

320809

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

5
2 ej.



CAMPUS TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

HISTORIA Y NATURALEZA JURIDICA DEL
CONTRATO DE MUTUO

T E S I S
Q u e p r e s e n t a

JOSE ARTURO SANCHEZ BARRERA

para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Asesor de Tesis: Lic: Joaquín Camacho Lozo de la Vega

México, D F.

1998

26046

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES

† **RAYMUNDO SANCHEZ MONTOYA**

ANGELA BARRERA HERNANDEZ

**Gracias por darme la vida, por su cariño
y apoyo, quedo eternamente agradecido.**

A MI ESPOSA

**LUZMA, gracias por tu amor, apoyo y
comprensión que me has brindado, con todo
mi corazón para ti este trabajo que has anhelado
siempre.**

A MIS QUERIDOS HIJOS

MONIKA Y CESAR

**A esos seres divinos que Dios me dio y que
han sido pieza fundamental para la
terminación de este trabajo. Para Ustedes
con todo mi amor**

A MI TIA LEONOR QUIROZ

**Para ti tía con todo mi cariño como un recuerdo
imperecedero a tu ternura, cariño y a tu amable
paciencia, fuente de apoyo moral y espiritual.**

A MIS HERMANOS

Bárbara

Raymundo y Etna

Bety y Miguel

Rosy

**Con todo mi cariño,
los recuerdo siempre.**

**† AL ILUSTRE SR.CANGO. LIC Y DIPUTADO
FEDERAL DON ANTONIO PONCE LAGOS,
maestro y guía en el quehacer jurídico, siempre
estará en mi mente y en mi corazón.**

† A LA MEMORIA DEL MAESTRO Y LIC.
RICARDO IGNACIO BRINDIZ ALTAMIRANO
Gracias por sus consejos y su apoyo constante,
amigo entrañable e incondicional en todo momento,
siempre estará en mi memoria.

AL HONORABLE JURADO INTEGRANTE DE ESTE SINODO

Gracias por todo su apoyo.

HISTORIA Y NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS ELEMENTALES EN TORNO AL CONTRATO	2
1.1. CONCEPTO DE CONTRATO	2
1.2. FORMACION DE LOS CONTRATOS	3
1.2.1. SISTEMA DE LA DECLARACION	4
1.2.2. SISTEMA DE LA EXPEDICION	5
1.2.3. SISTEMA DE LA RECEPCION	6
1.2.4. SISTEMA DE LA INFORMACION	6
1.2.5. SISTEMA QUE SIGUE EL CODIGO CIVIL	6
1.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO	8
1.3.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA	8
1.3.1.1. CONSENTIMIENTO	9
1.3.1.2. OBJETO	12
A. OBJETO INDIRECTO. LA COSA QUE EL OBLIGADO DEBE DAR	12
A.1. POSIBILIDAD FISICA	13
A.2. POSIBILIDAD JURIDICA	13
B. EN CUANTO AL HECHO QUE EL OBLIGADO DEBA HACER O NO HACER	15
B.1. POSIBILIDAD FISICA	15

B.2. POSIBILIDAD JURIDICA	16
1.3.1.3. SOLEMNIDAD	16
1.3.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ	17
1.3.2.1. CAPACIDAD	17
A. CAPACIDAD DE GOCE	17
B. CAPACIDAD DE EJERCICIO	18
1.3.2.2. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN DEL CONTRATO	20
A. LICITUD EN EL OBJETO	20
B. LICITUD EN EL MOTIVO O FIN DEL CONTRATO	21
1.3.2.3. LA FORMA	23
1.3.2.4. AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD	26
A. EL ERROR	27
B. EL DOLO	29
C. LA MALA FE	31
D. LA VIOLENCIA	31
E. LA LESION	33
1. 4. INTERPRETACION DEL CONTRATO	34
CAPITULO SEGUNDO	
PROCESO HISTORICO-JURIDICO DEL CONTRATO DE MUTUO	37
2.1. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ROMANO	37
2.1.1. UNILATERAL	38
2.1.2. DE DERECHO ESTRICTO	38
2.1.3. NO FORMAL	39
2.1.4. REAL	39

2.1.5.	TRANSLATIVO DE PROPIEDAD	39
2.1.6.	GRATUITO POR REGLA GENERAL	39
2.2.	EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO GERMANICO	44
2.2.1.	UNILATERAL	46
2.2.2.	NO DE DERECHO ESTRICTO	46
2.2.3.	NO FORMAL	47
2.2.4.	TRANSLATIVO DE PROPIEDAD	47
2.2.5.	GRATUITO POR REGLA GENERAL	47
2.3.	EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO	49
2.3.1.	UNILATERAL	51
2.3.2.	DE DERECHO ESTRICTO	51
2.3.3.	REAL	52
2.3.4.	TRANSLATIVO DE PROPIEDAD	53
2.3.5.	GRATUITO POR REGLA GENERAL	53
2.4.	EL CONTRATO DE MUTUO EN EL CODIGO NAPOLEON	56
2.4.1.	UNILATERAL	57
2.4.2.	DE DERECHO ESTRICTO	57
2.4.3.	REAL	58
2.4.4.	TRANSLATIVO DE PROPIEDAD	58
2.4.5.	GRATUITO POR REGLA GENERAL	59
2.5.	EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO XIX	62
2.5.1.	EN EL CODIGO CORONA DE VERACRUZ LLAVE DE 1868	62
2.5.1.1.	UNILATERAL	63
2.5.1.2.	DE DERECHO ESTRICTO	63
2.5.1.3.	REAL	63
2.5.1.4.	GRATUITO POR REGLA GENERAL	64

2.5.2. EN LOS CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870 Y 1884	66
2.5.2.1. UNILATERAL	68
2.5.2.2. DE DERECHO ESTRICTO	69
2.5.2.3. NO FORMAL	71
2.5.2.4. REAL	71
2.5.2.5. TRANSLATIVO DE PROPIEDAD	71
2.5.2.6. GRATUITO POR REGLA GENERAL	72

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO 76

3.1. CONCEPTO DE MUTUO	76
3.2. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE MUTUO	77
3.2.1. EL CONTRATO DE MUTUO ES BILATERAL	77
3.2.2. EL CONTRATO DE MUTUO PUEDE SER GRATUITO U ONEROSO	78
3.2.2.1. EL CONTRATO DE MUTUO COMO CONTRATO GRATUITO	78
3.2.2.2. EL CONTRATO DE MUTUO COMO CONTRATO ONEROSO	79
3.2.3. EL CONTRATO DE MUTUO ES CONMUTATIVO	80
3.2.4. EL CONTRATO DE MUTUO ES PRINCIPAL	80
3.2.5. EL CONTRATO DE MUTUO ES CONSENSUAL EN OPOSICION AL REAL	81
3.2.6. EL CONTRATO DE MUTUO ES CONSENSUAL EN OPOSICION AL FORMAL	82
3.2.7. EL CONTRATO DE MUTUO ES DE TRACTO SUCESIVO	82

3.3 EL CONTRATO DE MUTUO EN SU DIMENSION DE ACTO JURIDICO	83
3.3.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE MUTUO	83
3.3.1.1. CONSENTIMIENTO	83
3.3.1.2. OBJETO	84
A. OBJETO DIRECTO	84
B. OBJETO INDIRECTO	84
3.3.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE MUTUO	85
3.3.2.1. CAPACIDAD	85
3.3.2.2. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN DEL CONTRATO	87
3.3.2.3. FORMA	88
3.3.2.4. AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD	88
3.4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE MUTUO	89
3.4.1. OBLIGACIONES DEL MUTUANTE	89
3.4.1.1. TRANSMITIR LA PROPIEDAD DEL BIEN OBJETO DEL MUTUO	89
3.4.1.2. ENTREGA DE LA COSA	90
A. EXACTITUD EN EL TIEMPO	90
B. EXACTITUD EN EL LUGAR	91
C. EXACTITUD EN LA SUBSTANCIA	91
D. EXACTITUD EN CUANTO AL MODO	92
3.4.1.3. RESPONDER DE LOS RIESGOS Y DE LA EVICCIÓN	92
A. RESPONSABILIDAD DEL MUTUANTE EN CUANTO A RIESGOS	92
B. RESPONSABILIDAD DEL MUTUANTE EN CUANTO A EVICCIÓN	94
3.4.1.4. RESPONDER DE LOS VICIOS REDHIBITORIOS	95
3.4.2. OBLIGACIONES DEL MUTUARIO	97

3.4.2.1. RESTITUIR BIENES DE LA MISMA ESPECIE, CANTIDAD Y CALIDAD	97
A. EXACTITUD EN CUANTO AL TIEMPO	98
B. EXACTITUD EN CUANTO AL LUGAR DE RESTITUCION	99
C. EXACTITUD EN LA SUBSTANCIA	100
D. EXACTITUD EN EL MODO	103
3.4.2.2. RESPONDER DE LOS VICIOS Y DEFECTOS OCULTOS DEL BIEN RESTITUIDO	103
3.4.2.3. RESPONDER DEL SANEAMIENTO PARA EL CASO DE EVICCIÓN	106
3.5. TERMINACION DEL CONTRATO DE MUTUO	107
3.5.1. POR RESTITUCION DE LOS BIENES AL VENCIMIENTO DEL PLAZO	107
3.5.2. TERMINACION DEL CONTRATO DE MUTUO ANTES DEL PLAZO CONVENIDO	107
3.5.2.1. POR ACUERDO MUTUO ANTES DEL PLAZO PACTADO	107
3.5.2.2. POR RESCISIÓN DEL CONTRATO	108
3.5.2.3. POR DESISTIMIENTO DEL CONTRATO	108
3.6. EL CONTRATO DE MUTUO CON INTERES	109
3.6.1. PERMISION LEGAL	109
3.6.2. REGULACION LEGAL DEL CASO EN QUE EL MUTUATARIO QUEDA OBLIGADO A PAGAR UN INTERES EXCESIVO	112
3.6.2.1. SOLUCION DE DERECHO CIVIL	112
3.6.2.2. SOLUCION DE DERECHO PENAL	113
3.6.3. REGULACION LEGAL DEL CASO EN QUE EL MUTUATARIO QUEDA OBLIGADO A PAGAR UN INTERES SUPERIOR AL LEGAL	114

CAPITULO CUARTO

PRECISIONES DE REFORMA LEGAL AL CONTRATO DE MUTUO

117

4.1. LA NORMATIVIDAD LEGAL DEL CONTRATO DE MUTUO

117

4.2. CONVENIENCIA DE QUE SE PRECISE SI EL EMANCIPADO PUEDE CELEBRAR CONTRATO DE MUTUO

120

4.3. DEBE REGULARSE LO RELATIVO AL SANEAMIENTO A CARGO DEL MUTUANTE EN CASO DE EVICCIÓN DE LOS BIENES DADOS EN MUTUO, ASI COMO EL SANEAMIENTO A CARGO DEL MUTUARIO EN CASO DE EVICCIÓN DE LOS BIENES QUE RESTITUYO

125

4.4. DEBE REFORMARSE Y AMPLIARSE LA REGULACION DEL SANEAMIENTO A CARGO DEL MUTUANTE EN CASO DE VICIOS REDHIBITORIOS, ASI COMO TAMBIEN DEBE REGULARSE EN QUE FORMA RESPONDE EL MUTUARIO PARA CUANDO EL BIEN RESTITUIDO PRESENTE VICIOS REDHIBITORIOS

128

4.5. POR DEFICIENTE, DEBE REFORMARSE LA REGULACION QUE HACE EL CODIGO CIVIL DE LOS MEDIOS DE QUE DISPONE PARA LIBERARSE EL DEUDOR A QUIEN SE COBRA UN INTERES EXCESIVO O AL MENOS POR ENCIMA DEL LEGAL

132

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

En este trabajo de investigación se pretende desarrollar en dos apartados temáticos los cuales se demuestre la vigencia jurídica de una institución contractual que ha sido escasamente abordada en forma analítica por la doctrina e inclusive por el mismo legislador, se trata de la figura jurídica contractual denominada mutuo.

La primera parte se refiere en esencia a los antecedentes históricos que ha registrado en la evolución del derecho y concretamente del tópico que se refiere a las obligaciones; en la segunda parte se inicia el análisis sistemático que el mutuo por su propia naturaleza jurídica tiene en esencia.

El presente estudio, desde un inicio tiene por objeto presentar un punto de análisis y de consideraciones que pueden llevar a la realización de reformas como adecuaciones a la legislación civil, por lo que consideramos, que reúne los requisitos metodológicos que hacen posible el mejorar en su aplicación a la figura contractual denominada mutuo.

Constituye nuestra figura contractual un estudio, en Derecho catalogado como contrato real, que como sabemos consiste en "...dar dinero u otra cosa fungible, con tal ley que la haga suya aquel que la recibe, obligándose a restituir otra cantidad igual en género en día señalado".

Sobre estos términos, proseguimos a desarrollar un estudio analítico

tomando en cuenta, que nuestro Código Civil presenta a nuestro juicio, algunas limitaciones que al momento de la aplicación material de esta figura exhibe desventajas que jurídicamente descompensan a los sujetos que participan en su celebración material; consideramos que, en el Sistema Jurídico Mexicano, el Código Civil se guía a la luz de las escuelas Germánica, Española e Inglesa así como la doctrina de Planiol y Ripert, podemos manifestar que las innovaciones legislativas que se han generado en torno al contrato de mutuo, han sido en esencia escasas, por ello se proponen considerandos que a nuestro juicio, mejoran técnicamente la aplicación material de este contrato, consideración que nos lleva a introducir propuestas de reforma, específicamente en numerales propios de la Legislación Civil Mexicana, como por ejemplo los artículos 1973, 1850, 2395 que entre otros, presentan como se han mencionado limitaciones en tal sentido.

El Legislador Mexicano, registra en su quehacer legislativo, un serio abandono en lo que se refiere al Sistema Jurídico Civil, ya que como bien lo conocemos, el Sistema Político Mexicano, no determina para la integración del Organo Legislativo, un conocimiento mínimo en materia jurídica, en tanto en las tareas legislativas de los Diputados o Senadores, no depositan preocupación alguna, en perfeccionar el aparato jurídico que rige la actividad cotidiana de la sociedad civil, y en ella a la vida contractual del hombre, pues esta es la base del desarrollo de toda sociedad.

Por último debemos señalar que el presente trabajo constituye una aportación jurídica en torno al contrato de mutuo, que busca en el mejor de los casos

perfeccionar su aplicación y materialización dentro de nuestro Sistema Jurídico Mexicano.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS ELEMENTALES EN TORNO AL CONTRATO

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS ELEMENTALES EN TORNO AL CONTRATO

1.1. CONCEPTO DE CONTRATO

Es importante referirse a la naturaleza del contrato civil y a los alcances que el mismo reviste tanto en la doctrina como en el derecho positivo; así tenemos que como oportunamente lo señala el tratadista Rafael de Pina, "...la concepción del contrato civil, en la doctrina y en la legislación se bifurca en dos direcciones; una, calificada de amplia, que identifica los términos convenio y contrato, y otra restringida, que los separa, distinguiendo entre convenio y contrato."¹ Nuestro Código Civil vigente se inclina hacia esta última dirección, a la que nos avocaremos seguidamente.

El convenio es definido por nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1792 como "...el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".² Percibiéndose así la definición del mismo en sentido amplio, puesto que desempeña esas cuatro funciones.

Luego entonces, teniendo a la vista el artículo 1793 de dicho ordenamiento que prevé que, "...los convenios que producen o transfieren las obligaciones y

¹ De Pina, Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", vol. tercero, Editorial Porrúa, S.A., quinta edición, México, 1980, pág. 265.

² "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Sista, Mexico 1996, pág. 130.

derechos toman el nombre de contratos.”³ Se propone que tal definición en nuestro derecho positivo reduce el ámbito del acuerdo de voluntades a sólo dos funciones de las cuatro apuntadas, o sea la creación y transmisión de derechos y obligaciones, denominándolo contrato, de ello resulta que el contrato es la especie del género convenio, entendiendo a éste en sentido amplio.

Podemos entonces, interpretando a contrario sensu el artículo 1793 que obra ya transcrito, encontrar una definición del convenio en sentido estricto, que será únicamente el acuerdo de voluntades que modifique o extinga derechos y obligaciones. El maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, establece una diferenciación entre el convenio en sentido amplio y el contrato indicando que “...el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para transferir, modificar o extinguir obligaciones; en cambio, si ese acuerdo tiene como finalidad producir o transferir derechos u obligaciones, se llama contrato”,⁴ de lo que se establece, que entre el convenio y el contrato no existe una diferencia substancial sólo hay una diferencia de grado.

1.2. FORMACION DE LOS CONTRATOS

El estudio de la formación de los contratos es importante a efecto de determinar, en qué tiempo y en qué lugar se forma el contrato, puesto que con la multiplicidad de problemas que se han creado con el contenido contratar de las

³ *Idem.*

⁴ Aguilar Carbajal, Leopoldo, “Contratos Civiles”, Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1982, pág. 9.

personas, fue necesaria una regulación legal al respecto. Así encontramos que han existido en teoría calurosas discusiones en cuanto al sistema más acertado de formación de los contratos, para lo cual indicaremos que cuatro han sido los sistemas expuestos por la doctrina a efecto de determinar en qué momento se entiende formado un contrato:

1.2.1. SISTEMA DE LA DECLARACION

Este sistema sostiene que el contrato se forma en el momento en que el aceptante declara su voluntad de aceptar la oferta que recibió de otra persona, de cualquier forma en que declare su aceptación. Al efecto de que quede debidamente puntualizado este sistema, señalaremos por ejemplo el caso en que una persona que reside en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, recibe una oferta de compra de una finca de la cual es propietario, especificándose en dicho ofrecimiento sobre cual finca versa el mismo, y al leer la carta el propietario manifiesta de cualquier forma su aceptación, ya sea por escrito o verbalmente, este sistema sostiene que en el momento en que el que recibe la oferta declara su consentimiento, en ese momento queda formado el contrato. En cuanto a este sistema el catedrático Manuel Borja Soriano, aporta a nuestro parecer un elemento claro de interpretación, señalando en cuanto al momento de la declaración que, "...ya hay concurso de voluntades y el contrato está formado".⁵

⁵ Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones". tomo I, Editorial Porrúa, S.A., décima edición, México, 1985, pág. 145.

Procedemos a puntualizar una crítica que nos parece acertada, sustentada por el maestro tratadista doctor Raúl Ortiz Urquidi, que señala que, "...más el sistema es muy censurado por la sencilla razón de la enorme dificultad que existe para probar la declaración del presunto aceptante si éste la niega, no hay testigos y tal declaración fue verbal. Lo mismo sucede si ésta es por escrito y el aceptante no remite su carta o no deposita el telegrama, pues puede fácilmente destruirlos y borrar así todo vestigio de su conformidad con la oferta."⁶

1.2.2. SISTEMA DE LA EXPEDICION

Según este sistema, el contrato se forma en el momento en que el policitado, además de declarar su voluntad, la encamina fehacientemente al conocimiento del oferente. En este sistema, refiriéndonos al caso del ejemplo anterior; el contrato se forma en el momento en que, quien recibió la oferta expide su aceptación al oferente, se dice que este sistema es mejor que el anterior puesto que la aceptación sale del dominio del que la emite. Según el tratadista antes mencionado, este sistema presenta una ventaja sobre el de la declaración en cuanto a la prueba pues, "...proporciona el sello de la oficina postal o en su caso el original del telegrama depositado y también 'la ventaja de marcar con mayor claridad el carácter definitivo de la aceptación'"⁷.

⁶ Ortiz Urquidi, Raúl, "Derecho Civil", Editorial Porrúa, S.A., tercera edición. México, 1986, pág. 283.

⁷ Ortiz Urquidi, Raúl, *op. cit.*, pág. 284.

1.2.3. SISTEMA DE LA RECEPCION

De acuerdo con él, para que el contrato quede formado es necesario que el oferente reciba la respuesta de aceptación. Este sistema presenta una ventaja en cuanto al anterior, puesto que con la recepción y no sólo con el depósito de la carta o telegrama en el correo o en el telégrafo, al oferente le consta la aceptación del peticionado, puesto que con el sólo depósito, el destinatario podría no recibir la respuesta jamás.

1.2.4. SISTEMA DE LA INFORMACION

Este sistema sostiene que el contrato quedará formado hasta que el oferente se entere que su peticitación ha sido aceptada, a este sistema también se le ha nombrado como el sistema de la cognición; según los partidarios de esta teoría, sólo puede haber consentimiento cuando cada parte conoce la anuencia de la otra, ya que sólo en ese momento las voluntades dejan de ser paralelas para integrarse un consentimiento.

1.2.5. SISTEMA QUE SIGUE EL CODIGO CIVIL

El sistema seguido por nuestro Código Civil en vigor se desprende de lo preceptuado por el artículo 1807 que versa: "El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando obligado por su oferta según los artículos precedentes";⁸ por lo que se advierte claramente que el sistema seguido es

⁸ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 131.

el de la recepción, y sólo opera como única excepción a dicho artículo el sistema de la información, en tratándose del contrato de donación.

Toda vez, que se han descrito los sistemas existentes para la formación de los contratos y que se ha especificado cuál es el que sigue nuestro Código en cuanto a regulación, es procedente estudiar en este apartado cómo se forman los contratos en nuestro derecho, para lo cual es importante determinar si es un contrato entre presentes o no, y si se ha fijado plazo o no para la aceptación. A continuación procederemos a referirnos a dichos casos, teniendo como regla principal lo prescrito por nuestro actual Código Civil:

Para el caso de un contrato entre personas presentes con oferta simple, o sea sin concesión de plazo, según el artículo 1805 "...el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente..."⁹ Cuando tratándose de personas presentes, y el oferente concede un plazo al policitado para aceptar la celebración del contrato, según el artículo 1804 "...queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo",¹⁰ y esta regla es aplicable cuando el contrato sea entre personas ausentes pero si se haya fijado un plazo.

Tratándose de un contrato entre personas no presentes y no se haya fijado plazo para la aceptación, según lo prescrito por el artículo 1806 "...el autor de la

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones”.¹¹

Cabe hacer la observación de que exista la posibilidad de que el oferente quiera retractarse de una policitación una vez que la haya hecho, así encontramos que el artículo 1808 prescribe que, “...la oferta se considerará como un hecho si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación.”¹² En caso de que haya una contraposición o sea una nueva oferta por parte del recipiente, la contraposición recibirá el mismo tratamiento que se da a la oferta inicial, procediendo a su vez los mismos efectos y por tanto el que propuso inicialmente quedará libre de dicha oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe una modificación.

1.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO

1.3.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

A dichos elementos de existencia también se les ha conocido como esenciales y son el consentimiento y el objeto. Algunos tratadistas erróneamente han argumentado, en el caso del matrimonio, agregar otro elemento como lo es la

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

solemnidad, pero este estudio en cuanto a elementos de existencia no tratará la solemnidad puesto que carece de interés conforme a los fines que persigue el mismo.

No obstante que nos avocaremos al estudio de la clasificación de los elementos de existencia y validez, señalaremos que existen diversas clasificaciones de los elementos del contrato, como lo es la española que clasifica y estudia los elementos del contrato en personales, reales y formales, o la de origen, escolástico, que según el tratadista Ramón Sánchez Medal, "...indirectamente tiene cabida en nuestro Derecho Civil (1839)...",¹³ que enumera los elementos como esenciales, que son los requisitos o cláusulas sin los cuales determinado contrato no puede existir, naturales que son los que acompañan al contrato de que se trata por ser propios de su naturaleza y accidentales, que son los que se agregan a los anteriores por voluntad expresa de las partes como lo son el término, la condición, etc. Por tanto es procedente estudiar los elementos del contrato como clásica y legalmente se dan:

1.3.1.1. Consentimiento

El maestro Miguel Angel Zamora y Valencia, señala que: "La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento, referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma."¹⁴ El Código Civil vigente en su artículo

¹³ Sánchez Medal, Ramón, "De los Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., décima primera edición, México, 1991, pág. 13.

¹⁴ Zamora y Valencia, Miguel Angel, "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición,

1794 señala que, "...para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato",¹⁵ luego entonces el origen del consentimiento como elemento de existencia proviene del propio código.

Así encontramos que según el maestro Rafael de Pina, "...para que haya contrato se exige la existencia previa de dos o más manifestaciones de voluntad, recíprocas y correlativas, concurrentes a un fin común a las partes que las producen."¹⁶

Según el artículo 1803, "...el consentimiento puede ser expreso o tácito...",¹⁷ el consentimiento será expreso cuando se manifieste verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. Será tácito cuando resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente. El consentimiento se forma de dos partes que son la oferta o la aplicación y la aceptación. El consentimiento no surge espontáneamente, ya que la oferta según el maestro de Pina, "...es la manifestación de la voluntad de celebrar un determinado contrato con aquella persona a quien va dirigida".¹⁸ Cabe plasmar en este estudio algunas generalidades

México, 1992, pág. 23.

¹⁵ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 130.

¹⁶ De Pina, Rafael, *op. cit.*, pág. 279.

¹⁷ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 131.

¹⁸ De Pina, Rafael, *op. cit.*, pág. 281.

en cuanto a la aceptación, así tenemos, que en el momento en que el proponente recibe la aceptación queda obligado a ella en los términos y condiciones en que propuso.

Si la aceptación se hiciera cuando hubiese fallecido el proponente, sin que el aceptante fuera sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato, esto según lo señala el Código Civil vigente. Asimismo, oportunamente el maestro Ramón Sánchez Medal, aclara que, "...no puede confundirse la oferta o declaración unilateral de voluntad del policitante, que obliga a éste a mantener la propuesta en el término fijado por él o por la ley, según el caso, con el acuerdo de voluntades que se da en el contrato de promesa unilateral de contrato, por virtud del cual ambas partes han convenido que una de ellas quede obligada a celebrar un contrato futuro en las condiciones estipuladas..."¹⁹

El contrato celebrado por teléfono, se equipara al celebrado entre presentes, así lo señala el maestro Rafael de Pina, al indicar que, "...cuando quienes contratan lo hacen por teléfono no están en situación distinta de aquella en que se encontrarían si estuvieran frente a frente, en el mismo sitio..."²⁰

¹⁹ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 16.

²⁰ De Pina, Rafael, *op. cit.*, pág. 283.

1.3.1.2 Objeto

El objeto es el segundo elemento de existencia del contrato y como tal; encontramos que desde el punto de vista legal y doctrinario se divide en dos formas y que según la definición del contrato que el Código Civil prescribe, y que ha quedado plasmada en el artículo 1793 ya inserto tenemos que el objeto directo del contrato es el crear o transmitir derechos u obligaciones.

Por otra parte encontramos que el objeto indirecto lo define el código en su artículo 1824, precisando que, "...son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."²¹

Por tanto, encontramos que refiriéndonos al objeto indirecto del contrato según el artículo 1824, que ha quedado anunciado en líneas anteriores, según el Código Civil este objeto puede recaer en dos aspectos:

A. Objeto indirecto. La cosa que el obligado debe dar

En la cosa que el obligado debe dar, para lo cual existen determinados requisitos, los cuales es necesario que concurran para la existencia del contrato:

²¹ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 132.

A.1. Posibilidad física

Esta posibilidad indica que el objeto debe existir en la naturaleza, puesto que las cosas que no existen en la naturaleza no pueden ser objeto de contrato. Dentro de esta posibilidad física el artículo 1826 indica que, "...las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva aún cuando ésta preste su consentimiento."²² La primera parte del artículo transcrito regula la posibilidad física y jurídica de contratar sobre cosas que puedan llegar a existir, y en cuanto a la segunda parte del artículo la prohibición no es en cuanto a que esa herencia no pueda llegar a existir, sino que como oportunamente lo señala Sánchez Medal, "...el motivo de tal prohibición radica en la necesidad de preservar la libertad del individuo para disponer de sus bienes para después de su muerte y hasta el momento mismo en que ésta ocurra..."²³

A.2. Posibilidad jurídica

Esta posibilidad jurídica consta de dos aspectos, el primero es el de que la cosa objeto del contrato esté en el comercio, que se oponen a las que están fuera del mismo, que según el maestro Rafael de Pina, "...son las que no son susceptibles de apropiación privada, el ser humano, su estado... es decir, en suma, todas aquellas sobre las cuales no puede versar contrato, pacto o convenio alguno, por ser ello incompatible de manera radical y absoluta con las razones que el legislador ha tenido

²² "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 132.

²³ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 22.

para declararlo así”.²⁴

Cabe señalar que según el artículo 747 del Código Civil vigente “...pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”,²⁵ entonces, ¿cómo es que una cosa puede quedar fuera del comercio? Existen dos posibilidades para que una cosa quede en tal estado, la primera es por la propia naturaleza de esa cosa, la segunda es que salga del comercio por disposición de la ley; en el primer caso, se encuentran aquellas cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y en el segundo caso, las que la ley declara irreductibles a propiedad particular.

Un segundo aspecto de esta posibilidad jurídica, es que la cosa objeto del contrato esté determinada o pueda ser determinable en cuanto a su especie, estos dos requisitos tendiendo a delimitar con la máxima exactitud el contenido de las prestaciones debidas. El artículo 1825 del Código Civil, habla sólo de que las cosas objeto del contrato sean determinadas o determinables en cuanto a su especie, a lo que el citado Sánchez Medal, señala que, “...no sólo en cuanto a su especie (1825-2), sino también en cuanto a su cuota o cantidad (Josserand)...”.²⁶ Por nuestra parte, consideramos afortunado el señalamiento que hace el maestro Rojina Villegas, al indicar que, “...para que la cosa sea posible jurídicamente debe estar determinada en

²⁴ De Pina, Rafael, *op. cit.*, págs. 296 y 297.

²⁵ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 65.

²⁶ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 24

forma individual o en su especie. La determinación en género, que tiene interés para las ciencias naturales, carece de valor en el derecho, por que se considera que cuando la cosa está determinada sólo en cuanto a su género, no es determinable jurídicamente.”²⁷ No obstante no perdemos de vista lo prescrito por el artículo 2016, que prevé el caso para cuando no se haya determinado la calidad diciendo que, “...el deudor cumple entregando una de mediana calidad”.²⁸

Es importante señalar, que por el sólo hecho del contrato, cuando las cosas objeto del mismo están determinadas en el momento de la celebración del contrato, se transmita la propiedad de la cosa, pero cuando las cosas no estén determinadas en cuanto a su especie, la transmisión de propiedad se verificará cuando se determine ese objeto en cuanto a su especie y cantidad.

B. En cuanto al hecho que el obligado deba hacer o no hacer

Encontramos que existen requisitos que deben concurrir, para que ese objeto indirecto se configure.

B.1. Posibilidad física

Ya que es imposible físicamente el hecho que no puede existir, por que es incompatible con una ley de la naturaleza, así tenemos por ejemplo un contrato sobre

²⁷ Rojina Villegas, Rafael, “Derecho Civil Mexicano”, tomo V, volumen primero, Editorial Porrúa, México, 1985, pág. 327.

²⁸ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 145.

la inmortalidad, cabe advertir que el artículo 1829 prescribe que, "...no se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él."²⁹

B.2 . Posibilidad Jurídica

Dentro de esta posibilidad jurídica según el artículo 1828 del Código Civil vigente, existen hechos jurídicamente imposibles puesto que son incompatibles "...con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".³⁰ Asimismo, encontramos que un hecho debe ser jurídicamente lícito, entendiendo como un hecho lícito el que va de acuerdo a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

1.3.1.3. Solemnidad

Finalmente señalaremos que en cuanto a la solemnidad, el Código Civil no la menciona como elemento de existencia de los contratos, ya que en su artículo 1793 que ha quedado inserto en líneas anteriores, sólo se menciona que para la existencia del contrato se requiere, consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato, por tanto, sabemos que no hay contrato civil solemne, aunque algunos tratadistas coinciden en el punto de que el matrimonio es un contrato, y por tanto

²⁹ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 132.

³⁰ *Idem.*

éste requiere para su existencia de este tercer elemento que es la solemnidad, en la inteligencia que consideramos que carece de interés a este estudio el referir a la solemnidad, puesto que toda vez que el contrato de mutuo es un contrato translativo de dominio, como veremos más adelante, es improcedente tratar la solemnidad puesto que para la existencia del mutuo el Código Civil no requiere de forma alguna.

1.3.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ

1.3.2.1. Capacidad

La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales. Teniendo en cuenta lo anterior, tenemos que existen dos tipos de capacidad, que son la capacidad de goce y la de ejercicio.

A. Capacidad de goce

Esta capacidad consiste en la aptitud de las personas para ser sujetos de derechos y obligaciones, por lo que teniendo a la vista el artículo 22 del Código Civil en vigor, resulta que, "...la capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código",³¹ por lo que se establece

³¹ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 3.

claramente, que desde el momento en que un individuo nace y se le considera concebido adquiere por ese sólo hecho la capacidad de goce, o sea la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, capacidad que perderá al momento de su muerte.

B. Capacidad de ejercicio

Es la aptitud de la persona para ejercitar sus derechos y obligaciones por sí mismos, al efecto del maestro Ramón Sánchez Medal, refiriéndose en especial a la capacidad en los contratos, prescribe que: “La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante.”³²

Según el tratadista Miguel Angel Zamora y Valencia, “...el derecho mexicano, que sigue una tendencia ideológica sustentada en la libertad humana, la capacidad tanto de un tipo como de otro (de hecho y de derecho) se presume. Lo que significa que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad.”³³

Los artículos 450 y 451, establecen que personas tienen incapacidad natural y legal, que en obvio de repeticiones innecesarias no transcribiremos en el cuerpo de este estudio, pero sí es importante señalar que aunque una persona no sea apta para hacer valer por sí sus derechos y para cumplir con sus obligaciones, no significa que

³² “Sánchez Medal, Ramón”, *op. cit.*, pág. 28.

³³ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 30.

carezca de ellos, o que no pueda hacer ejercicio de los primeros o que no deba cumplir con las segundas, sino que sólo no puede hacer ejercicio de ellos por sí misma, y por lo tanto requiere de otra persona para que en su representación lo haga, por que de no existir los representantes, sin ellos sería lo mismo tener o no tener derechos, puesto que si no se pueden hacer valer por sí mismo ni por otro, desde un punto de vista lógico significa que no los tiene, y por lo tanto le faltaría personalidad jurídica a ese ente, y siendo así no puede hablarse de una incapacidad jurídica, si no está expresamente prescrita por la ley.

Como oportunamente lo indica el maestro Sánchez Medal, "...la capacidad de contratar es una subespecie de la de obra o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas,³⁴ y como ya quedó establecido anteriormente son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley. Sobre el particular consideramos que a dicho tratadista sólo le faltó concebir la división que oportunamente señala el catedrático Zamora y Valencia, en cuanto a la capacidad general y a la capacidad especial para contratar, que indica que, "...se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de

³⁴ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 28.

su prestación de dar”,³⁵ por tanto por capacidad especial debe entenderse además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos, que dicha calidad sea de tipo personal, o la misma en relación al bien sobre el que se pretende contratar.

1.3.2.2. Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato

Por lícito, entendemos aquello que no es contrario a las buenas costumbres, ni a las leyes de orden público, interpretando esto a contrario sensu de lo establecido por el artículo 1830 del Código de la Materia en vigor que indica que, “...es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”,³⁶ por lo tanto, tenemos que lo ilícito es aquello que es posible pero prohibido por una norma.

A. Licitud en el objeto

Teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 1795 en su fracción III, que prescribe cuándo un contrato puede ser invalidado, dicha fracción indica que, “...porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito...”,³⁷ para referirnos al objeto debemos avocarnos a la cosa o al hecho o abstención también llamado objeto indirecto que fue tratado con anterioridad, por tanto nos encontramos, que no es posible hablar de licitud en cuanto a la cosa como contenido de la prestación de dar,

³⁵ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 31.

³⁶ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 132.

³⁷ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 130.

ya que las cosas en sí mismas, es decir en su propia naturaleza, no pueden ser lícitas o ilícitas, sino que la conducta por parte de los sujetos abocada a ella, es la que puede serlo, según esté acorde o contradiga lo establecido por una norma de orden público, o atente o no en contra de las buenas costumbres, luego entonces, como lo señala el tratadista Miguel Angel Zamora y Valencia, "...el objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible y asimismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe de ser lícito."³⁸

B. Licitud en el motivo o fin del contrato

Con respecto a este elemento de validez del contrato surgió a partir del Código Napoleón, la teoría de la causa, sustentada por diversos tratadistas y que ha sido objeto de acaloradas discusiones, y al efecto según lo manifiesta el maestro Manuel Borja Soriano, que refiere que nuestro actual Código Civil, se ha apartado oportunamente de dicha corriente causalista, manifestando que, "...el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres,"³⁹ por tanto como se denota en el artículo 1795 que ya fue citado anteriormente, se considera entre los elementos necesarios para la validez del contrato, el fin o motivo lícitos, puesto que son determinantes de la voluntad de los contratantes. De tal forma queda confirmado por el tratadista Rafael Rojina Villegas en su obra al enunciar que, "...nuestro Código

³⁸ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 41.

³⁹ Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, pág. 197.

Vigente, siguiendo a la jurisprudencia francesa, a las ideas de Bonnacase y Duguit, abandona por impropio y por ser fuente de confusiones, el término 'causa' y prefiere usar como elemento del contrato la palabra 'fin' o 'motivo determinante de la voluntad'",⁴⁰ luego entonces tenemos que los motivos y fines del contrato deben de ser licitos, es decir que no contravengan una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo, por tanto es conveniente definir que los motivos son aquellos móviles internos, personales de cada contratante y que a menudo son desconocidos, no sólo para los terceros, sino que suelen escapar aún al otro contratante.

Según el maestro Zamora y Valencia, "...los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte."⁴¹

Una vez que ha quedado esclarecido este punto, sólo nos resta agregar que la ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en vista que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o de las buenas costumbres, por lo que al decretarse su nulidad absoluta por un juez, se destruyen retroactivamente los efectos que había producido provisionalmente el contrato, por lo que no puede ser

⁴⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, págs. 380 y 381.

⁴¹ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 41.

confirmado, no es prescriptible la acción para hacer valer tal tipo de nulidad y puede hacerse valer por cualquier interesado.

1.3.2.3. La forma

La forma como elemento de validez de los contratos, requiere que la voluntad de las partes se manifieste con las formalidades que en cada caso exige la ley, por tanto si la voluntad de los contratantes no se manifiesta con dichas formalidades legales, el contrato quedará afectado de nulidad relativa, de tal forma lo indica el maestro Ramón Sánchez Medal, al determinar que, "...cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato (1795. IV), ya que la omisión de esa formalidad exigida por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa (2228)."⁴²

Para que haya contrato válido no basta el puro consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino que necesariamente este acuerdo de voluntades tenga una manifestación exterior, puesto que la misma es un elemento extrínseco del contrato y constituye por ende la forma de él, por tanto a continuación quedarán plasmadas las diversas formas en que se manifiesta el consentimiento, y atendiendo a la definición legal del artículo 1803 del Código de la Materia que ha quedado inserto en párrafo anterior, tenemos dos distintas formas en que se manifiesta el consentimiento y estas son; expresa y tácitamente.

⁴² Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 47.

El consentimiento, según el catedrático Rojina Villegas, "...es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos",⁴³ esta forma de manifestar el consentimiento se hace con el fin de llevar a cabo la celebración del contrato y es una manifestación directa, también denominada consentimiento expreso.

De forma tácita, según el maestro Borja Soriano, "...en doctrina se conoce además el consentimiento tácito, o sea la manifestación indirecta de la voluntad. Cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha celebrado, por que esos hechos... no tienen otra explicación, los mismos se consideran como voluntad tácita o indirecta...",⁴⁴ por tanto el consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presuman, o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. Es importante indicar que el silencio no constituye un consentimiento tácito, puesto que legalmente el silencio no acarrea efectos jurídicos puesto que como afortunadamente lo señala Rojina Villegas, "...el silencio es distinto del consentimiento tácito, porque éste es una manifestación de voluntad y el silencio no manifiesta nada."⁴⁵

⁴³ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit* , pág. 387.

⁴⁴ Borja Soriano, Manuel, *op. cit* , pág. 211

⁴⁵ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit* , pág. 288.

Así pues, el que guarda silencio simplemente se abstiene de revelar su voluntad y el derecho no puede deducir consecuencias del simple silencio de las partes, sólo para efecto de información, la excepción a esta regla la encontramos en el segundo párrafo del artículo 2547 del Ordenamiento Civil en vigor, que nos abstenemos de reproducir, señalando únicamente que en lo que se refiere al mandato que implique el ejercicio de una profesión, se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes.

Aclarado lo anterior, este estudio debe avocarse a la regulación que sobre la forma revisten los contratos, por tanto según lo expresa el artículo 1832 del Código Vigente, "...en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas fuera de los casos expresamente designados por la ley",⁴⁶ y atendiendo a lo establecido por el artículo siguiente de dicho ordenamiento "...cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma legal."⁴⁷

Interpretando estos dos artículos, mientras la ley no exija forma determinada

⁴⁶ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 133.

⁴⁷ *Idem.*

en el contrato, éste puede formalizarse ya sea expresa o tácitamente; si la ley exige determinada forma para un contrato y no la reviste, no será válido salvo disposición en contrario, pero el mismo puede ser confirmado por las partes. De ello se desprende la existencia en la vida jurídica de la figura de la confirmación, la cual puede ser exteriorizada en forma tácita o expresa.

Nuestro Código Civil, externó que en cuanto a su formación los contratos pueden ser de diferentes clases, o sea consensuales, formales u solemnes, que no precisaremos por ser objeto de un estudio amplio cuando este trabajo se avoque a la clasificación del contrato de mutuo.

1.3.2.4. Ausencia de vicios en la voluntad

Por vicios de la voluntad o del consentimiento, entendemos toda aquella circunstancia que impida que la manifestación de voluntad de los contratantes sea hecha consciente y libremente, puesto que será consciente en cuanto que el contratante se de cuenta plenamente de la situación en que interviene, así como de los derechos y obligaciones que contrae, pero además se requiere que dicha manifestación de voluntad, la realice con libertad, es decir que la voluntad manifestada, represente lo que quiere el contratante, o sea que provenga de él y que no le sea impuesta por otra persona, así tenemos que los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan. Al efecto el tratadista Ramón Sánchez Meda, señala cómo dichas circunstancias particulares afectan al consentimiento apuntando que, "...aunque exista el consentimiento en el contrato, puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto

es, por un vicio que afecte a la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecte a la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad (la lesión).⁴⁸ Luego entonces, tenemos que dicha nulidad proviene del artículo 1812 que señala que, "...el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo."⁴⁹

A. El error

Por error entendemos el conocimiento equívoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia porque ésta es una falta de conocimiento, por tanto el error será la opinión subjetiva contraria a la realidad o discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

Por cuanto a vicio de la voluntad, el error que interesa será aquel que afecte en su validez al contrato, también llamado error nulidad, que es aquel verdadero vicio de la voluntad y que trae como consecuencia, no la inexistencia sino la nulidad del contrato y que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, es decir, que afecta la razón por la cual las partes o una de ellas decide celebrar el contrato, así lo prevé el artículo 1813 del Código de la materia prescribiendo que, "...el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se

⁴⁸ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 32.

⁴⁹ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 131.

celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”,⁵⁰ a lo que el maestro Ramón Sánchez Medal, indica que, “... ‘recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan’ (1813), pero a condición de que ‘en el acto de la celebración se declare ese motivo’...”.⁵¹

Según el maestro Rafael de Pina, el Código Civil concibe tres especies de error al manifestar que: “Considera el Código Civil tres especies de error: el de derecho, el de hecho y el de cálculo.”⁵² A lo que adherimos en cuanto a que existen tres clases de error, en la inteligencia de que sólo dos de ellas, el error de hecho que es el que recae sobre los hechos materiales y el error de derecho que es el que recae sobre una regla de derecho, constituyen el error nulidad, puesto que así lo prescribe el citado artículo 1813, luego entonces el error de cálculo no afecta en cuanto a su validez al contrato, puesto que como oportunamente lo señala el Código Civil en su artículo 1814, “...el error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.”⁵³

Entonces tenemos que según el artículo 2228, como consecuencia a la existencia del error en el contrato, “...se produce la nulidad relativa del mismo”,⁵⁴ la cual según el artículo 2230, “...sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 33.

⁵² De Pina. Rafael, *op. cit.*, pág. 288.

⁵³ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 132.

⁵⁴ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 159.

de (*sic*) consentimiento...”⁵⁵

Es importante establecer que el contrato puede ser confirmado, pero sólo cuando cese el vicio o motivo de nulidad, y siempre cuando no ocurra otra causa que invalide la confirmación, el cumplimiento voluntario del contrato por medio de pago, se entiende por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

B. El dolo

El dolo según la definición legal contenida en el numeral 1815 del Código Civil en vigor se presenta por, “...cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...”⁵⁶

Según Pothier, “...sólo el dolo que ha dado lugar al contrato es el que puede dar lugar a la rescisión, es decir el dolo mediante el cual una de las partes ha comprometido a la otra a contratar, y que sin dicha circunstancia no hubiera contratado...”⁵⁷ Cabe advertir que existen dos formas de dolo: la primera que consiste en sugestiones o artificios para hacer incurrir en error a una persona y la segunda cuando esas sugestiones o artificios son sólo para mantener a la persona en su previo error. El maestro Rafael de Pina, considera que, “...la palabra dolo

⁵⁵ *Código Civil para el Distrito Federal. pág. 160.*

⁵⁶ *Código Civil para el Distrito Federal. Pág. 132.*

⁵⁷ Pothier, Robert Joseph, “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 29.

significa, en relación con el contrato de conducta, carente de probidad seguida por una de las partes para engañar a la otra.”⁵⁸

Pero cabe hacer la observación, que no sólo puede uno de los contratantes actuar con dolo a lo que el artículo 1817 prevé, “...si ambas partes proceden con dolo ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.”⁵⁹

Este vicio en el consentimiento es causa de nulidad relativa del contrato, si el error a que conduce o manteniendo el mismo sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración. Zamora y Valencia, prescribe que, “...el dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una parte a celebrar un contrato, si no hay esa intención de daño, tradicionalmente se ha llamado ‘dolo bueno’ y no es una causa de nulidad del contrato (1821)”⁶⁰ cabe señalar, al igual que en el error, la violencia y en la lesión, el dolo puede invocarse por cualquiera de las partes en el contrato, así mismo señalaremos que no es lícito renunciar para lo futuro a la nulidad que resulte de dolo o de violencia. El dolo también puede provenir de un tercero y cuando así sea y sólo cuando la parte beneficiada sepa de la intervención de ese dolo anula el contrato si ese dolo ha sido la causa determinante para contratar.

⁵⁸ De Pina, Rafael, *op. cit.*, pág. 290.

⁵⁹ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 132.

⁶⁰ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 36.

C. La mala fe

Por mala fe se entiende la disimulación que uno de los contratantes hace para su provecho de la situación en que se encuentra su otro contratante, para Sánchez Medal, "...la mala fe de una de las partes, que consiste en 'la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido', por parte de aquella (1815, in fine), se equipara en sus efectos al dolo como vicio del consentimiento (1819)."⁶¹

Para el maestro Manuel Borja Soriano, "...el dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva",⁶² esto es que en el dolo el contratante beneficiado asume una posición activa, despliega una actividad para que el otro contratante caiga en el error o persista en él, y en la mala fe, el contratante que obra con ella asume una actitud pasiva, de sólo disimular.

D. La violencia

El principio de la libertad, significa que los contratantes deben de ser libres, tanto en la formación del contrato, como en la exteriorización de la voluntad. La violencia consiste en el empleo de la fuerza física o de amenazas para inducir a una de las partes a celebrar un contrato, por tanto la violencia puede ser de dos clases: la

⁶¹ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 38.

⁶² Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, pág. 251.

primera, que es la violencia física y que consiste en el empleo de la fuerza física misma y la segunda, que es la violencia moral la cual se imprime mediante la amenaza de causar algún mal.

Para que exista violencia moral que afecte al consentimiento se requiere de la existencia de dos requisitos, uno objetivo y el otro subjetivo. En cuanto al primero diremos que para que la violencia constituya un vicio del consentimiento es necesario que las amenazas sean ilegítimas y contrarias a derecho, las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que puedan resultar de celebrar o no un determinado contrato no constituyen o engendran este vicio de la voluntad. En cambio no es un requisito objetivo, que la violencia proceda del otro contratante, ya que puede provenir de un tercero, aún sin saberlo la parte beneficiada.

El requisito subjetivo que la violencia moral necesita para constituirse como vicio de la voluntad, es que la amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, pero surge una delimitación en cuanto a una amenaza sobre las personas queridas de dicho contratante, ya que sólo se permite para que la violencia constituya un vicio que afecte la voluntad, cuando es ejercida sólo con respecto al conyugue sus ascendientes y descendientes, de sus parientes colaterales, pero hasta dentro del segundo grado.

Refiriéndonos a la violencia moral es preciso añadir que según el artículo 1820 el temor reverencial, o sea el solo temor de desagradar a las personas a quienes

se debe sumisión y respeto "...no basta para viciar el consentimiento".⁶³

Tradicionalmente se ha considerado que para que la violencia sea un vicio del consentimiento, requiere: que sea grave o que pueda ocasionar un daño, que sea actual o inminente además que sea injusta o ilícita por que implique una actitud contraria a derecho a las buenas costumbres, también que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar y por último que dicha violencia provenga de una persona y no de un hecho dañoso, por que no se puede aludir violencia en presencia de un estado de necesidad.

E. La lesión

No la encontramos regulada en nuestro derecho civil, dentro de los vicios del consentimiento, sino que al principio del Código de la Materia, en las disposiciones preliminares, pero a pesar de ello debe considerarse a la lesión que regula el artículo 17 como un vicio del consentimiento, que se integra con un elemento objetivo, que es la desproporción entre las prestaciones que se otorgan las partes, o sea el lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado, también se integra con elemento subjetivo, y éste está constituido por la situación particular del perjudicado, o sea, que se le explote por su suma ignorancia, por su notoria inexperiencia o por su extrema miseria, y finalmente se arroja un tercer elemento, que es el dispositivo, el cual está constituido por las consecuencias que engendra la

⁶³ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 132.

lesión y que en particular establece la parte final del artículo 17 del multicitado ordenamiento, que establece que, "...el perjudicado tiene derecho elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación".⁶⁴

En vista de lo anterior, procedemos hacer la siguiente aclaración; aunque el precepto legal antes mencionado da al perjudicado la acción de nulidad, también se faculta al mismo a efectuar la acción por nulidad relativa en los términos de los artículos 2227 y 2230, según lo establece el maestro Zamora y Valencia, al decir que, "...la ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato por el plazo de un año, o de ser ésta posible, la reducción equitativa de la obligación (Art. 17)."⁶⁵

1.4.INTERPRETACION DEL CONTRATO

El interpretar un contrato, es en términos generales determinar sus alcances y efectos, el tratadista Manuel Borja Soriano, prescribe que, "...el problema de la interpretación consiste en saber si deben dejarse a un lado los términos que han empleado los interesados y atender a su voluntad interna y psicológica, o si al contrario hay que considerar que los términos escogidos por los contratantes traducen irremediabilmente su voluntad, abstracción hecha de toda común a las partes; de acuerdo con la objetiva o literal lo que hay que investigar es el sentido objetivo de la declaración de voluntad que se manifiesta en la formación del

⁶⁴ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 2.

⁶⁵ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 38.

contrato.”⁶⁶

Al referirse el maestro Manuel Borja Soriano en el sentido de que, “...nuestro Código vigente adopta la teoría de la voluntad interna...”,⁶⁷ se complementa tal referencia con lo apuntado por el maestro Ramón Sánchez Medal, que prescribe que, “...el hecho fundamental que sirve para interpretar el contrato es la voluntad interna o la intención común que las partes han exteriorizado a través de las palabras, de los términos o de las cláusulas que han empleado ellas al celebrar el contrato.”⁶⁸

⁶⁶ De Pina, Rafael, *op. cit.*, pág. 372.

⁶⁷ Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, pág. 310.

⁶⁸ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 61.

CAPITULO SEGUNDO

PROCESO HISTORICO-JURIDICO DEL CONTRATO DE MUTUO

CAPITULO SEGUNDO

PROCESO HISTORICO-JURIDICO DEL CONTRATO DE MUTUO

2.1. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ROMANO

Primeramente y a efecto de conocer y evaluar los alcances jurídicos del contrato a estudio en el antiguo Derecho Romano, hay que definir cómo fue contenido en esa época. El catedrático argentino Luis Alberto Peña Guzmán, interpretando al jurista Gayo, define a dicho contrato como: "La convención por la cual una persona, el mutuante o prestamista, entrega en propiedad a otra, denominada mutuuario o prestatario, una determinada cantidad de cosas fungibles, con la obligación de parte de éste de restituir dentro de cierto plazo otro tanto del mismo género y calidad, configura el contrato de mutuo (mutuum), o préstamo de consumo."⁶⁹

Francesci lo define atendiendo a la obligación que recae al mutuuario al indicar que: "Es un contrato real, unilateral, en el que un deudor (mutuario), que ha recibido del acreedor (mutuante) una cierta cantidad de dinero, o de otras cosas fungibles, se obliga a restituir otro tanto del mismo género y calidad."⁷⁰

⁶⁹ Peña Guzmán, Luis Alberto, Arguello, Luis Rodolfo, "Derecho Romano", tomo II, Editorial Tipográfica Argentina, segunda edición, Buenos Aires, 1966, pág. 280.

⁷⁰ De Francesci, Pietro, "Síntesis Histórica del Derecho Romano", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 488.

Por su parte, el antiguo jurista Paulo considera que, "...damos en mutuo, no para recibir la misma especie que dimos, por que esto sería comodato o depósito, sino el mismo género; pues si recibimos otro, v.g. vino por trigo, no será mutuo."⁷¹

Atendiendo a las definiciones anteriores, para estar en posibilidad de llegar a una definición más completa del significado del mutuo romano, es necesario estudiar las características y perfeccionamiento del contrato, por lo que procedemos al estudio de los mismos.

El mutuo en esta época se caracterizó por ser:

2.1.1. UNILATERAL

Ya que sólo genera obligaciones al mutuuario, como lo es, la restitución en propiedad de un bien de la misma especie, cantidad y calidad.

2.1.2. DE DERECHO ESTRICTO

Como consecuencia de la característica anterior, ya que al vencerse el término convenido, el mutuuario estaba obligado a restituir no las mismas cosas que

⁷¹ El Digesto del Emperador Justiniano, volumen primero, Nueva Edición. Imprenta de Ramón Vicente. parte tercera del Digesto, libro XII, título 1, ley 2. traducido por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Madrid, 1872.

él recibió sino otras del mismo género y calidad.

2.1.3. NO FORMAL

Puesto que no requería solemnidad alguna al efectuarse este contrato.

2.1.4. REAL

Porque el contrato se formalizaba con la entrega de la cosa. Con anterioridad a dicha entrega, si existe acuerdo de voluntades, habrá únicamente una promesa de mutuo, promesa que tendrá validez contractual cuando se haya concluido bajo la forma de estipulación, o de pacto anexo a un contrato de buena fe.

2.1.5. TRANSLATIVO DE PROPIEDAD

Ya que los bienes dados en mutuo pasan a ser propiedades del mutuuario.

2.1.6. GRATUITO POR REGLA GENERAL

Ya que en principio no estaba permitido que el mutuuario devolviera en una medida superior a la recibida.

Como primer requisito para la perfección del mutuo romano, tenemos la transferencia de propiedad de la cosa prestada, en la que como supuesto a tal requisito era necesario que el prestamista tuviese capacidad de enajenar, así como el

dominio y propiedad de la cosa que daba en mutuo y que dicha transmisión, se efectuase mediante la tradición; al efecto Paulo señala en el Digesto que: “El mutuo se llama así por que de mío se hace tuyo y si no se hace tuyo no resulta obligación.”⁷² Cabe señalar que en caso de que el mutuante transmitiera una cosa ajena, había que distinguir con que fe actuó el mutuario, debido a que en el Derecho Romano clásico, si obró de mala fe, el tercero propietario de las cosas objeto del mutuo estaba autorizado a recuperarlas mediante la acción reivindicatoria, pero si las cosas se habían consumido, el mutuario era condenado al pago del equivalente en dinero, del valor de la cosa mediante la acción AD EXHIBENDUM.

Cabe indicar que en la evolución del mutuo en las etapas del Derecho Romano se admitieron diversas formas de transmitir la propiedad mediante representantes, mandatarios, etc., así como también fue permitida la transformación de otros contratos al mutuo, por ejemplo Paulo indica que: “Deposité en ti diez, después te permití el uso de ellos: Nerva y Próculo dicen, que antes de que se remuevan se pueden pedir como prestados: y es cierto, como también parece a Marcelo; por que empezó a poseer con el ánimo: luego el riesgo se transfirió al que tomó el dinero en mutuo; y para repetirlo se puede usar de condición.”⁷³ En síntesis se desprende, que la dación de la cosa en propiedad se consideraba realizada, siempre que las cosas pasaren por voluntad del mutuante a propiedad del mutuario a título de préstamo de consumo, aunque no mediase tradición directa y real del

⁷² Digesto, *op. cit.*, cit. XII, 1, 2, 2.

⁷³ Digesto, *op. cit.*, XII, 1, 9, 9.

mutuante al mutuario.

El segundo requisito en el perfeccionamiento del contrato era, que el objeto de mutuo fuesen cosas que se apreciases por su número, peso y medida, así lo precisa el maestro Floris Margadant, al señalar que: "El objeto del mutuo, por tratarse de un contrato que obliga al deudor a reembolsar una misma cantidad de bienes de la misma calidad que tenían los bienes recibidos por él, consistía necesariamente en bienes genéricos que se individualizaban 'pesando, contando, o midiendo'".⁷⁴

Como tercer requisito, encontramos que el mutuario se obligara a restituir al prestamista otras tantas cosas de la misma especie y calidad o sea bienes fungibles. Cabe destacar que la obligación del mutuario de restituir los bienes fungibles se producía al momento de la manifestación de voluntad. Y dicha restitución sólo podría ser exigida al vencimiento del plazo pactado y a falta del mismo, el mutuante podía exigirla en cualquier momento, exigencia esta última condicionada al término que fijara el juez luego de hecho el requerimiento de pago al mutuario.

A continuación procedemos a hacer un breve estudio del mutuo con interés en el Derecho Romano: por su propia esencia, el mutuo romano era un contrato gratuito, puesto que sólo se podía pactar válidamente el pago de intereses mediante

⁷⁴ Margadant S. Guillermo Floris, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge, S. A., tercera edición, México, 1968, pág. 381.

la concertación de un negocio independiente al propio contrato, que se llevaba a cabo por estipulación; como consecuencia, el pago de los intereses no era exigible por regla general, atendiendo a que dentro del Derecho Romano no nacía acción judicial entre los ciudadanos con fundamento tan sólo en un pacto simple, estipulación. Únicamente fue admitido que del simple pacto de intereses surgía para el mutuuario la obligación natural de concederlos, de manera que si espontáneamente los pagaba no podía repetirlos. Así lo señala el maestro venezolano Angel Cristóbal Montes precisando que: "A lo máximo se admitió que del simple pacto de intereses surgía para el mutuuario la obligatio naturalis de cancelarlos, de manera que si espontáneamente los pagaba, no podía reclamar su repetición en virtud de la CONDICTIO INDEBITI."⁷⁵ Lo anterior no fue óbice para que del simple pacto de intereses anexo al contrato de mutuo se generará obligación civil de satisfacerlos, como son, cuando el mutuante fuese una ciudad o un banquero o cuando se tratase de préstamos de consumo marítimos, ahora conocidos a la gruesa, o recayera el objeto del mutuo en bienes en especie.

La causa por la que fueron permitidos los intereses era la de no privar al mutuante de utilidad, especialmente cuando se trataba de préstamos en dinero en la inteligencia de que dichos intereses vendrían a representar el uso de la cosa de que se había privado el prestamista. En la evolución del mutuo con interés dentro del Derecho Romano, se establecieron diferentes limitaciones a la tasa de interés.

⁷⁵ Montes, Angel Cristóbal, "Curso de Derecho Romano". Editorial de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, pág. 281.

El Emperador Justiniano, estableció que no era lícito acumular intereses del tiempo pasado al capital y luego estipular intereses sobre ellos, anatocismo, prescribiendo asimismo que todo pago de incremento de intereses, debía de imputarse al capital.

Finalmente, interesa a este estudio la aparición del Senado Consulto Macedoniano, en la época de Vespaciano, por el cual se prohibía conceder préstamos de dinero a los hijos de familia. Dicho Senado Consulto, como acertadamente lo indica el maestro español Pascual Marín Pérez; "...dio motivo, según la tradición, a esta norma: un hijo de familia llamado Macedo –de donde toma su nombre el senadoconsulto–, que, apremiado por los acreedores, asesinó a su padre para apoderarse de la herencia. Los hijos, en tanto no lleguen a la pubertad, tienen su capacidad de obrar limitada, lo cual los hace irresponsables; y hasta cumplir la mayoría de edad gozan de los beneficios IN INTEGRUM RESTITUTIO."⁷⁶

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que la patria potestad romana, no terminaba con la mayoría de edad del hijo de familia, por lo que los hijos mayores de edad quedaban protegidos por el Senado Consulto, en tanto no tuvieran un patrimonio activo propio. La referida norma prohibitoria no era aplicable cuando el préstamo se efectuase con consentimiento del padre o en provecho suyo, ni cuando

⁷⁶ Marín Pérez, Pascual, Estudio sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1959, pág. 341.

el mutuante fuese menor de edad o ignorase excusablemente, que el mutuario fuese hijo de familia.

2.2. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO GERMANICO

Es importante precisar en que forma se encontraba regulado el contrato a estudio en esta época; así pues, tenemos que el mutuo estaba contenido dentro del contrato de comodato, como lo indica el tratadista Hans Planitz, señalando que, "...aparecía como una subespecie de éste, si bien en el mutuo lo recibido había de restituirse tan sólo en cosas de la misma especie, calidad y cantidad. El mutuo podría ser mutuo de dinero y mutuo de especie."⁷⁷ Por lo que si comparamos cronológicamente la regulación del mutuo en el Derecho Germánico, en el que este contrato se encontraba regulado conforme al comodato, con el Derecho Romano, es óbice la diferencia al simple estudio en cuanto a la autonomía, puesto que como ya sabemos dentro del Derecho Romano existe una regulación individual al mutuo.

Indicada tal diferenciación, es oportuno señalar que dentro de este Derecho Germánico en la edad media y épocas subsecuentes, encontró el contrato de mutuo la separación del comodato, ya no regulándose como una subespecie de éste, como lo fue en el Antiguo Derecho Germánico. Parece apropiada la definición que aportan los juristas alemanes Enneccerus, Kipp y Wolff, al indicar que: "Mutuo es la transmisión de cosas fungibles o del valor de tales cosas al patrimonio del mutuario

⁷⁷ Planitz, Hans, Principios de "Derecho Privado Germánico", traducción de la 3a. edición alemana por Carlos Melón Infante, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1957, págs. 244 y 245.

con la estipulación de devolución de la misma cantidad de cosas de igual especie y calidad.”⁷⁸

En nuestra opinión, tal significación del mutuo germánico comparado con nuestro derecho vigente, es incompatible e inapropiada, puesto que introduce una variante fundamental al concebir una substitución en la transmisión, puesto que arroja la posibilidad de que en vez de transmitir el mutuante al mutuuario bienes fungibles, se transfiera el valor de tales cosas, substitución que no me parece adecuada, puesto que al efectuarse no queda individualizado jurídicamente el objeto del mutuo, ya que es evidente que si se faculta al mutuante el transmitir la cosa o el valor de ella al mutuuario, aparte de que no se individualiza el objeto del mutuo, se faculta a contrario sensu al mutuuario para que cumpla con el contrato restituyendo ya sea la cosa de la misma especie y calidad, o el valor de la misma, pero esta substitución opera para el caso de excepción y no por regla general. Es importante indicar, que en el Derecho Germánico, el mutuo tenía como requisito que el mutuuario se obligaba a restituir bienes de la misma especie, cantidad y calidad, pero consideramos que el motivo de esta substitución al restituirse se protegió el regresar el mismo valor al patrimonio del mutuante, pero sólo para el caso de excepción, en que fuera imposible restituir cosas de la misma especie, cantidad y calidad.

⁷⁸ Enneccerus, Ludwing, Kipp, Theodor, Wolff, Martín, “Tratado de Derecho Civil”, tomo segundo, traducción de la 35a. edición alemana por Blas Pérez G. y José Alguer, Editorial Casa Bosch, Barcelona, 1935, págs. 217 y 218.

Aclarado tal punto procedemos a desarrollar las características del mutuo germánico:

2.2.1. UNILATERAL

El mutuo era rigurosamente unilateral, ya que no imponía obligación alguna al mutuante y por el contrario, de la simple entrega de la cosa o bien fungible con expresión de causa, surge para el mutuario la obligación de restituir al vencimiento del contrato la misma cantidad de cosas que recibió de igual especie y calidad, ya que en caso contrario, no se configuraría el mutuo.

2.2.2. NO DE DERECHO ESTRICTO

Puesto que como se ha advertido, se admitió que era suficiente transmitir sólo el valor del objeto del mutuo al patrimonio del mutuario, esto es que el contrato nacía al transformarse ese valor en el objeto del mutuo y darse al mutuario, por ejemplo en el caso en que se transfería un adeudo en mutuo, el mutuo se perfeccionaba al cobrarse y en tal momento nacía el contrato, de lo que se desprende que una vez cobrada dicha deuda, autorizaba al cobrador a retener esa cantidad en mutuo, así lo indican Enneccerus, Kipp y Wolff, precisando que: “Toda deuda de dinero o de otras cosas fungibles puede transformarse en deuda de mutuo por simple convenio.”⁷⁹

⁷⁹ Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martin, *op. cit.*, pág. 220.

2.2.3. NO FORMAL

Como tercera característica, el contrato de mutuo no era formal, en oposición al real, puesto que se perfeccionaba mediante la entrega de la cosa, de tal forma que el autor alemán Víctor Loewenwarter lo plasma en su obra, señalando que: “Para realizar un mutuo estas cosas deben ser entregadas al mutuuario de manera que reciba, no solamente el mero uso sino el dominio de ella, con la obligación de devolver cosas de la misma calidad y naturaleza.”⁸⁰

2.2.4. TRANSLATIVO DE PROPIEDAD

De lo anterior se infiere la cuarta característica, puesto que es translativo de propiedad, ya que no se transmite sólo el uso del objeto del mutuo, sino que recae en el dominio y propiedad de la cosa.

2.2.5. GRATUITO POR REGLA GENERAL

Ya que fue hasta la edad media en que el mutuo germánico, al igual que el antiguo comodato podía ser remunerado.

Como primer requisito para la perfección del mutuo tenemos la transmisión de propiedad del bien, y al igual que en el Derecho Romano, se requería que el prestamista fuese propietario de la cosa que daba en mutuo y que se efectuase

⁸⁰ Loewenwarter, Víctor, “Derecho Civil Alemán Comparado”, Editorial Nacimiento, segunda edición refundida, Santiago de Chile, 1943, pág. 267.

mediante la transmisión en propiedad al mutuario, así lo indican Enneccerus, Kipp y Wolff, al referir que: “El mutuo exige la transmisión al patrimonio del mutuuario, es un contrato real.”⁸¹

Como segundo requisito, encontramos que el mutuario, en cuanto al convenio de devolución, se obliga a restituir igual cantidad de cosas en especie y calidad. Advirtiendo que, al igual que en el Derecho Romano, en esta época, se admitió que se restituyera menos de lo entregado en mutuo, por lo que se entendía como donada la restante diferencia.

A continuación procedemos a estudiar el contrato de mutuo con interés en el Derecho Germánico; primeramente no fue admitida la estipulación de intereses, debido a que iba en contra de los postulados fundamentales de la iglesia. Así lo indica el tratadista alemán Hans Planitz, aduciendo como razón que, “...prohibía la percepción de intereses por considerarla como usura; sólo existían excepciones en los casos de un riesgo cualificado”.⁸²

El préstamo de consumo con interés, se empezó a conocer en Alemania a finales del siglo XVI, y fue permitido debido a que sí se había estipulado la restitución de más, este pacto representaba una retribución por la privación del valor patrimonial del bien dado durante el tiempo del préstamo; por los excesos en el

⁸¹ Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martin, *op. cit.*, pág. 218.

⁸² Planitz, Hans, *op. cit.*, pág. 245.

cobro de intereses surgió en el año de 1654 un acuerdo imperial por el que se permitió como medida máxima el 5% de intereses, así evolucionó y se fijó el 6% como límite. Procede señalar que en el Derecho Germánico no fue permitido el anatocismo, esto es que los intereses generen a su vez nuevos intereses. Es advertible una estipulación de la ley, que indicó que el pago de intereses debería de hacerse cada año, pero si el bien objeto de mutuo ha de restituirse antes de un año de celebrado, el pago de los intereses se efectuaba al restituirse el bien fungible.

Finalmente el mutuo germánico no estableció ninguna regla especial en cuanto interviniera un hijo de familia, por lo que al intervenir en un contrato de tal naturaleza le eran aplicables las reglas generales del contrato. De tal forman Enneccerus, Kipp y Wolff, al señalar que: “Los mutuos a los hijos de familia no están sometidos a ninguna regla especial.”⁸³

2.3. EL CONTRATO DE MUTUO EN DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO

Primeramente, precisaré que el mutuo en el Derecho Español antiguo fue fuertemente influenciado por el Derecho Romano. De tal forma lo precisa el tratadista español Pascual Marín Pérez, indicando que, “...por lo concierne a la doctrina del préstamo en general, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la inspiración romana es total...”⁸⁴ De tal suerte, procedemos a estudiar en forma

⁸³ Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor, Wolff, Martin, *op. cit.*, pág. 225.

⁸⁴ Marín Pérez, Pascual, *op. cit.*, pág. 323.

general al mutuo en las diferentes etapas del Derecho Civil Español antiguo, como lo son el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, en la nueva Recopilación, etc. Como se ha asentado con anterioridad, el Derecho Romano trató separadamente a los contratos de mutuo y de comodato, sin comprenderlos dentro de la denominación común: por su parte, las Leyes de Partida, como acertadamente lo indica el maestro José Castán Tobeñas, formulando que, "...los han agrupado bajo una figura unitaria, y ha surgido así el contrato de préstamo...".⁸⁵ Así pues el Derecho Español antiguo comprendió bajo la denominación de préstamo a los contratos de mutuo y de comodato, agrupación comprendida en las Leyes de Partida que precisan que: "...e son dos maneras de empréstamo. La una es más natural que la otra:..., como cuando emprestan unos a otros, algunas de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir. E tal préstamo como este, es llamado en latín Mutuum".⁸⁶

Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a otra el uso o la cosa misma, a fin de que la devuelva o entregue otra cosa igual a la prestada, por lo que como lo señala el doctor en derecho Clemente Fernández Elías, "...el préstamo puede ser o para consumir la cosa prestada devolviendo otra igual, o sólo para usarla; en el primer caso el préstamo se llama mutuo, y en el segundo, comodato;..".⁸⁷

⁸⁵ Castan Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo III, Editorial Reus, S. A., sexta edición, Madrid, 1944, pág. 176.

⁸⁶ Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso, quinta partida, glosadas por Gregorio López, tomo II, título 1o. ley 1a., editadas en las oficinas de Benito Cano, Madrid, 1876, pág. 635.

⁸⁷ Fernández Elías, Clemente, "Novísimo Tratado Histórico Filosófico de Derecho Civil Español", Editorial de Leocadio López, primera edición, Madrid, 1873, pág. 626.

Por lo anterior, para estar en posibilidad de comprender los alcances jurídicos del antiguo mutuo español, requerimos precisar las características de dicho contrato:

2.3.1. UNILATERAL

Ya que sólo genera obligaciones al mutuuario, puesto que de la entrega de la cosa no surge para el mutuante obligación alguna, de tal forma lo señala Pascual Marín Pérez, indicando que: “Ni en el Derecho Romano, ni menos aún en Nuestro Derecho histórico, encontramos el menor apoyo legal para deducir que, en algún momento doctrinal, haya podido concebirse el préstamo, aún con interés como un contrato bilateral.”⁸⁸

2.3.2. DE DERECHO ESTRICTO

En posición contraria al Derecho Germánico, ya que como anteriormente se ha dicho, el mutuo en el Derecho Español antiguo, siguió los lineamientos del Derecho Romano, y por tanto el mutuuario no daba cumplimiento al contrato restituyendo al vencimiento del mismo como en el Derecho Germánico, sólo el valor de la cosa o bien fungible dado en mutuo. Así acertadamente lo indica Manresa y Navarro al referirse a las Leyes de Partida, precisando, “...preveía el caso, tratándose del préstamo de cosas fungibles, de que no pudiera el mutuuario, por carencia de las

⁸⁸ Marín Pérez, Pascual, *op. cit.*, pág. 359.

que fueron objeto del mismo, hacer la devolución, obligándole en tal caso a abonar al mutuante el precio de la cosa al tipo que tuviera en el día pactado para la entrega.”⁸⁹ Debemos entender que dicha sustitución en la restitución de la cosa, sólo operaba para el caso de excepción, y no como en el Derecho Germánico que tal sustitución procedía no para el caso de excepción, sino como fue tratado en hojas precedentes, puesto que al permitirse contratar dando el mutuante la cosa o el valor de la misma, se interpreta a contrario sensu, no para el caso de excepción sino en forma general, que el mutuuario se liberaba de la obligación, restituyendo la cosa o el valor de la misma.

2.3.3. REAL

Puesto que se formalizaba el mutuo con la entrega de la cosa, debido a que los efectos propios del contrato no surgen hasta que se realizaba la entrega de la cosa, puesto que como lo afirma el maestro Castán Tobeñas, “...que la simple convención de prestar una cosa, no seguida de la entrega de ésta, podrá ser un contrato de promesa o innominado, cuyo incumplimiento producirá una acción de resarcimiento, pero no constituye el verdadero contrato de préstamo...”⁹⁰

⁸⁹ Manresa y Navarro, José María, “Comentarios al Código Civil Español”, Editorial Reus, S. A., tomo XI, cuarta edición, Madrid, 1931, pág. 542.

⁹⁰ Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, pág. 177.

2.3.4. TRANSLATIVO DE PROPIEDAD

Puesto que como oportunamente lo indica Manresa, "...en el derecho medioeval, en sus comienzos nuestro primer Código consagra al mutuo, al comodato, y al depósito, las diez leyes que integran el tit. 5º del libro 5º del Fuero Juzgo. La ley 1º del tit. 16º del libro 3º del Fuero Real contiene el germen..., por que como él consagra la distinción entre el préstamo, mutuo y el comodato, distinción también contenida en la ley 1º del tit. 1º de la Partida 5º, la que, además, define ambos contratos con bastante precisión señalando la transmisión del dominio como su nota diferencial".⁹¹

2.3.5. GRATUITO POR REGLA GENERAL

Gratuito; puesto que lo es esencialmente como queda evidenciado en lo que se llamó el Libro de las Leyes en el siglo XIII, y que ahora conocemos como las Siete Partidas que indica que, "...es una natura de pleyto de gracia,... entre los omes, de que reciben plazer, e ayuda, los unos de los otros."⁹²

Por otra parte como primer requisito para el perfeccionamiento del mutuo en el Derecho Español antiguo, tenemos la transferencia de propiedad de la cosa prestada, en la que como significación a tal requisito era necesario que el prestamista tuviese capacidad para enajenar los bienes fungibles, y a tal requerimiento recayó

⁹¹ Manresa y Navarro, José María, *op. cit.*, pág. 511.

⁹² Las Siete Partidas, *op. cit.*, 5a. partida, págs. 634 y 635.

regulación especial por el título primero de la quinta partida que definía con bastante precisión las circunstancias en que las ciudades, las iglesias, las villas y hasta los menores de veinticinco años podían celebrar este contrato, que en obvio de repeticiones es innecesario plasmar en este estudio.

El segundo requisito en el perfeccionamiento del contrato, era que el objeto del mismo recayese en bienes fungibles, en la inteligencia de no incurrir en el error de identificar los bienes fungibles con los consumibles; así oportunamente señala Castán Tobeñas que, "...pues no es tanto la naturaleza de las cosas como la voluntad de las partes la que determina que un préstamo sea de uso o de consumo".⁹³

Como tercer requisito encontramos, que el mutuario se obligará a restituir los bienes fungibles en la misma cantidad, especie y calidad, produciéndose la obligación al momento de la manifestación de voluntad. Dicha restitución sólo podía ser exigida en el día señalado en el convenio, pero si no se convino término alguno como acertadamente lo señala Manresa, refiriéndose a la época de las partidas "...débesela dar a voluntad del que se la prestó, diez días después de prestada".⁹⁴

A continuación procedemos a hacer un breve estudio del contrato de mutuo con interés dentro de la época antigua del Derecho Español. El mutuo por su esencia, generalmente es un contrato gratuito, pero podía ser pactado con intereses, en cuyo

⁹³ Castán Tobeñas, José, *op. cit.*, pág. 178.

⁹⁴ Manresa y Navarro, José María, *op. cit.*, pág. 539.

caso a dicho a interés se le llamaba usura. En principio diremos que existen tres principales sistemas seguidos por las legislaciones para regular el préstamo de consumo con interés:

El primer sistema que apareció en el ámbito jurídico fue denominado el de la prohibición absoluta, este rigió en las partidas, sin duda influenciadas por el Derecho Canónico, indicándose en ellas que, "...tal promission non vale, nin es tenuto de la cumplir el que la faze... e esto es, manera de usura".⁹⁵ En tanto que también en el Libro de las Leyes al igual que en los Derechos Romano y Germánico se permitió restituir menos de lo recibido, considerándose donado lo restante.

El segundo sistema seguido por algunas legislaciones se caracterizó por una prohibición limitada en la estipulación de intereses, mediante la fijación de una tasa máxima de estos, este fue adoptado por el Fuero Juzgo, en donde se establece un interés máximo del uno por ocho, y si se excedía de dicha tasa, se consideraba usuario el interés y por tanto nulo el pacto. Cuando se trataba de bienes distintos del dinero, se debía de dar al cabo de un año una tercera parte de lo recibido. En el Fuero Real, se permitía a los judíos un interés del tres por cuatro al año. Mientras que en la Novísima Recopilación se señalan tipos de tasa más bajos que los indicados anteriormente.

Por último encontramos el sistema de la libertad completa de estipulación de

⁹⁵ "Las Siete Partidas", *op. cit.*, 5a. partida, pág. 803.

intereses; con la Ley del catorce de marzo de mil ochocientos cincuenta y seis se abolieron las tasas, iniciando así el sistema de amplia libertad en cuanto al tipo de interés convencional, que después se afectó por la Ley de Represión de la Usura de 1908.

2.4. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL CODIGO NAPOLEON

El contrato de mutuo en el Código Napoleón, fue fuertemente influenciado, al igual que en el Derecho Español antiguo por el mutuo romano, pero con la salvedad que fue comprendido como una especie, junta al comodato del préstamo en general, así lo indican los tratadistas Marcel Planiol y Jorge Ripert, señalando que: “El préstamo es aquel contrato por el cual una de las partes (tomador) recibe de la otra, prestamista una cosa que se obliga a restituir en especie equivalente, después de haberla usado cierto tiempo.”⁹⁶

Los tratadistas Henry, León y Jean Mazeaud, refiriéndose en particular al mutuo, lo definen como “...un contrato por el cual una persona, el prestador entrega a otra, el prestatario, para que se sirva de ella, ya sea a título gratuito u oneroso, una cosa consumible y fungible”.⁹⁷ Para el Código Napoleón, en su artículo 1892, el préstamo de consumo es; “...un contrato por el cual una de las partes entrega a otra

⁹⁶ Planiol, Marcel, Ripert, Jorge, “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, traducción de Mario Díaz Cruz, tomo XX, Editorial Cultural, S. A. La Habana, 1946, pág. 405.

⁹⁷ Mazeaud, Henry, León y Jean, “Lecciones de Derecho Civil”, traducción de Luis Alcalá Z. volumen IV, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pág. 431.

cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, quedando obligada esta última a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.”⁹⁸

De las definiciones anteriores queda esclarecida la regulación y alcance jurídico que tuvo el mutuo dentro del Código Napoleón, y para su mejor comprensión pasaremos a delimitar sus características particulares:

2.4.1. UNILATERAL

Puesto que sólo genera obligaciones al mutuario; los tratadistas Ambrosio Colín y H. Capitant indican que: “El préstamo entra también en la categoría de los contratos unilaterales, ya que, en el momento en que este contrato se crea no engendra obligaciones más que para el prestatario, que viene obligado a restituir... El préstamo, por consiguiente, forma parte de esa clase de contratos unilaterales a los que se da el nombre de sinalagmáticos imperfectos.”⁹⁹

2.4.2. DE DERECHO ESTRICTO

Ya que al vencerse el término convenido el mutuario estaba obligado a restituir otro tanto del mismo género y calidad de las cosas que recibió; el autor Luis

⁹⁸ “Código de Napoleón”, Editor Juan Buxo, La Habana, 1921, págs. 461 y 462.

⁹⁹ Colín, Ambrosio, Capitant, H., “Curso Elemental de Derecho Civil”, traducido por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo IV, tercera edición, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1955, pág. 641.

Josserand, precisa que, "...el prestatario ha de restituir, no idénticamente las cosas recibidas, sino cosas de la misma especie y calidad, en el mismo número."¹⁰⁰ Cabe pues indicar que esta característica surge, al igual que en el Derecho Español antiguo, en contraposición al Derecho Germánico, puesto que, como lo señala Josserand, "...si el deudor se encuentra en la imposibilidad de devolver cosas idénticas a las que recibió, debe pagar su valor en dinero."¹⁰¹ Tal substitución, al momento de restituir, es facultada por el Código Napoleón sólo para el caso de excepción y no surge como en el Derecho Germánico, de la posibilidad que tenía el mutuante de dar los bienes objeto del mutuo o el valor de los mismos al mutuario.

2.4.3. REAL

Debido a que el contrato de mutuo surgía la vida jurídica por la entrega del bien objeto del mutuo, así lo indican Henry, León y Jean Mazeaud al prescribir que: "...el mutuo es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada; y puede ir precedido de una promesa de préstamo puramente consensual".¹⁰²

2.4.4. TRANSLATIVO DE PROPIEDAD

Puesto que como efecto del contrato y la entrega de la cosa prestada, el

¹⁰⁰ Josserand, Louis, "Derecho Civil", traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, tomo II, Editorial Casa Bosch, Buenos Aires, 1951, pág. 269.

¹⁰¹ Josserand, Louis, *op. cit.*, págs. 269 y 270.

¹⁰² Mazeaud, Henry, León y Jean, *op. cit.*, pág. 440.

mutuario hace suya la misma, de lo que se derivan, como lo precisan Colín y Capitant, condiciones que se exigen al prestador: “De aquí se deduce que para poder prestar hace falta: A) Ser propietario de dicha cosa. B) Tener capacidad para enajenarla.”¹⁰³ Se requiere por tanto, ser propietario de dicha cosa, ya que de no serlo no se puede transferir la propiedad del bien, y ya que el préstamo de consumo es un acto de disposición, quienes sólo tienen poderes o una capacidad limitada a actos de administración, no pueden contratar en mutuo válidamente.

Dado que el consentimiento no está sometido a ninguna solemnidad y el contrato se perfecciona por la entrega de la cosa, el mutuante debe tener capacidad de enajenar, ya que el mutuo produce la transmisión de propiedad. Es importante señalar que en el mutuario sólo se exige la capacidad de disponer, por que éste consume la cosa encontrándose obligado a recurrir a su capital para devolver cosa semejante.

2.4.5. GRATUITO POR REGLA GENERAL

Puesto que lo es esencialmente, así lo indican Colín y Capitant al señalar que: “El préstamo es en principio un contrato desinteresado, a menos que no se haya expresamente pactado en contrario.”¹⁰⁴

¹⁰³ Colín, Ambrosio, Capitant, H., *op. cit.*, pág. 647.

¹⁰⁴ Colín, Ambrosio, Capitant, H., *op. cit.*, pág. 650.

A continuación, desarrollaremos los requisitos de perfeccionamiento del contrato, y en primer término encontramos que la entrega de la cosa tiene que ser a título de transmisión de propiedad, ya que como lo conciben Planiol y Ripert, "...la entrega es la que pone las cosas prestadas a riesgo del tomador y le transmite la propiedad".¹⁰⁵

El segundo requisito, es que el mutuo recayese sobre bienes fungibles, debiendo aclarar que no es posible identificarlos con los consumibles, Josserand precisa que, "...el carácter fungible e incluso hasta el carácter consumible de las cosas dependen en cierto modo de la voluntad de las partes".¹⁰⁶

Como tercer requisito encontramos que el mutuante se obliga a restituir en el plazo convenido una misma cantidad de bienes de la misma especie y calidad. Adviértase, que en caso de no haberse señalado plazo, o se hubiese dejado el señalamiento del mismo a voluntad del mutuario, el mutuante no puede, por su parte, fijar el momento para el reembolso de la convención. Así lo indican Colín y Capitant, al señalar que: "Y si no se ha estipulado ningún plazo, la ley confiere al juez cierta facultad de fijar la fecha de la restitución, según las circunstancias."¹⁰⁷

Seguidamente, procedemos a hacer un breve estudio del mutuo con interés

¹⁰⁵ Planiol, Marcel, Ripert, Jorge, *op. cit.*, pág. 420

¹⁰⁶ Josserand, Louis, *op. cit.*, pág. 263.

¹⁰⁷ Colín, Ambrosio, Capitant, H., *op. cit.*, pág. 649.

consagrado en el Código Napoleón. En primer término es procedente señalar que si vencido el plazo el mutuario no restituye otro tanto de la misma especie y calidad del bien que se le dio en mutuo, a partir de dicho vencimiento se generan intereses moratorios con cargo a él.

No estamos de acuerdo con lo indicado por Planiol y Ripert al señalar que: “Como el pacto de intereses debe de ser expreso, no se devengan intereses... por el sólo hecho del vencimiento de un préstamo contratado ‘sin intereses por toda la duración del préstamo’.”¹⁰⁸ Resulta inadecuada tal afirmación, puesto que al constituirse en mora el mutuario, por el sólo hecho de que no se hayan pactado intereses, no debe estimarse que tal mora carece de efectos jurídicos; de ser así, entonces se caería en el absurdo de facultar al mutuante a restituir cuando el quisiera, por no ser posible aplicarle pena civil alguna.

El Código Napoleón regula en su artículo 1907 dos clases de interés al indicar que: “El interés será legal o convencional. El interés legal será fijado por la ley. El interés convencional podrá ser mayor que el que fije la ley, siempre que ésta no lo prohíba. El tipo de interés convencional deberá fijarse por escrito.”¹⁰⁹

En cuanto al anatocismo, Planiol y Ripert señalan que: “...nada prohíbe la estipulación de intereses compuestos, con la única condición de que los intereses del

¹⁰⁸ Planiol, Marcel, Ripert, Jorge, *op. cit.*, pág. 414.

¹⁰⁹ “Código de Napoleón”, *op. cit.*, pág. 464.

capital no pase a su vez a producir intereses sino cuando hayan vencido por todo un año completo".¹¹⁰

2.5. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO

XIX

2.5.1. EN EL CODIGO CORONA DE VERACRUZ LLAVE DE 1868

A efecto de realizar un estudio comparativo de lo que significó el contrato de mutuo en el Derecho Civil Mexicano abrogado, comenzaremos por estudiar el mutuo en el Código Civil del Estado de Veracruz Llave, también llamado Corona, por tomar el nombre de su autor, el licenciado Fernando de Jesús Corona.

En dicho ordenamiento, al igual que en el Derecho Civil Español y Francés, como se ha apuntado anteriormente, fue agrupado con el comodato, bajo el género de préstamo, y fue regulado dicho préstamo como el contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra una cosa para que use de ella y se la devuelva. Dentro de tal regulación se comprendieron dos especies, atendiendo a que el objeto al ser usado se consumiera o no. Tratándose de cosas que se puedan usar sin destruirlas, entendido esto, sin consumirlas, el contrato se llamaría comodato; pero si las cosas se consumieran por el uso que se hace de ellas, en tal caso se le denominaría contrato de mutuo, o como doctrinalmente se les ha denominado, al primero de ellos préstamo de uso, y al segundo. préstamo de consumo.

¹¹⁰ Planiol, Marcel, Ripert. *Jorge. op. cit.*, pág. 444.

A continuación procedemos a destacar las características del mutuo en el Código Corona:

2.5.1.1. Unilateral

Toda vez que las obligaciones recaen únicamente en el mutuario; así lo establece el artículo 2103 al estipular que: “El que recibe... está obligado a devolver al acreedor otro tanto de su misma especie y calidad”,¹¹¹ de tal forma que las obligaciones sólo son para uno de los contratantes.

2.5.1.2. De derecho estricto

Como efecto de la característica anterior, toda vez que como lo preceptúa el Código, el deudor esta obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

2.5.1.3. Real

Como lo evidencía el estudio del artículo citado: “El que recibe en préstamo dinero u otras cosas fungibles,..”,¹¹² de lo que se infiere que fue un contrato real, ante los formales, puesto que se perfeccionaba mediante la entrega de la cosa por la figura de la tradición.

¹¹¹ “Código Civil del Estado de Veracruz Llave”, Imprenta El Progreso, Veracruz, 1868, pág. 516.

¹¹² *Idem.*

2.5.1.4. Gratuito por regla general

Pero aceptándose que podrían pactarse intereses.

Antes de señalar los requisitos del perfeccionamiento del contrato, procedemos a hacer un señalamiento de las generalidades del mutuo en el Ordenamiento a estudio, y como fueron reguladas. En cuanto a la restitución del bien el artículo 2104 observa que cuando el préstamo es de dinero, y "...es imposible entregar la moneda pactada, se cumplirá pagando... su valor legal al tiempo de hacerse la devolución",¹¹³ pero según el artículo 2105 "...si el préstamo es de otra cosa fungible o una cantidad igual a la recibida... aunque sufra alteración en su precio."¹¹⁴ Tres casos son previstos para cuando no se pueda pagar en la especie pactada, por falta de ella en el mercado o porque tenga en ese momento un precio muy elevado, ya que si es imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, se permitía que el mutuuario se liberará de la obligación entregando el precio del bien prestado en el lugar y tiempo en que se debe de hacer la restitución. En cuanto al lugar en que deba hacerse la restitución, si no fue precisado el mismo, se hará ésta en el lugar señalado por la ley para el que paga. En cuanto al tiempo de restitución, si se pactó que el mutuario pagase cuando tuviese medios, debe ser condenado a pagar desde que parezca hallarse en estado de hacerlo, pero si no se ha fijado plazo, se necesita del requerimiento del mutuante ante el juez, quien puede conceder al mutuario un plazo según las circunstancias, con tal de que no sea de un

¹¹³ "Código Civil del Estado de Veracruz Llave", *op. cit.*, págs. 516 y 517.

¹¹⁴ *Idem.*

mes como mínimo. Si el mutuario prometió pagar se le requiera para ello, tendrá un plazo de diez días a partir del requerimiento.

Como requisitos de perfeccionamiento del contrato encontramos que se requiere la transferencia de propiedad, por lo que era necesario que el prestamista o mutuante fuese propietario de la cosa que daba en mutuo, bien que pasaba a título de propiedad a patrimonio del mutuario.

El segundo requisito para que se constituyera el mutuo, era que, el tomador en cuanto al convenio de devolución se obligara a restituir en el contrato otro tanto de la misma especie y calidad.

A continuación procedemos a hacer un breve estudio del mutuo con interés en el llamado Código Corona de Veracruz: primeramente, fue permitido el pacto de intereses en el contrato de mutuo, pero se requería una formalidad para que fuese válido, así se indicó en el artículo 2110 al precisar que, "...pero será nulo ese pacto, si no consta por escrito".¹¹⁵ El citado Código, contempla y previene dos tipos de intereses:

A.1) El convencional, que es el interés 1. que libremente pactan los contratantes, y en atención al artículo 2111, "...no tiene más tasa que la que fijan los

¹¹⁵ "Código Civil del Estado de Veracruz Llave", *op. cit.*, pág. 518.

contratantes".¹¹⁶

A.2) Legal, que es aquel que sin haberse pactado debe abonar el deudor cuando incurre en mora. O cuando se pacta que la tasa de los intereses que se producirán en el contrato es la legal.

Por la libertad de fijar la tasa que tienen los contratantes, se coloca a éste Código dentro del sistema en el que existió la libertad completa de estipulación de interés. Cabe indicar que en este Ordenamiento se permitió que las prestaciones estipuladas en favor del mutuante fuesen consideradas como intereses, y que cuando el mutuante diera recibo al mutuario del capital que le fue restituido, sin mención alguna en cuanto a intereses, se extinguía la obligación del deudor de pagarlos.

Por último es importante precisar que se permitió en este Código lo que doctrinalmente se conoce como anatocismo que no es más que la capitalización de intereses, pero con la salvedad de que sólo los intereses vencidos después de un año pueden capitalizarse y además se podía estipular un nuevo interés sobre este aumento de capital.

2.5.2. EN LOS CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE BAJA CALIFORNIA DE 1870 Y 1884

El contrato de mutuo en los Códigos Civiles para el Distrito Federal y el

¹¹⁶ *Idem.*

Territorio de Baja California de 1870 y 1884.

La regulación del contrato de mutuo en el Código Civil de 1870 sufrió pequeñísimas transformaciones en el Código que lo abrogó, de 1884 y dado que sólo se modificó su forma y no su contenido, por ello procedemos a estudiar al mutuo en forma conjunta en ambos códigos, a efecto de no incurrir en repeticiones innecesarias.

Al igual que en algunas legislaciones, como son la francesa, la española y la del Estado de Veracruz Llave, los códigos de 1870 y 1884 regularon en forma conjunta al contrato de comodato y al de mutuo, bajo la denominación genérica de contrato de préstamo.

Enfocado al contrato de mutuo, el préstamo se entendió, como lo señala el comentarista Manuel Mateos Alarcón, en la siguiente forma: “Se llama mutuo a toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible, con la obligación de restituir otro tanto del mismo género o calidad.”¹¹⁷

Por lo que toca a la definición que del préstamo en general emplea el Código de 1870 en su artículo 2785 se lee: “Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesión, gratuita, o a interés, de cosa fungible, con la obligación de devolver otro

¹¹⁷ Mateos Alarcón, Manuel, Estudio sobre el “Código Civil del Distrito Federal”, tomo V Imprenta de Díaz de León sucesores, México, 1896, pág. 173.

tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama comodato, y en el segundo mutuo.”¹¹⁸ Tal concepción es idéntica a la que bajo el artículo 2661 emplea el código de 84. De tal suerte, en nuestra opinión ambos códigos establecen, de manera inapropiada reglas generales aplicables al comodato y al mutuo; no es debido diferenciarlos en atención al objeto sobre el que recae y pensamos, que en tal caso la distinción debería de hacerse en cuanto a la voluntad de los contratantes de enajenar o de sólo prestar el bien.

Pasemos a continuación a estudiar en particular al mutuo y como fue regulado dentro de los dos códigos a estudio. Al efecto citaremos primeramente el código de 1870 y sólo haremos un señalamiento del código de 1884, en caso de que dicho código presente alguna variante. Una vez aclarado lo anterior a continuación procedemos a señalar las principales características que el mutuo presentó:

2.5.2.1. Unilateral

Puesto que sólo general obligaciones a cargo del mutuuario, como lo es la restitución en propiedad al mutuante de un bien de la misma especie, calidad y cantidad. Doctrinalmente se ha pretendido concebir al mutuo como un contrato bilateral, aduciendo que el contrato queda formado y surte obligaciones entre las partes por igual, como lo son la de dar y restituir el bien por el simple consentimiento de los contratantes. Pero tal concepción en opinión de algunos

¹¹⁸ "Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California", Adoptado al Estado de Puebla, tomas F. Nweve y Comp., editores, Puebla. 1871. págs. 188 y 189.

tratadistas es desafortunada, aduciendo los mismos, que el consentimiento no perfecciona este contrato, sólo es un elemento de validez: el tratadista Mateos Alarcón, señala que: “El consentimiento mutuo de los contratantes produce sin duda algunos efectos jurídicos, por que engendra la obligación del que presta de entregar la cosa que prometió, al cumplimiento de la cual se le puede estrechar judicialmente; pero entre tanto no cumpla ese deber no existirá en realidad el préstamo sino una promesa de él.”¹¹⁹ En tal caso según estos tratadistas es correcto afirmar, la unilateralidad del mutuo, puesto que como lo precisa Mateos Alarcón: “El mutuo, ..es un contrato unilateral que no produce obligación alguna a cargo del mutuante; pero la buena fe que debe presidir en él,.. exige que aquel no engañe al mutuatario..”,¹²⁰ así se sobre entiende al precisar el Código de 70 en su artículo 2819 que, “...el mutuante es responsable de los perjuicios que el mutuario sufra..”,¹²¹ como también fue indicado por el código de 84 en el artículo 2691, en tales circunstancias el mutuante está obligado a denunciar al mutuario los defectos que tiene la cosa prestada si son tales que puedan causarles perjuicios, y si no lo hace así es responsable de ellos.

2.5.2.2. De derecho estricto

Ya que al vencerse el término convenido, el mutuario estaba obligado a restituir no las mismas cosas que él recibió sino otras tantas del mismo género y

¹¹⁹ Mateos Alarcón, Manuel, *op. cit.*, pág. 175.

¹²⁰ Mateos Alarcón, Manuel, *op. cit.*, pág. 206.

¹²¹ “Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California”, *op. cit.*, pág. 190.

calidad; de tal forma lo preceptúa el artículo 2810 del Código de 70 al indicar que: “El mutuuario tiene obligación de restituir en el plazo convenido otro tanto del mismo género y calidad de lo que recibió”,¹²² esto también fue regulado de la misma forma por el artículo 2685 del Código de 84. Cabe indicar que cuando no se haya fijado término en el contrato, pudiera o no ser exigible en el acto, por ser una obligación que existe sin término, a lo que me adhiero a lo indicado por los comentaristas Esteban Calva y Francisco de P. Segura, en el sentido de que, “...sería preciso que el mutuuario hubiera obtenido las ventajas del préstamo, y estas no se conciben si en el momento de recibir tiene la obligación de devolver”.¹²³ Por lo que sería apócrito pensar que por no haberse señalado un plazo de restitución, el mutuante una vez que diera la cosa pudiera exigir que en ese momento le fuera restituida; a tal laguna el Código de 70 quiso en su artículo 2814 dar una solución justa diciendo que: “En que todos los demás casos la obligación de restituir comienza desde el requerimiento judicial.”¹²⁴ De igual forma fue tratado por el Código de 84 en cuanto al tiempo de restitución que remitía al artículo 1517 indicando que: “...se hará éste cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato”.¹²⁵ Preciso es indicar que cuando el mutuario fuese labrador o persona que percibiese

¹²² *Idem.*

¹²³ Calva, Esteban, Segura, Francisco de P., *Instituciones de Derecho Civil*, tomo III, Imprenta de Francisco Díaz de León, primera edición, México. 1883, pág. 529.

¹²⁴ “Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California”, Puebla, 1871. *op. cit.*, pág. 190.

¹²⁵ “Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California”. México, 1884, pág. 254.

frutos mediante cosechas, la restitución debería de ser en la siguientes cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos.

2.5.2.3. No formal

Puesto que no se requería solemnidad alguna para otorgar el contrato.

2.5.2.4. Real

Así lo indican los tratadistas Calva y Segura, precisando: “El préstamo se ha colocado en la categoría de los contratos reales, por que la obligación del que recibe el préstamo, ..en realidad no comienza sino desde el instante en que la cosa se le ha entregado...”¹²⁶ De lo que se infiere que la tradición es esencial en el mutuo; antes de la entrega habrá sólo una promesa de mutuo.

2.5.2.5. Translativo de propiedad

Dado que el mutuario hace suya la cosa prestada, pues de otra manera no podría emplearla libremente. En tal forma debemos de indicar que nuestro código de 1870 consagró en su artículo 2786 que: “Pueden dar y recibir en préstamo los que pueden disponer libremente de sus cosas”,¹²⁷ de igual forma fue regulado por el Código de 84 en su artículo 2662, por lo que se requiere la capacidad en el mutuante y el requisito esencial del mismo de ser propietario de la cosa o bien fungible que

¹²⁶ Calva, Esteban, Segura, Francisco de P., *op. cit.*, págs. 502 y 503.

¹²⁷ “Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California”, 1870, *op. cit.*, pág. 189.

daba en mutuo. De la transmisión de propiedad se generan dos consecuencias importantes señaladas por el tratadista Mateos Alarcón, al indicar que: “1a. El riesgo de la cosa prestada es de cuenta del mutuuario, desde que se le entrega (art. 2, 809, Cód. Civ.); 2a. El mutuuario tiene obligación de restituir en el plazo convenido, otro tanto del mismo género y calidad (art. 2, 810, Cód. Civ.)”.¹²⁸ Preciso es señalar que tales referencias se hacen en relación con el Código de 70 y en el Código de 84 fueron de igual forma reguladas por los artículos 2684 y 2685.

2.5.2.6. Gratuito por regla general

Sólo cuando el mutuo no fuese pactado con interés.

Como primer requisito para el perfeccionamiento del mutuo en nuestro derecho civil, de los Códigos de 1870 y 1884, encontramos que en el préstamo se transmitiera la propiedad del bien fungible, y como ya se ha precisado se requería que dicha transmisión se efectuase mediante tradición.

El segundo requisito en el perfeccionamiento del contrato era que el objeto del mismo fuesen cosas fungibles.

Finalmente, como tercer requisito, encontramos que el mutuuario se obligase a restituir dentro del plazo pactado otro tanto de los mismos bienes, en igual especie y calidad.

¹²⁸ Mateos Alarcón, Manuel, *op. cit.*, pág. 197.

A continuación procedemos a estudiar el mutuo con interés en ambos Códigos, indicando que como oportunamente lo refiere el tratadista Mateos Alarcón, "...el mutuo con interés difiere del simple, en que es un contrato oneroso, en el cual el mutuante recibe los intereses estipulados en cambio del goce de las cosas prestadas, y en que éste por su naturaleza gratuito."¹²⁹

Es importante ahora señalar que la estipulación del pago de intereses no altera la naturaleza del contrato de mutuo en cuanto a su unilateralidad, y sólo quedará obligado el mutuario aunque su obligación sea mas onerosa, ya que tiene que restituir bienes de la misma especie, cantidad y calidad más los intereses pactados.

Es oportuno indicar que dentro de la regulación que al contrato de mutuo hacen los Códigos de 1870 y 1884, la permisión de estipular intereses no sólo podría recaer cuando el objeto del mutuo fuese dinero, sino también cuando se tratase de géneros. Se regularon dos clases de intereses, el interés legal cuya tasa estaba fijada por la ley y el convencional que como lo expresa la parte expositiva del Código de 1870 "...el interés convencional queda al arbitrio de los contratantes, exigiéndose en el 2825, que su tasa se fije en el mismo contrato, pues lo contrario sería de fatales consecuencias"¹³⁰

¹²⁹ Mateos Alarcón, Manuel, *op. cit.*, pág. 208.

¹³⁰ "Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California", 1870, *op. cit.*, pág. 83.

El interés legal, al estar fijado por la ley, establece una tasa del 6% como máximo anual y el convencional, al fijarse al arbitrio de los contratantes puede ser mayor o menor que el interés legal, a lo que Calva y Segura indican: “Aunque la absoluta libertad del interés convencional ha sido reconocida y proclamada en la ley actual,.. la tasa de dicho interés debe incluirse en el mismo contrato de mutuo...”¹³¹

Seguidamente procedemos a subrayar algunas características generales que revistió el mutuo con interés: cuando el mutuario debía intereses y abonase algunas cantidades éstas se aplicaban a los intereses vencidos y lo que sobraba de ellas se imputaba al capital, así como que el mutuario era responsable de los intereses legales desde que se constituía en mora.

¹³¹ Calva, Esteban y Segura, Francisco de P., *op. cit.*, pág. 539.

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO

El mutuo es un contrato translativo de dominio, que como ya vimos en el capítulo primero de esta tesis, indebidamente había sido estudiado en los Códigos de 1870 y 1884, junto con el comodato, que es un contrato translativo de uso, bajo la denominación genérica de préstamo, comprendiéndose luego entonces las dos especies, mutuo y comodato, bajo dicha denominación. Establecían los citados Códigos que existían características comunes a ambos contratos, tanto así que se les denominaba préstamo de consumo y préstamo de uso, respectivamente; a diferencia de tal regulación, el actual Código, dispone que son contratos con características sustancialmente distintas, y define al mutuo, como lo hace la doctrina, entre los contratos translativos de dominio, y al comodato entre los translativos de uso.

3.1. CONCEPTO DE MUTUO

El Código Civil vigente, en su artículo 2384 establece que: "El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad."¹³² Las partes en este contrato toman el nombre de mutuario o mutuataria, que es quien recibe en propiedad los bienes fungibles dados en mutuo, y se obliga a su vez a restituir el bien fungible en un plazo, y de mutuante.

¹³² "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 170.

que es aquel que transmite la propiedad de los bienes fungibles, teniendo a su vez el derecho de recibir al vencimiento del plazo los bienes de la misma especie y calidad que los que él entregó.

Por tanto como lo señala el tratadista Leopoldo Aguilar Carbajal: “Es un contrato translativo de dominio; pero la propiedad se transmite por efecto del contrato, no como elemento de formación; por esto la definición legal expresa que se obliga el mutuario a transferir la propiedad, no indica que la transfiera al momento mismo de la celebración...”¹³³ Cabe hacer la aclaración que según el artículo 2393 “...es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros”,¹³⁴ por tanto destaca, que el Código prevé la posibilidad de que el mutuario al hacer la restitución, deba además de transmitir en propiedad el bien fungible que se obligó a restituir, un interés que puede consistir en géneros o en dinero, siempre que así se haya pactado, o sea que al contratar se haya mencionado la existencia de un interés en el contrato.

3.2. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE MUTUO

3.2.1. EL CONTRATO DE MUTUO ES BILATERAL

En principio, tenemos que los contratos unilaterales son aquellos, en los cuales los derechos son para una parte y las obligaciones para la otra. El maestro

¹³³ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *op. cit.*, pág. 133.

¹³⁴ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 171.

Leopoldo Aguilar Carbajal nos da una definición precisa, de lo que para él es un contrato bilateral al indicar que: “En el contrato con prestaciones recíprocas cada parte está obligada a una o a varias prestaciones respecto de la otra; es decir, entre la prestación y la contraprestación se establece un nexo lógico, una interdependencia recíproca; se afirma que una es causa de la otra...”,¹³⁵ así pues tenemos que el contrato de mutuo existe por el simple acuerdo de voluntades de las partes, para entregar y recibir en mutuo, y por tanto existen obligaciones para ambas partes y dicho contrato en la actualidad es bilateral ya que las obligaciones y derechos que se crean por el contrato, son correlativas a las partes y recíprocas a la mismas.

Dentro de la clasificación de los contratos, en unilaterales o bilaterales, tenemos que existen contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes, y que por hechos posteriores durante la vigencia del contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte, a dichos contratos se les ha llamado sinalmáticos imperfectos, los cuales no se incluyen bajo tal denominación en nuestro Código Civil, y al mutuo no se le puede considerar como tal, puesto que desde un principio es bilateral.

3.2.2. EL CONTRATO DE MUTUO PUEDE SER GRATUITO U ONEROSO

3.2.2.1. El contrato de mutuo como contrato gratuito

Por regla general el contrato de mutuo es gratuito, señalándose que por

¹³⁵ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *op. cit.*, pág. 37.

contrato gratuito se entiende a aquél en el cual los provechos son solamente para una de las partes, y así indica el catedrático Miguel Angel Zamora y Valencia, que: “No deben confundirse los contratos unilaterales con los gratuitos, ni los onerosos con los bilaterales. Una clasificación es desde un punto de vista estrictamente jurídico y la otra es desde un punto de vista económico; una atiende a las obligaciones y otra a los provechos y gravámenes que genera”,¹³⁶ de tal forma, que el contrato de mutuo será gratuito por regla general, cuando sea un contrato de mutuo sin interés, también llamado mutuo simple.

3.2.2.2. El contrato de mutuo como contrato oneroso

El maestro Manuel Borja Soriano indica que: “Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos...”,¹³⁷ por tanto, con base en la autorización legal al mutuo con interés, contenida en el artículo 2393, que ha sido transcrito en líneas anteriores, tenemos que al estipularse un interés con cargo al mutuuario, el contrato se transforma de simple o gratuito a con interés y oneroso, produciéndose en la existencia de este último una subclasificación del mutuo como contrato conmutativo, en oposición al aleatorio.

¹³⁶ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 47.

¹³⁷ Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, pág. 131.

3.2.3. EL CONTRATO DE MUTUO ES CONMUTATIVO

El tratadista Francisco Lozano Noriega, indica que: “Pero esta clasificación de contratos en onerosos y gratuitos, a su vez es susceptible de una subclasificación... Dentro de esta especie genérica –contratos onerosos– podemos distinguir dos especies: son los contratos Conmutativos y los Aleatorios.”¹³⁸ En donde contrato conmutativo es aquel en el cual las prestaciones son ciertas y determinadas desde la celebración del contrato y el aleatorio el contrato en el cual, la cuantía de las prestaciones depende de un acontecimiento incierto; por tanto tenemos que el contrato de mutuo es un contrato conmutativo en oposición a los aleatorios, puesto que las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde la celebración del contrato.

3.2.4. EL CONTRATO DE MUTUO ES PRINCIPAL

El contrato de mutuo al ser principal, existe en sí mismo, esto es, que no depende de otro contrato, ni de una obligación preexistente, sino que tiene autonomía jurídica propia. El contrato accesorio es aquel que no tiene existencia propia, o sea que depende de otro para nacer y subsistir en la vida jurídica. Cabe indicar, a mayor abundamiento, el señalamiento que hace el maestro Rafael de Pina, prescribiendo que califican de, “...principales a los que cumplen por sí mismos un fin contractual propio y subsistente, sin relación con ningún otro... y de accesorios a

¹³⁸ Lozano Noriega, Francisco, cuarto curso de Derecho Civil, contratos, Editorial UNAM, México, 1982, tercera edición. pág. 12.

los que sólo pueden existir por consecuencia o en relación con otro contrato anterior...”,¹³⁹ por ende el contrato de mutuo siempre será principal, porque existe y subsiste por sí mismo, realizando su propia finalidad económica y jurídica, que es la de proporcionar a una persona denominada mutuario un bien fungible en propiedad, pero con la obligación de restituir a la otra, mutuante, una cosa fungible igual en especie, cantidad y calidad a la que por su parte él recibió.

3.2.5. EL CONTRATO DE MUTUO ES CONSENSUAL EN OPOSICION AL REAL

Desde el punto de vista de la entrega de la cosa como un elemento constitutivo del contrato o como una obligación nacida del mismo, se pueden clasificar los contratos en reales o consensuales. Empezaremos por precisar que contrato real es aquel en que no basta el consentimiento, sino que es necesaria la entrega de la cosa objeto del contrato, para el perfeccionamiento del mismo, y por su parte el contrato consensual, en oposición al real, es el que se perfecciona por el sólo consentimiento de los contratantes, sin necesidad de que se entregue la cosa.

Indicado lo anterior, y como hemos visto en el capítulo primero de esta tesis, en Roma el mutuo era un contrato real, mismo carácter que presentó en el Código Napoleón, en el Derecho Español antiguo, en el Derecho Germánico y aún dentro de los Códigos de 1870 y 1884 de nuestro Derecho Civil Mexicano abrogado. En el Código vigente tal conceptualización de real al contrato de mutuo desaparece,

¹³⁹ De Pina, Rafael, *op. cit.*, pág. 308.

por lo que basta el simple consentimiento para que el contrato quede perfeccionado.

3.2.6. EL CONTRATO DE MUTUO ES CONSENSUAL EN OPOSICION AL FORMAL

Por formal se entiende un contrato, cuando el consentimiento se debe de manifestar a través del medio designado por la ley; por tanto, los contratos consensuales, en oposición a los formales, serán aquellos en que se da libertad a las partes para que manifiesten su consentimiento por el medio en que deseen hacerlo, como acertadamente lo indica el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, al formular que serán consensuales "...cuando se perfeccionan por el mero consentimiento, como acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, sin necesidad de ninguna otra formalidad."¹⁴⁰ El contrato de mutuo siempre será consensual frente al formal, puesto que la ley no exige ninguna formalidad para la validez del contrato.

3.2.7. EL CONTRATO DE MUTUO ES DE TRACTO SUCESIVO

Iniciaremos por decir que un contrato es instantáneo, cuando produce sus efectos en un sólo acto, y de tracto sucesivo aquel que produce sus efectos a través del tiempo.

Por tanto y como se desprende de la definición legal del mutuo que ha quedado inserta, el mutuario se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y

¹⁴⁰ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *op. cit.*, pág. 42.

calidad dentro de un plazo; por ende se distinguen dos diferentes momentos: el primero, cuando el mutuante da en propiedad el bien fungible al mutuario, y el segundo, posterior, cuando éste último restituye al primero un bien fungible de la misma especie y calidad. De tal suerte, toda vez que en el mutuo se advierten esos dos momentos, dicho contrato es de tracto sucesivo, puesto que no produce todos sus efectos en un sólo acto.

3.3. EL CONTRATO DE MUTUO EN SU DIMENSION DE ACTO JURIDICO

3.3.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE MUTUO

3.3.1.1. Consentimiento

El consentimiento como elemento de existencia del contrato de mutuo, no presenta ninguna regla especial en cuanto a su integración, y por ende se rige por las reglas generales de los contratos; por tanto, sólo se requiere que exista un acuerdo de voluntades entre los contratantes a efecto de celebrar contrato de mutuo, sobre la entrega de bienes fungibles por parte del mutuante y la restitución de otros tantos de la misma especie y calidad, con el objeto de que opere esa transmisión de propiedad, y sólo nos resta volver a afirmar, como oportunamente lo señala el maestro Ignacio Galindo Garfias, "...el consentimiento perfecciona el contrato y la transmisión de la propiedad de los contratos translativos de dominio de cosas ciertas y determinadas se efectúa IPSO JURE, como consecuencia del acuerdo de las partes",¹⁴¹ por tanto, es

¹⁴¹ Galindo Garfias, Ignacio, Libro del Cincuentenario del Código Civil, La transmisión de propiedad entre vivos, Editorial, UNAM, primera edición, México, 1978, pág. 73.

suficiente el sólo consentimiento de las partes, para que quede perfeccionado el contrato, sin necesidad de que se entregue la cosa, lo que nos refiere al carácter consensual del mutuo, ya apuntado anteriormente.

3.3.1.2. Objeto

De acuerdo a la definición legal contenida en el artículo 2384 del Código Civil vigente, que ya obra citada, podemos distinguir claramente la existencia de dos clases de objeto que el mutuo debe contener.

A. Objeto directo

Por lo que toca al objeto directo del mutuo, consiste éste, en la obligación del mutuante de transmitir en propiedad los bienes objeto del contrato al mutuario, y respecto a éste último, constituye dicho objeto directo la obligación correlativa de restituir los bienes a título de transmisión de propiedad, lo que nos conduce a afirmar que en ambos casos se trata de obligaciones de dar.

B. Objeto indirecto

En cuanto al objeto indirecto del mutuo tenemos, que consiste éste ya sea en una suma de dinero u en otras cosas fungibles. Entendiendo por fungibilidad la relación de equivalencia de dos bienes, en virtud de la cual, uno de ellos cumple función liberatoria por el otro, por tanto como lo indica Rafael Rojina Villegas "...y por fungible, aquel que tiene un poder liberatorio en los pagos, es decir, que en el cumplimiento de las obligaciones tiene igual valor al de otro bien y, por tanto, puede

intercambiarse, ser fungible, es decir, fungir uno por el otro”.¹⁴²

A veces suelen confundirse los conceptos de consumibilidad y fungibilidad, identificándolos como sinónimos, pero no es exacta tal significación, pues ni todos los bienes fungibles son consumibles ni a la inversa; lo que se exige en el mutuo es la fungibilidad, en razón de que hay que restituir otro tanto de la misma especie y calidad; por tanto, si bien es cierto que los bienes fungibles son también generalmente consumibles por el primer uso, sin embargo no es esencial que lo sean, en consecuencia los bienes muebles no fungibles, es decir aquellos que no pueden sustituirse unos por otros en los pagos, no pueden servir de objeto al contrato de mutuo, independientemente de que sean consumibles por el primer uso.

3.3.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE MUTUO

3.3.2.1. Capacidad

En el contrato de mutuo se necesita tener la capacidad especial para enajenar, a efecto de dar y recibir en mutuo ya que el contrato es translativo de dominio; tal requerimiento queda claramente conceptualizado por el maestro Miguel Angel Zamora y Valencia, al referir que “...los contratantes deben de ser propietarios de los bienes, por ser este contrato translativo de dominio...”.¹⁴³ El Código Civil

¹⁴² Rojina Villegas, Rafael, tomo sexto, volumen primero, Editorial, Porrúa, S. A., México, 1985, *op. cit.*, pág. 484.

¹⁴³ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 140.

vigente, no contiene una reglamentación respecto a esta capacidad para contratar en mutuo, por lo que deben aplicarse las reglas generales de la materia. Dicho Código sólo se limita a establecer un caso de excepción en su artículo 2392, que previene :“No se declararán nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite, cuando su representante legítimo se encuentre ausente”,¹⁴⁴ cabe indicar lo señalado por el maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, en el sentido de que, “...no se trata de una devaluación a las reglas de la capacidad, sino una protección a los menores y a fin de evitar un enriquecimiento sin causa...”.¹⁴⁵

Dentro de este estudio debe precisarse si los emancipados pueden celebrar el contrato de mutuo, considerando que en efecto pueden celebrarlo y no requieren para ello de autorización judicial. Lo anterior surge de la prohibición legal contenida en la fracción primera del artículo 643 del Ordenamiento Civil en vigor, que establece al referirse a la administración del emancipado en su menor edad, que necesitará “...de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.”¹⁴⁶

Dicha prohibición establece que los emancipados requieren de autorización judicial para la enajenación de bienes raíces, es decir inmuebles; ahora bien, el mutuo sólo puede recaer sobre bienes fungibles, como lo es el dinero. De ello que al

¹⁴⁴ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁴⁵ Aguilar Carbajal, Leopoldo. *op. cit.*, pág. 135.

¹⁴⁶ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 56.

prescribir el artículo 763 del citado ordenamiento: “Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad...”,¹⁴⁷ y en atención a la máxima jurídica de que lo que no está prohibido legalmente es permitido, obedeciendo a lo establecido por el citado artículo 643, toda vez que los bienes fungibles son una subclasificación de los bienes muebles, resulta que al no tratarse de bienes raíces el objeto de mutuo, sí puede el emancipado otorgar dicho contrato sin la autorización judicial, manifestando en relación a este punto una reserva en cuanto a sí pudiesen en algún momento y bajo determinadas condiciones ser considerados como fungibles los bienes inmuebles, consideración que será debidamente analizada en el capítulo cuarto de esta tesis.

3.3.2.2. Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato

Como ya hemos visto anteriormente en el capítulo segundo de este estudio, todo contrato requiere que tanto su objeto, como el motivo o fin del mismo sean lícitos, esto es, que no vayan en contra del orden público y de las buenas costumbres, así también el contrato de mutuo se rige por las reglas generales que regulan a todos los contratos, puesto que a este respecto el capítulo referente al mutuo que contiene el Código Civil no presente regulación especial alguna.

¹⁴⁷ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 67.

3.3.2.3. Forma

El tratadista Miguel Angel Zamora y Valencia, considera que: "Las partes pueden pactar libremente la manera de exteriorizarse el consentimiento, ya que la ley no establece para este contrato una forma impuesta determinada",¹⁴⁸ de ello se sigue que este contrato no requiere para su validez de forma escrita, ya que es un contrato consensual, en oposición al formal. No obstante que el contrato puede otorgarse en forma verbal, por señas, por actos que necesariamente supongan el consentimiento, o como lo determinen las partes, se recomienda celebrar el mutuo por escrito, para precisar con toda certeza el alcance de las prestaciones que se deben las partes, sin embargo, el contrato será válido, como quiera que se manifieste el consentimiento al contratar.

3.3.2.4. Ausencia de vicios de la voluntad

Sobre el particular, tenemos que el contrato de mutuo no es objeto de ninguna regulación especial dentro del Código vigente, por lo que debe estarse, al respecto a las reglas generales que ya fueron anotadas en el capítulo segundo de este estudio, pero con la salvedad de que cuando el mutuo se pacte con interés excesivo, se presenta una situación, sujeta a regulación especial por el Código Civil. que en el momento oportuno será debidamente tratada.

¹⁴⁸ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 140.

3.4. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE MUTUO

3.4.1. OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

3.4.1.1. Transmitir la propiedad del bien objeto del mutuo

Esta obligación le resulta al mutuante de la propia definición que el Código Civil vigente incorpora en su artículo 2384, que ya hemos citado, y que establece que el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, de ello resulta que el contrato a estudio sea un contrato translativo de dominio. Cabe hacer la observación de que algunos autores no lo consideran así, sino que como precisa el maestro Zamora y Valencia, "...la transmisión del dominio de los bienes no es técnicamente una obligación de las partes, sino un efecto del contrato que se opera en forma automática cuando los bienes son ciertos y conocidos en la celebración del contrato o cuando se hacen ciertos y conocidos con conocimiento del acreedor, sin necesidad de entrega".¹⁴⁹

Discrepamos de la parte final de dicho razonamiento, siendo necesario precisar en que momento se da esa transmisión de propiedad en el mutuo. Ya que dicho contrato sólo recae sobre bienes fungibles, los cuales para su transmisión sólo requieren ser determinados en especie y no en su individualidad, por lo tanto debe aplicarse a este señalamiento la regla relativa a la transmisión de propiedad de bienes determinados sólo en especie, que contiene el artículo 2015 del multicitado

¹⁴⁹ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 141.

Código Civil, que prevé: “En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor”,¹⁵⁰ así el mutuo, al ser un contrato consensual, en oposición al real, se transmite la propiedad por mero efecto del contrato; pero la obligación de transmitir la propiedad le resulta al mutuante como obligación fundamental del contrato de mutuo ya que así lo prescribe el propio Código Civil en el artículo 2384, ya citado y que indica que el mutuante se obliga a transferir la propiedad.

3.4.1.2. Entrega de la cosa

En esta segunda obligación del mutuante deben de satisfacerse las exactitudes en cuanto al tiempo, lugar, substancia y modo, de tal forma que:

A. Exactitud en el tiempo

No existe ninguna regla especial en cuanto al tiempo por lo que es aplicable la genérica que contiene el artículo 2080 del Código Civil que establece: “Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos...”¹⁵¹

¹⁵⁰ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 145.

¹⁵¹ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 150.

B. Exactitud en el lugar

Primeramente, en cuanto al lugar, opera el pacto entre los contratantes. Así resulta del artículo 2386 del Ordenamiento Civil en vigor que regula que: “La entrega de la cosa prestada y la restitución de lo prestado se harán en lugar convenido.”¹⁵² Y si no se hubiese convenido lugar para la entrega de la cosa prestada, la misma deberá entregarse en el lugar donde se encuentra esa cosa objeto de mutuo, como se desprende de la regla especial contenida en la fracción primera del artículo 2387 que prescribe que: “La cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre;..”,¹⁵³ por lo que la disposición transcrita deja sin efecto a la regla general contenida en el artículo 2082 que indica que: “Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa...”¹⁵⁴

C. Exactitud en la substancia

No existe dentro del Código Civil regla especial para el contrato de mutuo en cuanto a esta exactitud, por lo tanto se aplica la genérica del artículo 2012 que prevé que: “El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aún cuando sea de mayor valor”,¹⁵⁵ o sea que la obligación es de entregar lo debido y no

¹⁵² “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág.- 171.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 150.

¹⁵⁵ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 145.

cosa diferente, aún cuando ésta sea de mayor valor, ahora bien la entrega de la cosa, si la misma importa accesorios, debe de entregarse con los mismos.

D. Exactitud en cuanto al modo

La entrega de la cosa debe de hacerse siguiendo la regla general que establece el artículo 2078 que en cuanto al pago indica que, "...deberá hacerse del modo que se hubiere pactado y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley".¹⁵⁶

3.4.1.3. Responder de los riesgos y de la evicción

Es importante distinguir dos momentos, puesto que al hablar de riesgos, tenemos que no se ha transmitido la propiedad y al referirnos a evicción, en esta ya se ha transmitido la propiedad del bien fungible al mutuario, por lo tanto procede estudiar separadamente la responsabilidad del mutuante en estos dos momentos.

A. Responsabilidad del mutuante en cuanto a riesgos

En principio diremos, que como ya es del conocimiento los géneros nunca perecen y toda vez que el mutuo puede recaer sobre géneros, mientras no se hayan individualizado los bienes objeto del mutuo, los riesgos son por parte del mutuante si perecen los géneros. Apunta el maestro Rafael Rojina Villegas, que cuando ese bien genérico ha sido individualmente determinado, con conocimiento del mutuario,

¹⁵⁶ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 150.

el principio señalado no es aplicable puesto que, "...ya no se trata de géneros... por lo que la cosa perece siempre para el dueño de la misma, que en el caso es el mutuuario, a quien se le transmitió el dominio desde el momento en que la cosa se hizo cierta y determinada con su conocimiento".¹⁵⁷ Así pues, en cuanto a la responsabilidad del mutuante para con el mutuario, de responder de los riesgos cuando la cosa se pierda, sólo le resultará al mutuante cuando la cosa no se haya determinado, cuando simplemente es un bien fungible y no es cierto y determinado con conocimiento del citado mutuario. Ello porque no se ha transmitido la propiedad al mismo, ya que no se ha individualizado el bien objeto de mutuo.

El citado tratadista determina que: "Los géneros que tuviese el mutuante disponibles para la entrega, si ésta no se ejecuta en alguna de las formas previstas por el Código, pueden perecer, y su pérdida la sufre él, porque se trata de bienes fungibles que sólo estuvieron disponibles para el contrato en el mente del mutuante."¹⁵⁸ Por tanto en el caso citado por el maestro no puede el mutuante invocar que tales bienes que no llegó a entregar fuesen ya propiedad del mutuario, puesto que al no estar individualizados o sea ser ciertos y determinados con conocimiento del mutuario, no se transmitió la propiedad de la cosa y por consiguiente la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor debe ser sufrida por el mutuante, ya que al no transmitirse la propiedad al mutuario se sigue el principio general de que la cosa perece siempre para su dueño, y como oportunamente lo señala el mencionado

¹⁵⁷ Rojina Villegas, Rafael, tomo sexto volumen primero, *op. cit.*, pág. 499.

¹⁵⁸ *Idem.*

tratadista, "...a partir del momento en que se hace cierta y determinada con conocimiento del mutuatario, aún cuando materialmente no se haya dado por recibido, parece para él, y tiene la obligación de restituir cosa equivalente al terminarse el contrato, sin poder alegar que no recibió valor alguno."¹⁵⁹

B. Responsabilidad del mutuante en cuanto a la evicción

El artículo 2119, del Código Civil preceptúa a la evicción diciendo que: "Habrá evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición."¹⁶⁰ Entonces la regulación legal en cuanto a evicción señala en el artículo 2120 que: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato."¹⁶¹ Por tanto la obligación con cargo al mutuante de responder del saneamiento para el caso de evicción, le resulta de una regla general, y como oportunamente lo señala Leopoldo Aguilar Carbajal: "El mutuante está obligado al saneamiento, para el caso de evicción, es decir, cuando sea privado de la posesión en virtud de sentencia que cause ejecutoria, por vicio anterior a la adquisición; excepto cuando exista un pacto expreso en contrario o bien no se le denuncia el pleito oportunamente... o cuando la evicción viene por causa imputable

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 153.

¹⁶¹ *Idem.*

al mutuuario.”¹⁶²

En cuanto a las excepciones señaladas por el tratadista, al haber pacto en contrario se supone el conocimiento por parte del mutuario de ese derecho anterior al suyo y se presupone por ende la mala fe en él, al igual que en el último caso de excepción señalado. Por tanto, se deduce no procede responsabilidad de saneamiento para el caso de evicción cuando el mutuario conoce el derecho anterior al suyo, y en cuanto al pacto expreso de renuncia hay que estarse a las reglas generales que prevé el Código en el capítulo referente y en particular el artículo 2122 que establece que: “Es nulo todo pacto que exima al que enajena de responder por la evicción siempre que hubiera mala fe de parte suya.”¹⁶³ Sólo para efectos de información señalaremos que el artículo 2140 regula los casos en los que el enajenante no responde por la evicción, que no insertaremos en este estudio a efecto de no alargar en exceso el mismo.

3.4.1.4. Responder de los vicios redhibitorios

El contrato de mutuo presenta una regulación especial en comparación a los otros contratos conmutativos que regula el Código Civil vigente, en materia de responsabilidad para el enajenante, mutuante, por cuanto a vicios o defectos ocultos que presentan los bienes objeto del mutuo. Así pues, dentro del capítulo referente al mutuo simple, el artículo 2390 que prescribe que: “El mutuante es responsable de los

¹⁶² Aguilar Carbajal, Leopoldo, *op. cit.*, pág. 141.

¹⁶³ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 153.

perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuario.”¹⁶⁴

Por tanto, tenemos que la teoría general en materia de responsabilidad, para los demás contratos conmutativos, es clara, puesto que el Código en su artículo 2142 establece que; “...en los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la hagan impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa”,¹⁶⁵ por tanto como lo señala el Licenciado Francisco Lozano Noriega, “...mientras en la teoría general se sigue un criterio objetivo, procede la responsabilidad haya o no conocimiento de los vicios, respecto del contrato de mutuo se adopta una teoría subjetiva; precisa para que proceda la responsabilidad, que el mutuante conozca la existencia de los vicios”.¹⁶⁶

Procede ahora, estudiar si en el contrato de mutuo con interés debe el mutuante responder de saneamiento para el caso en que el bien presente vicios redhibitorios, y de ser así en base a cual de las dos teorías debe estimarse su responsabilidad; ya sea en cuanto a la especial, o sea la establecida sólo para el mutuo, o la general en materia de responsabilidad por vicios ocultos, que regula el

¹⁶⁴ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁶⁵ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.* pág. 154.

¹⁶⁶ Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.*, pág. 313.

transcrito artículo 2142. El maestro Rafael Rojina Villegas, señala que: “En el mutuo con interés podría decirse que como contrato oneroso, la obligación de responder por vicios o defectos ocultos sigue la regla general, de tal suerte que, como en la compra venta, existiría la acción QUANTI MINORIS o la rescisoria.”¹⁶⁷ Ante esta teoría y su aplicación al contrato de mutuo han surgido discrepancias, por lo que consideramos que para que quede claro el criterio considerado como el más afortunado, hemos de adherirnos a los motivos que expresa Lozano Noriega, al indicar que, “...el legislador colocó el artículo 2390 dentro del contrato de mutuo simple, porque, cuando es a interés, ya se transforma en un contrato oneroso y conmutativo, tiene perfecta aplicación la regla general en materia de responsabilidad por vicios y defectos ocultos de las cosas consagrado por el artículo 2142 y que rige a los contratos conmutativos. Luego, para que el artículo 2142 no pudiese ser aplicado en materia de mutuo, necesitaríamos una derogación expresa de esa regla de teoría general de obligaciones; no existiendo en materia de mutuo oneroso, resulta que es perfectamente aplicable el artículo 2142”.¹⁶⁸

3.4.2. OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

3.4.2.1. Restituir bienes de la misma especie, cantidad y calidad

En principio estableceremos, que las obligaciones del mutuario son paralelas y correlativas a las del mutuante y esta obligación le resulta al mutuario de la propia

¹⁶⁷ Rojina Villegas, Rafael, tomo sexto, volumen primero, *op. cit.*, pág. 501.

¹⁶⁸ Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.*, pág. 317.

definición legal que el Código Civil establece en su artículo 2384, que ya obra transcrito en este Capítulo, debiendo aclarar que el mutuante transfiere a título de propiedad al mutuario, y esta restitución, implica la entrega del bien fungible al mutuante, y como pago que es, está sujeto a las exactitudes de todo pago, que refieren, al tiempo, lugar, substancia, y modo en que se determinan para el mutuo de la siguiente forma:

A. Exactitud en cuanto al tiempo

Teniendo a la vista el artículo 2385 del Código Civil vigente, es procedente aclarar que en principio la restitución debe de hacerse precisamente en el tiempo en que se hubiere convenido restituir, ya que el convenio prevalece, pero puede ocurrir que no se haya fijado plazo para la restitución y entonces es aplicable el artículo mencionado que a la letra dice; "...si el mutuario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos;.. lo mismo se observará respecto de los mutuarios que, no siendo labradores, hayan de percibir frutos semejantes por otro título... en los demás casos, la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 2080."¹⁶⁹

Por tanto, tenemos que en principio, la restitución deberá de hacerse en el tiempo pactado, si no hubiere fijado plazo opera la regla general del artículo 2080, ya transcrito, y en el que se establece que el acreedor no puede exigir el pago sino

¹⁶⁹ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 150.

después de treinta días de hecha la interpelación legal, pero se establece una regla especial al mutuo, única en lo referente a la excepción en tratándose de que el objeto del contrato sean productos del campo como lo son los cereales, para los cuales la ley establece que la restitución deberá de hacerse en la siguiente cosecha de esos frutos. El artículo 2391 del Código Civil estatuye que; "...en el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor se observará lo dispuesto en el artículo 2080",¹⁷⁰ ya anotado, y por el cual hay que esperar el término de treinta días que sigan a la interpelación judicial, notarial o ante dos testigos, para el pago.

B. Exactitud en cuanto al lugar de restitución

Primeramente, como oportunamente lo señala el tratadista Alejandro Mora Barba, "...la devolución se hará en el lugar convenido y a falta de precisión, en el lugar donde se encuentren las cosas si son granos o semillas, o en lugar donde se recibieron, y si se trata de dinero, en el domicilio del mutuario."¹⁷¹ Luego entonces la restitución deberá hacerse en primer término en el lugar convenido, conforme el artículo 2386, ya inserto, y a falta de precisión del lugar de restitución el Código Civil establece regulación especial al mutuo en la fracción segunda del artículo 2387 indicando que: "La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos en el lugar donde se recibieron. Si consiste en dinero en el domicilio del deudor observándose

¹⁷⁰ *Código Civil para el Distrito Federal. op. cit. Pág. 171*

¹⁷¹ Mora Barba, Alejandro, "Curso Elemental de Derecho Civil", Editorial Talleres de Imprenta y Offset Daniel Méndez Acuña, Aguascalientes, 1978, pág. 158.

lo dispuesto en el artículo 2085.¹⁷²

Debemos observar, que el tratadista anteriormente citado incurre en un grave error puesto que señala la posibilidad tratándose de géneros, que la restitución, si no se ha precisado el lugar en que deba realizarse que se verifique, ya sea en el lugar donde se encuentra el bien o donde se recibieron, pensamos que el error de dicho tratadista se origina en la observancia de la fracción primera del artículo 2387, ya que no tuvo en cuenta que dicha fracción regula sólo la entrega de la cosa prestada, y en cuanto a la restitución se regula sólo por la fracción segunda, por tanto consideramos que la restitución de géneros cuando no se haya designado lugar, sólo debe de efectuarse donde se recibieron y no como concibe el referido tratadista que también puede restituirse en el lugar donde se encuentran dichos géneros.

Cabe indicar, que en el mutuo con interés se faculta una restitución anticipada, a la que nos referiremos cuando hablemos de las formas de terminación del contrato de mutuo.

C. Exactitud en la substancia

En la restitución que hace el mutuario, hay que distinguir si se trata de bienes fungibles diferentes del dinero o de éste, pero como ya sabemos la regla general es que el mutuario debe de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

¹⁷² "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 151.

Cuando son bienes fungibles diferentes al dinero, el mutuario debe de restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo que él recibió, puede suceder que el mutuario no pueda restituir el género que él recibió, a lo que el artículo 2388 señala que; "...satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario",¹⁷³ cuando fuese dinero el objeto del mutuo, el Código presenta una diferente regulación a los problemas que se presentan, pero en principio diremos, que por estipulación expresa del artículo 2389 "...pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable...".¹⁷⁴

Asimismo, es preciso determinar el caso cuando se estipuló que el pago fuese hecho en moneda nacional o en moneda extranjera; en cuanto al primer punto, o sea cuando el pago deba ser hecho en moneda nacional, tenemos que el poder liberatorio del dinero se mantiene por que la Ley Monetaria vigente así lo establece, aunque su valor adquisitivo haya decaído, señalaremos a mayor abundamiento, que cualquier pacto en contrario carece de validez. Cuando el pago deba de hacerse en moneda extranjera por que así se contrató, la citada ley establece que el pago puede hacerse en su equivalente en moneda nacional, que es la que tiene curso legal en el país, así lo señala Sánchez Meda, estableciendo que, "...sólo tiene poder liberatorio la moneda nacional y puede devolverse el equivalente de la moneda extranjera en

¹⁷³. "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 171

¹⁷⁴ *Idem*

moneda nacional al tipo de cambio vigente en el momento de la restitución en lugar de la moneda extranjera...”.¹⁷⁵

A continuación, señalaremos, que en vista de que transcurre un cierto tiempo para que el mutuario restituya otro tanto de la misma especie y calidad de lo que por su parte él recibió, surgen en la vida jurídica a veces ciertos problemas, Rojina Villegas, indica que: “La naturaleza del mutuo, al recaer sobre bienes fungibles, origina este carácter aleatorio desde el punto de vista económico. Jurídicamente es un contrato conmutativo por cuanto que las prestaciones son ciertas y determinadas desde que se celebra el acto. Económicamente es un contrato aleatorio por cuanto que los aumentos de valor o disminuciones sensibles o extraordinarias, son en provecho o perjuicio de mutuante o mutuatario respectivamente.”¹⁷⁶ Por tal motivo y como ha quedado anotado, el Código Civil vigente regula, que en las obligaciones en dinero el mutuatario deberá devolver no la misma especie recibida, sino la moneda que tenga curso legal en el momento de efectuar el pago; por lo tanto debe atenerse a que, “...si entre el momento de la celebración del contrato y aquel de restitución o devolución de la cosa ésta ha disminuido en su valor, el mutuante no tiene derecho para exigir al mutuario que le entregue mayor cantidad; y si ha aumentado de valor el mutuario tampoco tendrá derecho a devolverle al mutuante menor cantidad de la cosa”.

¹⁷⁵ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 185.

¹⁷⁶ Rojina Villegas, Rafael, tomo sexto. volumen primero, *op. cit.*, págs. 504 y 505.

D. Exactitud en el modo

En cuanto al modo en que debe restituirse, se aplica la regla general del artículo 2078 del Código Civil vigente que ya obra transcrita en este estudio y por la cual el pago deberá hacerse del modo en que se hubiere pactado, esto es, que el pago debe de hacerse por entero y sólo podrá efectuarse en plazos si así se pactó, por lo que repetimos que no podrá hacerse parcialmente sino en virtud de un convenio expreso o por disposición de la ley, sin embargo como ya vimos, cuando la deuda tuviere una parte líquida, podrá exigir el acreedor el pago y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

3.4.2.2. Responder de los vicios y defectos ocultos del bien restituído

En cuanto a este punto, y frente a las lagunas que presenta el Código Civil en su regulación por cuanto toca al contrato de mutuo, ha habido diferentes puntos de vista, pero no en cuanto a si es o no responsable el mutuario cuando el bien restituído presenta vicios ocultos, sino en cuanto a de que forma es responsable, si en cuanto a la teoría general en materia de responsabilidad por vicios ocultos, que prescribe el artículo 2142, o si el mutuario es responsable en los términos señalados por el artículo 2390 que prescribe el Código Civil sólo para el mutuo simple, o sea sin intereses, por tanto, es procedente analizar cual de las dos teorías que surgen entre los tratadistas nacionales es la aplicable.

La primera corriente, plantea que el mutuario es responsable en los términos

del artículo 2390 ya inserto en este estudio y como partidario de esta corriente encontramos al maestro Ramón Sánchez Medal, el cual basándose en la tradición del Derecho Romano de los contratos gratuitos, establece que ya que el mutuo es uno de ellos, por dicho carácter el deudor sólo responde por su dolo o mala fe, así lo señala con relación a ésta obligación del mutuario el citado autor al indicar que; "...cabe repetir las mismas observaciones que se hicieron antes por lo que se refiere a las obligaciones correlativas del mutuante",¹⁷⁷ dicho tratadista señala al respecto que, "...pero con la atenuante de que esta responsabilidad solamente existe cuando dichos vicios o defectos fueron conocidos del mutuante y no dio aviso oportuno de ellos al mutuuario (2390), reduciéndose así la responsabilidad del enajenante en general que responde siempre de los vicios ocultos, aunque dicho enajenante no los hubiera conocido (2145 y 2148)".¹⁷⁸ A dicha corriente se adhiere el tratadista Lozano Noriega, señalando que; "...pero es que el mutuuario no puede tener la responsabilidad de la teoría general porque el contrato es gratuito no es conmutativo: de manera es que debemos resolver que el artículo 2390 aún cuando hable sólo de que el mutuante es responsable, debemos interpretarlo en el sentido de que el mutuuario también lo es de los vicios y defectos ocultos de las cosas que da en pago al mutuante cuando conocía la existencia de los vicios tratándose de un contrato de mutuo simple."¹⁷⁹

¹⁷⁷ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 185.

¹⁷⁸ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 184.

¹⁷⁹ Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.*, págs. 316 y 317.

A dicha corriente no nos adherimos, puesto que la consideramos impropia, preferible es resolver el problema de la forma en que lo trata Rojina Villegas, indicando que: "Aunque el Código no lo diga de manera especial aplicamos las reglas generales: como la restitución implica el cumplimiento de una obligación de dar en todos los casos en que derive de un contrato conmutativo, el enajenante está obligado a responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa enajenada... En las obligaciones de dar no sólo se comprende la transmisión del dominio, uso o goce de la cosa, sino también la restitución de cosa debida",¹⁸⁰ y continua el citado tratadista, señalando que: "Respecto del mutuuario, como no hay disposición especial, debe observarse la regla general de que la devolución lo obliga a responder no sólo subjetivamente cuando incurra en dolo o culpa, sino objetivamente cuando la cosa que restituya padezca de un vicio o defecto oculto."¹⁸¹

Entonces, la razón de la aplicación de la regla general contenida en el artículo 2142 estriba en que el mutuuario, está pagando cosa debida y por tanto deberá entregar un bien de la misma calidad, pero cabe hacer la observación que por analogía cuando la restitución es de un bien fungible afectado con un vicio redhibitorio, sólo cabe que el mutuante devuelva la cosa recibida a efecto de exigir una restitución de un bien en las condiciones pactadas. Ahora bien, es conveniente señalar que tratándose de un contrato de mutuo con interés, creemos que al igual que en el mutuo simple, el mutuuario responde de saneamiento para el caso de que el

¹⁸⁰ Rojina Villegas, Rafael, tomo sexto, volumen primero, *op. cit.*, pág. 510.

¹⁸¹ *Idem.*

bien restituido presente vicios ocultos, en términos de la responsabilidad señalada por el artículo 2142 del Código Civil.

3.4.2.3. Responder del saneamiento para el caso de evicción

Respecto de la evicción, también el mutuario estará obligado al saneamiento, cuando el mutuante la sufra, es decir cuando un tercero lo prive de la cosa por sentencia ejecutoriada y en razón de un derecho anterior a la restitución.

La evicción que sufre el mutuante en este caso se equipara a un no pago y tendrá por ende, su derecho nuevamente para exigir el pago en la forma y términos convenidos. Sánchez Medal, indica que: “La obligación de saneamiento por evicción, que es propia de todo enajenante, sólo existe en teoría en el mutuo, porque la moneda no es reivindicable de un adquirente de buena fe (800) y la posesión de bienes fungibles, salvo prueba en contrario muy difícil de rendir, se presume de buena fe (807) y da al que la tiene la presunción de ser propietario (798)”¹⁸² entonces tenemos que el mutuario responde de saneamiento para el caso de evicción de acuerdo a las reglas generales de evicción, ya que todo el que enajena está obligado a responder de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato.

¹⁸² Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 184.

3.5. TERMINACION DEL CONTRATO DE MUTUO

3.5.1. POR RESTITUCION DE LOS BIENES AL VENCIMIENTO DEL PLAZO

Este es un modo natural de terminación del contrato de mutuo, puesto que el mutuuario al cumplir con su obligación de restituir en el término convenido, agota naturalmente el contrato, ya que como ha quedado anotado, este contrato es de tracto sucesivo y no surge, produce sus efectos y termina en un sólo acto, puesto que al vencerse el plazo, ha transcurrido un determinado tiempo entre la celebración del contrato y la restitución del bien por parte del mutuuario.

3.5.2. TERMINACION DEL CONTRATO DE MUTUO ANTES DEL PLAZO CONVENIDO

3.5.2.1. Por acuerdo mutuo antes del plazo pactado

Hemos visto que la voluntad de las partes, es un elemento esencial del contrato, y que es la ley suprema del mismo, por lo tanto, si los contratantes de mutuo propio terminan el contrato antes del plazo pactado, esto es, con restitución del bien fungible por parte del mutuuario al mutuante, no hay regla especial que establezca que dicho convenio no es válido y pueda producir todos sus efectos jurídicos. Pero es vital observar, que en cuanto al mutuo con interés, no siempre este convenio será válido, en términos generales dicho convenio cuando se trata de un mutuo simple o sea gratuito, produce todos sus efectos, pero cuando es con interés, no siempre, ya que hay restricciones a efecto de no dañar los intereses del mutuante, puesto que podría estar afectada su voluntad por algún vicio, por tanto, mientras no

exista un vicio en la voluntad de cualquiera de los contratantes, este convenio de dar por terminado el contrato antes del plazo pactado surte todos sus efectos legales.

3.5.2.2. Por rescisión del contrato

Esta figura está contemplada en el capítulo de las obligaciones condicionales que regula el Código Civil en su artículo 1949 y que a la letra prescribe: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe...”¹⁸³ Sánchez Medal, indica el respecto: “La rescisión del contrato, por ser el mutuo un contrato bilateral. Así, por ejemplo, si el mutuario no paga a su respectivo vencimiento los intereses correspondientes o no constituye las garantías pactadas, podrá el mutuante pedir la resolución del contrato y la devolución de lo prestado antes del vencimiento del plazo (1949).”¹⁸⁴

3.5.2.3. Por desistimiento del contrato

El artículo 2396, establece “...si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.”¹⁸⁵ Por tanto, tenemos que el mutuario realizando la conducta antes descrita, dentro de los

¹⁸³ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 141.

¹⁸⁴ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, pág. 189.

¹⁸⁵ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 171.

términos de dicho proceso legal, da cumplimiento anticipado al contrato, pero cabe hacer la observación, de que esta forma de terminación se da, cuando el interés pactado es superior al legal.

3.6. EL CONTRATO DE MUTUO CON INTERES

En nuestro Código Civil vigente, al igual que en los Códigos de 1870 y 1884, se contiene un capítulo que establece reglas particulares para el contrato de mutuo con interés, y ese capítulo se ve precedido por otro intitulado mutuo simple, las reglas expuestas dentro de este último capítulo señalado no se aplican únicamente al contrato de mutuo simple, o sea gratuito, sino que también al mutuo con interés, por tanto, como oportunamente lo indica Leopoldo Aguilar Carbajal, “...el mutuo es con interés, cuando se estipula un porcentaje, de la suerte principal, que el mutuario tiene que pagar al mutuante, en lapsos de tiempo señalados y como compensación del aprovechamiento de los bienes recibidos”,¹⁸⁶ en la inteligencia de que se le aplica al mutuo con interés la misma regulación que rige para el mutuo simple, con diversas especificaciones, puesto que el mutuo con interés es un contrato oneroso y a diferencia del mutuo simple, el mutuario si soporta un gravamen, puesto que tiene que pagar un interés determinado.

3.6.1. PERMISION LEGAL

La posibilidad de que el mutuario se vea obligado a pagar intereses al

¹⁸⁶ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *op. cit.*, pág. 144.

mutuante, surge de la regulación del propio Código Civil en el artículo 2393, ya transcrito, pero que recordaremos diciendo que, según dicho artículo es permitido estipular intereses por el mutuo, ya consiste en dinero, ya en géneros, por lo que al estar permitida legalmente la convención de intereses, se crea una obligación más para el mutuario, el cual tendrá que pagarlos en el plazo convenido.

Como ya hemos visto, de los cuatro sistemas existentes en cuanto a la estipulación de intereses en los contratos, el sistema seguido por nuestro Código, es aquél, en el que estimando lícito el convenio por el cual se pacta un interés, establece ciertas medidas protectoras del mutuario. Ahora bien, según el citado artículo 2393, el interés que debe pagar el mutuario puede consistir en dinero o en géneros, lo importante, simplemente para que haya mutuo con interés es que exista una contraprestación suplementaria por parte del mutuario que beneficie al mutuante.

El Código Civil indica, que el interés en el contrato de mutuo puede ser de dos clases y tal señalamiento se prevé en el artículo 2394 que determina que: “El interés es legal o convencional”,¹⁸⁷ respecto de los cuales, el artículo 2395 establece claramente la definición de los mismos, señalando que: “El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal...”¹⁸⁸

¹⁸⁷ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 171.

¹⁸⁸ *Idem*

Luego entonces, tenemos que el interés legal, siempre es a un porcentaje fijo, o sea, a una tasa que la ley considera como el interés legal, y como ha quedado transcrito, en materia civil, es del nueve por ciento anual, por otra parte, en cuanto al interés convencional, diremos que este es fijado libremente por los contratantes, pero a su vez es especialmente regulado por el Código Civil para el contrato de mutuo, dándose normas protectoras al mutuuario, puesto que se puede abusar por la naturaleza propia del mutuo de la situación en que se pudiese encontrar en un momento determinado el mutuuario. Sólo nos resta agregar en cuanto a este punto, y antes de pasar a estudiar dichas normas protectoras, que para que el mutuo sea con interés, es necesario que se pacte expresamente que el contrato es con interés, que para el caso de que no se fije una tasa numérica y se señale que el interés que rige en el contrato es el legal, se sabe a ciencia cierta, que el interés es el nueve por ciento anual.

En cuanto al interés convencional, que es el pactado por voluntad de los contratantes, existen en principio dos posibilidades, que sea inferior al interés legal o superior al mismo, en cuanto sea inferior al legal, no existe ninguna regla especial, pero cuando es superior, se pueden dar dos situaciones, una que dicho interés sea evidentemente desproporcionado, o sea excesivo en cuanto a lo que por su parte se obliga el mutuuario, y otra, que el interés pactado excediera del legal, para los cual también existen unas normas protectoras especial al mutuo; por lo que procederemos a estudiar estas dos situaciones en forma separada.

3.6.2. REGULACION LEGAL DEL CASO EN QUE EL MUTUATARIO QUEDA OBLIGADO A PAGAR UN INTERES EXCESIVO

Cuando el interés fijado por los contratantes es tan desproporcionado que haga creer que se ha lesionado la voluntad del mutuuario, aprovechándose de algún apuro económico, o de la inexperiencia o ignorancia de dicho contratante, para lo cual existen dos soluciones diversas:

3.6.2.1. Solución de Derecho Civil

Teniendo a la vista el artículo 2396, que continúa en su exposición señalando que: "...El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal."¹⁸⁹ Esta solución civil se basa en la acción de reducción de la tasa de interés, teniendo como límite de dicha reducción hasta el interés legal, es decir, que el mutuo no se nulifica, puesto que no se ataca a la lesión en cuanto a elemento de validez, si no que sólo se regula esa compensación extraordinaria que concede el mutuuario en pagar ese interés excesivo, ni tampoco se rescinde el contrato, sino que únicamente se reduce el monto

¹⁸⁹ *Idem.*

del interés por el juez.

Nuestro Código Civil, proporciona este remedio que no aparecía en los Códigos de 1870 y 1884, en los cuales prácticamente se permitía la usura, porque no se limitaba legalmente el monto del interés convencional, pero hay que tener presente lo señalado por Zamora y Valencia, en el sentido de que: “Esta defensa o derecho, tiene la ventaja de permitir al mutuuario seguir disfrutando del plazo convenido por las partes en el contrato para la devolución, pero no lo protege para recuperar las cantidades que por intereses excesivos ya haya pagado y sólo lo protege en ese sentido, hacia el futuro.”¹⁹⁰ Por lo que claro está, que el remedio del Código es incompleto, porque la reducción sólo opera para el futuro, pero como el mutuo en ese sentido no se nulifica, no hay lugar a la restitución de los intereses usuarios que hubiere pagado previamente el mutuuario.

3.6.2.2. Solución de Derecho Penal

La solución de Derecho Penal, nos parece más apropiada en cuanto a la usura, ya que la misma es considerada como delito y tipificada por el Código Civil Penal como fraude específico, al que refiere la fracción VIII del artículo 387 del Código Penal vigente, que señala que: “Al 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

¹⁹⁰ Zamora y Valencia, Miguel Angel, *op. cit.*, pág. 145.

superiores a los usuales en el mercado.”¹⁹¹

Entonces surge la pregunta de, ¿Porqué en materia penal la solución que implica la reparación del daño es más completa?, entonces encontramos que la solución civil consiste en la reducción, que sólo produce efectos para el futuro, en tanto que la reparación del daño en materia penal, que es una pena de acuerdo a la fracción VI del artículo 24 del Código Penal que indica “6.- Sanción pecuniaria”,¹⁹² lleva a diferencia de la civil, consigo la restitución de intereses excesivos obtenidos por la comisión del delito, ya que el artículo 29 de dicho Ordenamiento Penal indica que; “...la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño”,¹⁹³ y toda vez, que como lo señala la fracción I del artículo 30 del Código Penal, la reparación del daño comprende “...la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y...”¹⁹⁴

3.6.3. REGULACION LEGAL DEL CASO EN QUE EL MUTUATARIO QUEDA OBLIGADO A PAGAR UN INTERES SUPERIOR AL LEGAL

Cuando el interés convenido por los contratantes, rebasa el interés legal, o sea el nueve por ciento anual, pero no es usuario ni tampoco desproporcionado, existe en el Código Civil vigente una disposición a la cual puede acogerse el

¹⁹¹ “Código Penal para el Distrito Federal”, Editorial Porrúa, México, 1996, pág. 109.

¹⁹² “Código Penal para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 9.

¹⁹³ “Código Penal para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 10.

¹⁹⁴ “Código Penal para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 10.

mutuario y protegerse con la misma; así tenemos que el artículo 2396 que obra ya transcrito en líneas anteriores, prescribe que el mutuario no se libra de pagar intereses por el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de celebración del contrato, pero el único requisito que debe observar, es que dé aviso al mutuante con dos meses de anticipación, aunque el mutuo se haya pactado a un plazo mayor.

Por último, en este capítulo señalaremos lo referente al anatocismo, que dentro de la regulación del Código Civil vigente, para el contrato de mutuo, establece en el artículo 2397 que, "...las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses".¹⁹⁵ Entonces el anatocismo, consiste en la capitalización de intereses, esto es, que los mismos se reinviertan automáticamente, de modo que a su vez generen intereses, dentro del Derecho Civil vigente y siguiendo la tradición Justineana, como ya quedó anotado en el Capítulo referente se prohíbe el anatocismo. Pero cabe hacer la aclaración, que lo que no está permitido, es que el pacto se haga de antemano, luego entonces, si los intereses una vez producidos, son objeto de un nuevo mutuo con interés, este contrato sí será válido, ya que no va en contra de la prohibición expresa antes referida.

¹⁹⁵ "Código Civil para el Distrito Federal", *op. cit.*, pág. 171.

CAPITULO CUARTO

PRECISIONES DE REFORMA LEGAL AL CONTRATO DE MUTUO

CAPITULO CUARTO

PRECISIONES DE REFORMA LEGAL AL CONTRATO DE MUTUO

4.1. LA NORMATIVIDAD LEGAL DEL CONTRATO DE MUTUO

En este último Capítulo, indicaremos el por qué consideramos conveniente precisar y reformar la regulación actual que recibe el contrato de mutuo dentro del presente Código Civil, para lo cual, creemos conveniente, que antes de puntualizar los aspectos en que nuestro Código Civil presenta lagunas en la interpretación del contrato a estudio, procede recapitular en torno a esas lagunas y como hasta la fecha del presente trabajo han sido reguladas, como oportunamente se ha señalado en los capítulos anteriores a éste.

El contrato de mutuo desde el inicio del Derecho Romano y después en las diferentes legislaciones ha sido tratado desde distintos puntos de vista; hemos indicado que en la actualidad nuestro Código Civil contiene una parte general abocada a los contratos y otra especial en donde regula a cada uno de ellos, oportunamente hemos puntualizado en el capítulo tercero de este estudio la regulación especial de la que el mutuo es objeto, precisando los puntos a los cuales se les han hecho diversas interpretaciones, surgiendo por ende acaloradas discusiones sobre los alcances del mutuo en cuanto a contrato, de lo cual hemos señalado la interpretación que nos ha parecido más apropiada. Puesto que consideramos que el mutuo en la actualidad representa una importancia especial

en el continuo contratar de las personas, a continuación pasaremos ya no a especificar la regulación general del contrato a estudio, sino a señalar las diversas confusiones que en nuestra opinión deben de ser precisadas a efecto de poner fin a las discusiones sostenidas por nuestros valiosos tratadistas, los que en múltiples ocasiones hemos citado y de los cuales hemos obtenido importantes orientaciones para indicar los puntos que en nuestro parecer son los más acertados, y que por tanto deben de ser incluidos en la regulación que el Código hace del contrato de mutuo, y que por su omisión han acarreado múltiples confusiones.

Como ha surgido del estudio del mutuo tenemos que este contrato es translativo de dominio, adquiriendo por tal carácter en la actualidad gran interés, de lo cual hemos observado que algunos tratadistas interpretando la definición del contrato de mutuo establecida en el artículo 2384, han querido atribuirle al mismo el carácter de unilateral, manifestando dichos autores en que por efecto del contrato se transmite la propiedad del bien fungible al mutuario, y que por lo tanto el prestamista también llamado mutuante, no soporta obligación alguna, interpretación que desde luego consideramos poco afortunada, ya que como el Código establece, el mutuante, una vez que contrata se ve obligado a transmitir la propiedad de los bienes objeto del contrato, y por ende, al enajenar recaen hacia él las obligaciones generales de todo enajenante, por lo que consideramos que el mutuo no debe de ser interpretado como un contrato unilateral y menos aún ser considerado como un contrato sinalagmático imperfecto, puesto que como se ha apuntado nace siempre como un contrato bilateral, por lo anterior, nos parece que el artículo 2384 debería de empezar prescribiendo que el mutuo es un contrato bilateral y continuar como

actualmente lo hace señalando que; por el cual ||el mutuante se obliga a transmitir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien a su vez se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en un determinado plazo.

Toda vez que la actual regulación del contrato de mutuo no indica que el consentimiento deba de manifestarse de alguna forma en especial, sería oportuno en nuestro punto de vista, que se precisase en el Código de manera expresa dentro del contrato de mutuo, que el mismo, no requiere de formalidad alguna para su otorgamiento.

Al no contener el Código Civil vigente, reglamentación especial en cuanto a la capacidad de los contratantes en el mutuo, se observa que la capacidad exigida para contratar en mutuo es la necesaria de todo enajenante, puesto que el contrato a estudio es translativo de propiedad. Debiéndonos reservar para el punto siguiente, la recapitulación y observaciones en cuanto a la capacidad de los emancipados con referencia a los bienes fungibles objeto del contrato.

Sólo para efectos de precisión y orden de este último capítulo, en los capítulos anteriores hemos plasmado algunas controversias que surgen de la actual regulación del mutuo, como son las confusiones suscitadas en cuanto al alcance de las obligaciones del mutuante y mutuatario y de cómo responden en caso de evicción y para cuando los bienes dados y restituidos en mutuo presentan vicios ocultos, estando en presencia de un contrato de mutuo simple o en caso de un mutuo

con interés, y finalmente en tratándose del contrato de mutuo con interés se ha señalado los medios de que dispone el mutuario para liberarse de pagar intereses excesivos o sólo por encima de los legales, confusiones que al emanar de la regulación del Código, serán individualmente tratadas en los incisos posteriores de este Capítulo, pero que dejamos evidenciadas ahora en virtud de seguir un orden preciso.

4.2. CONVENIENCIA DE QUE SE PRECISE SI EL EMANCIPADO PUEDE CELEBRAR CONTRATO DE MUTUO

En el capítulo segundo de este estudio y dentro de los elementos de validez que debe presentar el contrato visto en forma general, se ha precisado qué capacidad deben de revestir los contratantes, y en el caso a estudio, debemos de precisar qué alcance tiene la capacidad del emancipado, dentro de este contrato translativo de dominio, y si para contratar necesita o no de la autorización judicial y en qué casos.

Para estar en posibilidad de advertir la citada capacidad del emancipado en este contrato, es necesario primero asentar el concepto de capacidad y sus diferentes tipos, como lo son la capacidad de goce y la de ejercicio; de tal forma advertimos por segunda vez en este trabajo que la capacidad de goce es la aptitud de las personas que se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, para ser titulares de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de ejercicio se adquiere por la mayoría de edad y es aquella capacidad requerida por la ley en las personas para hacer valer por sí mismas sus derechos y obligaciones. Hemos

establecido además anteriormente que habrá incapacidad de obrar o de ejercicio a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, recalándose que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad. Hemos denotado especialmente que cuando una persona no sea apta para hacer valer por sí misma sus derechos y obligaciones, no significa que carezca de los mismos o que no pueda hacer ejercicio de los primeros y no pueda cumplir con las segundas, sino que sólo requiere de una persona, para que en su representación lleve a cabo tales actos. Procede indicar a mayor abundamiento que la capacidad de contratar es una subespecie de la de ejercicio, y consiste en la capacidad reconocida por la ley para estipular por sí misma, una persona determinado contrato.

Observamos, de nueva cuenta, que toda vez que el contrato de mutuo es un contrato translativo de dominio, se requiere para celebrarlo válidamente que los contratantes posean la capacidad general de todo enajenante, luego entonces al no estar contenida en la regulación del mutuo, norma especial alguna, se afirma que le son aplicables las reglas generales de la materia en tratándose de dichos contratos translativos de dominio.

Entrando en materia, al no contener el actual Código regla especial alguna sobre la capacidad del emancipado para celebrar este contrato, es de observancia general que le son aplicables las reglas generales de su capacidad en los multicitados contratos translativos de dominio, para lo cual es procedente desglosar los alcances de dicha capacidad, pero antes de dicho estudio es necesario referirnos en general a

la figura jurídica en cuestión.

Según el maestro Ignacio Galindo Garfías “En virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y adquiriendo sus bienes... El menor de edad emancipado goza de una capacidad menos extensa que la que corresponde a la persona mayor de edad...”¹⁹⁶ En efecto, el artículo 451 del Código Civil vigente señala que los menores de edad emancipados por razón del matrimonio tienen incapacidad legal para los actos señalados por el artículo 643 de dicho Código que prevé que durante su menor edad necesitan “...De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces... De un tutor para negocios judiciales.”¹⁹⁷

Por tanto, queda claramente conceptuada que la emancipación es la figura jurídica que otorga al menor de edad que ha contraído matrimonio una capacidad de ejercicio semiplena, en donde dichos menores de edad emancipados, pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles sin valerse de representantes y sin requerir de autorización judicial, pudiendo sólo por disposición del propio Código ejecutar actos de dominio sobre bienes inmuebles cuando tengan autorización judicial. Rojina Villegas ha considerado a tal requisito, como un

¹⁹⁶ Galindo Garfías, Ignacio, “Derecho Civil”, Editorial Porrúa, S.A., tercera edición, México, 1979, pág. 394.

¹⁹⁷ “Código Civil para el Distrito Federal”, *op. cit.*, pág. 56.

“...grado de la incapacidad de ejercicio a los menores emancipados en donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio y consiguientemente, semi-capacidad...”.¹⁹⁸

Aclarado el alcance de la capacidad del emancipado, tenemos que con referencia al contrato de mutuo, y por ser este un contrato translativo de propiedad, el emancipado puede celebrarlo válidamente cuando el objeto del mismo sean bienes muebles, considerados como fungibles, sin que necesite para ello de autorización judicial, pero la interrogante, fundamental de este inciso está, en que si el mutuo puede recaer sobre bienes inmuebles, y en caso de ser así cómo otorgaría el emancipado el contrato a estudio cuando los bienes inmuebles fuesen objeto de contrato.

Todos nuestros ilustres tratadistas han señalado que el mutuo no puede recaer sobre bienes inmuebles, puesto que los mismos carecen del carácter de fungibilidad necesario en el bien objeto del mutuo; Antonio de Ibarrola señala que: “Los bienes muebles son fungibles y no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad”,¹⁹⁹ de lo que resulta que los bienes fungibles son aquellos que pueden hacer las veces de otros, es decir, que uno puede ser reemplazado por otro en un pago, puesto que ambos tienen el mismo poder libertario.

¹⁹⁸ Rojina Villegas, Rafael, “Derecho Civil Mexicano”, tomo primero, Editorial Porrúa, S.A., quinta edición, México 1985, pág. 447.

¹⁹⁹ De Ibarrola, Antonio, “Cosas y Sucesiones”, Editorial Porrúa, S.A., sexta edición, México, 1986, pág. 75.

Biondo Biondi señala que “Las cosas fungibles son ciertamente sustituibles, pero la sustituibilidad no es la característica esencial y primaria de la noción jurídica de cosa fungible... La sustituibilidad es, ante todo, consecuencia del hecho de que las cosas fungibles son cosas idénticas.”²⁰⁰

Los célebres tratadistas Marcel Planiol y Jorge Ripert señalan que “La fungibilidad es, por tanto, una relación de equivalencia entre dos cosas, en virtud de la cual la una puede cumplir la función liberatoria de la otra. A diferencia de la consumibilidad, la fungibilidad se aprecia siempre por vía de comparación entre dos cosas”,²⁰¹ concepción que nos parece afortunada y ya que el objeto de este estudio en particular es observar si en algún momento los bienes inmuebles pueden ser considerados como fungibles, señalaremos una brillante concepción doctrinaria de dichos tratadistas, que precisan que “Sin embargo, se pueden encontrar cosas fungibles, es decir, que tengan el mismo valor liberatorio y que no sean consumibles. Tal es el caso en que una compañía de colonización promete a emigrantes un cierto número de hectáreas de tierra en el territorio del cual es cesionaria: hallará varios lotes equivalentes, que serán fungibles entre sí, pero no consumibles.”²⁰² En base a esta afirmación, que nos parece muy afortunada, consideramos que en el muy especial caso en que se encuentren dos terrenos, que desde luego son bienes

²⁰⁰ Biondi, Biondo, “Los Bienes”, Editorial Casa Bosch, segunda edición, Barcelona, 1961, pág. 83.

²⁰¹ Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, tomo tercero, La Habana, 1946, pág. 63.

²⁰² Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, *op. cit.*, pág. 64.

inmuebles, ubicados en mismo fraccionamiento, en la misma calle, uno junto del otro y de las mismas dimensiones pueden ser considerados como fungibles, puesto que uno puede fungir por el otro con el mismo poder liberatorio en el pago, y por tanto, pensamos que en tal caso el mutuo puede versar sobre ellos y ser válido de pleno derecho.

Evidenciado el especial caso en mención, consideramos que dichos bienes inmuebles pueden válidamente ser objeto del contrato de mutuo, de tal forma que consideramos que el Código vigente debería de regular tal situación, y si los emancipados una vez observado dicho caso quisieren contratar sobre esos bienes inmuebles, nos parece que lo podrían hacer válidamente, pero requiriendo para ello de autorización judicial, puesto que como hemos visto por disposición expresa del Código requieren de autorización judicial para efectuar actos de dominio sobre bienes inmuebles.

4.3. DEBE REGULARSE LO RELATIVO AL SANEAMIENTO A CARGO DEL MUTUANTE EN CASO DE EVICCIÓN DE LOS BIENES DADOS EN MUTUO, ASÍ COMO EL SANEAMIENTO A CARGO DEL MUTUARIO EN CASO DE EVICCIÓN DE LOS BIENES QUE RESTITUYO

Hemos caracterizado a la obligación del mutuante, como una obligación de dar, ya que por efecto del contrato está obligado a transmitir el dominio de cosas fungibles al mutuario, luego entonces al ejercer en el mutuo acto de dominio sobre

los bienes objeto del contrato, está enajenado. El Código Civil para el Distrito Federal vigente en sus catorce artículos dedicados en especial a regular el contrato de mutuo no establece norma alguna que prevea los alcances de la responsabilidad del mutuante de prestar saneamiento para el caso en que el mutuario sea desposeído del bien objeto de el contrato por sentencia que haya causado ejecutoria y en razón de algún derecho anterior a la adquisición de dicho bien.

El mutuo, repetimos, al ser un contrato translativo de propiedad y no estar regulada de forma especial la responsabilidad del mutuante para el caso de evicción del bien que el mismo dio en mutuo, remite de manera tácita a las reglas generales de la materia y por tanto dicha obligación le resulta al mutuante del artículo 2120 que obra ya transcrito que prescribe que todo el que enajena está obligado a responder de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato, por tanto vemos que dicha obligación le resulta al mutuante no porque el Código manifieste de forma expresa que debe de prestar saneamiento para el caso de evicción, sino que a falta de una regulación precisa, le son aplicables las reglas generales de responsabilidad de todos los contratos translativos de propiedad, consideramos que a efecto de precisión el Código debería de regular tal responsabilidad, puesto que en algún momento desafortunadamente se podría interpretar que al estar en presencia de un mutuo simple, el mutuante al estar ejercitando una liberalidad por su parte no tiene por qué responder si se llegase a presentar la evicción, interpretación que desde luego afectaría los principios fundamentales del contrato de mutuo, como contrato translativo de dominio.

Procederemos a continuación a concretizar la correspondiente responsabilidad del mutuario de prestar saneamiento para el caso en que el mutuante sufra evicción del bien que el mutuario restituyó. Consideramos que debería el Código de establecer de forma expresa que la obligación le resulta al mutuario, puesto que al restituir está enajenando y pagando cosa debida y en caso de presentarse la evicción, la misma se equipara a un no pago, puesto que el mutuario responde como cualquier enajenante de prestar saneamiento para el caso de evicción, y al acaecer la evicción, la misma debe de considerarse expresamente como un no pago, dejándose a salvo los derechos del mutuante para exigir de nueva cuenta la restitución en propiedad de los bienes fungibles objeto del contrato en el modo y términos convenidos, en la inteligencia de que actualmente se considera tácitamente que el mutuario responde por la evicción de acuerdo a las reglas generales de la materia, pero insistimos que debería de consignarse expresamente en el Código vigente.

Creemos conveniente puntualizar la indicación del maestro Leopoldo Aguilar Carbajal en el sentido de que “La responsabilidad sigue las reglas generales, es objetiva, es decir, aún cuando no sepa que el bien es ajeno. Art. 2120.”²⁰³ En otras palabras dicho señalamiento indica que aún cuando el que enajena no tenga conocimiento de la existencia de ese derecho mejor y anterior al suyo, responde de saneamiento para el caso de evicción del bien dado y restituido en mutuo.

²⁰³ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *op. cit.*, pág. 141.

4.4. DEBE REFORMARSE Y AMPLIARSE LA REGULACION DEL SANEAMIENTO A CARGO DEL MUTUANTE EN CASO DE VICIOS REDHIBITORIOS, ASI COMO TAMBIEN DEBE REGULARSE EN QUE FORMA RESPONDE EL MUTUARIO PARA CUANDO EL BIEN RESTITUIDO PRESTE VICIOS REDHIBITORIOS

El Código Civil vigente, regula de manera especial el contrato de mutuo en comparación a los demás contratos conmutativos, tenemos así, que en materia de responsabilidad para el mutuante cuando el bien objeto del contrato presente vicios ocultos la existencia del artículo 2390 ya citado, que establece de manera especial que el mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuario; luego entonces dicho precepto legal en nuestro punto de vista, establece una regulación especial ya que arroja un elemento subjetivo para que proceda la responsabilidad del mutuante, ya que se requiere para ello, que dicho mutuante haya conocido los defectos ocultos del bien y no haya dado aviso oportuno al mutuario.

En efecto, el artículo en cita nos parece afortunado pero incompleto, ya que arroja lagunas en cuanto a su alcance y aplicación, por lo que procedemos a hacer énfasis de las confusiones que genera:

El artículo 2390, excluye de manera expresa la responsabilidad del mutuante para cuando el bien fungible que dio en mutuo presente vicios ocultos de la

responsabilidad general para los otros contratos conmutativos establecida por el artículo 2142, que como ha quedado establecido prevé, que en los contratos translativos de dominio, todo enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que presente la cosa enajenada. Establecemos, que en nuestra opinión la causa determinante para la creación del artículo 2390, fue acertada al atenuar la responsabilidad del mutuante en el sentido de que sólo es responsable el mutuante cuando haya conocido la existencia de dichos vicios y no haya dado aviso oportuno al mutuario, puesto que en el contrato de mutuo simple, el mismo al ser gratuito, refiere a una liberalidad por parte del citado mutuante, puesto que él mismo no se beneficia en ningún sentido. Pero dicho precepto al estar incompleto crea graves problemas dentro de la regulación del contrato puesto que en el Código vigente no se prevé disposición alguna que señale en qué forma responde el prestamista, si el bien que dio en mutuo presenta vicios ocultos, cuando se trate de un mutuo con interés, a lo que consideramos que el ordenamiento de la materia debería de indicar que cuando el mutuo sea oneroso, la responsabilidad del mutuante deja de ser subjetiva, o sea que no se requiere para que proceda, del conocimiento anterior de esos vicios ocultos, ni de que los haya manifestado oportunamente al mutuario, sino que sugerimos que de forma expresa se indique que en vista de que el mutuante obtiene un beneficio por los intereses que recibirá, su responsabilidad es la general que prescribe el artículo 2142 para los contratos conmutativos, puesto que en esta se sigue un criterio objetivo y el mutuante debe de ser responsable conozca o no los vicios, por que al tratarse de un mutuo con interés ya no se está en presencia de ese carácter de liberalidad con que se beneficia al mismo en el mutuo simple, además repetimos que en caso del mutuo con interés debe de regir para el mutuante la

responsabilidad prescrita en el 2142, ya que no existe dentro del mutuo oneroso derogación expresa que inhiba la aplicación de la teoría general de responsabilidad en presencia de vicios ocultos.

Pero no sólo hemos de observar que de la existencia del artículo 2390 surge la confusión de si el mutuante debe de responder objetiva o subjetivamente en presencia de vicios ocultos del objeto dado en mutuo, sino que surge a la vez la interrogante de si dicho artículo le es aplicable o no al mutuuario, y de serlo, surge también la laguna de si sólo en presencia de un mutuo simple o si también para cuando el contrato sea con interés.

El maestro Lozano Noriega señala que “El artículo 2390 sólo se aplica tanto al mutuante como al mutuuario cuando estamos frente a un contrato de mutuo simple; el 2142 rige para mutuante y para mutuuario cuando estamos en presencia de un contrato de mutuo con interés.”²⁰⁴ En nuestra opinión, la concepción antes apuntada, nos parece poco afortunada, puesto que consideramos que dicho tratadista, al hacer tal aseveración no tiene en cuenta, que el mutuuario al cumplir con el contrato y restituir el bien fungible objeto del mismo, no actúa con ese carácter de liberalidad, por el que se creó el multicitado artículo 2390, ya que él, es quien se beneficia cuando el mutuo es simple y no soporta interés alguno; a mayor abundamiento, consideramos que es preferible resolver el problema atendiendo a que la restitución implica el cumplimiento por parte del mutuuario de una obligación de

²⁰⁴ Lozano Noriega, Francisco, *op. cit.*, pág. 317.

dar, y toda vez que se trata de un contrato conmutativo, el enajenante está obligado a responder de los vicios y defectos ocultos que presente la cosa enajenada, y consideramos que el artículo 2390, al referir únicamente al mutuante, debe observarse que la teoría general del artículo 2142 le es aplicable al mutuario, no importando si es un contrato de mutuo simple o con interés, ya que dicho mutuario está pagando cosa debida y por tanto debe de restituir un bien de la misma especie, cantidad y calidad de lo que por su parte él recibió, luego entonces, opinamos que el Código Civil debería de señalar en el capítulo que consagra al mutuo, de forma expresa, que el mutuario responde de saneamiento en caso de que el bien restituido presente vicios redhibitorios, conforme a la teoría general contenida en el artículo 2142, no importando para qué proceda su responsabilidad el elemento subjetivo de que conozca los vicios y no haya dado aviso oportuno al mutuante, con el que se beneficia a este último en presencia de un contrato de mutuo simple, por que contrata con ese carácter de liberalidad que el legislador, en nuestro parecer trató de beneficiar, con el establecimiento de ese especial artículo 2390, que concluimos no debe de aplicarse al mutuario ni en presencia de un mutuo simple ni menos aún, cuando dicho contrato soporte un interés.

4.5. POR DEFICIENTE, DEBE REFORMARSE LA REGULACION QUE HACE EL CODIGO CIVIL DE LOS MEDIOS DE QUE DISPONE PARA LIBERARSE EL DEUDOR, A QUIEN SE COBRA UN INTERES EXCESIVO, O AL MENOS POR ENCIMA DEL LEGAL

Como hemos visto, El Código Civil vigente para el Distrito Federal arroja la posibilidad de la existencia de un interés para el contrato de mutuo, produciéndose así la transformación de dicho contrato de gratuito a oneroso, el Código de la Materia establece dos tipos de interés, uno es el legal, que tiene como limitante en su tasa el nueve por ciento anual, y el otro denominado convencional, es el que fijan libremente las partes y puede ser inferior o en su caso superior al legal.

Hemos visto que la estipulación de intereses en el contrato de mutuo, según el actual Código puede versar en intereses sobre dinero o sobre otros bienes fungibles. Entrando en materia, analizaremos el porqué creemos conveniente reformar la regulación actual del Código Civil en el sentido de que nos parece deficiente la misma en cuanto a los medios de que dispone el mutuuario para liberarse del pago de intereses excesivos, o para cuando no siendo excesivos, estos son superiores a los legales, es decir, que exceden del nueve por ciento anual.

En el primer caso, o sea cuando el mutuuario queda obligado a pagar un interés excesivo, hemos referido en el capítulo tercero de este estudio a dos soluciones, una penal y la otra civil; de la penal, hemos puntualizado que nos parece más apropiada, puesto que al darse la usura, dicho Código la considera como fraude

específico al tipificarla como tal, y toda vez, que los delitos patrimoniales al existir, la sentencia penal importa la reparación del daño. En el caso a estudio, al haber el mutuario o sea el sujeto pasivo del delito efectuado pago de esos intereses excesivos, en la citada solución penal los efectos se retrotraen al tiempo en que se cometió el delito, en este caso al tiempo en que se celebró el contrato y se empezaron a pagar dichos intereses usuarios.

Por su parte, la actual regulación del Código Civil en su artículo 2395, sólo indica que, 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 de éste, el juez teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal. Esta solución a que hemos hecho referencia, se basa en nuestro parecer, en un tipo especial de lesión para el contrato de mutuo con interés, y prevé que la tasa del mismo, se reduzca, teniendo como limitante el tipo legal, por tanto el contrato no se nulifica al solicitarse la reducción de los intereses, y ya que no se ataca a la lesión en cuanto a elemento de validez, sino que únicamente se intenta reducir ese interés, claro está que dicha solución presenta una ventaja, puesto que permite al mutuario seguir disfrutando del plazo convenido para hacer la restitución, pero dicha solución, postulamos que es incompleta, puesto que la reducción como claramente se establece sólo opera para el futuro y como el contrato no se nulifica, no cabe lugar a la restitución de los intereses usuarios, que ya haya pagado previamente el mutuario, por tanto consideramos, que para que dicho artículo estuviese completo, se le debió haber agregado al final, que en caso de que el juez reduzca los intereses, la reducción

de los mismos se retrotraerá a la fecha de celebración del contrato, lo anterior a efecto de que el mutuario que hubiese pagado intereses usuarios pueda de manera expresa invocar defensa con fundamento en este artículo, a efecto de que una vez hecha la reducción de los intereses que deba seguir pagando en lo futuro, se le entere la diferencia de los ya pagados con la tasa que deba pagar una vez hecha tal reducción.

En cuanto al segundo caso, o sea cuando el mutuario deba de pagar intereses superiores a los legales, pero no considerados como usuarios el Código Civil en su artículo 2396, ya citado, establece un medio del que puede valerse el mutuario para dar cumplimiento anticipado al mutuo y así evitar seguir pagando esos intereses superiores a los legales.

El precepto legal invocado, prevé que el mutuario se libere de la obligación de pagar intereses, cuando estos son superiores a los legales, reembolsando el capital después de seis meses contados desde que se celebró el contrato y no importando para ello el plazo fijado, para lo que requiere el mutuario que dé aviso cuando menos con dos meses de anticipación y pague los intereses vencidos.

En nuestro parecer, la medida adoptada por el Código en el artículo 2396 es apropiada, pero nuevamente incompleta, estimamos que los motivos del Legislador para establecer dicho artículo, fueron el facultar al deudor, mutuario, de liberarse de la carga de seguir pagando intereses superiores a los legales, cumpliendo con su

obligación y dando aviso oportuno al mutuante de que era su voluntad cumplir anticipadamente con el contrato. Opinamos que si el motivo de el Legislador fue el otorgar la posibilidad al mutuario de liberarse del pago de esos intereses superiores a los legales, no tuvo por qué establecer que por lo menos por seis meses dicho mutuario deba de pagar tales intereses, en ese caso consideramos que el Código debió haber establecido en vez del término de después de los seis meses, en cualquier tiempo, y así evitar que el mutuario si así lo eligiese, se vea obligado por lo menos a pagar intereses por el lapso de seis meses.

CONCLUSIONES

PRIMERA. A través del tiempo han logrado perfeccionarse paulatinamente las distintas figuras contractuales que hasta nuestros días han llegado a nuestro conocimiento por medio de la legislación y de la doctrina: Sin embargo prevalecen cuatro sistemas que explican la formación de los contratos como lo son el de declaración, el de expedición, de recepción y por último de información y que tienen como propósito determinar en que tiempo y en que lugar surge jurídicamente la existencia de algún tipo de contrato.

SEGUNDA. Una vez materializados los elementos de existencia surge el problema de la interpretación contractual sobre el cual la ley como la doctrina han coincidido que el hecho fundamental que sirve para su interpretación es la voluntad interna o la intención común que las partes han exteriorizado ya sea a través de las palabras, de los términos o de las cláusulas que se han constituido al celebrar el contrato mismo.

TERCERA. Los sistemas jurídicos contemporáneos herederos de los diversos estudios comparados, donde el historiador jurídico ha registrado con su testimonio la evolución del contrato de mutuo, así podemos observar en sus obras bibliográficas que desde el Derecho Romano pasando por el Germánico, Derecho Español Antiguo hasta el Napoleónico, sus variantes han sido mínimas

prevaleciendo genericamente características constantes como lo son la unilateralidad, lo estricto, lo no formal, lo traslativo y lo gratuito que hasta nuestros días conocemos.

CUARTA. La doctrina mexicana especialista del derecho Civil ha cumplido con la responsabilidad que la ciencia del Derecho le atribuye; Es decir se ha constituido en fuente del Derecho y como tal el Código Corona de Veracruz Llave de 1868 el cual fue elaborado por el licenciado Fernando de Jesús Corona se constituyó en el antecedente inmediato que sirvió para actualizar los Códigos Civiles del Distrito Federal y el Territorio de Baja California de 1870 y 1884 respectivamente.

QUINTA. El Código Civil vigente establece en su artículo 1793 lo siguiente:

Art. 1793. "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Por lo tanto nosotros sugerimos que debe de incorporarse la noción de convenio en sentido estricto para lo cual proponemos que dicho artículo debe reformarse para quedar bajo los siguientes términos

"Art. 1793.- Los convenios que producen y transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos y los que las modifican o extinguen, el

de convenios en sentido estricto.”

SEXTA. Atentos a la propuesta anteriormente formulada y para su adecuada funcionalidad adjetiva deberá proceder consecuentemente la reforma al Artículo 1859 para agregar las palabras “en sentido estricto” a la de “convenios”. De esta manera el texto propuesto para el legislador estaría redactado bajo los siguientes términos.

“Art. 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios en sentido estricto y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

SEPTIMA. Tal como se encuentra redactado el artículo 763 del Código Civil, la distinción entre bienes fungibles y no fungibles constituye una subclasificación de los bienes muebles, lo que excluiría a los inmuebles de la posibilidad de ser ubicados entre los fungibles. Asumimos, siguiendo en ello la autorizada doctrina de Planiol y Ripert, que eventualmente los bienes raíces también pueden tener la característica de fungibilidad, por lo que convendría reformar al artículo citado, suprimiendo de él la parte inicial que dice: “Los bienes muebles son...”. A nuestro entender, el texto legal debería quedar:

“Art. 763.- Los bienes pueden ser fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma

especie, calidad y cantidad.

Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad.”

OCTAVA. Por otra parte, también debe el Código Civil disponer expresamente que cuando el mutuo sea con interés, el mutuante está obligado a responder en los términos del artículo 2142, si el bien prestado para su consumo presenta vicios redhibitorios. Así como también a) El Código Civil debe establecer expresamente que el mutuario por ser deudor de cosa, está obligado a responder conforme al artículo 2142, cuando el bien que restituyó presente vicios ocultos, independientemente de si el mutuo es gratuito u oneroso; y por último también b) Debe modificarse la solución que ofrece el artículo 2395 del Código Civil, para hacer posible que el mutuario que ha pagado intereses desproporcionados pueda obtener la restitución de las cantidades entregadas en exceso, pues de otro modo se está sancionando como válido un acto de usura.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.

BIONDI, Biondo, Los Bienes, Editorial Casa Bosch, España, 1961.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, tomo primero, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

CALVA, Esteban y SEGURA, Francisco P., Instituciones de Derecho Civil, tomo tercero, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1883.

CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo tercero, Editorial Reus, S.A., España, 1944.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., Curso Elemental de Derecho Civil, tomo cuarto, Editorial Reus, S.A., España, 1995.

DE FRANSISCI, Pietro, Síntesis Histórica del Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

DE IBARROLA, Antonio, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, volumen tercero, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, Tratado de Derecho Civil, tomo segundo, Editorial Casa Bosch, España, 1935.

FERNANDEZ ELIAS, Clemente, Novísimo Tratado Histórico Filosófico de Derecho Civil Español, Editorial de Leocadio López, España, 1873.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Libro del Cincuentenario del Código Civil. La Transmisión de Propiedad entre Vivos, Editorial UNAM, México, 1978.

JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, tomo segundo, Editorial Casa Bosch., Argentina, 1951.

LOEWENWARTER, Víctor, Derecho Civil Alemán Comparado, Editorial Nascimento, Chile, 1943.

LOZANO NORIEGA, Francisco, Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos, Editorial UNAM, México, 1982.

MANRESA Y NAVARRO, José María, Comentarios al Código Civil Español, tomo decimoprimer, Editorial Reus, S.A., España, 1931.

MARGADANT S., Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, S.A., México, 1968.

MARIN PEREZ, Pascual, Estudio Sobre el Derecho Privado y sus Transformaciones Actuales, Editorial Casa Bosch, España, 1959.

MATEOS ALARCON, Manuel, Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal, tomo quinto, Imprenta de Díaz de León, México, 1896.

MAZEAUD, Henry, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, volumen cuarto, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1962.

MONTES, Angel Cristóbal, Curso de Derecho Romano, Editorial de la Universidad Central de Venezuela, Venezuela, 1964.

MORA BARBA, Alejandro, Curso Elemental de Derecho Civil, Editorial de Daniel Méndez Acuña, México, 1978.

ORTIZ URQUIDI, Raúl, Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.

PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y Arguallo, Luis Rodolfo, Derecho Romano, tomo segundo, Tipográfica Editorial Argentina, Argentina, 1966.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomos tercero y decimoprimer, Editorial Cultural, S.A., Cuba, 1946.

PLANITZ, Hans, Principios de Derecho Privado Germánico, Editorial Casa Bosch, España, 1957.

POTHIER, Robert Joseph, Tratado de las Obligaciones, Editorial Atalaya, Argentina, 1947.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomos primero, quinto y sexto, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

ZAMORA y VALENCIA, Miguel Angel, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

DOCUMENTOS

EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, volumen primero, parte tercera del Digesto, libro XII, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872.

LAS SIETE PARTIDAS DEL SABIO REY DON ALFONSO, partida quinta, glosadas por el Licenciado Gregorio López, tomo segundo, editadas en la oficina de Benito Cano, Madrid, 1876.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 1996.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, adoptado al Estado de Puebla, Tomás F. Neve y Comp. Editores, México, 1871.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, México 1884.

Código Civil del Estado de Veracruz Llave, Imprenta Progreso, México, 1868.

Código de Napoleón, Editorial Juan Buxo, Cuba, 1921.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1996.