



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL MUTUO

Rosario de la Fuente-Hontañón

México, noviembre de 2010

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho, Área de Derecho privado



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

MUTUO. Origen histórico.- En el Derecho romano, el mutuo o préstamo de consumo, fue considerado como un contrato real unilateral, por el que el mutuario, que recibía del mutuante una cierta cantidad de dinero o de bienes fungibles, se obligaba a devolver la misma cantidad del mismo género y calidad. Gayo dice que la entrega en mutuo se hace propiamente con las cosas que se pesan, cuentan o miden, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro. Cosas éstas que se entregan contándolas, midiéndolas, o pesándolas, con el fin de que se hagan de la propiedad de quienes las reciben, y se devuelvan después, no las mismas cosas, sino otras de igual naturaleza: se llama mutuo, porque lo que de esta manera te doy, lo mío tuyo se hace. Pero el que tiene una importancia y una aplicación mayor es el mutuo de dinero.

El mutuo es el prototipo de los negocios crediticios y lo que realmente se presta es la cantidad o valor, lo que supone que no siempre la dación consista en la entrega material del dinero por parte del mutuante, sino que se haga mediante una atribución contabilizable del valor. No es un negocio lucrativo, pero sí lo es gratuito, porque el mutuario no da nada a cambio de su disponibilidad sobre la cantidad recibida. Sin embargo, suele hacerse con interés (*usura*), estipulando un precio por el uso, en una estipulación única, comprendiendo también la devolución del capital prestado. Esta clase de mutuo con *usurae* se llamó *fenus*. Desde la época clásica del Derecho romano, se establecieron reglas para evitar el abuso en estas materias, tal como aquella de que los intereses nunca podían superar el doble del capital, y si se excedían y hubieran sido pagados, se podía repetir por dicho exceso (D.12.6.26.1; C.4.32.10; Nov. 121.2). El senadoconsulto Macedoniano (D. 14.6.1 pr.), de la



época de Vespasiano, prohíbe el préstamo mutuo a los hijos de familia, aunque admite algunas excepciones como, por ejemplo, cuando el préstamo sustituye otra deuda válida.

En Las Partidas, la influencia del Derecho romano inspiró de modo casi exclusivo las secciones sobre Derecho civil y penal. Así, en la Partida 5 (P.5.1.3, P.5.1.4 y 6, etc.), se legisla acerca del mutuo, y se dice que quien tiene facultad para contratar puede dar y recibir prestado, sea por sí, o en nombre y como mandatario de otro. A las Iglesias, concejos, comunidades y menores se les puede prestar, pero para recobrar el préstamo es necesario probar que se convirtió en utilidad suya, y además se solicita la obtención de la licencia judicial antes de realizar el préstamo. Sin embargo, no se puede prestar a los hijos de familia sin consentimiento del padre, por estar sometidos a su potestad, y en estos casos, nadie queda obligado a pagar la deuda, incluidos los fiadores si los hubiera. Para aquellos préstamos por tiempo indeterminado o sin un plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor en pago sino pasados treinta días a contar desde la fecha de requerimiento notarial que se le hubiese hecho.

El mutuo en las codificaciones.- El contrato de mutuo es uno de los más importantes recogido en los Códigos civiles, por la frecuencia y volumen patrimonial de las operaciones civiles y comerciales, que se efectúan mediante esta modalidad contractual.

En Méjico.- El Código civil mejicano regula tanto el mutuo simple (arts. 2384 al 2392) como el mutuo con interés (arts. 2393 a 2397). En atención a lo establecido en el art. 2384, el mutuo es un contrato por el que el mutuante se obliga a transferir en forma gratuita o con intereses, la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en un cierto

plazo. Por lo tanto, tiene las características de ser un contrato traslativo de dominio; es principal, porque para su validez no depende de otro contrato; es bilateral y conmutativo, porque se crean unos derechos y unas obligaciones recíprocas, y las partes conocen las cargas y gravámenes impuestas; es gratuito y puede pactarse la onerosidad, tanto en dinero como en género; es un contrato con libertad de forma, pudiendo realizarse de manera verbal, por escrito, o por escritura pública. Sin embargo, los Códigos civiles anteriores, de 1870 y 1884 entendieron el mutuo como un contrato de naturaleza real, que se perfeccionaba mediante la *traditio*; es de tracto sucesivo, ya que las prestaciones se cumplen a través de cierto tiempo. El mutuante se obliga a transmitir la propiedad de la cosa mutuada y responde del saneamiento en los casos de evicción (art. 2120) y vicios ocultos (art. 2142, para el mutuo con interés y art. 2390 para el mutuo simple). Las cosas deben entregarse en el lugar convenido por las partes (art. 2386), y si éste no se hubiera señalado, la entrega se hará donde se encuentre la cosa (art. 2387,I). Si el mutuo es de dinero, debe entregarse en el domicilio del mutuante. El plazo de la entrega se estipula por las partes y, en caso contrario, conforme al art. 2080, se hará 30 días después de la interpelación notarial o judicial. El mutuuario se obliga a restituir las cosas mutuadas en la misma especie y calidad. En el caso de que el mutuuario entregara dinero ante la imposibilidad de entregar las cosas mutuadas, la doctrina mayoritaria se inclina a considerar que se trata de una compraventa y no de un mutuo. Otros autores plantean que en este caso continúa siendo un mutuo, y puede considerarse como una dación en pago (art. 2388). En los contratos de mutuo con interés, el mutuuario es solidariamente responsable con el mutuante ante el Fisco, por el pago del impuesto a la renta y por el impuesto del valor agregado, en los términos dispuestos por las leyes respectivas. Cuando se estipulan



intereses, el mutuuario queda protegido frente al mutuante, que obtiene un lucro excesivo y evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, con la posibilidad de pedir la nulidad del contrato que traerá como consecuencia el logro de la restitución de los bienes o las cantidades entregadas por las partes. Sin embargo, el mutuuario se encuentra con el inconveniente de que está obligado a devolver anticipadamente el importe del capital o los bienes mutuados, y la acción prescribe en un año. El interés legal en México es del nueve por ciento, y las partes pueden estipular un interés mayor o menor, pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición del juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal (art. 2395). Cuando se ha pactado un interés superior al legal, el mutuuario tiene derecho a redimir anticipadamente su deuda, después de seis meses de celebrado el contrato, cualquiera que haya sido el plazo señalado en el contrato para su devolución, previo aviso al mutuante con dos meses de anticipación y habiendo efectuado el pago de los intereses vencidos. El mutuuario queda protegido por el derecho al prohibirse el anatocismo, que es considerado nulo de pleno derecho. Por último, el Código penal Mexicano establece que comete el delito de fraude el que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado (arts. 386 y 387).

El mutuo en otros países iberoamericanos.- En España, el contrato de préstamo comprende tanto el comodato como el mutuo, y existe en la doctrina una discrepancia entre considerarlo, de una parte, como contrato real y de otra, de naturaleza obligacional (entre

otros, Roca Sastre y Puig Brutau). El mutuo es el contrato típico por el que el prestamista debe entregar al prestatario dinero, títulos, valores u otra cosa fungible y consumible, y ésta pasado cierto tiempo, le deberá entregar al prestamista la misma cantidad y calidad de dinero o de cosas fungibles de él recibidas (arts. 1740, 1 y 1753 del Código civil, arts. 312 y ss. del Código de Comercio, art. 1 Ley Crédito al Consumo y art. 1 de Ley de Venta a plazos de bienes muebles). Albaladejo ha analizado una copiosa jurisprudencia y no concuerda con las afirmaciones vertidas en ella de que el mutuo sea considerado como un contrato real, puesto que con esta afirmación los jueces dicen en sus sentencias que el préstamo es contrato real, “sólo para expresar que es real el préstamo que se perfecciona por la entrega”. Por ello, el mutuo no debe ser considerado contrato *esencialmente* real en el Código civil español, aunque el art. 1740 diga que: “Por el contrato de préstamo, una de las partes *entrega* a la otra...”. En definitiva, para Albaladejo, el mutuo “puede ser *real*, con entrega (art. 1740), *consensual* sin entrega, pero por escrito (analogía, art. 632) o *consensual*, sin entrega ni por escrito, pero *por ser oneroso*, porque en estos tres casos se ve voluntad de obligarse jurídicamente, mientras que si sin intereses ni escrito ni entrega se *promete* prestar, la ley lo toma como sólo buenas palabras o para salir del paso o como una noble intención. En el caso de ser oneroso no es el mutuo contrato formal, pero sí lo es en el de otorgarse por escrito o entregar la cosa porque esto es *forma* esencial por revelar propósito de obligarse jurídicamente.

Para Prats Albentosa, la opción de considerar al mutuo como contrato real tiene por consecuencia principal la relativa a la determinación del momento de la perfección del contrato, que tendrá lugar en el momento de la entrega del mutuante al mutuario del bien



objeto del préstamo. De este contrato, por lo tanto, sólo surgen obligaciones para el mutuario, y el mutuante no se obliga a nada de forma principal. Esta interpretación tiene su exponente más claro en la teoría del título y el modo en la traslación patrimonial de derechos: la conservación del patrimonio. Sin embargo, esta interpretación de calificar al contrato de mutuo como contrato real, no es conforme con la ley ni con la realidad actual, a cuya luz deben interpretarse las normas (art. 3.1 del Código civil), puesto que la mayoría de los préstamos son concedidos por los Bancos o entidades financieras de crédito, y cuando el Banco y los clientes establecen las condiciones de un préstamo, una vez autorizado, el préstamo queda perfeccionado, y la entrega del dinero prestado se entiende como un acto de ejecución del préstamo y no un nuevo contrato. En definitiva, asume la postura de que la naturaleza civil del mutuo tanto civil, como mercantil, es consensual.

En España, entre los préstamos especiales se destacan el contrato de préstamo hipotecario, el contrato de préstamo al consumo y el contrato de préstamo de adquisición de bienes muebles a plazos, teniendo en cuenta su regulación especial y lo establecido en los arts. 1757, 1873 y 1109 del Código civil, respecto a la aplicación de la normativa específica a los establecimientos de préstamos sobre prendas, Montes de Piedad y Cajas de Ahorros, con remisión al epígrafe nº 5 respecto al marco jurídico general del contrato de préstamo.

El contrato de préstamo hipotecario es aquel contrato en el que se constituye un contrato de préstamo de dinero con garantía hipotecaria sobre un bien inmueble, bien para su adquisición o en su caso construcción o rehabilitación. La importancia y trascendencia social de la edificación considerada como un fenómeno jurídico, económico y social en su triple vertiente de promoción de la edificación, régimen jurídico de lo edificado y tráfico de la edificación, ha llevado al legislador a una regulación especial del contrato de préstamo

hipotecario a través del principio de transparencia en este tipo de contratos para proteger los intereses de la clientela de las Entidades de Crédito en toda la dinámica de la contratación hipotecaria.

En cuanto al préstamo de consumo (Ley 7/1995 de 23 de marzo de crédito al consumo) la ley regula el contrato en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional (art. 1). Se trata de un contrato de préstamo civil, recogiendo legalmente su naturaleza bien de carácter real o consensual en función de su concesión o del compromiso de concesión. La Ley de crédito al consumo, delimita las exclusiones por la cuantía del crédito, ya que no puede ser inferior a 25.000 pts. ni superior a 3.000.0000, si bien a estos últimos se les aplica parcialmente la Ley, por los plazos establecidos por tratarse de créditos en cuenta corriente. También se aplicará parcialmente la Ley de oferta vinculante, publicidad, coste total del crédito y tasa anual equivalente (art. 2 de la Ley).

Por último, el préstamo de adquisición de bienes muebles a plazos (Ley 28/1998 de 13 de julio) regula no solo las ventas sino también los contratos de financiación para las mismas. La coincidencia de esta Ley, con la Ley de Crédito al Consumo, está prevista por el legislador determinando que los contratos sujetos al ámbito de aplicación de ambas leyes, se registrarán por los preceptos de la Ley de Crédito al Consumo, en todo aquello que favorezca al consumidor (art. 2 de la Ley), estableciendo también en la Ley una regulación



específica para el pago por anticipado, el incumplimiento por parte del prestatario y las preferencias del prestamista para el cobro de su crédito (arts. 9, 10 y 16 de la Ley).

El mutuo en Argentina.- El código argentino regula de un lado, el contrato de mutuo unilateral y con carácter real al perfeccionarse con la *traditio* de la cosa, y de otro, regula la promesa de mutuo, como contrato en sí mismo, pudiendo ser oneroso y gratuito. La *traditio* cumple en este contrato una doble función: la de perfeccionar el contrato, y a la vez la de transmitir la propiedad (art. 577 del Código civil). El art. 2244 del Código civil establece que “la promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses. Como bien lo señala Ghersi, el quedar desprovisto de la acción en el supuesto de la promesa de mutuo gratuito parece desafortunado, desde el punto de vista de la responsabilidad precontractual puesto que quiebra un interés de confianza. El art. 2240 del Código civil regula que “habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que ésta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”. La cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible (art. 2241). El contrato como no requiere de una forma prescrita, incluso puede hacerse verbalmente, presenta la dificultad de la prueba del contrato y de la *traditio* de la cosa. Como las cosas son fungibles y consumibles, rige para el presunto mutuario la presunción de propiedad (art. 2412) , por lo que el mutuante debe probar que el hecho de la *traditio*, como acto jurídico, es la ejecución del contrato de mutuo (art.2246), sobre la base

de los principios establecidos en los arts. 1193 y ss. del Código civil. Si el mutuario incorpora las cosas o productos, que después se utilizarán en insumos para la fabricación de otros nuevos, responde al igual que el mutuante, en la medida y condiciones del art. 1113, frente a los terceros damnificados.

El mutuo es unilateral porque solamente queda a cargo del mutuario la obligación de restituir las cosas, y no cambia esta situación el mutuo oneroso, por cuanto la atribución patrimonial queda también a su cargo. El mutuo oneroso de dar sumas de dinero está regulado en los arts. 616 y siguientes del Código civil. El legislador autoriza al pacto de intereses compensatorios (arts. 621, 1137 y 1197), con el límite propuesto de los parámetros oficiales y de la banca privada para evitar el delito de usura. En las últimas décadas se ha utilizado con mucha frecuencia el mutuo con cláusula en moneda extranjera: de una parte, el pago en moneda extranjera, como objeto de cumplimiento, (arts. 740 y 742) y de otra, cuando la moneda extranjera se convierte en valor de referencia (cotización del día del cumplimiento).

El mutuo en Perú.- En el Perú existe un régimen unitario del mutuo, así lo dispone el art. 2112 del Código civil, que unifica el mutuo civil y el mutuo mercantil, regulado con anterioridad por el Código de Comercio de 1902. Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad (art. 1648 Código civil de 1984). Es por lo tanto, un contrato consensual, que se perfecciona por el solo consentimiento o acuerdo de voluntades, y tiene libertad de forma, salvo el celebrado entre cónyuges (art. 1650) que debe ser elevado a escritura pública, bajo sanción de



nulidad, cuando su valor exceda el límite previsto en el art. 1625 (en su redacción original, el límite era el equivalente a ciento cincuenta veces el sueldo mínimo vital mensual, pero en la actualidad ha sido modificado, y al no encontrarse fijado dicho monto se ha generado un vacío legal lo que conlleva la inseguridad jurídica en su celebración). El mutuo se presume oneroso, y por excepción puede establecerse de manera gratuita. Al ser un contrato con prestaciones recíprocas, le son aplicables las normas dispuestas sobre resolución por incumplimiento, por excesiva onerosidad de la prestación y por imposibilidad sobrevenida de la prestación, asimismo, la excepción por incumplimiento y excepción de caducidad de término. El objeto o materia del mutuo son los bienes consumibles y también puede versar sobre bienes fungibles, porque pueden ser intercambiables con otros de su misma especie, calidad o cantidad.

El mutuante está obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato (art. 1653). Con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuuario y desde ese instante le corresponde la mejora, el deterioro o destrucción que sobrevengan (art. 1654). Esta regla es una aplicación de la teoría del riesgo y de su transferencia (art. 1138). Se regula la figura de la usura encubierta, si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, entonces el contrato se entiende celebrado por ésta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso (art. 1664). Solamente el Código civil peruano y el Código Federal de las obligaciones, de Suiza, regulan el llamado falso mutuo, es una figura, por lo tanto, que no se encuentra ya regulada en otras legislaciones más modernas. En Perú se regula en el art. 1665: cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa. Los detractores de ella aducen que supone no solo

la desnaturalización del contrato de mutuo, sino que los agentes del mercado, aprovechando esta figura, que en realidad es un caso de simulación relativa, ocultan verdaderos actos usurarios. Para León Barandiarán, si se entrega por ejemplo, una cantidad determinada de trigo y se devuelve dinero por el valor que corresponde a dicho bien, sin duda es una compraventa, y se trata de una cuestión relacionada con el *nomen iuris* de la operación jurídica, porque bajo el nombre del falso mutuo se encubre una venta de mercadería.

Rosario de la Fuente Hontañón
Facultad de Derecho.
Universidad de Piura. Piura. Perú
Maria.delafuente@udep.pe

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Compendio de Derecho civil¹³, Barcelona, 2007; _____, “La naturaleza real o no del contrato de préstamo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de julio de 1996”, en *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1997, pp. 560-571;
2. CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de los contratos típicos*, II, Vol. XIX, Lima, 2002; CILVETI GUBÍA, María Belén, “Diferencias del *leasing* y del *lease-back* o *retroleasing* con el contrato de préstamo simple o mutuo”, en *Cuadernos Civitas de*



- Jurisprudencia* 55 (2001), pp. 67-86; Código civil mexicano, arts. 2384-2397;
Código civil argentino, arts. 2240 y ss.; Código civil peruano, arts. 1687-1691;
3. GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales*⁶, I, Buenos Aires, 2006;
 4. LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* I-II, Leipzig, 1889;
 5. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*¹⁰, Mexico, 2004; PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, 2001;
 6. RINESSI, Antonio J., *Contratos*, II, Parte especial, Buenos Aires, 2000;
 7. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, *Contratos civiles*⁷, Méjico, 1998.