantía en caso se constituya. CUARTA: El saneamiento, cuando se constituya garantía. QUINTA: La renuncia del deudor al fuero de su domicilio y el señalamiento del lugar para recibir notificaciones. SEXTA: La aceptación expresa por parte del mutuante de la garantía constituida.
- d) Cantidad de dinero o cosas fungibles, el plazo para la restitución de lo mutuado, la forma de Pago, Garantía (inmobiliaria o hipotecaria si la hubiera), intereses que devengará la cantidad mutuada, sesión (si fuere el caso) saneamiento de ley (en el caso de que hubiere garantía), aceptación.
- e) PRIMERA: a- cantidad mutuada, b- plazo, c- forma de pago, d- intereses, e- cesión. SEGUNDA: a- reconocimiento de deudor, TERCERA: constitución de la garantía. CUARTA: saneamiento. QUINTA: aceptación de la hipoteca por el acreedor.
- f) Primera Clausula, la cantidades mutuada, el plazo, forma de pago, intereses, cesión si se da el caso. Segunda aceptación del mutuario, como deudor del mutuante, Tercera, La garantía por parte del deudor, Cuarta, Saneamiento del bien dado en garantía. Quinta. Aceptación de la hipoteca por parte del Acreedor. Sexta, la aceptación por parte de los otorgantes.
- g) La cantidad mutuada, b) el plazo, su forma de pago, c) los intereses, d) cesión de lo mutuado, e) constitución de hipoteca o garantía mobiliaria según sea el caso, f) el saneamiento de ley; y g) la aceptación.
- h) Primera: Cantidad mutuada, plazo, forma de pago, intereses, forma de pago de intereses. Segunda: Aceptación expresa del deudor. Tercera: Garantía para el cumplimiento de la obligación que puede ser mediante hipoteca, prenda, fianza o garantía mobiliaria. Cuarta: El deudor hará constar que sobre el bien dado en garantía no existen gravámenes o limitaciones que pueden afectar los derechos del otro contratante. Quinta: Aceptación de los otorgantes.
- i) Monto, Plazo, Forma de Pago, Garantía (prendaria o hipotecaria si la hubiera) intereses, sesión (si fuere el caso) saneamiento de ley, aceptación.
- j) PRIMERA: cantidad mutuada, plazo, forma de pago, intereses, lugar de pago sesión de préstamo. SEGUNDA: Declaratoria del deudor por la cantidad mutuada, renuncia al fuero de su domicilio. TERCERA: Garantía, prendaria, hipotecaria o fiduciaria o mixta. CUARTA: Saneamiento en el caso de garantía hipotecaria. QUINTA: Aceptación de constitución de hipoteca cuando exista.
- k) Primera: a) Cantidad mutuada, B)Plazo, c) Forma de Pago, d) Intereses, e) Cesión: el deudor acepta que el presente crédito pueda ser cedido, gravado o negociado en cualquier forma por el acreedor. Clausula: Declaratoria de reconocimiento de deudor. Tercera: Constitución de hipoteca Cuarta: Saneamiento de ley por parte del deudor. Quinta: El acreedor acepta la hipoteca constituida a su favor. SEXTA: Aceptación expresa de los otorgantes.

Comentario [V6]: No solo es objeto del mutuo el dinero.

Comentario [V7]: Innecesaria.

Comentario [V8]: Si se convino en ello.

Comentario [V9]: Debí decir garantía mobiliaria

Comentario [V10]: Sesión, así como está escrito se refiere a reunión. Cesión se refiere a la transmisión de un derecho.

Comentario [V11]: El saneamiento es natural al mutuo según el art. 1543 del Civil

Comentario [V12]: Pueden ser cosas fungibles.

Comentario [V13]: De conformidad con el art. 1543 del Código Civil.

Comentario [V14]: Según el Art. 1543 c.c.

Comentario [V15]: Si fuere el caso.

Comentario [V16]: No solo puede ser de dinero, también de cosas fungibles.

Comentario [V17]: No es elemento personal del mutuo, sino mutuario.

Comentario [V18]: No es elemento personal del mutuo, sino mutuario.

Comentario [V19]: No solo puede ser dinero.

Comentario [V20]: En el mutuo no hay reuniones. Debí decir CESIÓN.

Comentario [V21]: No solo puede ser dinero.

Comentario [V22]: Sesión=reunión. Cesión= transmisión de obligaciones.

Comentario [V23]: No es elemento personal del mutuo, sino mutuario.

Comentario [V24]: No solo puede ser dinero.

Comentario [V25]: No es elemento personal del mutuo, sino mutuario

Comentario [V26]: No es elemento personal del mutuo.

- l) Plazo; cantidad y Calidad; Garantía (prendaria o hipotecaria); Intereses; Sesión en su caso; declaración sobre gravámenes y aceptación.

A todos les faltó la especie y la cláusula de las obligaciones de las partes.

4. Es aplicable al mutuo el contenido del artículo 30 del Código de Notariado?

SANEAMIENTO EN EL CONTRATO DE MUTUO NO DE SU GARANTÍA:

Establece el Art. 1543 del Código Civil, El enajenante está sujeto al saneamiento por evicción o por vicios ocultos, en todo contrato oneroso en que se transfiere la propiedad, la posesión, el uso, goce o disfrute de una cosa. (El resaltado no aparece en el texto)

De la norma transcrita se pueden formular estas preguntas:

¿Quién está obligado al saneamiento por evicción o por vicios ocultos? El enajenante.

¿En qué tipo de contratos está sujeto el enajenante al saneamiento por evicción o por vicios ocultos?

En todo contrato oneroso en que se transfiera la propiedad, la posesión, el uso, goce o disfrute de una cosa. Disposición que es entonces aplicable a la compraventa, la permuta, la donación entre vivos onerosa, la renta vitalicia, como contratos onerosos y traslativos de dominio.

También es aplicable al arrendamiento y al contrato en el que se constituye usufructo oneroso por ser además traslativos de la posesión, uso, goce o disfrute de una cosa.

Y finalmente, es aplicable al contrato de mutuo por un contrato oneroso en el que se transmite el uso.

¿Queda el enajenante sujeto a saneamiento en un contrato gratuito en el que transfiere la propiedad, el uso, goce o disfrute de una cosa?

Definitivamente, no. El saneamiento no es natural a tales contratos.

No es aplicable a contratos como la donación entre vivos a título gratuito, la renta vitalicia gratuita, el mutuo gratuito, el comodato y a los contratos en los que se constituyen el uso y la habitación.

¿Queda sujeto el enajenante en un contrato oneroso traslativo de uso al saneamiento aunque no se estipule en el documento que contiene el contrato?

Por supuesto, la norma contenida en el artículo que se analiza es imperativa. No contempla salvo pacto en contrario.

Ahora bien, el Artículo 1544 establece: Los contratantes pueden ampliar o restringir por pacto expreso los efectos del saneamiento y aun convenir en que éste no se preste; pero la renuncia al saneamiento no será válida si hubiere mediado mala fe por parte del enajenante.

¿A qué están facultadas las partes respecto al saneamiento?

A ampliarlo o restringir sus efectos por pacto expreso. También pueden convenir en que no se preste, o sea, pueden renunciarlo

¿Cuál es el requisito para que la renuncia al saneamiento sea válida?

Que no hubiere mediado mala fe por parte del enajenante.

¿Cómo se entiende renunciado el saneamiento?

El Art. 1545 proporciona la respuesta: Cuando ha sido renunciado el saneamiento, llegado que sea el momento de prestarlo, debe el enajenante devolver únicamente el precio que recibió, si el contrato fuere traslativo de dominio; salvo que el caso de saneamiento ocurrido hubiere sido renunciado de manera expresa, para cuyo efecto, al celebrarse el contrato, está obligado el que enajena a declarar los gravámenes y limitaciones que afectan a la cosa, así como los vicios ocultos que conozca.

Se entiende que el caso de saneamiento ocurrido ha sido renunciado, cuando el enajenante declara de manera expresa los gravámenes y limitaciones que afectan a la cosa, así como los vicios ocultos que conozca.

Nótese la diferencia de redacción con el artículo 30 del Código de Notariado el cual dispone: En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando éstos puedan afectar los derechos del otro otorgante; y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren. (El resaltado no está en el texto)

Se llama la atención a la primera proposición: En todo acto o contrato el otorgante que se obligue. ¿Cuáles son los actos o contratos en los que el otorgante se obliga? ¿Cuáles son los actos o contratos en los que solo uno de los otorgantes se obliga?

Los actos o contratos UNILATERALES.

¿Es el mutuo unilateral?

Definitivamente no, ya que por un lado el mutuante está obligado a entregar la cosa en el momento de la celebración del contrato y tiene el derecho a percibir intereses y a exigir la restitución de igual cantidad de la misma especie y calidad. El mutuario por su parte, queda obligado a restituir igual cantidad de la misma especie y calidad, a pagar intereses y tiene derecho a exigir la entrega de la cosa. El contrato es bilateral.

Entonces, es ilógico que se exija, como por hábito sin hacer un análisis más profundo de la norma, que en todo contrato, el que sea, se deba indicar que el vendedor, el mutuante, etcétera, declara que sobre la cosa no pesan gravámenes o limitaciones que puedan afectar los derechos de la otra parte y que el notario advierte de la responsabilidad en que puede incurrir de no ser cierta la declaración. Porque entonces, también quien paga el precio debe indicar que el dinero está libre de gravámenes, nótese el absurdo.

Como en el mutuo se obliga tanto mutuante como mutuario si se aplicara el artículo 30 del Código de Notariado el mutuario por su parte debería decir que la cosa está libre de gravámenes y anotaciones... etc. y por su parte, el mutuario tendría que declarar que la cantidad de dinero que pagará en concepto de intereses está libre de gravámenes y anotaciones. Nótese el absurdo.

Se estima, que a la norma contenida en el Artículo 30 del Código de Notariado se le ha dado una interpretación errónea que ha llevado a su aplicación indebida a hechos (actos y contratos) que no están contenidos el supuesto fáctico de la norma. Del análisis hecho y si así se quiere, la norma es aplicable solo a los actos y contratos unilaterales.

Además, las normas del saneamiento contenidas en el Código Civil prevalecen sobre el Código de Notariado por ser posteriores.

Sin embargo, recuérdese que quien adquiere a título gratuito no queda protegido contra las acciones de los acreedores por revocatoria o simulación.

Como ya se había adelantado, aunque las partes no lo pacten, aunque el notario omita consignar la declaración que contiene el artículo 30 del Código de Notariado en la escritura que documenta un contrato traslativo de uso oneroso, se entiende incluida la obligación de saneamiento. Si tal ocurre, ninguna oficina pública tiene fundamento para suspender o denegar o restarle validez al contrato o a la escritura por la omisión de la declaración contenida en el referido artículo 30 del Código de Notariado.

Por si lo dicho fuera poco, respecto a los vicios ocultos en el mutuo se establece que si el mutuante ignoraba los vicios ocultos de la cosa, sólo está obligado a sufrir la reducción proporcional de su valor. Art. 1945 Código Civil.

En suma, no es aplicable el art. 30 del Código de Notariado al mutuo porque no se obliga solo un otorgante sino los dos, uno a entregar y el otro a restituir y a pagar intereses. Pero quizá la razón esencial por lo que no es aplicable sea porque el artículo 1543 y subsiguientes del Código Civil regulan específicamente y en forma especial el saneamiento en los contratos onerosos traslativos de uso. Además, porque tales normas son posteriores al Código de Notariado.

Cabe la posibilidad, como se dijo en el foro, que el contenido del Artículo 30 del Código de Notariado sea aplicable únicamente a la obligación del mutuario cuando garantiza el cumplimiento del mutuo por ser un acto unilateral que debe ser aceptado por el mutuante. Lo cual también es discutible, pues en el caso de la hipoteca el deudor tiene todo el derecho de volver hipotecar y

cualquier prohibición al respecto es nula (excepto los créditos bancarios). La preferencia entre acreedores hipotecarios lo determina la inscripción de la respectiva hipoteca en el registro. La que primero ingrese al registro y no el hecho que se diga que el bien que sobre el cual se constituye la hipoteca está libre de gravámenes o anotaciones.

Entonces, el acreedor hipotecario debe apresurarse a presentar su título al registro para evitar que ingrese otra hipoteca anterior a la suya y lo relegue a un segundo o tercer lugar con las consecuencias que implica el ejecutarse la hipoteca inscrita en primer lugar.

Finalmente, este análisis pretende sembrar en el maestrando la inquietud de cambiar su forma de estudio y de analizar las normas y los textos y de profundizar más detenidamente en el estudio comparativo entre el contenido del Artículo 30 del Código de Notariado y las normas especiales que regulan el saneamiento en los contratos onerosos traslativos de dominio, de uso, goce, disfrute y de posesión contenidas en el Artículo 1543 y subsiguientes del Código Civil para eliminar las malas prácticas notariales y registrales.

5. Indique el elemento natural del mutuo, cita legal, y cuál es el efecto de no incluirlo en el contrato.

Quizá no sea solo un elemento natural del mutuo sino varios.

UNO: El interés, pues si las partes no lo pactan la ley suple la deficiencia estableciendo que se deberá pagar el interés legal. El mutuo genera siempre interés aunque no se pacte. Artículo 1946, 1947 y 1948 Código Civil.

DOS: EL plazo para la restitución, en este tipo de contrato el plazo deja de ser accidental y se convierte en natural, porque si las partes dejan de pactar el plazo para la restitución la ley lo suple indicando que se entenderá que es de seis meses si consiste en dinero, y si lo prestado fueren cereales u otros productos agrícolas, la devolución se hará en la próxima cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos. Art 1950 Código Civil.

TRES: El saneamiento, porque en primer lugar se trata de un contrato oneroso y en segundo lugar porque se trata de un contrato traslativo de uso; aunque las partes dejen de pactarlo se entiende que el mutuante queda obligado al saneamiento, lo que las partes deben hacer es ampliar o restringir sus efectos o renunciarlo. Art. 1544 y 1545 Código Civil. Una cosa es el saneamiento del contrato de mutuo al que le son aplicables las normas indicadas y otra cosa es la obligación del mutuario de garantizar.

ELEMENTOS PERSONALES:

Mutuante: quien entrega la cosa.

Mutuario: quien se obliga a restituir y a pagar intereses.

La ley se refiere a MUTUANTE Y A MUTUARIO, no a acreedor ni a deudor, términos propios de las obligaciones en general. Art. 1943, 1944, 1945, 1954 Código Civil.

ELEMENTOS ACCIDENTALES:

La condición resolutoria expresa y la condición suspensiva.

La garantía, la cual puede ser real: hipotecaria o mobiliaria. O personal: la fianza.

6. En qué consiste el anatocismo y si es permitido por la legislación guatemalteca.

El anatocismo consiste en la capitalización de intereses. En convertir en capital los intereses dejados de pagar. Para establecer si es permitido en la legislación guatemalteca debe hacerse la diferencia entre contrato civil y mercantil.

CONTRATO CIVIL:

Por prohibición expresa del artículo 1949 del Código Civil, Queda prohibida la capitalización de intereses, el anatocismo está prohibido en los contratos de mutuo civiles, no así en los bancarios pues esa norma deja a salvo lo que a este respecto establezca la Junta Monetaria.

CONTRATO MERCANTIL:

En el caso de los contratos mercantiles, la situación cambia, pues el ARTICULO 691 del Código de Comercio de Guatemala en forma general aplicable a todo tipo de contrato mercantil incluyendo bancarios o no, establece: En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate.

Sin embargo, sujeta la capitalización al hecho que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate. Si la tasa es superior, la capitalización es prohibida y por tanto de hacerse, será nula absolutamente.

MODALIDADES DEL MUTUO:

POR EL OBJETO: Mutuo de dinero, mutuo de cosas fungibles. Dentro de las cosas fungibles se contempla el mutuo de cereales y cualquier otro producto agrícola. También puede recaer sobre cualquier otro tipo de cosa fungible destinada al consumo.

POR LA GARANTÍA: Mutuo garantizado con garantía real (hipoteca o garantía mobiliaria) y Mutuo Garantizado con garantía personal, la fianza. Esta última puede ser prestada por una persona individual o una persona colectiva denominada afianzadora.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO:

El mutuo se perfecciona con la entrega de la cosa, en tanto no se entregue la cosa no hay contrato ni se le puede exigir al mutuario el pago del interés acordado ni el legal, en defecto de pacto, ni la restitución de la cosa.

CASO BANCARIO:

Los bancos suelen denominar MUTUO BANCARIO a lo que realmente es un contrato de APERTURA DE CRÉDITO porque el banco se obliga a entregar la cosa con posterioridad a la celebración del contrato, es decir, están convirtiendo el mutuo en contrato consensual lo cual no es jurídica ni legalmente posible. Además del interés pactan gastos y comisiones que no son propios del mutuo sino del contrato de apertura de crédito.

El ARTICULO 718 del Código de Comercio de Guatemala señala los elementos esenciales de la APERTURA DE CREDITO así: Por el contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner en 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 las cantidades pagaderas por su cuenta, y a pagar los gastos, comisiones e intereses que resulten a su cargo.

Nótese que dice: se obliga a poner una suma de dinero o a contraer una obligación; por la forma como está redactada la norma que dice: “se obliga a” le atribuye la naturaleza de contrato consensual. A diferencia del mutuo que establece: “entrega”, no dice se obliga a entregar, sino entrega, el contrato de mutuo en el sistema guatemalteco, aún es real.

El elemento real de la apertura de crédito, no está constituido por otras cosas fungibles sino por dinero u obligaciones.

La obligación del acreditado no consiste en restitución de igual cantidad en especie y calidad sino la devolución de cantidades de que disponga más intereses, comisiones y gastos.

La obligación de contraer obligaciones por cuenta del acreditado consiste, citando un ejemplo muy común, en: Juan le compra a Pedro una casa pero no tiene dinero para pagar íntegramente el precio por lo que solo paga un enganche. El saldo se lo financia el banco quien adquiere la obligación de pagar el precio a Pedro por cuenta de Juan. Al quedar perfecto el contrato y “según disponibilidad del banco” se paga el precio a Pedro y Juan queda obligado a proveer la cantidad que ha sido pagadera por su cuenta, el saldo del precio. Lo que en la práctica se realiza mediante pagos mensuales en unos casos por cuota nivelada y en otros casos por cuota variable. Este contrato al igual que el mutuo puede garantizarse con hipoteca por lo que el banco impone como condición resolutoria expresa que si no es posible la inscripción de la hipoteca EN PRIMER LUGAR a favor del banco, no se desembolsa el dinero. El contrato sigue siendo consensual.

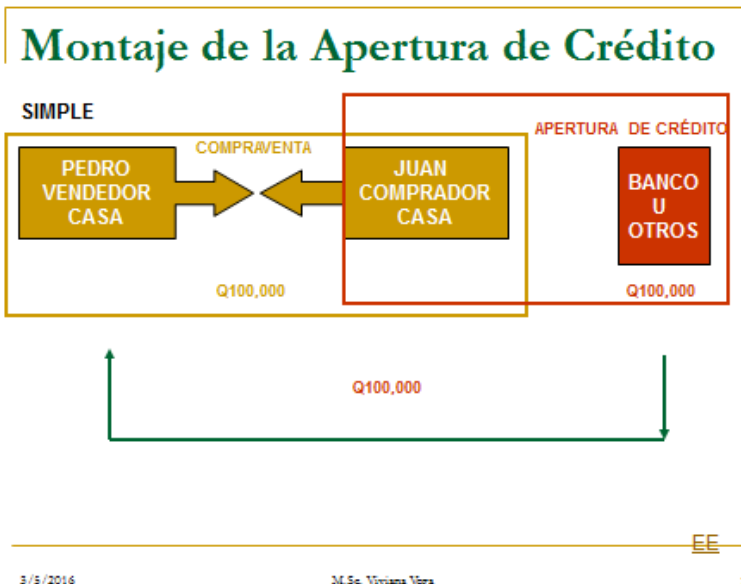
A esta forma operativa le denominan mutuo cuando en realidad es una apertura de crédito. La diferenciación es importante pues si tal ha sido el acuerdo de voluntades, el banco está facultado para exigir el pago de intereses, comisiones, gastos desde el perfeccionamiento aunque no se haya inscrito la hipoteca. Sin embargo, el banco nunca desembolsa el dinero sino hasta que está inscrita

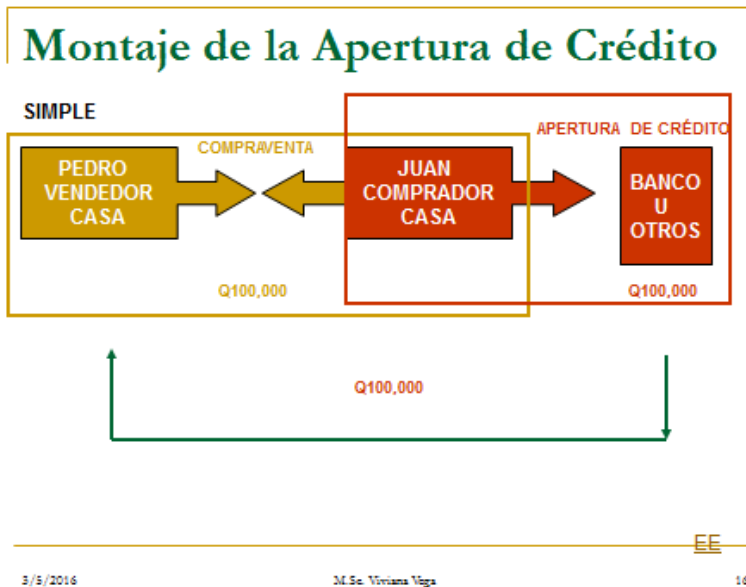
la hipoteca, contrato consensual. Si fuese mutuo tendría que haberla entregado y después inscrito la hipoteca. ¿Puede apreciarse la diferencia?

Pero si se trata de un mutuo en el que el banco no ha entregado el dinero y nunca lo hizo, el banco no está facultado para exigir al mutuario el reintegro del dinero ni el pago de intereses, comisiones ni gastos porque el contrato NUNCA SE PERFECCIONÓ.

Se hace la salvedad y se impone la aclaración de que ambos contratos pueden ser celebrados por particulares o entre particulares con bancos.

La apertura de crédito por naturaleza es mercantil pero el mutuo por naturaleza es civil que puede convertirse en mercantil cuando en su celebración interviene un banco u otro comerciante.





BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ PICAZO, LUIS ANTONIO GULLÓN. (2005). *SISTEMA DE DERECHO CIVIL, EL CONTRATO EN GENERAL, RELACIÓN OBLIGATORIA, CONTRATOS EN PARTICULAR* (Novena ed., Vol. II). Madrid, España: Tecnos.

SALARZAR, F. O. (2002). *EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO CIVIL 1963*. Guatemala, Guatemala: Ediciones Jurídicas Especiales.

Código Civil de 1877

Decreto legislativo 1932 que contiene el Código Civil de 1933.

Decreto ley 106, Código Civil