

El Contrato de Mutuo

Por: JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor Principal

Resumen: El autor analiza este negocio jurídico de enajenación de bienes muebles, comentando en forma sistemática los diversos preceptos del Código Civil sobre mutuo o préstamo. Partes importantes del trabajo son las que tratan de los derechos y obligaciones de las partes, así como la legislación vigente sobre intereses y la limitación a que éstos están sujetos, hasta el punto de que cualquier exceso del tope fijado hace incurrir al mutuante en el delito de usura.

• 1.—*Generalidades.*— El mutuo es uno de los más importantes contratos de crédito. Por él se le concede en propiedad, a una persona, una suma de dinero u otras cosas muebles fungibles, para que ésta las devuelva, siempre después de vencido un término. Nunca existe devolución inmediata pactada.

Es contrato de financiación. No sólo lo concede un Banco comercial, sino cualquier particular.

Históricamente, el mutuo es el primer contrato crediticio. Es con el préstamo que en el mundo aparece el crédito. Es el mutuo su forma embrionaria y primigenia. El acreedor en este negocio jurídico, no se obliga a dar; da.

El prestamista no sólo se obliga a transmitir la propiedad al prestatario, sino que la transmite. Es de su esencia que sea un contrato traslativo de propiedad, porque el mutuuario reintegra no las mismas cosas que recibió, sino otras de la misma especie y calidad. Y si éstas no existen, deberá pagar su valor estimado en el tiempo y lugar de pago, conforme al art. 1579 cód. civ. El lugar del pago, si no se hubiere designado, será el del lugar del contrato; y dicho contrato se reputa celebrado en el lugar en donde se formuló la oferta (arts. 1579, ap. 2º y 1336 cód. civ.).

Como advierte HEDEMANN J. W. (1), el tipo más simple

(1) Trat. de D. Civ., vol. III, D. de obligaciones, cap. III, § 335.



de negocio jurídico de crédito es el contrato de mutuo. Por el mismo, un individuo entrega a otro cierta cantidad de dinero a crédito, a fin de recobrarla más tarde. El que da el dinero otorga su confianza (*credere*) a quien lo recibe; le da crédito. Por el crédito el acreedor consiente en que el deudor le pague en el futuro. Existen también contratos de compra-venta a crédito. La locación, asimismo, es un negocio de crédito si la merced se paga en períodos vencidos. Cuando existe el crédito se toma del patrimonio del que concede el crédito y se traslada al patrimonio del que recibe el crédito. El valor que tiene el crédito se transmite en propiedad a la persona que recibe el crédito. Consiste el valor dado al crédito en cosas sustituibles (fungibles).

El crédito se basa en la confianza. Existe crédito personal, cuyo ejemplo es el mutuo simple; y crédito real, en que existe seguridad prendaria pero para un crédito personal. En otros casos para el crédito personal habría garantía hipotecaria o anticrética. Esta última sólo se utiliza para obligaciones pasivas emergentes de un mutuo de capital. La anticresis asegura cualquier prestación dineraria: art. 1004 cód. civ.

El crédito revela confianza; esperanza del acreedor de que el deudor habrá de pagar.

Además, todo crédito lleva en si un elemento temporal; la prestación se cumplirá en el futuro. No sólo el mutuo es contrato de crédito, sino la compra-venta a plazos; el contrato de locación; todos los negocios de los bancos comerciales. Con el crédito no sólo gana el que lo da, sino también aquel que lo recibe. Por lo menos, ambos confían en lucrar.

Las obligaciones que tienen por objeto dar sumas de dinero, son obligaciones de dar cosas genéricas (cosas inciertas). Sin embargo, en las obligaciones de capital existen ciertas diferencias. Así, HEDEMANN (1 bis) observa que en las obligaciones genéricas debe establecerse sus cualidades naturales, lo que no ocurre en las obligaciones dinerarias, en las que se establece únicamente su valor, que se determinará mediante cálculo. Asimismo, en los negocios de crédito no obstante que el valor fué pactado originariamente en una cifra determinada, esa cifra no podría ser recalculada al tiempo del pago de la obligación, al señalarse cuál es el monto de la depreciación o del plusvalor que ha experimentado la obligación en el tiempo corrido entre la fecha en que fué contraída y la fecha en que debe pagarse. En las obliga-

(1 bis) Trat. de D. Civ. vol. III, D. de Oblig., § 8, III, a), p. 92.

ciones de dar cosas inciertas se deben entregar por el deudor cosas de calidad media: art. 1179, § 2º del cód. civ. En cambio, en las obligaciones dinerarias el valor de la moneda viene señalado por la legislación, sin atender a su menor o mayor poder adquisitivo al tiempo del pago.

El dinero tiene también una noción amplia, en cuanto comprende el llamado "dinero giral", constante en letras de cambio, vales a la orden, pagarés y cheques. Existe también la moneda extranjera, pero para ella el tipo de cambio fijado por el Estado es obligatorio y es realmente el valor que dicha moneda extranjera tiene al pagar con ella, v.g., deudas en moneda nacional. El pago con letras de cambio y documentos análogos de una deuda monetaria no es realmente pago, en cuanto se considera que ese pago no extingue la obligación, sino cuando esos documentos hubieren sido realizados: art. 1248 del cód. civ.

En nuestro país no se puede celebrar negocios jurídicos que impliquen el pago en moneda extranjera de obligaciones que deben ser satisfechas dentro del Perú. Véase Decreto-Ley Nº 18275, de 15 de mayo de 1970, art. 2º. Sin embargo, obligaciones pasivas que deban pagarse en el Perú, pueden ser contraídas en moneda extranjera, pero en el extranjero. Las mercaderías extranjeras no en *stock*, sino para importar, se cotizan y pagan en moneda extranjera al exportador extranjero.

✦ El contrato de mutuo, dicen ENNECCERUS-LEHMANN (2), importa la transmisión de cosas fungibles o el valor de dichas cosas, al patrimonio del mutuuario, con la estipulación de devolver cosas de igual especie y calidad. Agregan que es un contrato rigurosamente unilateral.

También ENNECCERUS-LEHMANN (3) informan que no es necesario que el mutuante sea dueño de las cosas que da en préstamo siempre que exista buena fe en quien recibe el préstamo. Para nosotros, debe observarse el art. 890 del cód. civ. y las excepciones que contiene en su apartado 2º (robo, hallazgo, pero no cosas sujetas al registro fiscal de ventas a plazos, porque éstas no son cosas fungibles desde que para inscribirse deben ser cosas muebles identificables). No es necesario que el dinero lo pague el mismo mutuante; puede darlo un tercero, a consecuencia del mandato que hubiere recibido del mutuante, o de una delegación, o de una cesión de crédito, o porque el mutuante le en-

(2) Trat. de D. Civ., t. II, D. de Obligaciones, vol. 2, § 139, p. 217 s.

(3) Trat. de D. Civ., t. II, D. de Obligaciones, vol. 2, § 139, II, tex. y n. 2, de la p. 218.

dosa al mutuuario una letra de cambio que debe dicho tercero. En estos casos, el mutuo se estimaría concluido como contrato real en el momento en que el deudor del crédito cedido, o el delegatario o el deudor cambiario paga el importe de la obligación dineraria; no cuando recibe el título de la obligación que le ha sido transferida.

Toda deuda de dinero o de cosas fungibles puede transformarse en una deuda de mutuo (por medio de una novación por cambio de objeto), si es que existe consentimiento entre acreedor y deudor (4).

Existen negocios jurídicos en que ciertas obligaciones deberán ser necesariamente en dinero. Así, en la compra-venta, el precio deberá pagarse en dinero (art. 1383 cód. civ.); el mutuo de dinero debe ser necesariamente en dinero. Este contrato de préstamo es contrato de crédito; el acreedor si quiere, otorgará crédito al deudor, proporcionándole cierta suma de dinero para que la devuelva después de cierto término. Ahora, en nuestro país, sin embargo, existen negocios de crédito impuestos, en virtud de una desafortunada reforma de un precepto de la Constitución. Por ejemplo, el propietario de tierra rústica está obligado a recibir en pago de lo que se le expropia en lugar de dinero, bonos intransferibles. Asimismo, para la expropiación de otros bienes también se obliga a sus propietarios a recibir en pago bonos, pese a que ni siquiera la reforma constitucional cubriría este otorgamiento forzoso de crédito.

Como apunta Karl LARENZ (5), el crédito forma parte del patrimonio. No sólo es un derecho del acreedor a la obligación y que es lo opuesto a la deuda, que es la misma obligación, pero vista desde el lado pasivo, sino que es objeto patrimonial y, por tanto, puede ser transferido, como efecto del poder de disposición que goza todo aquel que tiene crédito. Es así que el crédito está dentro del tráfico jurídico. Dentro del patrimonio están no sólo las cosas y, en general, los bienes, sino también los créditos. El crédito puede ser enajenado, mediante el contrato de cesión de créditos. Existe también prenda de créditos (art. 998 s. cód. civ) y prenda de letras de cambio y usufructo de créditos (art. 956 C.C.). Las letras de cambio, los vales a la orden, los pagarés son cedidos a tercero mediante la operación jurídica del endoso, aunque también pueden ser transferidos mediante el contrato de ce-

(4) *Trat. de D. Civ.*, t. II D. de Obligaciones, vol. 2, § 139, III, p. 220.

(5) *D. de Oblig.*, t. I, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 29, p. 44 y ss.

sión de créditos y, en algunos casos, el endoso de estos papeles produce sólo los efectos de la cesión y no los del endoso (siendo endoso existirá solidaridad entre los acreedores cedentes, que se transforman en codeudores solidarios y el último endosatario, que es el tenedor de la cambial, no está sujeto a las excepciones oponibles a los otros acreedores, sino sólo soportaría la excepciones comunes y las que le son personales a él, salvo su dolo o mala fe, que se deberá probar).

De otro lado, la fianza y el aval, son negocios jurídicos de crédito. La cesión de créditos no siempre se opera por medio del contrato de compra-venta, sino que puede obedecer a una donación; a una permuta, a una adjudicación en pago o como medio de extinguir otra obligación (en que podría configurarse hasta una novación).

Evidentemente, los créditos forman parte del patrimonio embargable del acreedor. Es por ello que un acreedor del acreedor puede embargarle a éste el crédito que le debe un tercero (embargo en forma de retención), a quien haría notificar dentro del proceso ejecutivo, o antes, si se trata de embargo preventivo. Es por eso que el art. 1242 del cód. civ declara que el deudor no puede pagarle a su acreedor si judicialmente se encuentra notificado que no lo haga; y si paga ese pago es inválido y se encontraría expuesto a pagar dos veces. Asimismo, en el cód. de proc. civ., al ocuparse de las diversas formas del embargo su art. 622 se refiere al embargo de créditos, sea para que se entreguen al depositario, sea para que los retenga el deudor apercibido de doble pago en caso de desobediencia; y el art. 628 del mismo cód. procesal se refiere al depositario de títulos de crédito (letras, vales, pagarés).

El crédito es objeto de enajenación como cualquier otro bien patrimonial. Existe una especie de derecho de propiedad sobre el crédito; éste le pertenece a alguien. Es un derecho subjetivo; es de una persona y sólo de ella. LARENZ anota que es exacto este derecho de propiedad en el crédito. Cuando alguien dice "este crédito es mío" ello importa un derecho de señorío sobre el crédito, como ocurre cuando se trata de un objeto corporal. (6).

Tratándose de cosas muebles que no sean dinero, el mutuario no puede eximirse de devolver, ni aún en los casos en que se hubiere hecho imposible tener el *genus*, por guerra, revolución o por orden del Estado prohibiendo su comercio. Deberá pagar

(6) Derecho de Oblig., t. I, § 29, p. 450 s.

su valor que se determinará judicialmente, en caso de que no hubiere acuerdo. El dinero tiene siempre un valor en la nueva moneda, a no ser que el nuevo gobierno declare que carece de valor en todo caso.

Si la cosa prestada, que no es dinero, ha causado daño al mutuuario, a causa de vicios, el mutuante debe el resarcimiento, a no ser que pruebe que ignoraba los vicios y que procedió sin culpa. Hay que distinguir, sin embargo si el mutuo es gratuito u oneroso. Véase art. 1355 cód. civ. Sin embargo, para determinar la responsabilidad aquiliana (art. 1136 y ss. del cód. civ.), existen hipótesis que no requieren la existencia de la culpa, sino sólo la comprobación del daño.

Si las cosas (que no son dinero) causan daño al mutuuario, el mutuante deberá indemnización si el mutuo es oneroso. Empero, si es gratuito, sólo la deberá si dicho mutuante conociendo los vicios de las cosas, no los hizo conocer al mutuuario. Corre a cargo de éste la prueba de que el prestatario tenía ese conocimiento. Esta solución no está expresada en la ley, pero derivaría del art. 1322, cód. civ., que regula la culpa entre otros extremos, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación.

Este contrato está rodeado de seguridades. La primera de ellas es la entrega; y la 2ª seguridad es que debe constar instrumentalmente cuando pase de cierto valor. Otra seguridad: si no existen las cosas muebles de la misma calidad que se entregaron, se pagará su valor, por quien las recibió.

No obstante que el mutuo transfiere la propiedad al otro contratante, éste contrae la obligación de devolver cosas equivalentes.

Como lo que resulta recibiendo el prestatario es dinero o cosas fungibles, la obligación de devolver que éste asume es una obligación de dar cosas inciertas, las que deben estar indicadas, por lo menos, en su especie y cantidad, según el art. 1178 del cód. civ. Se trata de una obligación de género. La restitución se hará teniendo en cuenta la calidad media de las cosas. Esta solución es privativa del mutuo, porque en otras relaciones jurídicas si desaparecen todas las cosas genéricas sin culpa del deudor, éste queda eximido de darlas.

* El contrato de mutuo no sólo es de dinero, sino también de cosas genéricas. En cuanto a dinero es contrato de crédito y corresponde a una clasificación muy importante de las obligaciones: la de las obligaciones pecuniarias o monetarias. Para la economía el dinero es la medida general del valor; cada cosa vale

determinado precio en dinero. Esta es la idea substancial. El valor de la tierra, por ejemplo, se mide en dinero y no en otras cosas. Los bonos representan dinero pero pueden llegar a no ser dinero; y si lo son habrán de serlo en el futuro. Asimismo, el dueño de las cosas puede, si quiere, aceptar bonos u otros títulos-valor (letras de cambio, vales a la orden, pagarés, cheques). Se necesita que el dueño acepte estos papeles de comercio en sustitución de las cosas que entrega, porque en realidad importan un pago diferido. Sueldos y salarios se pagan en dinero; no en otros documentos representativos de dinero. El dinero es de aceptación forzosa (curso forzoso) en pago de las cosas que se enajenan o de las obligaciones pasivas que extingue el deudor. La característica esencial del dinero en país determinado es la de tener que ser obligatoriamente aceptado. Nuestra ley orgánica del Banco Central de Reserva del Perú lo dice en su art. 33. No sólo son de aceptación obligatoria los billetes del Banco, sino las monedas metálicas (6 bis).

Nadie puede negarse a recibir en pago de una obligación de dinero su importe en dicho dinero. Si lo hace incurre en mora del acreedor (*mora accipiendi*). El dinero no desaparece ni en los países comunistas, o sea que hasta en ellos existe propiedad privada de estas cosas muebles llamadas dinero; y siempre, aún hasta en esos países, es de curso forzoso; es medio de pago de aceptación obligada. Ahora, ningún país puede vivir sin tener dinero. La abolición del derecho de propiedad privada no puede incluir la abolición de la moneda del Estado. Se la necesita en los cambios del comercio internacional y para los pagos que debe hacer el Estado a quienes le son sus servidores.

Legalmente, el acreedor sólo está obligado a recibir moneda fraccionaria hasta cierta cantidad.

El préstamo es el contrato por el que una persona concede a otra el uso de una cosa, por cierto tiempo, sin exigir ningún precio.

* Existe el préstamo de uso o comodato y el préstamo de consumo, que es el mutuo. En el mutuo la cosa prestada es consumible; en el *commodatum*, no.

* Es por esto que en el *mutuum* el mutuuario puede disponer de la cosa prestada. En el comodato, no. Por tanto, en el mutuo hay que transferirle la propiedad.

(6 bis) La ley orgánica del Banco Central de Reserva del Perú ha sido dada por medio de los Decretos Supremos Nos. 295-68-HC y 348-68-HC, de 14 y 16 de agosto, respectivamente, que tienen fuerza de ley por la autorización contenida en la ley N° 17044.

El mutuuario se libera, o sea que paga, cuando entrega cosas de la misma naturaleza que las recibidas, o sea de la misma calidad y en la misma cantidad. Se trata de cosas muebles fungibles y, además, consumibles. Son cosas fungibles entre sí. Si la cosa consumible no es fungible, no puede ser dada a mutuo.

El mutuo más corriente es el mutuo de dinero.

El mutuante o prestamista debe ser dueño de la cosa que da en préstamo. Sin embargo, si es cosa mueble, el mutuuario se encuentra amparado por el principio de que la posesión vale el título, contenido en el art. 890 del código civil.

Si se trata de dinero robado y es difícil la identificación, el prestatario no está sujeto a la reivindicación, aunque todavía no lo hubiera consumido al tiempo de la devolución. Puede el prestatario no acogerse a lo dispuesto en el art. 890 del cód. civ., en cuyo caso procede la reivindicación.

Por el préstamo de consumo o mutuo, el mutuuario puede emplear cosa o cosas recibidas en cualquier uso; puede darles el destino que quiera. Así, puede destruirlas, porque en esa forma las consume.

Cuando el mutuo produce intereses, como decía OLAECHEA en clase, constituye el comercio del dinero. La moneda es también mercancía; y no sólo sirve para adquirirlas.

El comodato es siempre gratuito. El mutuo no siempre; frecuentemente es oneroso. Se pacta un interés que deberá pagar el mutuuario. Empero, sin pacto no existe obligación de pagar interés. (art. 1583 C.C.). Hay un interés convencional, que está limitado en sus *quantums*, y un interés legal también señalado por la ley.

El préstamo de consumo es el "*mutuum*" del derecho romano.

Recae sobre cosas que son, a la vez, consumibles y fungibles, para que el mutuuario restituya cosas de la misma especie y calidad de las recibidas y no las mismas cosas que se le entregaron. Es claro que puede entregar las mismas cosas que se le dieron, si ellas existen en su poder.

El mutuuario devuelve cosa equivalente (*tantundem*); no la misma cosa recibida.

La transferencia de la propiedad de la cosa del mutuante al mutuuario es esencial.

No hay restitución porque ella significa devolución de la misma cosa recibida. No se devuelve lo mismo, sino que se entrega el equivalente de lo que se recibió.

El mutuante debe tener el poder de disposición sobre la cosa mutuada, porque es efecto del mutuo que el mutuante pierda la posesión de la cosa y también su derecho de propiedad es transferido al mutuuario:

* El mutuo es un contrato real porque para su perfeccionamiento requiere la entrega de las cosas o dinero prestado.

Precisamente, se diferencia de la promesa de mutuo en que en ésta no hay entrega.

* Si el mutuuario no recibe la posesión de las cosas prestadas, el mutuo no existe. Para que nazcan los derechos y obligaciones de este contrato, la entrega, el elemento real, es indispensable (7).

* Es nulo el contrato de mutuo en que no existe tradición. La no entrega estaría comprendida en la ausencia de la forma a que se refiere el art. 1123 C.C., que enumera los casos de nulidad absoluta.

Hemos dicho que el mutuo es préstamo de consumo.

El consumo importa destrucción de la cosa mutuada; su desaparición para quien la recibe.

Tratándose de préstamos en moneda, ya en el Perú se encuentra prohibido hacerlo en moneda extranjera (dólares, marcos, francos).

El D.L. N° 18275, de 15 de mayo de 1970, en su art. 2° prohíbe celebrar contratos en moneda extranjera, que deban ejecutarse en el Perú, entre ellos contratos de préstamos dinerarios.

El contrato de mutuo es contrato que se perfecciona con la entrega. Es contrato real, como lo es el comodato y el depósito.

El mutuo es préstamo de consumo, en cuanto el mutuuario consume, destruye las cosas. El comodato es sólo préstamo de uso, porque el comodatario deberá devolver lo que recibió. Los dos contratos emanan de la misma raíz; pero en el mutuo las cosas son consumibles y en el comodato no; y en el mutuo se prestan cosas fungibles y en el comodato no. En este son cosas ciertas.

* En el mutuo existen prestaciones recíprocas. El mutuante da las cosas y se obliga también a transferir la propiedad de ellas. Pese a que son cosas muebles, no siempre transfiere su propiedad con la tradición y el mutuuario debe los intereses y, a su término, restituye lo recibido. Por ello, procede su resolución

(7) El mutuo no sólo se perfecciona con el consentimiento. Necesita algo más, que es la entrega de las cosas muebles. Esta entrega importa ejecución en otros contratos. Por ejemplo, en el contrato de compra-venta basta el consentimiento para perfeccionarlo; la entrega de la cosa vendida es ya la ejecución del contrato.

si aparecen las causas de ésta. Este es el mutuo no gratuito, sino oneroso, que es bilateral. Otros opinan que es contrato unilateral, en todo caso.

Si el mutuo es de dinero, éste es cosa eminentemente fungible. Además, es una deuda de género. En este caso, no cabe hablar de dificultad de restitución; y menos aún de imposibilidad. El dinero no perece. Jamás deja de existir, sea cual fuere el régimen político de un país.

Asimismo, no obstante que la moneda recibida por el mutuuario se hubiere desvalorizado en forma considerable después que se le hubiere entregado, debe devolver la misma cantidad, en virtud del principio nominalístico contenido en el art. 1581 cod. civ.

Parece que entre nosotros, ello debe ser observado aun en el caso que la desvalorización se produjera después de la mora del mutuuario. Asimismo, no disminuye la cantidad a devolver en caso de una revalorización.

Hay para los economistas, en el mutuo, un intercambio entre moneda presente (dada por el mutuante) y la promesa de moneda futura (hecha por el mutuuario).

La *apertura de crédito* en cuenta corriente, es un matiz del mutuo comercial. Esta opinión no es uniforme.

La transferencia de la propiedad es efecto esencial del contrato.

Las partes se denominan:

Mutuante; prestante; prestamista; acreedor.

Mutuuario; prestatario; deudor.

Como ocurre con el comodato, se perfecciona con la entrega. Si no hay entrega, sólo existirá promesa de mutuo.

El mutuo puede garantizarse con prenda, anticresis, hipoteca o fianza simple o solidaria. También haciendo intervenir otros obligados o deudores solidarios, que tienen mayor responsabilidad que la de los fiadores aunque éstos fueren solidarios, porque la fianza aún solidaria, no pierde su carácter de obligación accesoria. En cambio, el codeudor solidario debe el *totum*, pese a que los otros codeudores solidarios no deban por virtud de determinadas excepciones personales.

Hay mutuo prendario o pignoraticio; mutuo hipotecario y mutuo anticrético. En todos ellos, el mutuante se encuentra garantizado con la prenda, la hipoteca, la anticresis constituídas a su favor por el mismo mutuuario, o por un tercero (caucionero real).

También el mutuo o préstamo puede estar asegurado con una fianza simple o solidaria, o con un aval (aún cuando esta garantía es propia, conforme a nuestro derecho comercial, de la letra de cambio y otros papeles de crédito).

Además de los mutuos pignoratícios e hipotecarios, en que los bienes sirven de garantía a la obligación de restituir, hay también mutuo anticrético, con la singularidad que la anticresis sólo puede servir a la seguridad de cumplimiento de una obligación de restituir el préstamo no de cosas muebles en general, sino tan sólo el préstamo o mutuo de dinero, según el art. 1004 del cód. civ. La prenda, la hipoteca, la fianza y la solidaridad pasiva garantizan cualesquiera obligaciones.

Es mutuo con garantía prendaria o mutuo pignoratício el que celebra con los particulares la caja municipal de préstamos.

Es frecuente encontrarse en el campo civil, con los mutuos hipotecarios. Se trata de mutuos comunes en que la devolución del préstamo está asegurada con hipoteca. Trátase de mutuos garantizados con derecho real.

✧ 2.—*Definición.*— El mutuo o préstamo de consumo es el contrato por el cual una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso, con obligación de la segunda de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. (art. 1573 código civil). Dícese que en el préstamo de dinero esta definición es insuficiente, ya que el deudor, a su elección, puede devolver en la especie pactada o en la moneda de curso legal. Porque la nueva moneda se reputa ser de la misma especie y calidad que la antigua, aunque no sea verdad.

En cuanto al origen del vocablo "mutuo" deriva de *meum* y *tuum*, porque en este contrato lo mio se hace tuyo, transfiriéndose la propiedad.

Cujas dice que procede de *mutatio*.

3.—*Caracteres jurídicos.*— Son los que siguen:

—1) Recae el mutuo sólo sobre cosas consumibles (No olvidar que, por lo general, las cosas consumibles son también fungibles, es decir, son aquellas que pueden sustituirse, que tienen el mismo poder liberatorio (7 bis).

(7 bis) Parece ser, sin embargo, que lo contrario no es verdad; es decir, que las cosas fungibles son siempre consumibles. La fungibilidad constituye el género y la consumibilidad la especie. Pero ni las fungibles son siempre consumibles, ni las consumibles son siempre fungibles. Lo común es que las dos calidades se encuentran reunidas en la misma cosa y por eso se produce cierta confusión.

Hoy, de acuerdo con el desarrollo económico, predomina el mutuo de dinero. Antiguamente, el mutuo era de especies (de granos, por ej.). Así, en el Egipto.

2) El mutuo es un *contrato real*. Se perfecciona por la tradición y ésta transfiere el dominio. (No olvidar que el mutuo recae sólo sobre cosas muebles) (7 ter).

Precisa advertir que en el comodato, a pesar de ser también un contrato real, la propiedad de la cosa no se transfiere del comodante al comodatario. Por ello el comodatario no será dueño por prescripción, de la cosa que por efecto del comodato se le ha entregado; el será siempre un poseedor precario (8).

El mutuuario se transforma en dueño y puede, en su carácter de tal, consumirla, o disponer de ella como le plazca. (art. 1577 cód. civ.).

Conviene observar también que la tradición no sólo produce el perfeccionamiento del contrato de mutuo, sino la transferencia de la propiedad; en nuestro concepto, el mismo fenómeno ocurre en el contrato de compra-venta de bienes muebles, no obstante que éste es solo consensual.

Por ser un contrato real es que sólo se entiende perfeccionado con la entrega de la cosa; con su tradición al mutuuario.

Si no se cumple con dar la cosa mutuada, sólo existirá promesa de mutuo, que es un contrato preliminar.

El art. 1573 del cód. civ. dice que "por el mutuo una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas..." La entrega es substancial.

La realidad del mutuo no sólo deriva de su esencia, sino que como es contrato de enajenación y sólo recae en cosas muebles, es necesario que el mutuuario reciba la posesión de las cosas muebles mutuadas, a fin de que adquiera la propiedad sobre ellas. La transferencia del dominio en las cosas muebles exige

(7 ter) Conforme al Diccionario de la Real Academia, ed. 1914, la palabra es mutuuario y no mutuario.

(8) En el BGB el contrato de mutuo es real. El § 607 declara:

"Quien ha recibido como mutuo dinero u otras cosas fungibles está obligado a restituir al mutuante lo recibido en cosas de la misma especie, calidad y cantidad".

"Quien debe dinero u otras cosas fungibles por otro motivo, puede pactar con el acreedor que el dinero o las cosas deban ser debidas como mutuo".

El apartado 2º de este precepto importa novación.

La frase "quien ha recibido" supone la entrega del dinero o de las cosas fungibles. El mutuo es un negocio jurídico real. Como anota Heinrich LEHMANN en Trat. de D. Civ., I, § 26, I p. 242, el mutuo exige junto a las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, la transmisión de la propiedad de las cosas fungibles, igual que ocurre entre nosotros. Al igual que en el Perú, la transmisión de la propiedad de las cosas muebles se opera con la entrega al adquirente: § 929 del BGB. El mutuuario adquiere la propiedad de las cosas mutuadas, tanto en derecho alemán como en el nuestro.

la entrega al adquirente: arts. 890, 1172 a contrario, 1173 cód. civ. No basta el contrato de venta para transformar al comprador en dueño de las cosas muebles compradas.

No sólo se requiere la entrega de las cosas muebles o de las monedas, porque es un contrato real, sino porque siendo contrato de enajenación, (transferencia del derecho de propiedad) la *traditio* es necesaria para que la enajenación exista. El dominio de las cosas muebles no se adquiere por el simple contrato, sino por la posesión (a contrario del art. 1172 del cód. civ.).

3) Es contrato unilateral, porque engendra obligaciones para una sola de las partes. Sólo debe el mutuatario.

El contrato de mutuo puede ser bilateral y oneroso, o sea lo contrario de contrato unilateral y gratuito. Así, será contrato oneroso, es decir con obligaciones recíprocas, si el mutuatario paga intereses, que vienen a ser las contraprestaciones que debe realizar el mutuatario por el derecho real de propiedad que le transmite el mutuante sobre el dinero o las cosas muebles que se consumen por el uso y que son, además, fungibles. Es objetable que el contrato deje de ser unilateral porque se le agrega otra obligación al deudor: la de pagar intereses.

→ * El mutuo es bilateral porque el mutuante tiene la obligación de transferir el dominio de las cosas muebles que da en préstamo.

Siendo contrato bilateral es susceptible de pedirse su resolución o su rescisión por el mutuante, si el mutuatario no paga los intereses convenidos, ya que estaría faltando dicho mutuatario al cumplimiento de las obligaciones que le respectan y le sería aplicable la doctrina de la condición resolutoria contractual que vive en el art. ~~1418~~ del cód. civ. ³⁴ Es de toda evidencia que la obligación de pagar los intereses por el prestatario, es correlativa a la obligación del prestatante ya cumplida por éste, de transferir el dominio de la cosa o dinero que da en préstamo al mutuatario.

Otra singularidad: como lo que se da en mutuo son cosas muebles que se consumen por el uso o dinero (y éste es también cosa mueble) y existe en el prestatante la obligación de transferir la propiedad estas cosas mutuadas al mutuatario, ello sólo se consigue con la entrega, con la tradición. Ello aparte del carácter real del contrato de préstamo.

—4) Otro carácter del contrato de mutuo es el de ser contrato de duración. En efecto, la obligación de restituir queda diferida en el tiempo. Siempre media tiempo para su devolución.

Jamás es inmediata. No rige para el mutuo la doctrina del art. 1252 del cód. civ., que autoriza al acreedor a cobrar de inmediato si no existe plazo designado en el título de la obligación. Es aplicable, en cambio, el art. 1578 del cód. civ., por el cual no habiéndose señalado plazo el mutuante debe cobrar sólo después de treinta días. No es necesario que el prestatante promueva acción para que judicialmente se declare que es aplicable ese término judicial; sino que después de vencidos los treinta días civiles y no procesales, está expedito el cobro ejecutivo o no, del mutuo.

— 5) Es, asimismo, el mutuo un contrato de enajenación. Sin embargo, para HEDEMANN (9) se trata de un contrato de crédito, lo mismo que para MESSINEO (10). Este lo estudia no sólo al lado del comodato, sino junto con el contrato de cuenta corriente y no obstante que también lo considera contrato de enajenación (11), hace notar que los economistas lo definen como el intercambio entre moneda presente dada por el mutuante, y la promesa de moneda futura que hace el mutuuario; y que del mutuo se han desprendido algunas formas de contratos de crédito (12). Con el mutuo no sólo se enajena el dinero, sino las cosas genéricas que también, al igual que el dinero, se pueden dar en préstamo.

En el mutuo lo prestado son cosas fungibles. En el comodato son cosas ciertas; infungibles.

En éste pueden entregarse inmuebles. En el mutuo sólo cosas muebles.

En el mutuo las cosas son consumibles. En el comodato no podrían serlo, porque deben restituirse las mismas cosas recibidas.

El mutuo es contrato de enajenación; transfiere el dominio del mutuante al mutuuario. El comodato no transfiere el derecho de propiedad del comodante al comodatario. Es sólo préstamo de uso; no préstamo de consumo.

El mutuo como el comodato, requiere la entrega. Sin entrega, el contrato de mutuo no existe. Lo que habría, en tal caso, es una promesa de mutuo.

El art. 1573 del cód. civ., que es el primero que regula el

(9) Tratado de D. Civil, Derecho de Obligaciones, vol. III. Véase índice p. XVIII en que ubica el mutuo dentro de los negocios de crédito y también § 39, p. 335.

(10) Manual de D. Civ. y Comercial, VI, (no coloca en el índice de los contratos de enajenación, al mutuo).

(11) Manual de D. Civ. y Comercial, VI, § 158, p. 113.

(12) Manual de D. Civ. y Comercial, VI § 158, p. 112.

contrato de mutuo, dice que por éste, "una persona entrega a otra".

También ocurre lo mismo en el comodato. El art. 1587 del cód. civ. dice que "por el comodato una persona entrega a otra".

El mutuo necesita para existir de la "*traditio*". Por eso dicese que es contrato real; no es consensual, porque el acuerdo de las partes no basta para perfeccionarlo. aunque es claro que el mutuo como todo contrato, requiere *consensus*.

El mutuo puede ser gratuito. Lo normal es que sea un contrato oneroso. Al dar su concepto, el art. 1573 del cód. civ. no habla de la gratuidad. Por el contrario, tratándose del comodato, el art. 1587 declara que se trata de la entrega de una cosa "gratuitamente". La nota de la gratuidad es de la esencia del comodato.

Se distingue el mutuo del comodato, en que en este último el comodatario no adquiere la propiedad de las cosas que se le entregan: éstas continúan siendo de propiedad del comodante, a quien deberán serle restituídas. Asimismo, puede existir comodato de inmuebles, pero no mutuo de inmuebles.

Si la cosa no es consumible o ni siquiera fungible, existirá contrato de comodato, si, además, concurre el elemento de la gratuidad, ya que el comodato es siempre gratuito y el mutuo puede ser oneroso. Es de interés diferenciar ambos contratos, ya que los riesgos los soporta el comodante por ser dueño de las cosas. Sin embargo, excepcionalmente el comodatario puede responder de la pérdida o menoscabo de la cosa si ésta fue tasada; o si por pacto el comodatario se obligó a satisfacer todo perjuicio o si el comodatario pudo salvar la cosa; o prefirió que se perdiera ésta antes de perder la suya (arts. 1589, 1590 y 1596 cód. civ.). El riesgo en el mutuo puede presentarse si desaparece todo el género mutuado.

Ni aún pactándose intereses, deja el contrato de ser unilateral.

— 6) Es un contrato principal; existe por sí sólo.

Es claro que pueden acceder a él otras obligaciones. Así, hay mutuos hipotecarios mutuos pignoratícios; mutuos anticréticos; etc.

En tales supuestos debemos indicar que la nulidad de la hipoteca no acarrea la nulidad del mutuo, ya que la hipoteca tiene carácter accesorio.

Por el contrario, la nulidad del mutuo si produce la nulidad

de la hipoteca (Véase 2º párrafo del art. 1127 cód. civ.). La hipoteca sólo existirá si existe la obligación que garantiza.

7) El mutuo puede ser gratuito u oneroso.

Es naturalmente gratuito pero no lo es esencialmente.

Será oneroso si se estipularon expresamente intereses; o si hubieren sido abonados sin estar pactados (art. 1583 cód. civ.).

Esta característica de la gratuidad contradice, como expresa ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA (13), la realidad de la vida, porque el supuesto de un préstamo sin intereses se da muy raramente. Y como expresa el art. 1583, si el mutuuario espontáneamente pagó intereses sin estar pactados, no puede repetirlos ni imputarlos al capital. Sin embargo, en el mutuo sólo si se ha convenido se deberán intereses.

8) Es traslativo del dominio y no sólo del uso y goce de la cosa.

4.—*Diferencias entre el Mutuo y el Comodato.*—Anotamos las siguientes:

El mutuo recae sobre cosas consumibles, que pueden ser fungibles; pero que si no lo son (supuesto en que no puede pagar en la misma cantidad y calidad), deberá satisfacer el valor que las cosas tengan en el tiempo y lugar señalados para el pago (V. el art. 1579, 1er. párr. cód. civ.).

El comodato recae sobre cosas no consumibles y no fungibles.

Otra diferencia: el mutuo hace dueño de la cosa al mutuuario que la recibe; el comodato no produce tal efecto. De aquí que si la cosa perece perecerá para su dueño (*res perit domino*); en tal sentido, perecerá para el mutuuario, que es el dueño; o para el comodante, salvo en este último caso que la pérdida hubiere sobrevenido por culpa del comodatario (y la cosa no hubiere sido tasada art. 1590 cód. civ.).

Otra diferencia: el mutuo puede ser gratuito u oneroso. El comodato es siempre gratuito; es un contrato de los grandes espíritus (v. art. 1587 cód. civ.); si mediara precio se transformaría en arrendamiento. La generosidad -como dice OLAECHEA- no se cobra.

5.—*El mutuo y el usufructo de dinero o de especies que se consumen por el uso, o sea el cuasi-usufructo.*—Sólo se diferen-

(13) Curso de Derecho Civil, IV, ed. 1942, Nº 865, p. 584.

cian en cuanto al título, a la razón de ser de su existencia. Sus efectos son los mismos; son semejantes: mutuatario y usufructuario de dinero o de cosas que se consumen por el uso son propietarios de las cosas (v. art. 930 cód. civ.).

6.—*La locación-conducción y su semejanza con el préstamo.* El mutuo oneroso se confunde con el arrendamiento. Por eso hay quienes expresan que el mutuo de dinero con intereses es una locación de capital. Empero, el arrendamiento es consensual y el mutuo es real; la locación sólo da al arrendatario el uso de la cosa y el mutuo transfiere el dominio; el locador se obliga a mantener en el uso de la cosa al arrendatario y el mutuante no, ya que sólo tiene obligación de entregar; el locador soporta los riesgos y el mutuante no.

7.—*Sus elementos.*— Son elementos del préstamo los que siguen:

1) Entrega de una cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso.

El dinero también se consume. Es consumo civil.

Otras cosas son leña, azúcar, etc.

Son cosas muebles, porque los inmuebles no se consumen, por lo menos de inmediato.

2) Obligación del mutuatario de devolver otro tanto de la misma especie o calidad, salvo que se trate de dinero, en que el mutuatario puede devolver no la misma calidad del dinero recibido en el caso de que el dinero que tenga curso legal no sea de la misma calidad que el dinero que recibió (art. 1581 cód. civ.).

3) Es contrato de enajenación ya que, como dice el art. 1577 cód. civil, "el que recibe algo en mutuo es dueño de la cosa prestada". Por tanto, puede consumir las cosas muebles que recibió y devolver su equivalente.

Sin embargo, las cosas muebles pueden ser sólo fungibles y no consumibles. Por ejemplo, libros de texto.

Por ser dueño el mutuatario de las cosas prestadas le corresponde "la mejora, deterioro, o destrucción que sobrevenga después". (art. 1577 cód. civ.), sea que ello ocurra por *casus* o por su culpa (*res perit domino*).

Por culpa debe hasta daños y perjuicios, al mutuante.

8.—*Contrato de Promesa de Mutuo.*— Puede existir contrato de promesa de mutuo, que obligaría al mutuante-prome-

tiente a proporcionar en su día el préstamo que ofreciera al mutuuario.

Sin embargo, el mutuante podría válidamente negarse a cumplir la promesa si existe duda sobre la capacidad del mutuuario para restituir el préstamo. Esta facultad del acreedor se sustenta en la misma doctrina que informa el art. 1343 del cód. civ., el cual se refiere específicamente a los contratos bilaterales; y el mutuo es contrato sinalagmático si el mutuuario debe pagar intereses, según una doctrina objetable.

Siendo el mutuo contrato real, si no se entrega el dinero o las cosas no existiría contrato de mutuo, pero si contrato de promesa de mutuo.

No legisla el código el contrato de promesa de mutuo, pero es evidente que puede configurarse y existe también el derecho en el que va a dar el dinero, no obstante el contrato de promesa de préstamo, de negarse a darlo, si las circunstancias así lo aconsejan. Basta en nuestro código civil, invocar para ello la disposición contenida en el art. 1343, no obstante que el mutuo no es un contrato bilateral.

Otros autores opinan que es bilateral, porque no sólo debe prestaciones el mutuuario, sino también el mutuante; éste debe transferir la propiedad de lo que da en préstamo, como obligación que le respecta.

Nuestro art. 1343 ha sido tomado del § 320 del cód. civ. alemán, aún cuando el legislador peruano lo ha simplificado sin objeto (14).

En cambio, para la promesa de mutuo tiene el cód. germano regla expresa; es la del § 610, que dispone:

"El que prometa hacer un préstamo, en caso de duda, podrá revocar su promesa cuando el estado de fortuna de la otra parte sufra una alteración esencial que ponga en peligro el derecho a la restitución".

Para J.W. HEDEMANN (15), el precepto reproducido como

(14) § 320 del BGB.— "El obligado por virtud de un contrato sinalagmático podrá negarse a hacer la prestación que le incumba hasta que se haga la contraprestación, a no ser que se haya obligado a hacerla inmediatamente. Si la prestación hubiere de hacerse a varios derechohabientes, podrá rehusarse la parte correspondiente a cada uno hasta que realice toda la contraprestación. No es aplicable a esta materia lo dispuesto en el párrafo 3º del § 273".

"Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y en particular la insignificancia de la parte restante".

(15) D. de Obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958 § 17, Nº V, p. 152.

el § 320 y el § 779 (16) sobre transacción, constituyen un indicio o muestra de aquella teoría peligrosa de la resolución por alteración de las circunstancias, en el BGB, que al hacer ineficaz el contrato atenta contra toda la vida económica del país. Es la llamada "*clausula rebus sic stantibus*", que atenta contra el "*Pacta sunt servanda*".

Nosotros, para todo contrato con prestaciones recíprocas, tenemos una disposición protectora del contratante que debe cumplir su prestación primero que el otro. Es la del art. 1343 del cód. civ., que dispone:

"Si después de concluído un contrato bilateral sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar la prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne, o dé garantía bastante".

Es evidente, empero, que el contrato de mutuo, que es típicamente unilateral, no es susceptible de aplicarse el precepto reproducido. Y continúa siendo unilateral aunque el mutuuario esté obligado al pago de intereses, porque las obligaciones están de un solo lado.

Sin embargo, ya se dijo que el mutuante contrae la obligación de transmitir la propiedad, por lo que sería un contrato con obligaciones recíprocas.

El BGB tiene también una disposición semejante a la del art. 1343 de nuestro cód. civ. y seguramente ha servido, directa o indirectamente, de fuente de nuestro dispositivo. Es la contenida en el § 321, que dice:

"Quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación, o se preste seguridad para ella, si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación".

(16) § 779 del cód. civ. alemán.— "El contrato por el que se termine por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho, será ineficaz cuando el estado de cosas supuesto, según el tenor del contrato, no responda a la realidad, y el litigio o incertidumbre citado no habrían surgido si las partes hubieran conocido el estado del negocio".

"Se equiparará a la incertidumbre del lazo o relación de derecho, la incertidumbre del resultado de una acción".



En el nuevo cód. civ. de Italia esta regla ha sido redactada así:

"1461. Modificación en las condiciones patrimoniales de los contratantes.— cada contratante podrá suspender la ejecución de la prestación debida por él, si las condiciones patrimoniales del otro llegasen a ser tales que pongan en peligro evidente la consecución de la contraprestación, salvo que se prestare una garantía suficiente".

En esta redacción de carácter general podría ampararse el mutuante prometiente para no dar el préstamo.

¶ 9.—*Formación del contrato de mutuo.*— Los elementos formativos son:

1) Capacidad plena de las partes que se adquiere a los 21 años según el art. 8º del cód. civ. Sin embargo, a los 18 años la incapacidad puede cesar por emancipación, por matrimonio o por obtener título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio (art. 11 código civil).

Asimismo, el menor autorizado para ejercer una industria puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de ella (art. 514 cód. civ.), entre ellos dar y recibir cosas a mutuo. Empero, debe constar que se encuentra autorizado.

El cód. civ. en su art. 1574, pone énfasis en que para la celebración del mutuo se necesita tanto en mutuante como mutuuario "capacidad de disponer libremente de sus bienes".

Además, en el art. 1575 se previene que no hay acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de celebrar este contrato. Pero agrega que si habrá acción civil contra el incapaz, si éste celebró el mutuo para atender a su alimentación, aunque no hubiere invertido en alimentos lo recibido.

Se sigue en el mutuo la regla establecida para el pago de obligaciones a incapaces, contenida en el art. 1240 cód. civ. Empero, en este caso hay que probar, por el que pagó, que lo entregado era para alimentar a los incapaces. Sólo así el pago a incapaces sin consentimiento de sus padres o representantes legales, sería válido. Basta, empero, que el incapaz haga constar en el instrumento que el préstamo está destinado a alimentarse.

2) Consentimiento de mutuante y mutuuario.

3) Objeto del contrato; debe ser lícito. El préstamo es un negocio jurídico que el art. 1075 del cód. civ. llama inexactamente acto jurídico.

4) El mutuante (acreedor) tiene el derecho de rescindir el contrato si el mutuuario (deudor) no paga los intereses en los plazos estipulados, aunque ese derecho de resolución no hubiere sido pactado. Empero, no podría exigir la devolución del préstamo antes del vencimiento del plazo, salvo si el contrato concede el derecho de exigir, no sólo lo que se le debe por intereses, sino el principal del préstamo. Adviértase que en este caso la rescisión se ventila en la vía ejecutiva y no ordinaria; y por ella se reclama el pago íntegro del préstamo.

10.—*Su calificación.*— 1) Es un contrato unilateral porque el mutuante o prestador no está obligado para el mutuuario, una vez que ha entregado las cosas. Es el mutuuario el único obligado.

2) El mutuo puede ser oneroso o gratuito, si se pactaran o no intereses. En el silencio del contrato, se entiende gratuito.

La obligación de pagar intereses requiere de estipulación expresa (art. 1583 cód. civ.).

3) Es el mutuo un contrato real. Si las cosas no se han entregado, el contrato no existe. Empero, existirá una promesa de mutuo, cuyo cumplimiento puede exigirse, o pedirse indemnización por los daños y perjuicios, si el prometiende la incumple, conforme a las reglas generales sobre inejecución de las obligaciones. En el Derecho Romano eran nulas las promesas de mutuo (*pactum de mutuando*) (Dig., lib. 45, 1, ley 68); no había acción contra el prometiende.

Insistimos: El mutuo al igual que el comodato, es contrato real; sólo se perfecciona con la entrega de las cosas mutuadas. La entrega es de su esencia; no sólo de su naturaleza. Tiene que tener plazo y si no lo tiene se lo otorga el art. 1578 del Cód. Civil.

4) Es contrato de enajenación. Es traslativo del derecho de propiedad. La compra-venta de inmueble es también contrato de enajenación. El vendedor no sólo se obliga a enajenar, sino que por el contrato enajena. En el mutuo la gratuidad la presume el art. 1583 del cód. civ., como ocurre también en el contrato de mandato (art. 1635 del cód. civ.). En cambio, la gratuidad es medular en el contrato de comodato; no es sólo presunción. No existe comodato retribuido.

En realidad, en estos tiempos no puede ya sostenerse que el préstamo sea gratuito. Esta concepción nació en la Iglesia como reacción de la expoliación romana del deudor. Decían los cató-

licos: *mutuum date, nihil inde sperate*, o sea que el mutuo debía ser estéril, infecundo, por lo que prestar era beneficiar.

No se puede establecer como carácter del mutuo su onerosidad, porque ella no es constante.

El mutuo puede ser gratuito, u oneroso. Por el contrato, no existe comodato oneroso.

No existiendo estipulación de intereses, se tendrá el contrato de mutuo por gratuito. Empero, puede ser oneroso. El comodato jamás es oneroso.

5) El mutuo sólo se configura si lo prestado son cosas muebles. El comodato incide en cosas muebles e inmuebles.

6) El mutuo es contrato de duración, por lo mismo que el mutuuario está autorizado a consumir las cosas mutuadas y devolver otras. Por ser de duración es de crédito.

7) Es contrato formal cuando pasa de 500 soles. El art. 1585 cód. civ. declara que debe constar por escrito si excede de esa suma.

8) Es contrato principal; no es accesorio. La hipoteca, la prenda o la fianza, que lo aseguran, si son contratos accesorios.

9) Es contrato conmutativo, porque el deudor deberá devolver cosas de la misma especie y calidad o la misma cantidad de moneda, aunque esa cantidad estuviere al tiempo de la entrega devaluada o sobrevaluada.

El mutuo o préstamo es contrato de enajenación. Por tanto, es esencial en este contrato la transferencia de la propiedad del mutuante al mutuuario, de las cosas muebles que constituyen el mutuo, que son siempre y en todo caso cosas muebles fungibles. Así, el dinero si es mutuo de dinero, o las otras cosas muebles si es mutuo de cosas que se consumen por el uso. Son, pues, cosas muebles fungibles, porque el mutuuario contrae la obligación de devolver otras cosas muebles de la misma clase y en la misma cantidad.

Como es de la esencia del contrato el traslado del derecho de propiedad de las cosas muebles mutuadas del prestamista al prestatario y como para la transferencia de la propiedad mobiliaria se requiere no el simple consentimiento, sino la entrega (*traditio*), es obvio que el mutuo para perfeccionarse requiere la entrega de las cosas muebles. Dícese por ello que es un contrato real, ya que no basta el consentimiento para perfeccionarlo, sino que es necesaria la entrega de las cosas muebles dadas a préstamo. Y ello obedece al hecho de que es un contrato de enajenación. Lo dice el art. 1577 del cód. civ. ("el que recibe algo en

un mutuo es dueño de la cosa desde que se le entrega....."). El préstamo traslada la propiedad de un contratante al otro; y como ese traslado del dominio es sobre cosas muebles, exige la entrega. Por tanto, no existirá mutuo si no hay entrega.

Precisamente, es con la entrega que el contrato de mutuo se diferencia con el contrato de promesa de mutuo.

Para ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel (17) este contrato es unilateral, ya que la única obligación que existe, que es la de devolver lo recibido, corresponde al mutuuario.

* 11.—*Forma del contrato de mutuo.*— No reclama forma específica, salvo que sea mayor de 500 soles oro, en que el art. 1585 cód. civ. exige que debe constar por escrito.

Dícese, empero que ésta no es solemnidad; no es literalidad que debe ser obligatoriamente cumplida so pena de inexistencia del contrato. ¿La confesión del mutuuario, sea cual fuere la cantidad mutuada, sería prueba suficiente de la existencia del mutuo? La entrega de cheques a favor del mutuuario también serviría de prueba, aún cuando nuestros tribunales en algún caso, no los admiten, por considerarlos simples mandatos de pago. Sin embargo, el cheque bancario llenaría cumplidamente la exigencia de la ley de que el mutuo mayor de 500 soles oro conste por escrito, a no ser que aquél a quien apareciere girado el cheque y que lo cobró, pruebe —no sólo alegue— que el cheque se le giró en pago de otra obligación, y no que el dinero que conseguía con el cheque girado a su nombre constituía la entrega del dinero por concepto de préstamo.

OLAECHEA creía, empero, que la forma escrita no era *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*; pero lo dijo o se lo hicieron decir en unas copias de clase que desautorizó enérgicamente.

En general, tratándose del contrato de mutuo, su existencia se puede probar sólo por medio de un escrito. Debe encontrarse instrumentado. Y esa prueba no se puede suplir por ningún otro medio, según una extraña jurisprudencia.

Por consiguiente, el contrato de mutuo es formal; requiere forma específica y ésta es la literalidad.

También el préstamo mercantil debe constar por escrito. El art. 51 del cód. de comercio previene que la prueba de testi-

(17) Curso de D. Civil. IV, Fuentes de las obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago, 1942, No. 863, p. 583.

gos es insuficiente para acreditar la existencia de contratos cuyo valor exceda de doscientos soles, a no concurrir con otra prueba.

Alguna diferencia existe entre la ley civil y la comercial. Por ejemplo, el préstamo civil no se puede probar ni aún cuando el prestatario confiese que recibió el mutuo de dinero. En cambio, el mutuo comercial si puede acreditarse con la confesión, o con testigos y la existencia de un cheque girado a nombre del mutuuario, pero éste puede alegar, que se le entregó el título de crédito por otro concepto ¿Sólo alegar le basta? ¿Es el actor quien deberá probar lo que afirma: que el cheque representa no sólo la entrega del dinero, sino que es el escrito en que consta el contrato de mutuo?

El instrumento en que consta el mutuo presta mérito ejecutivo, si el término para la devolución del préstamo de dinero ha vencido.

Si el mutuo se ha perfeccionado en instrumento público, aparece ejecución el testimonio; pero no una copia simple (18).

Si se trata de instrumento privado, es necesario hacer reconocerlo por el mutuuario, en diligencia preparatoria. En general, lo dispone, para todos los instrumentos privados, el art. 593 del cód. de proc. civ.

Reconocida sólo la firma, aunque se niegue el contenido, queda preparada la ejecución. Lo decía el mismo art. 593 del cód. de proc. civ., en su 2º apartado y lo dice el art. 6º de la nueva ley del juicio ejecutivo, dada por decreto-ley N° 20236, de 4 de diciembre de 1973.

Es incuestionable que el instrumento público es ejecutivo en cuanto el testimonio que se presenta es conforme a su protocolo o registro. Sin embargo, presentado el testimonio como recaudo de la demanda ejecutiva, el juez deberá dictar auto de pago. La ejecución podría no prosperar, si en el término del encargo, el ejecutado prueba que el título no guarda conformidad con la escritura pública. Y si ello no pudiera hacerlo, por razones de tiempo, tendría a su disposición el juicio contradictorio a que se refiere el art. 1083 del cód. de proc. civ. En este caso, debería indemnización de daños y perjuicios el notario autorizante del testimonio adulterado.

Con respecto a lo anterior, el cód. de Enjuiciamientos decía en su art. 802:

(18) Así lo tiene decidido ntra. jurisprudencia. Véase sent. 21 stbre. 1950, en "R. de J. P.", 1950, p. 1251. La copia simple del testamento no aparece ejecución.

"Para que prueben los instrumentos públicos, es necesario que estén conformes con el registro".

El registro de los notarios se compone de 25 pliegos enteros de papel sellado, que están colocados unos dentro de otros; y el protocolo comprende varios registros.

No obstante constar el préstamo en escritura pública, su testimonio no presta mérito ejecutivo, si se acredita que la obligación fué novada. Así lo declara la sent. de 14 de agosto de 1942 (18 bis).

Si bien el mutuo no exige para su perfeccionamiento, escritura pública o, más generalmente, instrumento público, sino instrumento privado cuando tiene cierta cuantía, existe una especie de préstamo que sí exige escritura pública y esa exigencia no es sólo *ad probationem*, sino *ad solemnitatem*. Es el mutuo que se perfecciona en la figura del pago con subrogación, cuando dicha subrogación de su acreedor la hace el deudor y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. Véase art. 1270, inc. 2º cód. civ., que exige que el dinero se tome prestado por escritura pública y que, además, haga constar el deudor su propósito de subrogar al prestatario, dentro del tenor del instrumento. Complementariamente, el deudor al pagar al primitivo acreedor deberá hacer saber la procedencia de la cantidad pagada. Sin embargo, este último requisito debe cumplirse para que se opere la subrogación, pero no para la validez del mutuo mismo.

Nótese que aún cuando el préstamo no exige para su validez, escritura pública, sino simplemente escrito, siempre es formal, ya que el escrito resulta constitutivo del mutuo.

Las sents. de 27 de abril de 1933 (19) y de 19 de julio de 1933 (20), exigen que el mutuo superior al límite fijado por la ley, debe constar documentariamente, careciendo de eficacia para acreditar la existencia del contrato la prueba de testigos.

En el primer fallo se decide el caso en que la existencia del mutuo se quiere acreditar con el pago de un cheque; pero el cheque no puede servir de prueba del préstamo; y los jueces invocaron el art. 1822 del cód. civ. anterior, reproducido en el nuevo cód. bajo el número 1585, por el que el mutuo superior a cierta cantidad debe constar por escrito y ese instrumento no se

(18 bis) "A. J.", 1942, p. 228.

(19) "R. de los T.", 1933, p. 97.

(20) "R. de los T.", 1933, p. 209.

había demostrado que existía. Por el contrario, quien había cobrado el cheque expresaba que la suma que dicho cheque representaba la había recibido en pago de una obligación del demandante para con él, a quien había entregado el documento en que dicha obligación constaba. Propiamente, en este caso el acreedor no pudo probar cuál era la causa por la que se giró el cheque y los jueces sólo atinaron a denegar la acción de cobro alegando que el mutuo debía constar por escrito.

El cheque que está destinado a extinguir obligaciones de capital si es, a su vez, pagado, (es un mandato de pago), no bastará por sí sólo para acreditar la existencia de un contrato de mutuo. La exigencia del escrito (no sólo como prueba sino como hecho constitutivo), no es con el cheque que queda cumplida. Así razonaban los Vocales, en forma no convincente.

En general, las obligaciones de dinero no se puedan acreditar con testigos. Esta prueba es muy débil. Empero, los cheques, los vales, los pagarés, las letras, prueban la existencia de obligaciones cuya causa no requiere probarse, salvo errores tremendos de nuestros jueces ignorarlos.

La forma del contrato está vinculada a su existencia. En ciertos casos, no llenada la forma reclamada por la ley, el contrato no existe.

Ordena el art. 1585 que el contrato de préstamo conste por escrito. No es necesario que sea escrito de fecha cierta. Basta que sea escrito público o privado.

Deberán, entonces, los contratantes, cumplir con una formalidad; con la literalidad; o sea, debe instrumentarse el contrato cuando el préstamo tiene cierto *quantum*.

La forma reclamada, en este caso, por la ley, no sólo es necesaria para la prueba; sino para acreditar la existencia del contrato. En este orden de ideas, la existencia del mutuo está circunscrita al instrumento; no puede derivar la existencia de cualquier otro hecho, o hechos (de la testimonial, o de la confesión). Anotemos que es posible que en la absolución de posiciones, el interrogado no niegue el contrato de mutuo, pero la falta del escrito tendría la consecuencia de que el Poder Judicial rechazara como prueba de la existencia la confesión del mutuuario, siempre que el préstamo exceda de 500 soles.

Sin embargo, en nuestra procesalística (art. 407 del cód. de proc. civ.), sólo tratándose de instrumentos públicos y siempre que éstos sean exigidos por la ley como solemnidad, es que la

parte no podría probar "la realidad" (o sea, la existencia) del acto o contrato, sino presentando dichos instrumentos públicos.

Ello no obstante, consideramos que cuando reclama un escrito, no es sólo por razones de prueba, sino que el escrito es constitutivo del contrato; el mutuo sólo existe si está instrumentado.

El artículo 1585 dice, simplemente:

"El mutuo cuyo valor pase de quinientos soles, debe constar por escrito".

Esta es una formalidad del contrato, en que se necesita esclarecer si su omisión produce la nulidad radical o absoluta del mutuo, de acuerdo con la doctrina del art. 1123 inc. 3º del cód. civ. Es incuestionable que la falta del escrito para el préstamo de cierta cuantía, conforme al precepto anteriormente citado, produce la nulidad; no la anulabilidad. Y ello porque no reviste la forma reclamada por el art. 1585 y dentro de las disposiciones que regulan el contrato de mutuo, no hay ninguna que establezca que la falta del escrito se sanciona en forma distinta de la nulidad absoluta o de pleno derecho. Sin embargo, también para la fianza, el cód. civ., en su art. 1776, ordena que ésta deberá constar por escrito; y agrega algo muy enérgico, que falta en el dispositivo sobre el préstamo; dice que "debe constar por escrito, bajo pena de nulidad...".

Es evidente que el cheque no es más que un mandato de pago, un medio de pago, por lo que si aparece solo y es aisladamente considerado, no es suficiente para probar, en forma indubitante, la existencia de un contrato de mutuo. No bastaría entonces el cheque para probar el préstamo. Sin embargo, como todo título-valor, su emisión, su creación, obedece a una causa; a una razón de ser. Por tanto, es evidente que puede investigarse y esclarecerse la causa de su giro y si se prueba que esa causa fué un contrato de mutuo, estaría cumplida la exigencia legal de que el préstamo de cierta cuantía reclama que conste en un escrito. Es innegable que el cheque sería el escrito exigido por la ley. Es claro que procesalmente debe cuidarse de producir otras pruebas. Así, la de testigos, que aisladamente considerada es insuficiente para acreditar la existencia del contrato de mutuo.

También para el Poder Judicial de la Argentina el contrato de mutuo no queda probado con el reconocimiento por parte del demandado, de haber recibido la suma de dinero que le reclama el actor. Este hecho, dicen los jueces de ese país, "no crea un

vínculo jurídico, ni tiene, aisladamente considerado, valor alguno en derecho (21).

Conviene advertir que en el derecho argentino, el art. 2246 del cód. civ. exige no sólo prueba instrumental, sino que el instrumento tenga fecha cierta. Y sobre el precepto, VELEZ SANSFIELD decía: "El mutuo puede ser contratado verbalmente pero no podrá probarse sino por instrumento público, o por instrumento privado de fecha cierta, si el empréstito pasa del valor de 200 pesos". BIBILONI modifica, en su proyecto, el art. 2246 en este sentido: "El mutuo puede ser contratado verbalmente. Su prueba se regirá por las disposiciones generales".

El texto del art. 691 del cód. de Enjuiciamientos en materia civil decía:

"La confesión en los juicios civiles es indivisible: es necesario hacer uso de toda la declaración, o de ninguna de sus partes".

"Se exceptúa el caso en que haya alguna prueba contra la parte de la declaración que hizo el confesante en su favor".

También el mismo cód. de Enjuiciamientos contenía el art. 804, que decía:

"El efecto o mérito de un instrumento es indivisible".

Ahora, el cód. de proc. civ., en su art. 380, declara que el mérito de la confesión no puede dividirse, en perjuicio del confesante, sino cuando comprende hechos diversos, independientes entre sí, o cuando el contrario demuestra la falsedad de una parte de lo declarado.

En los arts. anteriormente reproducidos parece inferirse que, en ciertos supuestos, la declaración afirmativa del confesante puede acreditar la existencia del contrato de préstamo.

La sent. de 19 de julio de 1905 (22) declara que el mérito de la confesión es indivisible, por lo que si se ha demandado el pago de un mutuo, del cual no se otorgó instrumento, no prueba la existencia del contrato la declaración del reo de haber recibido el dinero en pago de los derechos que le correspondían en un negocio minero. Se arguía que si bien es verdad que la confesión es indivisible, ese principio tenía su excepción en el art. 691 del derogado cód. de Enjuiciamientos, por el cual el reo debería probar su negativa cuando encerraba afirmación im-

(21) Suprema Corte de Buenos Aires, 19 junio 1926, en "Jurisprudencia Argentina", t. XX, p. 1011.

(22) "A. J.", 1905, p. 158.

plícita o explícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Habiéndose negado la deuda de préstamo y formulado afirmaciones de descargo, le correspondía probar y ello no lo había hecho, en ninguna forma. Debería haber probado la afirmación contenida en su negativa.

En el mismo sentido, la sent. de 20 de setiembre de 1932 (23), que se refiere a que el actor no había probado la realidad del mutuo o de algún otro contrato que produjese la obligación de devolver y que lo declarado por el confesante es indivisible, ya que éste si bien había convenido en que recibió del demandante cierta suma, agregaba que no lo fué por concepto de préstamo sino porque el interrogante le debía.

12.—*Resolución del contrato.*— Por ser oneroso, el contrato de mutuo tiene prestaciones recíprocas, según MESSINEO. Por tanto, es sinalagmático o bilateral. El pago de intereses, dícese, importa la existencia de contra-prestaciones por el derecho que tiene el mutuuario al dinero u otras cosas que se consumen por el uso (24). Por ello, puede pedir la resolución del contrato de mutuo el prestatante, si el prestador dejara de pagar intereses. No tendría por qué respetar el plazo. Es por el juego de la condición resolutoria que vive en todo contrato bilateral, según el art. 1341 del cód. civ. Los intereses se deben, por el beneficio que recibe el mutuuario al darle la propiedad de las cosas prestadas.

Adviértase que en este contrato, el acreedor transfiere la propiedad, pero no *ad perpetuam*, sino por un plazo.

En el mutuo la reciprocidad de las obligaciones se observa en que el mutuante debe entregar una suma de dinero u otras cosas muebles y el mutuuario tiene la obligación de reembolsar la mismas u otras cosas.

El mutuo puede ser rescindido o resuelto. Por ejemplo, por la falta de pago de los intereses pactados. Esa resolución importa la devolución del préstamo antes del plazo. Sin embargo, la resolución sólo puede ser declarada por el juez en la vía ordinaria, a no ser que exista cláusula contractual que prevea que la falta de pago de los intereses por determinado plazo dará derecho al acreedor a exigir el principal del préstamo, en la vía ejecutiva, o a tener por resuelto el contrato de pleno derecho y exigir la restitución.

(23) "R. de los T.", 1932, p. 329.

(24) F. MESSINEO, Manual, VI, § 158, No. 10, p. 114.

Ahora, con la nueva ley del juicio ejecutivo (Decreto-Ley No. 20236, de 4 de diciembre de 1973), hay ejecución rescisoria, pero acusa tales defectos, que da lugar a consecuencias reñidas con la equidad; y esta resolución del contrato en juicio ejecutivo comprende sólo compra-ventas mobiliarias o inmobiliarias con pacto de resolución si el comprador no paga el precio estipulado, y compra-ventas mobiliarias a plazos con pacto de reserva de dominio. Y la rescisión se declarará por el juez, aún cuando el comprador hubiere pagado más de la mitad del precio. salvo que se trate de la venta de inmueble: art. 44 apartado final del D.L. No. 20236. Asimismo, el art. 45 de este curioso instrumento legal, dice que el ejecutante debe consignar previamente la parte de precio que proceda devolver conforme a ley o al contrato, pero ¿cuál es esa ley?; y si el juez se guía por el contrato, en éste se establece que en caso de rescisión, el vendedor hará suya toda la parte de precio pagada como indemnización de daños y perjuicios, lo cual es monstruoso.

En el nuevo cód. civ. italiano se prevé este caso en su art. 1820, y la resolución debe ser acordada incondicionalmente por el juez.

Asimismo, si el préstamo debe ser restituído por cuotas (amortización gradual), la falta de pago de una sólo cuota obliga al mutuuario a restituir inmediatamente el todo, según la ley italiana (art. 1819 cód. civ. de Italia). Nosotros, necesitamos pactar esa consecuencia.

En tanto no expira el término para la restitución, el mutuante tiene que cumplir la obligación de no pedir la restitución; y el mutuuario tiene la obligación de pagar en los plazos convenidos, los intereses causados. Se exceptúan los casos de caducidad legal del plazo señalados en los arts. 1114 y 1021 del cód. civ. El art. 1021 se refiere al mutuo asegurado con hipoteca.

La obligación esencial del mutuante es la de transferir el derecho de propiedad sobre las cosas o dinero (que también es cosa) que realmente entrega al mutuuario. Pero esa obligación la cumplió con el perfeccionamiento del contrato.

Las obligaciones del mutuuario son las de pagar los intereses pactados; y la de devolver el dinero que le hubiere sido entregado, o las cosas genéricas que se le dieron. En realidad, devolverá otro tanto y si el mutuo no es de dinero, devolverá otro tanto de la misma especie y en la misma cantidad.

Repetimos: La obligación medular del mutuante es la de transferir el derecho de propiedad sobre las cosas muebles o dinero materia del contrato, porque hay de inmediato enajenación. Y también es obligación del mutuante entregar las cosas genéricas o el dinero.

No es obligación del prestador la de no exigir el pago antes del vencimiento del plazo. Puede hacerlo si se opera el decaimiento del plazo.

La obligación del mutuuario es la del reembolso del dinero o de las cosas muebles genéricas recibidas, al vencimiento del término; y el pago de los intereses convenidos en los plazos que se hubieren señalado.

En el cód. civ italiano de 1942, su art. 1820 autoriza la rescisión o resolución:

“Falta de pago de los intereses.— Si el mutuuario no cumple la obligación del pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato”.

Como nuestro código no contiene una disposición semejante, nosotros tenemos que insertar en el contrato la cláusula resolutoria.

Para ARTURO ALESSANDRI y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA (25), el mutuo es siempre unilateral, aunque se pacten intereses. El mutuuario en lugar de una obligación, estará sujeto a dos obligaciones: la de devolver el préstamo por equivalente y la de pagar intereses. Empero, para el mutuante no existe prestación que deba. El continúa siendo acreedor. No existe entonces bilateralidad; no se dan prestaciones recíprocas, o sea a cargo de cada una de las partes.

Sin embargo, es evidente que pactados los intereses permitidos, si el deudor no los abona en los plazos contractualmente fijados, el acreedor puede no sólo exigir el pago de éstos, sino también el dinero mutuado, aunque el plazo no se hubiera vencido. Y para que los jueces no tengan dudas sobre este derecho del mutuante, el contrato debe establecerlo claramente.

Si lo que se dió en préstamo no es dinero, sino cosas muebles que se han consumido y no se pueden devolver otras iguales, el mutuuario deberá restituir su valor calculado al tiempo de la restitución y teniendo en cuenta el lugar de celebración del contrato de mutuo.

(25) Derecho Civil, t. IV, Fuentes de las obligaciones, Santiago, N.º. 863, p. 583.

Tratándose de dinero la imposibilidad de restituirlo no funciona, desde que el dinero jamás falta.

En nuestro derecho, si se convino en el contrato que produjera la falta de pago de los intereses el prestamista puede exigir el importe del préstamo, con los intereses, ello importa la rescisión o resolución del mutuo. Pedir el dinero o las cosas genéricas importa acción rescisoria.

En el derecho italiano existen dos casos particulares de resolución o rescisión del contrato de mutuo. Así, si se pactó que el mutuuario devolviera lo recibido por cuotas, la falta de pago de una sola cuota lo obliga a restituir inmediatamente todo lo que debe; pero antes de que el juez ordene la restitución, debe tener en cuenta todas las circunstancias: art. 1819 cód. civ. de Italia (26).

Otro de los casos es la de falta de pago de los intereses. Aquí el juez no examina ninguna circunstancia, sino que ordena la rescisión: art. 1820 del cód. civ. italiano (27).

Es una cuestión controvertida la de determinar si el contrato de préstamo es contrato con prestaciones recíprocas, o, como decimos nosotros, bilateral. Parece ser que aunque se hubiere pactado que el préstamo produciría intereses, las prestaciones son de un solo lado, es decir, es un contrato unilateral. Sin embargo, no obstante que en el cód. civ. italiano, la resolución del contrato sólo procede si dicho contrato tiene prestaciones recíprocas, en el contrato de mutuo existe, repetimos, una disposición peculiar, que es la 1820, que reza:

“Falta de pago de los intereses.— Si el mutuuario no cumple la obligación del pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato”.

En el cód. civ. alemán (BGB), la resolución no está reservada a los contratos bilaterales o con prestaciones recíprocas (§§ 346 y ss.). Además, se puede en el contrato insertar cláusula de resolución. Así, el § 346 declara: “Si una parte se ha reservado en un contrato la resolución, las partes están obligadas, si la resolución se realiza, a restituirse mutuamente las prestaciones recibidas. Por servicios prestados, así como por la cesión del

(26) Art. 1819 de la ley de Italia: “Si se ha convenido la restitución por cuotas de las cosas dadas en mutuo y el mutuuario no cumple la obligación del pago aunque sea de una sola cuota, el mutuante puede pedir, según las circunstancias, la inmediata restitución de la totalidad”.

(27) Art. 1820 del cód. civ. italiano: “Si el mutuuario no cumple la obligación del pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato”.

aprovechamiento de una cosa, ha de abonarse el valor o, en caso de que en el contrato esté fijada una contra-prestación en dinero, ha de pagarse ésta”.

Nosotros no prohibimos el pacto de resolución contractual. Por tanto, puede estipularse en el mutuo para la hipótesis de que el mutuuario dejara de abonar una o más cuotas de los intereses pactados.

13.—*Capacidad de los contratantes en el mutuo.*— Como en el mutuo se produce transferencia de dominio, enajenación, sólo es capaz de dar en mutuo el que tiene capacidad de enajenar y es propietario de las cosas dadas en mutuo. Empero, la reivindicación de lo mutuado, siendo mueble, sólo es posible en caso de que los bienes hubieren sido robados o perdidos (art. 890 cód. civil), y quien los recibió carecía de buena fe y su adquisición fué a título gratuito y será esto último si no se pactaron intereses o alguna retribución en cambio. Tratándose de monedas, si éstas son billetes, la reivindicación sólo será posible, además, si cada billete estuviere individualizado, con su numeración y serie respectivas, hipótesis rarísima, por lo que nos inclinamos a opinar por la irreivindicabilidad del dinero que se da a mutuo.

Sin embargo, el que sufrió el robo puede conseguir que el dinero o las cosas muebles fungibles se las entregue el mutuuario a él y no al mutuante delincuente.

También el mutuuario deberá ser capaz de obligarse, como se desprende de la doctrina contenida en el art. 1575 cód. civil (“No hay acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de celebrar este contrato”. “Cesa esta prohibición cuando el incapaz celebró el mutuo para atender a su alimentación”).

Para ser mutuante hay que tener capacidad de enajenar; capacidad de disposición. El cód. en su art. 1574, exige también en el mutuuario esta capacidad. El mutuante al celebrar el contrato, pierde la propiedad de la cosa que entrega al mutuuario. Nosotros no exigimos de quien enajena una capacidad especial. Basta la capacidad normal que se obtiene a los 21 años, o a los 18 años en ciertos supuestos, como el de emancipación (arts. 8 y 11 del cód. civ.).

Los administradores necesitan también autorización judicial para dar y recibir a mutuo dinero o cosas que se consumen por el uso pertenecientes a la persona cuyos bienes administran (art. 1576 cód. civ.).



A este respecto, la sent. de 4 de mayo de 1894 (28), decide que es nulo el contrato de mutuo celebrado por el administrador de bienes ajenos, sin la observancia de las formalidades correspondientes.

Conforme al inc. 4º del art. 522 del cód. civ., los tutores necesitan autorización judicial, concedida previa audiencia del consejo de familia, para dar dinero del menor a mutuo, o para tomar a mutuo dinero para el menor.

La autorización se concede conforme a los trámites establecidos en el cód. de proc. civ., para enajenar u obligar bienes de menores; debe oírse al consejo de familia y pedir dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal.

Las mismas reglas se observan en el caso de los curadores que den o tomen dinero a préstamo de los incapaces o para éstos, por aplicación del art. 558 del cód. civ.

También los padres que ejercen la patria potestad, requieren de la misma autorización judicial expedida con los mismos trámites, si dan o toman dinero a mutuo de o para sus hijos menores (art. 513 cód. civ. no excluye el préstamo para el que los padres necesitan autorización judicial según el inc. 4º del art. 522 del cód. civ.).

El art. 1576 del cód. civ. declara: "Los representantes de menores e incapaces y los administradores, no pueden dar ni recibir a mutuo en representación de las personas y establecimientos cuyos bienes administran, sino observando las formalidades que para transigir se les prescribe en el título respectivo". Según el art. 1312, la transacción de representantes de incapaces y de administradores, necesita aprobación del juez, quien para concederla oír al consejo de familia "cuando lo haya", y pedirá dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal.

La sent. de 22 de mayo de 1937 (29), expresa que el deudor que recibió dinero a mutuo, no puede invocar la incapacidad del acreedor, en su propio beneficio, para substraerse al cumplimiento de la obligación de pagar lo que debe. Así lo previene el art. 1078 del cód. civ.

También la sent. de 10 de abril de 1935 (30) declara que la minoridad del acreedor mutuante, no exime al mutuuario de la obligación de restituir.

(28) "A. J.", 1894-1898, p. 23.

(29) "R. de los T.", 1937, p. 367.

(30) "R. de los T.", 1935, p. 54.

Son justas estas decisiones judiciales acerca de la capacidad de las partes contratantes.

En cuanto a la capacidad de quien recibe algo a mutuo, tenemos el art. 1575 Cód. civ., que niega la acción para reclamar un mutuo de un incapaz.

Esta disposición mantiene la opinión del legislador en otros institutos. Así, tratándose del pago de las obligaciones si el pago se hace a incapaces sin autorización de sus padres o representantes legales, carecería de eficacia, a no ser que se pruebe que se pagó para alimentar a los incapaces. Y más ampliamente, el art. 1130 del cód. civ. dispone que no se puede repetir lo que se pagó a un incapaz cuya obligación se declaró anulada (por sentencia ejecutoriada), salvo en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

14.—*Obligaciones del mutuuario.*— Deberá restituir lo que recibió a mutuo.

Debe distinguirse entre lo que es dinero y lo que no es tal. Devolución de cosas que no son dinero:

No siendo dinero las cosas que se consumen por el uso, el mutuuario pagará en la misma cantidad y calidad, o, en su defecto, satisfará el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalados para el pago (art. 1579 cód. civ.); o también: si fueron apreciadas las cosas al tiempo del mutuo, está obligado el mutuuario a satisfacer el valor que se les dió, aunque valgan más o menos al tiempo del pago (art. 1580 cód. civ.).

Las obligaciones del prestatario son:

1a. obligación: Devolver las cosas mutuadas en el plazo pactado. No existiendo plazo la devolución procede dentro de 30 días de recibido el préstamo (art. 1578 cód. civ.). Son días civiles; no procesales.

Si bien son cosas muebles y no dinero, debe devolverse la misma especie y calidad.

Si no puede restituir la misma cantidad y calidad, el mutuuario pagará el valor que las cosas tengan en el tiempo y lugar señalados para el pago. No habiéndose designado el lugar, se entiende que es el del contrato (art. 1579 cód. civ.). No cabe la imposibilidad de la restitución por agotarse la especie, si no en el caso de desaparecer las cosas genéricas y fungibles, totalmente.

Empero, aún en esta hipótesis, el mutuuario deberá entregar dinero en cantidad bastante para pagar las cosas muebles, aunque éstas desaparecieren sin culpa del prestador.

Rigen por extensión, las reglas de las obligaciones de dar cosas inciertas, en especial cuando se controvierte la calidad, en que se observa el art. 1179 del cód. civ., que ordena se den cosas de calidad media. La elección de las cosas por entregar al mutuante corresponde al mutuuario, que es el deudor pero éste no puede escoger cosas de la peor calidad. Sin embargo, el contrato puede estipular que la elección la realice el mutuante.

El contrato de mutuo es un negocio de crédito, sobre todo cuando se entrega dinero. El mutuante que es el que da el dinero que ha de recobrar después de cierto tiempo, pone su confianza en el mutuuario; le concede crédito. No se da en préstamo para que de inmediato se devuelva, sino después de cierto plazo. Si no se estipula plazo, se entiende que es de 30 días civiles: art. 1578 cód. civ.

En el mutuo se entrega dinero u otra cosa fungible; y el mutuuario según el art. 1573 del cód. civ. asume la obligación de devolver la misma especie y calidad y la misma cantidad; y aunque las cosas muebles prestadas se pierdan por *casus*, el deudor deberá devolver en dinero lo que ellas valen: arts. 1579 y 1580 cód. civ.

El mutuo comienza con la entrega de las cosas dadas en préstamo, ya que es un contrato real.

Puede existir, empero, promesa de mutuo, que obliga al promitente, si las cosas muebles o el dinero no se entregan.

Asimismo, no obstante que con la entrega se concluye o perfecciona el contrato, —porque dicha entrega no es la ejecución contractual—, es evidente que antes de ella debe existir el consentimiento de los contratantes; y si ese consentimiento está viciado por error, v.g., el contrato sería anulable, a pesar que la entrega ya se hizo.

La entrega de la cosa mutuada es no sólo tradición para los efectos posesorios, sino entrega en propiedad, porque el mutuuario con la entrega resulta dueño. Si éste no adquiere la propiedad con la entrega, no existirá tampoco, contrato de mutuo. El mutuo como la compra-venta, la donación, la permuta, la *datio in solutum* transfieren el dominio.

La obligación de restituir que tiene el mutuuario está contenida en el art. 1573 del cód. civ., que es el inicial en este contrato. Si está señalado en el contrato el mutuuario debe devolver en esa fecha. Si no lo está tendrá el mutuante que requerirlo para que devuelva dentro de 30 días (art. 1578 cód. civ.).

Otra obligación del deudor es la de pagar intereses, si están pactados: art. 1583, 1º cód. civ.

15.—*Obligaciones del mutuante.*— Lo que caracteriza al mutuo es la nota de transmisión de la propiedad del prestatario al prestatario; y, precisamente, es por eso que si las cosas mutuadas se pierden por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la sufre el que las recibiera, por aplicación del *res perit domino*. Y no obstante esa pérdida el prestatario deberá devolver otras cosas muebles de la misma calidad y en la misma cantidad que las recibidas y aunque perezca el género, aunque desaparecieren todas las cosas, v.g., por prohibir el gobierno su importación, el mutuuario deberá pagar su valor estimado al tiempo en que debió restituirlas y teniendo también en cuenta el lugar del contrato, que es el lugar en donde se formuló la oferta: arts. 1579, § 2º y 1336 del cód. civ.

Normalmente, el contrato de mutuo designa en una de sus cláusulas, no sólo la fecha en que debe hacerse el pago del préstamo por el mutuuario, sino también el lugar, señalando con precisión el domicilio.

Empero, si ello no se ha pactado, el pago se hará en el lugar del contrato y ese lugar conforme al art. 1336 del cód. civ. es aquel en donde se formuló la oferta, que puede no ser el lugar del domicilio del deudor. Por tanto, no rige en todos los casos, el art. 1250 del C.C., en cuanto éste dispone que el pago en el silencio del convenio, se hará en el domicilio del deudor, porque puede ocurrir que el domicilio del mutuuario no se encuentre en el lugar en donde se formuló la oferta.

En el mutuo la entrega no sólo es un dar puro, sino un transmitir un derecho, que es el de propiedad. La obligación no se crea para cumplirla después, sino que se cumple. Por ello, el mutuante traspasa la propiedad al mutuuario (31). El art. 1577 del cód. civ. declara que el mutuuario adquiere la propiedad de las cosas mutuadas y es obvio que para cumplir con esta exigencia legal hay que entregárselas, porque son cosas muebles. El contrato de mutuo sólo se entenderá que ha nacido si se ha adquirido por el deudor la propiedad de lo mutuado. Es contrato real el *mutuo*. No es real sino consensual, la venta mobiliaria. El contrato no crea en el mutuante una obligación de dar que deba ejecutarse después, sino una obligación de dar que hay que

(31) Véase PUIG PEÑA, Federico, *Trat. de D. Civil Español*, t. IV, Editorial Revista de D. Privado, Madrid, 1951, Nº III, 2º, p. 150.

cumplir de inmediato por el prestamista al celebrar el contrato. Este dar no es ejecución sino perfeccionamiento del contrato.

La obligación substancial que tiene el mutuante es la de transmitir la propiedad de la cosa mueble dada en préstamo; y normalmente la cumple con la entrega, aunque no sea dueño de dicha cosa (por aplicación del art. 890 del cód. civ.).

Otra obligación sería la de no exigir la devolución de la cosa antes del cumplimiento del plazo, a no ser que se produjera su decaimiento por causa legal o contractual. Esta última es por ejemplo la mora en el abono de los intereses pactados. En realidad, el mutuante no asume la obligación de transferir la cosa, porque con la *traditio* que es indispensable para el perfeccionamiento del mutuo, cumple con dicha obligación, o sea que esa obligación no existiría después de concluido el mutuo. Por eso dicese que el mutuo como el comodato, es unilateral. No hay obligación alguna a cargo del mutuante o del comodante. Esta opinión no es uniforme.

El mutuo es préstamo de consumo. Por eso el mutuante enajena la cosa mutuada. Por el contrario, el comodato es sólo préstamo de uso.

Las cosas que se entregan a mutuo son cosas muebles; y son, a la vez, cosas consumibles y cosas fungibles. Si la cosa mueble fuere consumible pero no fungible sino única en su especie, no podría configurarse el mutuo.

Como es contrato de enajenación se requiere que el mutuante sea dueño de lo que da en préstamo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en cuanto a cosas muebles la posesión vale el título: art. 890 cód. civil, o sea que el mutuante transfiere su propiedad si tuvo las cosas muebles en posesión aunque fueren de otro, a no ser que se tratare de cosas muebles robadas o perdidas, o sujetas al régimen de ventas a plazos y otras leyes especiales. Y no sólo debe ser dueño el mutuante sino que, además, debe tener capacidad, o sea poder de disposición de las cosas que da en préstamo. Además, lo que da el mutuante no son cosas muebles identificables (ciertas y no fungibles), para las que la posesión vale el título no opera con la intensidad que muestra para cosas muebles genéricas y fungibles. Para éstas la *reivindicatio* es casi siempre acción ilusoria.

16.—*Plazo para la restitución del mutuo.*— Debe estarse a lo pactado. Si se fijó día para la devolución, no hay problema. Este es un *plazo convencional*.

Lugar del pago: no es el del domicilio del deudor, conforme al art. 1250, cod. civ. Será el señalado en el contrato, y si no lo está, se entiende que es el del contrato (art. 1579, 2º párr. cód. civ.).

Ese lugar puede coincidir con el del domicilio del deudor, o puede ser un lugar distinto.

Cuando no se fijó término para el pago, se entiende que es de 30 días (art. 1578 cód. civ.). Este es un ejemplo claro de *plazo legal*. Un mutuo que no tiene plazo indicado para su devolución no se puede exigir éste antes de que transcurran 30 días de recibido.

Puede también convenirse que el mutuuario pagará cuando pueda, cuando se lo permita el resultado de sus negocios. En este caso, es el juez quien deberá fijarlo, ya que de acuerdo con lo prevenido en el 2º párrafo del art. 1115, cód. civ., el juez fijará la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor. Este es *plazo judicial*.

El contrato de mutuo debe siempre durar; el elemento del tiempo le es esencial. Dura el término convenido, o, por lo menos, treinta días según el art. 1578 cód. civ. El préstamo no puede ser exigido de inmediato, como ocurre con cualquiera obligación conforme al art. 1252 cód. civ.,

Repetimos: Puede haberse convenido que el mutuuario pagará "cuando pueda". En tal caso, es el juez quien fija el plazo (art. 1115, § 2º cód. civ.). Empero, no señala el juez el plazo en caso de que haya querido concederse al deudor, —que es la hipótesis legislada en el art. 1115, § 1º cód. civ.—, porque rige el plazo legal de treinta días.

La jurisprudencia ha establecido que para que el juez fije el plazo, no se necesita un proceso ordinario de cognición, sino que lo señala de inmediato, con audiencia del deudor (32).

En derecho mercantil rige también el mismo plazo legal de 30 días que opera en el cód. civ., pero se exige interpelación notarial. Otras obligaciones son exigibles en ciertos plazos. Veamos los dispositivos de la ley comercial:

Nuestro código de comercio contiene los siguientes preceptos:

Art. 308.— "En los préstamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el

(32) Véase sent. 12 junio 1936, en "R. de los T.", 1936, p. 153.

pago sino pasados 30 días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se hubiere hecho”.

Art. 62.— “Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los 10 días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución.

Y para la cuestión del término del contrato de mutuo, se considera que el mutuuario puede siempre pagar antes de su vencimiento, a no ser que expresamente se hubiere establecido que dicho término es en beneficio del mutuante, o que éste hubiere pactado que en tal hipótesis el mutuuario deberá pagar (por lo que llama “lucro cesante”) determinado período de intereses. Véase el art. 1112 del cód. civ. Hay, sin embargo, quienes sostienen que el plazo se presume establecido en beneficio de ambas partes, sobre todo, si el prestatario se obliga a pagar intereses. Esta doctrina cuenta con el apoyo de la jurisprudencia (33).

Nos parece indudable que siendo el mutuo gratuito, procede el pago anticipado del principal del préstamo por el mutuuario, o también por un tercero.

Si lo dado a mutuo no es dinero sino cosas que se consumen por el uso el mutuuario debe devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1573 cód. civ.); o el valor que tengan las cosas en el tiempo y lugar en que está obligado a restituirlas, que será el lugar del contrato si no está contractualmente designado (art. 1579 cód. civ.); o el valor que a dichas cosas se les asignó en el contrato, aunque valgan más o menos al tiempo del pago (art. 1580 cód. civ.).

Si en el contrato se expresa que el mutuuario pagará “cuando pueda” o “cuando le viniere en gana”, corresponde al juez fijar el término (art. 1115, § 2º cód. civ.).

— 16 bis.— *Devolución del préstamo*.— No es restitución, porque no regresan al mutuuario las mismas cosas o monedas que se ha recibido en préstamo por el mutuuario; es la misma cantidad.

Para la devolución de lo que ha recibido en préstamo por el mutuuario, debe tenerse en cuenta si lo mutuo son cosas que

(33) Así, la sent. de 28 de noviembre, 1947 en “A. J.”, 1947, p. 29, en que se trata del deudor de un préstamo garantizado con anticresis, que pide la entrega del inmueble antes del vencimiento del término, cancelando (mediante pago por consignación) dicho mutuo.

se consumen por el uso, o dinero. Tanto unas como otros son, a la vez fungibles y consumibles. Por el contrario, en el contrato de comodato las cosas no son fungibles y tampoco consumibles; y aunque fueran consumibles, dichas cosas no son para el consumo, en dicho contrato de comodato. Así ocurre, por ejemplo, en el comodato *ad pompam*.

La restitución procede que la haga el mutuuario en el plazo convenido; y en no existiendo plazo deberá hacerla en el plazo legal; y éste siempre tiene cierta duración. Si el mutuo ha sido garantizado con hipoteca y el predio en que ésta incide disminuye su valor aún por caso fortuito, el acreedor prestamista puede cobrar antes del plazo: art. 1021 cód. civ. Además, el art. 1114 cód. civ. enumera los supuestos en que la deuda puede ser exigida aunque el plazo todavía no hubiere vencido.

En el mutuo de dinero el mutuuario puede devolver o la misma moneda que recibió en préstamo (no obstante que ésta es fungible y consumible), o la moneda que en el momento que hace la restitución tenga curso legal. Esta es una obligación alternativa legal, porque así la establece la ley: art. 1581 del cód. civ. Este es el conocido principio nominalístico, en contraposición al principio valorista. Las deudas de dinero son de número, de cantidad, y no de calidad.

La regla para el mutuante vale aún en el caso de haberse operado una revalorización monetaria (34).

Siendo el dinero cosa fungible y de género, no puede el mutuuario eximirse de la restitución. El dinero no perece nunca.

Por el contrario, tratándose de cosas fungibles pueden perecer todas, por lo que la restitución resultaría imposible, o, por lo menos, demasiado difícil. Ello importaría una excepción a la regla contenida en el art. 1180 del cód. civ.: "Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor". Es obvio que esta solución en la práctica no es observable, si desaparecieron todas las cosas del género, por ejemplo, si una ley prohíbe toda negociación con dichas cosas fungibles.

En cuanto a la moneda del mutuo que debe restituirse, en virtud de la teoría nominalística ya enunciada, la cantidad de dicha moneda no puede aumentar pese a la desvalorización monetaria que hubiere ocurrido y por más considerable que ésta sea. MESSINEO considera, sin embargo, que esta teoría no se

(34) Contra MESSINEO F., Manual de D. Civ. y Comercial, VI, § 158, No. 13.

observa si la desvalorización ocurre durante la mora del prestatario (35), pero es que conforme al cód. civ. de Italia (art. 1224, 2º), los daños que cause la mora en las obligaciones de dinero no sólo se enjugan con el interés convenido o, en otro caso, con el interés legal, sino que también son exigibles del deudor otros daños y perjuicios, salvo que se hubiere pactado interés de mora. Para nosotros, los daños y perjuicios que causa la mora en el pago de las obligaciones de dinero sólo se reparan con los intereses convenidos, con el interés legal o con otras prestaciones que se señalen: art. 1324 cód. civ.

Para la devolución de un préstamo que se hizo en moneda nacional, no se tienen en cuenta las diferencias experimentadas en su poder adquisitivo, en el tiempo que media entre la entrega al mutuuario y su devolución por éste al mutuante. Habiéndose dado a mutuo libras peruanas de oro o soles de plata de nueve décimos fino, el mutuuario cumplirá la obligación de devolver su importe entregando al prestamista diez soles por cada libra o, en el otro caso, los soles que ahora circulan, o los billetes que los representan. Ello se debe a que la moneda nacional es de curso forzoso y predomina no la teoría valorista, sino la nominalista.

Teoría jurídica del dinero:

El cód. civ. del 36 consagra las ideas de la teoría nominalista en su art. 1581. Para ésta las obligaciones dinerarias son de cantidad y número.

La teoría valorista vivía en el cód. civ. de 1852, en el art. 1817. Para ésta las obligaciones de pagar sumas de dinero, son obligaciones de calidad.

El código del 52 se apartó en este punto de la tradición francesa.

La restitución, en la teoría nominalista, no se hará en la especie de moneda que se recibió, sino en la moneda que tenga el mismo valor dentro del país.

POTHIER y DEMOLOMBE sentaron las bases de esta teoría nominalista.

Aunque cambie el valor intrínseco se devuelve el mismo número, la misma cantidad de monedas que se recibió.

A la teoría nominalista le basta el valor extrínseco, nominal, del signo monetario.

(35) Manual de D. Civ. y Comercial, VI, § 158, No. 13, p. 117.

La teoría valorista atiende al valor intrínseco, *per se*, de la moneda.

Pero el concepto de moneda ha evolucionado, no es ahora más que un signo, una medida, que fija el Estado.

La depreciación monetaria deben soportarla todos. Nadie puede sustraerse a sus efectos, menos aún los acreedores. En virtud de la solidaridad del agregado este fenómeno depreciatorio debe extenderse e incidir sobre todas las voluntades.

Dice la Exposición de Motivos (36):

"..... La reforma más importante que hemos introducido es la que establece que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregarla, en la moneda que tenga curso legal en el Perú. Este precepto es de derecho público. Las leyes que rigen la circulación monetaria son de orden público, y respecto de ellas nadie puede alegar derechos irrevocablemente adquiridos. Es evidente que cuando el legislador procede en nombre del interés general y traduce una regla de solidaridad, no es posible sustraerse al imperio de sus resoluciones".

Se comprueba que la declaración que hace el art. 1581 es de carácter general. No se refiere y limita al contrato de mutuo, sino que comprende, por su redacción, al pago de todas las obligaciones de dinero. Por tanto, su lugar debería encontrarse dentro del título del pago.

La teoría nominalista existía en el Perú desde antes de la dación del vigente código civil. La llamada Ley Monetaria (que es el Decreto-ley No. 7126, de 18 de abril de 1931), crea por su art. 1º, como unidad monetaria del Perú, el sol de oro sin acuñar, que contendrá 42.1264 centígrados de oro fino. Y por su art. 2º toda deuda contraída en libras peruanas sería pagadera desde la fecha, a razón de diez soles por libra. La libra peruana era moneda de oro y ahora existe como curiosidad numismática y su valor en soles es del orden de los cuatro mil.

El Decreto-Ley 7126 aprobó íntegramente el Proyecto formulado por la Misión de Consejeros Financieros, que presidía E. W. Kemmerer.

Asimismo, la ley orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (preparada también por la Misión Kemmerer), establecía en su art. 61 que los billetes emitidos por la institución eran moneda de curso legal ilimitado para el pago de toda deuda pública

(36) APARICIO y G. S. G., Código Civil, concord., t. III, p. 440.

o particular pero agregaba "a menos que se pacte expresamente lo contrario".

Esta norma se encuentra también en la vigente ley orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, bajo el número 33 aprobada por D.S. Nos. 295-68-HC y 344-68-HC, de 14 y 16 de agosto de 1968.

La emisión del billete constituye privilegio del Estado, según el art. 12 de la Constitución.

La ley de la Banca Central de Reserva que preparó Kemmerer estaba contenida en el Decreto-Ley No. 7137, de 18 de abril de 1931.

Ese Decreto-Ley fué modificado por la ley No. 7538, de 1º de julio de 1932. Ahora, rige una nueva ley de la banca central que se examina más adelante.

Precisamente, el mutuo se diferencia del comodato, en que al comodatario se le entrega cosa o cosas ciertas y determinadas; no cosas consumibles y fungibles. Además, el mutuo es traslativo de propiedad; es contrato de enajenación; y el comodato no. El mutuo es préstamo de consumo y el comodato es préstamo de uso.

Si el mutuuario no puede devolver cosas de la misma especie y calidad que recibiera, deberá pagar en dinero lo que valen las cosas que recibió al tiempo del pago, a no ser que hubieren sido apreciadas al tiempo que se le entregaron, en cuyo caso pagará el valor de apreciación (arts. 1573 y 1579 cód. civ.). En este caso, no entra en juego ninguna doctrina: se devuelven las cosas en igual cantidad y calidad o lo que esas cosas valen.

En los préstamos de dinero rige la tesis nominalista, en lugar de la doctrina valorista. El deudor deberá devolver sólo la suma numérica prestada; no lo que la moneda que se le dió vale al tiempo en que la devuelva. No se admite la revalorización de los créditos.

Asimismo, no se puede pactar la devolución en moneda con cierto contenido en oro, ya que nuestro sistema monetario es de curso forzoso. Los billetes que emite el Banco Central de Reserva del Perú no sólo son de curso legal, sino de curso forzoso. Por tanto, si un acreedor estipula que el pago se le haga en oro, o en moneda con cierta cantidad de oro, esa estipulación es nula, porque el curso forzoso es de orden público y, además, existe en la ley la equivalencia del sol oro con el papel moneda.

El texto del art. 1817 del cód. civ. de 1852, que contenía la tesis valorista, es el que sigue:

“Cuando se prestó moneda de oro o plata con la obligación de que sería pagada en la misma especie y calidad, si ha sufrido alteración el valor que en el cambio tenían estas monedas, o no circulan, el mutuuario está obligado a devolver, en moneda corriente, el mismo valor de aquéllas al tiempo del mutuo”.

“Si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumple el mutuuario con satisfacer en la que esté circulando en el lugar donde se deba pagar”.

También contiene el principio valorista el cód. de comercio, cuyo art. 307 dispone:

“Consistiendo el préstamo en moneda legal o corriente, pagará el deudor devolviendo en moneda legal y corriente una cantidad igual a la recibida; salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que haya de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que experimentare su valor, será en daño o en beneficio del prestador”.

“En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma especie e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario”.

“Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a ño mediar pactos en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiere extinguido la especie debida”.

Como la disposición del cód. civ. es de derecho público, esta norma del derecho especial, no rige.

En los mutuos de dinero lo que se debe devolver es la suma numérica. Sin embargo, el art. 1581 cód. civ. le da al deudor el derecho de elegir en el cumplimiento de esta obligación de devolver la suma que recibió. Puede restituir la especie pactada, o la que tenga curso legal.

Veamos este ejemplo: el deudor recibió un préstamo de S/. 20,000.— en 1920, para devolverlo quince años después, o sea en 1935. Recibió moneda de plata de nueve décimos fino y devuelve legalmente los soles que en 1935 y ahora circulan, que valen mucho menos. O sea que los riesgos del contrato los soporta el mutuante.

Asimismo, es legal esta operación: el mutuuario recibe S/. 20,000.— ahora, para devolverlos dentro de diez años, o sea en 1990. Llegada la fecha del cumplimiento el deudor puede válidamente devolver en la especie pactada y no con el sol revalorizado, si en 1972 el Estado hubiere hecho la revalorización de

la moneda. El art. 1581 contiene una obligación alternativa. Si le conviene, el deudor se libera devolviendo la misma moneda que recibiera.

Esta disposición revela que el legislador considera que la moneda debe ser tratada como mercancía. Sin embargo, quien soporta todas las consecuencias es el acreedor, sea que la moneda se desvalore o se revalore al tiempo de la devolución.

Para nuestra jurisprudencia, el dispositivo del art. 1581 es de orden público, ya que la moneda es de curso forzoso.

Es válido el préstamo de lingotes de oro, porque no es moneda el objeto del mutuo. Por tanto, el mutuuario debe restituir la misma cantidad y calidad recibidas, o su valor al tiempo del pago. Ahora, la negociabilidad del oro está restringida. No hay cláusula oro.

Nosotros, tenemos la tesis nominalista no sólo en el art. 1585 del cód. civ., sino en el art. 2º de la ley monetaria (Decreto-Ley No. 7126, de 18 de abril de 1931) y en la Ley orgánica del Banco Central de Reserva del Perú.

Por tanto, el préstamo de dinero debe devolverse en dinero, conforme al principio no valorista, sino nominalístico. Sin embargo, la llamada ley de reforma agraria, que es el D.L. N° 17716, dispone que las hipotecas que gravan los fundos rústicos y que están, v.g., garantizando mutuos de dinero, pueden ser canceladas pagando el capital que aseguran, no con dinero, sino con bonos. La indemnización que paga el Estado es siempre y en su mayor parte, en bonos, texto único concordado del Decreto-Ley N° 17716.

La controversia que se suscite entre el mutuante y el mutuuario, sobre la calidad de la moneda, no enerva el carácter ejecutivo del juicio. La diferencia sobre este punto no priva a la obligación dineraria de ser obligación por cantidad líquida.

La sent. de 2 de setiembre de 1884 (37) previene que la calidad de la moneda en que deba hacerse el pago de la cantidad mutuada, no desnaturaliza el carácter ejecutivo que le corresponda a la acción y que un asunto de esta naturaleza debe proponerse y esclarecerse en el término del encargo.

No siendo moneda sino títulos-valores representativos de moneda no se observa el principio nominalístico.

Cuando la materia del mutuo está constituida por documentos de crédito, para la devolución del capital se tendrá en consi-

(37) "A. J.", 1880-1887, p. 148.

deración no la estimación de ellos en esa oportunidad (*es decir cuando se hace el pago*), sino la que tenían a la celebración del contrato, declara una sentencia (38).

El privilegio del Estado de emitir billetes "bancarios" lo ejerce el Banco Central de Reserva del Perú; así lo declara el art. 31 de su Ley Orgánica aprobada por D.S. N° 295-68-HC, de 14 de agosto de 1968.

También tiene el privilegio de acuñar monedas metálicas: art. 32 la misma ley.

Tanto los billetes como las monedas metálicas tienen curso forzoso y servirán como medio de pago de toda deuda pública y privada, "sin que obste pacto en contrario".

Sin embargo, la pérdida de valor de nuestro signo monetario se evitaba haciendo el préstamo en moneda extranjera, o sea en una de aquellas monedas de otros países que los economistas llaman "monedas duras". Rige en esta hipótesis, el art. 1249 del nuevo cód. civ. Ya la sent. de 28 de marzo de 1928 (39), aplicando el cód. civ. abrogado, decía que el mutuuario está obligado a devolver la suma prestada en moneda extranjera, o su equivalente en moneda peruana, al tipo de cambio del día del pago. Empero, ahora esto no puede pactarse, en virtud de lo que dispone el Decreto-Ley No. 18275, de 15 de marzo de 1970.

* 17.—*Los riesgos*.— Como el mutuo transfiere el derecho de propiedad al mutuuario, es éste quien después de la entrega de los bienes muebles mutuados soporta el riesgo de su pérdida por *casus*. Empero, esto no libera al mutuuario de la devolución con otras cosas de la misma especie y calidad, por lo mismo que la obligación es de dar cosas fungibles (cosas genéricas). Es

(38) Ej. 25 julio 1884, en "A. J." - Años 1880-7, p. 132.

Es de esencia en el mutuo devolver otro tanto de la misma especie o calidad; y por esto el mutuario está obligado a devolver las cosas que recibió en la misma calidad y cantidad.

Se trataba de un préstamo en billetes de banco —no era moneda de curso forzoso—. Esos billetes fueron considerados por la sentencia como documentos de crédito de los que los bancos eran deudores. La calidad de que habla la ley en estos billetes, la misma calidad, no es por cierto la calidad física, papel, grabado, serie, número, etc., sino su calidad económica, su estimación o su utilidad. Por consiguiente, si esa estimación aumentaba, el deudor habría pagado con una cantidad de billetes menor a su valor nominal de diez mil soles, que fué los que recibió; si por el contrario disminuía habría tenido que devolver en billetes más de los diez mil soles nominales que dichos billetes representaban.

En el caso de autos, el deudor había pagado diez mil soles con billetes de banco que ya no valían diez mil soles, sino menos, por lo que era deudor de la diferencia entre lo que dió con billetes y lo que realmente debía. A esta solución se llegó considerando a los billetes de banco como documentos de crédito.

(39) "La Prensa", ed. de 30 de marzo de 1928.

por ello que se entiende que el mutuuario no restituye, sino que devuelve al mutuante cosas muebles de la misma especie y en la misma cantidad, o sea que se devuelve el equivalente. Véase al respecto el art. 1180 cód. civ.

A estos respectos. el mutuuario debe devolver (no debe restituir "otro tanto de la misma especie y calidad") dice el art. 1573 del cód. civ.

Y con respecto a los riesgos el art. 1577 del cód. civ. declara que al que recibe el mutuo le "corresponde la mejora, deterioro o destrucción que sobrevenga después".

Como la obligación del mutuuario es la de dar cosas genéricas véase arts. 1178 y ss. del cód. civ.; y la regla más importante es la del art. 1180 en cuanto expresa que el deudor no puede eximirse de la entrega alegando (y hasta probando) la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor.

Dícese que si bien el contrato es gratuito y en este caso es contrato unilateral, o sea con prestaciones de un sólo lado, si se hubiere convenido el pago de intereses (no usurarios aunque mayores que los intereses legales), el contrato de mutuo es bilateral, es decir, con prestaciones recíprocas. La obligación de pagar los intereses es la ventaja que obtiene el mutuante por dar su dinero o las cosas muebles que se consumen por el uso. Es por ello que el mutuante puede demandar la rescisión o resolución a virtud del art. 1341 del cód. civ.

Ya hemos dicho que el mutuo es un contrato de duración, porque la obligación del mutuuario de restituir se cumple en el tiempo por venir. Siempre tiene duración ya que si el contrato no señala la fecha de restitución, se entenderá que es de 30 días (art. 1578 cód. civ.).

A no ser que se hubiere operado la caducidad del plazo, el mutuuario goza del beneficio del término, o sea que no devuelve sino al vencer éste. Si el mutuo es gratuito el plazo se presume establecido en beneficio del deudor (mutuuario). Por tanto, puede restituir anticipadamente, de conformidad con la regla contenida en el art. 1112 del cód. civ. El plazo se presume establecido en favor de ambos contratantes, si se pactó el pago de intereses.

Con respecto al plazo del contrato de mutuo, la sent. de 26 de julio de 1933 (40) declara que el préstamo sin plazo se presume que lo fué por el término de ley.

(40) "R. de los T.", 1933, p. 281.

También la sent. de 12 de junio de 1936 (41) resuelve la hipótesis de que el plazo hubiere quedado a voluntad del deudor, o sea que éste pagaría —según el contrato— cuando tuviese medios para hacerlo. Se decidió que el juez debería fijar el término en un contrato de mutuo indefinido, garantizado con hipoteca, constante de escritura pública; y que dicha fijación no se haría en sentencia y como resultado de un proceso, sino mediante un simple auto, ya que no habría instancia en forma. Esta doctrina la contiene el nuevo cód. civ. en su art. 1115, pero lo realmente importante es que el juez no fija el plazo como resultado de un juicio, sino por un simple acto judicial, sin fórmula de juicio. El Fiscal expresaba que la petición no iniciaba una cuestión litigiosa, que debería tramitarse en la vía ordinaria, por lo que no era de aplicación el art. 296 del cód. de procedimientos civiles.

Hemos dicho que las cosas que no son dinero, que se dan a mutuo, deberán ser fungibles, es decir, sustituibles, o sea cosas muebles que se indican sólo por su especie y cantidad. Puede ocurrir, sin embargo, que no obstante el aforismo "*genus nunquam perit*", las cosas fungibles que deben restituirse por el mutuatario hubieren desaparecido del mercado, por ejemplo, porque el gobierno ha prohibido su comercio, o su importación, o su producción (*factum principis*). En tal caso, deberá abonarse por el prestatario el valor de las cosas al tiempo y en el lugar en que se hace el pago. (Véase arts. 1579 y 1580 cód. civ.).

La pérdida de las cosas fungibles (señaladas sólo en su especie y cantidad) por caso fortuito o fuerza mayor no exonera de responsabilidad al deudor de éstas. No obstante ser cosas genéricas puede concebirse la hipótesis en que desaparezcan todas. Sin embargo, el deudor se encuentra obligado a pagar su valor. En este amplio sentido debe entenderse la regla general contenida en el art. 1180 del cód. civ. ("Antes de la individualización de la cosa, no podrá el deudor eximirse de la entrega alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor"), ya que aún cuando el sujeto pasivo acredite que todas las cosas "inciertas" desaparecieron, deberá pagar el valor de las que debía entregar, calculado al tiempo de la entrega y en el lugar donde debe verificarse ésta.

Si lo que se da a mutuo son cosas que se consumen por el uso y no dinero y el mutuatario no puede devolver cosas análogas, devolverá el valor que tuvieran en el tiempo, y lugar seña-

(41) "R. de los T.", 1936, p. 153.

lado en el contrato. Si no está señalado el lugar, se entiende que es el lugar en que se celebró el contrato y según el art. 1336 del cód. civ. ese lugar del contrato es aquel en que se formuló la oferta.

Ello es para determinar el valor de las cosas pero para determinar el lugar en donde las cosas o su valor deben devolverse si ello no ha sido previsto en el contrato, dicho lugar no es el que señala el art. 1250, § 1, cód. civ., que es el del domicilio del deudor, sino que debe aplicarse el art. 1336 cód. civ., que para todo contrato señala el lugar en donde se formuló la oferta. Empero, el contrato puede señalar un lugar distinto y esa estipulación prevalece.

18.—*Determinación del lugar en que deben cobrarse judicial o extrajudicialmente las obligaciones derivadas del mutuo.*— El pago del mutuo se hará en el lugar designado en el contrato.

Si no existe designación, se hará en el lugar del domicilio del deudor, conforme al art. 1250 del cód. civ.?

Si lo mutuado no es dinero, sino cosas que se consumen por el uso, el valor de éstas que el mutuuario debe pagar es el que tienen en el lugar designado para el pago; y si no lo hubiere, se tendrá en cuenta el valor que las cosas tengan en el lugar del contrato (art. 1579 cód. civ.). Y el lugar del contrato es aquel en el que se formuló la oferta: art. 1336 cód. civ.

Toda esta cuestión es procesal en cuanto determina la competencia del juez por ante el que se exige el cumplimiento del contrato.

Es también necesario saber cuál es el lugar del contrato. Conforme al art. 1336 del cód. civ., repútase celebrado el contrato en el lugar en que se formuló la oferta y no en el lugar en donde se instrumentó. Puede darse el caso que el lugar del contrato fuere distinto del lugar donde debe pagarse el préstamo, porque hay estipulación expresa.

El pago, salvo pacto en contrario, se hace en el domicilio del deudor: art. 1250 cód. civ. Pero para otros efectos del contrato (causales de nulidad o anulabilidad en contratos internacionales), como el contrato se tiene por celebrado en el lugar en que se formuló la oferta (art. 1336 cód. civ.), es ésta ley la aplicable.

Por consiguiente, el mutuante puede válidamente exigir el pago ante el juez del lugar del domicilio del demandado, no obstante que se hubiere señalado que conocería de la demanda de

cobro determinado juez de otro lugar (art. 44 del cód. de proc. civiles).

Subsidiariamente, el prestatante puede demandar el pago por ante el juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación emergente del mutuo (art. 45, inc. 1º del cód. de proc. civiles). La designación del juez consta en cláusula del contrato de préstamo.

Procesalmente, el mutuuario podría deducir con éxito la excepción de incompetencia, si el prestamista exige judicialmente el pago por ante el juez del lugar del contrato, conforme al 2º párrafo del art. 1579 del cód. civ., ya que dicho juez es el del lugar donde se formuló la oferta según el art. 1336 del mismo cód. y éste puede ser un lugar distinto al del domicilio del prestatario y al del aquel en que se escrituró el mutuo.

Acerca del lugar en donde el prestamista debe exigir el pago, debe observarse la regla del art. 1250 del cód. civ., que establece que es el domicilio del deudor, o sea del mutuuario, donde debe efectuarse y, por tanto, exigirse el pago.

Sin embargo, puede el mutuante, de conformidad con el art. 45 del cód. de proc. civ., interponer su demanda, ante el juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación (inc. 1º).

La sent. de 17 de setiembre de 1925 (42) establece que tratándose del mutuo, la demanda en que se reclama el pago de la cantidad mutuada, no habiéndose señalado lugar para el cumplimiento de la obligación, puede el demandante interponerla ante el juez del lugar en que debe pagarse ésta. Sin embargo, el fallo invocaba también el art. 1815 del cód. civ. abrogado, en cuya segunda parte se dice: "No estando designado el lugar se entiende que es el del contrato". Esta regla ha sido reproducida en el segundo párrafo del art. 1579 del vigente cód. civ. Propiamente, ambos dispositivos no se refieren al mutuo de dinero, ya que obligan al mutuuario a satisfacer el valor que la cosa tenga "en el tiempo y lugar señalados para el pago"; y no estando designado el lugar para el pago procede pagar en el lugar en donde se celebró el contrato. Es incuestionable que el lugar del contrato puede no ser el lugar de pago de la obligación. Empero, es evidente que el art. 1579 establece una regla de competencia, en su 2º apartado.

19.—*Intereses que abona el mutuuario por el uso del dinero.*— Los intereses juegan en el llamado mutuo oneroso.

(42) "A. J.", 1925, p. 82.

Estos constituyen la remuneración que el deudor de dinero o de otras cosas ha de satisfacer al acreedor por la privación que para él supone el no disfrute del capital debido.

Económicamente, los intereses representan las rentas del capital de que el acreedor se priva; jurídicamente, pueden estimarse como frutos civiles del crédito.

Antiguamente, había sinonimia entre *interés* y *usura*. Hoy la denominación *usura* corresponde al interés exagerado, superior al permitido; y llámase usurero al que hace un comercio de la usura.

Hubo época en que la conocida máxima de Aristóteles tuvo plena vigencia: "el dinero no engendra dinero" (*pecunia non parit pecuniam*). Después, se reaccionó contra este temperamento: el mutuante gana los intereses; el mutuuario con el capital que recibe produce bienes.

19 a).— *Pago de intereses no convenidos*.— Veamos el abono de intereses no pactado.

Art. 1583.— "En el mutuo no se deben intereses sino en el caso de estar pactados".

"Sin embargo, el mutuuario que espontáneamente ha pagado intereses, no puede repetirlos ni imputarlos al capital".

Si el mutuuario paga y el mutuante recibe intereses no estipulados BAUDRY-LACANTINERIE ("Precis de droit civil", t. II, p. 515), dice que el pago se hizo en virtud de una convención tácita. Otros creen que es un caso de obligación natural.

Los intereses que se deben son los pactados, siempre que no sean usurarios. Y si no se pactaron intereses, nada debe por este concepto el mutuuario. Sin embargo, debería el interés legal en caso de mora en la restitución.

20.— *Clases de intereses*.— Existe interés corriente, legal y convencional.

Corriente: es el que se acostumbra cobrar en el comercio.

Convencional: lo determinan las partes, dentro de los límites que fija la ley de agio y usura N° 2760. Véase también art. 72 de la ley 13958.

Legal: lo fija la ley. Es de 5% al año, según lo estatuido por el art. 1325.

21.— *Presunción de pago de intereses*.— La presunción es general y está dentro del pago en el cód. civ.

Art. 1246.— "El recibo del capital, dado sin reserva de in-

tereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario”.

Esta presunción emana de la regla de que el deudor no puede, conforme al art. 1266, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, sino con el consentimiento del acreedor; y si se pagó capital quiere decir que no hay intereses y el hecho de no reservarse el cobro de los intereses denota o que ya se pagaron o que no fueron convenidos.

Importa delito el cobro de intereses por encima de los topes legales.

En la Constitución del Perú está enunciado este delito:

Art. 28.—“La ley establecerá el interés máximo por los préstamos de dinero. Es nulo todo pacto en contrario. Serán penados los que contravengan a este precepto”.

22.—*Prohíbese cobro de los intereses penales.*— Es la ley No. 8372, de 6 de junio de 1936. La prohibición, conforme al art. 1º, comprende los contratos de mutuo simples o hipotecarios, celebrados por particulares o por las instituciones de crédito.

Respecto a las cuotas hipotecarias:

La ley No. 8357, de 20 de mayo de 1937, declara en su art. 1º, que dichas cédulas en mora devengarán un interés igual al estipulado para sus préstamos.

23.—*Limitación en el cobro de los intereses.*— Ley No. 2760, de 26 de junio de 1918: El art. 7º expresa que “Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés superior al 14% anual si la cantidad prestada es de 500 o más soles y 18% al año si es menor de esta suma”. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que la nulidad sólo comprende el pacto de intereses, y no el contrato mismo.

El art. 19 de la misma dice: “Las disposiciones de esta ley no comprenden a las operaciones bancarias, ni a las otras instituciones análogas”.

Con respecto a la tasa de los intereses, quienes dan los préstamos no pueden cobrar lo que les plazca. La limitación está contenida en el art. 7º de la ley No. 2760, de 26 de junio de 1918, llamada “ley de agio y usura”. Sólo se permite la tasa del catorce por ciento anual como límite máximo para préstamos de quinientos soles o más.

Asimismo, la ley No. 11078, de 5 de agosto de 1949, que antes fuera decreto-ley y que ahora es ley por virtud de lo dispuesto en la ley No. 11490, de 1º de setiembre de 1950, establece, en

su art. 1º, que el cobro de intereses legalmente excesivos constituye delito de especulación.

Expresan los Motivos del código civil (43) lo siguiente:

"..... El código peruano, como todos los de su época, se asoció a la doctrina económica de la más absoluta libertad en lo que concierne a la estipulación sobre intereses. Nuestras leyes históricas, imbuídas por un espíritu contrario, fueron inflexibles para combatir el interés, y sin proscribirlo, llegaron a disponer prolijamente sus tasas, sobre todo respecto de los censos que sustituían la figura del mutuo. Habríamos querido retocar el sistema del antiguo código y el de reacción implantado contra ese régimen de libertad sin medida, por la ley No. 2760, que sitúa el problema del interés al margen de sus naturales elementos. Sin embargo, dada la multiplicidad de leyes que se dictan cediendo al azar de las necesidades y considerando lo dispuesto por el art. 29 de la Constitución, hemos resuelto no abordar este punto. La represión de la usura sale del plano del derecho privado para interesar más directamente al dominio del derecho público.

Con respecto a los intereses debe saberse:

1) Habiéndose pactado intereses de usura (por encima de los límites que la ley señala), no sólo esa cláusula del contrato es nula, sino todo el contrato de mutuo. Lo declara el art. 7º de la ley No. 2760, de 26 de junio de 1918. La jurisprudencia, sin embargo, sólo declara la nulidad de la estipulación de intereses y obliga al prestatario a devolver la suma que recibió. (44).

2) La nulidad parcial de la cláusula del contrato relativa al pago de intereses no reduce la cuantía de éstos hasta los límites permitidos u obliga al mutuuario a pagar interés legal (que es de 5 por ciento según el art. 1325 del cód. civ.), sino que en tal caso, el prestatario no debe intereses y lo que hubiere pagado por este concepto se imputa al principal del préstamo (45).

3) No obstante no haberse convenido en el contrato de mutuo, en el abono de intereses, se deberán éstos en su cuantía legal, en caso de que el acreedor o mutuante constituya en mora al mutuuario, desde el día en que éste quedare incurso en mora, que es aquel en que es citado con la demanda pidiéndole la devolución de otro tanto de la misma moneda o de cosas de la misma especie o calidad: art: 1573 cód. civ.

(43) APARICIO y G. S. G., Código Civil, concord., tº III, p. 441.

(44) Véase Sent. 15 mayo 1923, en "A. J.", 1923, p. 39.

(45) Sent. de 26 de diciembre de 1940, en "R. de los T.", 1941, p. 27.

4) La nulidad del convenio de pago de intereses por ser usurario no autoriza al mutuuario a pagar antes de vencido el término, si éste se estableció en beneficio del mutuante o de ambos (art. 1112 cód. civ.). Asimismo, tampoco lo constriñe al mutuuario a pagar antes del plazo.

5) Está prohibido el pago de intereses penales aunque el monto de éstos adicionado al interés convenido, no excediera del interés permitido por la ley (no usurario). Así, ley No. 8372, de 22 de junio de 1935, que prohíbe los intereses penales; su art. 1º dice que se prohíben "en los contratos de mutuo e hipotecarios". Su art. 3º comprende a todos los créditos que al tiempo de la promulgación de la ley tan sólo, se encuentren afectos al pago de intereses penales. Y su art. 2º declara que si el deudor deja de pagar tres cuotas trimestrales de intereses y de amortización, cuando así se hubiere estipulado, el acreedor podrá pedir, judicialmente, la administración del bien hipotecado, para hacerse pago con su producto, de los servicios pendientes.

El mutuo es gratuito, sea el contrato civil o mercantil.

El mutuuario no debe intereses si no están pactados; pero hay límites legales que impiden un cobro excesivo y usurario de intereses. Por tanto no se puede pactar el pago de intereses por encima del máximo que la ley señala.

El art. 1583 cód. civ., expresa al respecto:

"En el mutuo no se deben intereses si no en el caso de estar pactados".

"Sin embargo, el mutuuario que espontáneamente ha pagado intereses, no puede repetirlos ni imputarlos al capital".

La gratuidad del préstamo se debe a la Iglesia, que prohibió los intereses en los préstamos. La esterilidad financiera se declaró en el cap. VI del Evangelio de San Lucas, por el cual ningún capital podía producir intereses. Así, el prestar equivalía nada más que a beneficiar. Esta fué una reacción contra la usura de los romanos, en que los patricios agotaban a la plebe con el préstamo a interés (*fenus*).

Interés es la cantidad que el mutuuario deberá entregar al mutuante además de las cosas prestadas y que se da como compensación por dichas cosas. El mutuante al entregar las cosas en préstamo se priva de ellas y del beneficio que su posesión le reportaría.

La estipulación de intereses es válida si se hace dentro de las tasas máximas que la ley señala. Las tasas se han fijado legalmente porque, en la mayoría de los casos, el pacto de intereses

no es el resultado de la voluntad de las partes, sino que es el mutuante quien lo impone.

Se evade la protección del mutuuario, haciendo figurar en el contrato mayor suma que la realmente entregada a dicho mutuuario y que corresponde a los intereses no cobrados. Por tanto, esta operación importa desde el comienzo la capitalización de intereses (anatocismo), que la ley prohíbe (46).

Si el mutuuario no paga en el plazo pactado, el mutuante no tiene derecho a cobrar adicionalmente el interés legal en caso de constituir en mora a dicho mutuuario. Sólo continuará percibiendo el interés pactado. Asimismo, la mora del mutuuario no daría lugar a que se le cobre el interés legal en lugar del interés pactado.

En latín el interés se significaba con el vocablo "*fenus*". Existe un estudio de C. APPLETON (47) sobre la historia del préstamo a interés en Roma. Dícese en ese estudio que en los primeros tiempos los romanos eran pastores y su patrimonio lo constituía el ganado (*pecus*), el cual servía de medida del valor. De allí su nombre; *pecunia*. Casi no existía moneda y en la poca que había tenía grabada la imagen de un buey, de un carnero, de un cerdo, para indicar que esa moneda sustituía al animal representado, o sea a la moneda ordinaria y normal. Hace notar que las multas al Estado se pagaban en ganado, por lo que el vocablo *peculatus* constituía la extorsión del animal, que era la moneda perteneciente al Estado.

También consigna APPLETON que los préstamos a interés (*fenus*) lo producían en la misma forma que los animales que primitivamente constituían el capital dado a préstamo; una vaca y un ternero, por un año; dos vacas y un ternero por dos años. Este interés era abrumador para el deudor y terminaba por agotarlo. Los patricios elegían las bestias más fecundas, o sea aquellas que mostraban una preñez y lactancia rápidas. Por eso, afirma, en la época romana se hacía derivar *fenus* de *fetus*. En ambos términos existe un proceso de creación; de multiplicación; de filiación; de generación. Los patricios explotaban a la plebe con este mutuo a interés (*fenus*) y ello dió lugar a las más

(46) Constituye delito de especulación la usura según el art. 1º del Decreto-Ley No. 11078.

(47) Se titula *Contribution à l'histoire du prêt à intérêt à Rome (le taux du "fenus unciarum"*; y se publicó en *Nouvelle revue historique*, 1919, año, XLIII, p. 467 y ss. No he podido consultar directamente este ensayo, del que da cuenta BOLAFFIO en *Derecho Comercial de BOLAFFIO. ROCCO y VIVANTE*, t. 3, Parte general, vol. 3, De las obligaciones comerciales en general, n. 8 de la p. 183.

grandes revueltas y secesiones. Decíase: *fenore trucidant plebem*; y también: *Italiam et provincias immenso foenere exaurire*.

Nuestro campesino ignaro pero inteligente, dice que el interés es un animal que nunca duerme, ya que jamás descansa de crear; de generar.

Para L. BOLAFFIO (48) el interés constituye el precio de la disposición temporal del dinero; es la compensación que debe el deudor al acreedor por el uso del dinero en razón del monto y de la duración del contrato de mutuo. Agrega que el interés es también la compensación por el riesgo que experimenta el acreedor, aún cuando éste sea un factor accesorio; se trataría del riesgo que soporta el mutuante por la posible insolvencia del mutuario.

Debe siempre tenerse presente que los intereses se deben por el goce del capital mutuado y si el capital ya está pagado, no puede ya pretenderse gozar del interés.

El art. 28 de la Const. establece el delito de usura al sancionar penalmente a los que cobren por encima del interés máximo.

La ley que señala los *quantums* de intereses permitidos, es la No. 2760, de junio de 1918. Su art. 7º declara la nulidad no del pacto de intereses, sino de todo el contrato de préstamo en que se cobre un interés superior al 14 por ciento al año, por préstamos de 500 o más soles y de 18 por ciento al año por préstamos menores a esa cantidad, o en que se simula recibir mayor cantidad de la realmente entregada. Este último extremo no sólo comprende contratos de préstamo sino de venta con pacto de retro, depósito, letra de cambio u otro contrato semejante destinado a disfrazar el préstamo. En esta misma disposición, se declara nula en los contratos de préstamo, la renuncia del fuero del domicilio que haga el deudor.

La ley No. 11078, de 5 de agosto de 1949, define en su art. 2º lo que es delito de agio y usura; y su art. 3º declara no la nulidad del pacto de intereses por encima del límite legalmente permitido, sino la nulidad de todo el contrato de préstamo, debiendo —además— el agiotista, devolver la diferencia mayor que hubiere cobrado. Al hablar de diferencia, parece ser que sólo debe devolver el prestamista lo que por concepto de intereses recibió en exceso.

De otro lado, la ley orgánica del Banco Central de Reserva

(48) Véase la obra de BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE, *Derecho Comercial*, t. 3, Parte General escrita por BOLAFFIO, vol. III, de las obligaciones comerciales en general, trad. del italiano, Ediar, S. A., Editores, B. Aires, 1947, No. 221, p. 182 y n. 6 de dicha p. 182.

del Perú, dada por los Decretos Supremos Nos. 295-68-HC y 344-68-HC, de 14 y 16 de agosto de 1968, respectivamente, expedidos en uso de la autorización concedida por la ley No. 17044, en sus arts. 58 al 60 inclusive, dispone que dicho banco fijará los tipos máximos de interés para las operaciones activas y pasivas de los bancos, financiadoras y empresas de ahorros. Señala como topes para el cobro de intereses los fijados por la ley 2760.

Hemos dicho que la limitación en la tasa de intereses es una cuestión de Derecho Público. En efecto, la Constitución en su art. 28 declara: "La ley establecerá el interés máximo por los préstamos de dinero. Es nulo todo pacto en contrario. Serán penados los préstamos que contravengan a este precepto".

Nada importa que el viejo cód. de com., en su art. 310 permita que pueda pactarse el tipo de interés sin tasa ni limitación, porque prima la norma constitucional, no sólo por razones de jerarquía legislativa, sino porque el art. XXII del T. P. del cód. civ. dispone que cuando existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal se prefiere la primera (49).

El mutuo puede ser gratuito, pero lo frecuente es que sea oneroso, mediante estipulación.

Se pagan intereses. Si éstos exceden de los límites que la ley 2760 señala, se consideran usurarios. No se atiende a elementos de hecho y circunstancias del mercado para determinar la usura.

La nulidad del pacto de intereses por usurarios, no hace que el mutuante sólo pueda cobrar hasta el máximo de lo que la ley permite. La jurisprudencia ha decidido que no se deben intereses en ninguna cuantía y que lo pagado por este concepto debe imputarse al capital. La ley 2760 es más severa, por cuanto declara la nulidad no sólo de la cláusula de intereses sino de todo el contrato de mutuo.

Ultimamente, los jueces reducen los intereses a la tasa legalmente permitida.

Por tanto, la acción del mutuante para exigir la devolución del mutuo, no se extingue por la declaración de nulidad del pacto de intereses.

Los intereses se deben en caso de estar pactados. Y el pacto procede aunque lo prestado no sea dinero.

Aún en el mutuo comercial, no se deben intereses si no hubiere pacto "por escrito" (art. 309 cód. civ. de com.).

Al cobrar judicialmente el mutuo no se pueden acumular

(49) Debe señalarse que los preceptos de la Carta, carecen ahora de eficacia.

los intereses al capital para cobrar mayores réditos. Ello importaría anatocismo. Hay regla expresa en nro cód. de com.: art. 314.

Si el mutuante da recibo por el capital sin reservarse expresamente el derecho a cobrar los intereses, se presume el pago de éstos salvo prueba en contrario (art. 1246 cód. civ.). Tratándose de préstamo mercantil, el recibo del capital extingue en forma definitiva el pago de los intereses, o sea que la presunción de pago es absoluta (cód. de com., art. 313).

La limitación en el tipo de interés rige desde 1918, año en que se da la ley 2760, cuyo art. 7º dispone.

“Será nulo todo contrato de préstamo en que es estipule un interés superior al 14 por ciento anual si la cantidad prestada es de 500 o más soles y 18 por ciento al año si es menor de esta suma. En esta clase de contratos queda prohibida la capitalización de intereses”.

Sin embargo, los préstamos bancarios no estaban comprendidos por la limitación, porque el art. 19 de la misma ley 2760 decía:

“Las disposiciones de esta ley no comprenden a las operaciones bancarias, ni a las otras instituciones bancarias”.

La limitación para los bancos comerciales se produjo con la ley No. 6244, de 21 de setiembre de 1928, cuyo artículo único declara:

“La tasa máxima que señala la ley No. 2760 comprende toda clase de indemnizaciones e intereses pactados por las partes en los contratos de préstamo de dinero y de las operaciones sustancialmente equivalentes”.

Ahora, para los Bancos comerciales y otras instituciones de crédito existe otra legislación, que estudiamos separadamente.

Vale el pacto que fija un tipo de interés más elevado que el legal, siempre que no exceda de los límites señalados por la ley 2760 porque entonces serían intereses usurarios. Adviértase que la limitación en los intereses es legal, pero dícese interés legal al que se cobra por mora.

El interés legal sólo sirve para el supuesto de retardo en el pago de obligaciones monetarias: art. 1324 cód. civ.; y para nada más.

Si se cobran intereses usurarios, no se reducen al tipo legal, sino que no se deben y lo que el mutuuario hubiere pagado por este concepto, se imputa al capital. Empero, esta no es la solución de la jurisprudencia más reciente.

HEDEMANN (49 bis), comentando su derecho, considera que si la cláusula de intereses excede de los legalmente permitidos (pacto usurario), el juez no interviene para corregirla y para determinar que la obligación sólo devengue los intereses máximos que las partes pueden convenir, sino que declara nulo todo el contrato, sin otra disyuntiva.

Con arreglo a disposición expresa del nuevo cód. civ. de Italia, si se hubieren pactado intereses usurarios, dicho pacto es nulo, pero la nulidad sólo sería parcial, porque se respeta el convenio de pagar intereses por el deudor, pero sólo hasta donde la ley lo permite; por consiguiente, se deben siempre intereses pero lo convenido es susceptible de reducción. En nuestro derecho, aunque existen fallos contrarios, el contrato de mutuo se volvería gratuito. Los intereses son la compensación que el mutuante recibe por la utilidad que experimente el mutuuario con el dinero.

Asimismo, el mutuo salvo estipulación expresa, es en Italia, contrato oneroso. Así:

1815. Intereses.— Salvo voluntad diversa de las partes, el mutuuario debe abonar intereses al mutuante. Para la determinación de los intereses se observan las disposiciones del art. 1284".

"Si se han convenido intereses usurarios, la cláusula es nula y los intereses se deben sólo en la medida legal".

Para MESSINEO (50) la onerosidad, o sea el cobro de intereses, transforma al contrato en bilateral, o sea con prestaciones recíprocas; y si ello es así, procede la rescisión. El mutuo gratuito es unilateral. El contrato puede ser resuelto o rescindido. Así, si el mutuuario no paga los intereses pactados, puede el mutuante demandar la rescisión del contrato (51). Si no se pacta

(49 bis) Trat. de D. Civ., vol. III, § 5, II, c), 2, p. 69.

(50) Manual de D. Civ. y Com., VI, § 158, No. 10, p. 114.

(51) En el cód. civ. italiano existe sobre esto precepto expreso; es el art. 1820: "Falta de pago de los intereses.— Si el mutuuario no cumple la obligación de pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato".

Y la resolución se legisla en todo un capítulo del cód. de Italia, arts. 1453 a 1462 inclusive.

El art. 1453 previene: "Resolubilidad del contrato por incumplimiento.— En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño".

La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiera demandado la resolución".

"Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación".

Para nuestro derecho, no se sabe si demandada la rescisión de cualquier contrato, la parte demandada tiene todavía tiempo de cumplir.

que el mutuuario pague intereses el contrato es gratuito; pero si se estipula su pago, será oneroso dicho contrato de mutuo.

Obviamente, para nosotros la rescisión deberá ser pedida en juicio ordinario, porque carece de tramitación especial: art. 296 del cód. de proc. civ.

Sin embargo, en el mutuo puede estipularse que el contrato quedaría resuelto de pleno derecho (cláusula resolutoria expresa), si el mutuuario dejara de abonar los intereses convenidos en los plazos señalados; y que el mutuante puede exigir el reembolso del dinero prestado mediante acción ejecutiva. La cláusula resolutoria expresa, por un error del legislador, ha sido instalada dentro de las modalidades de los actos jurídicos, al lado de las condiciones suspensiva y resolutoria, en el art. 1109 del cód. civ. peruano, cuando debió haber sido colocada inmediatamente después del art. 1341, que regula la condición resolutoria que vive en todo contrato con obligaciones recíprocas.

La moneda es, como advierte HEDEMANN (51 bis), elemento fundamental en el derecho de obligaciones. El contrato de mutuo más importante es el mutuo de dinero.

En este orden de ideas, HEDEMANN (51 ter) admite que mutuante y mutuuario, por ejemplo, inserten una condición resolutoria ("*lex commissoria*"), por la que si el mutuuario se atrasara en el abono de los intereses pactados, se operará el vencimiento del principal, lo cual importa una fuerte presión para que el deudor cumpla con pagar esta obligación accesoria. Sin embargo, en otro lugar, HEDEMANN (51 quater) considera que es dudoso que entre mutuante y mutuuario se pueda pactar que en caso de que el mutuuario no observe los plazos señalados para el pago de los intereses, la devolución de lo que se hubiere prestado será inmediata y sin pre-aviso.

Vuelve HEDEMANN (51 quinquies) a su primitiva idea, o sea que las partes son libres de convenir en una cláusula de resolución (nótese que se puede aunque el contrato no sea bilateral). Las partes crean por sí mismas la posibilidad del desistimiento, bien para las dos, o bien para una sola de las partes. Y el efecto de la resolución es la extinción total del contrato; y aparece una obligación de restitución. Las partes están obliga-

(51 bis) Trat. de D. Civ., vol. III, D. de obligaciones, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 2, II a), p. 30.

(51 ter) Trat. de D. Civ., vol. III, § 4, VII, a), p. 55.

(51 Quater) Trat. de D. Civ., vol. III, § 17, IV, a), p. 147.

(51 quinquies) Trat. de D. Civ., vol. III, § 17, II, a), p. 143.

das a devolverse las prestaciones recibidas, conforme al modelo del contrato bilateral (51 sexies).

Parece ser, para nosotros, la mejor doctrina, que el no pago de una o de varias cuotas de intereses da lugar a la rescisión, si así lo pide el mutuuario. Lo usual es que así se estipule en los contratos de préstamo de dinero. Se estila expresar que si el mutuuario dejara de pagar, en las fechas señaladas, los intereses pactados, ello da derecho al mutuante para exigir el principal del préstamo más los intereses debidos, en la vía ejecutiva. Este importaría un derecho de resolución (rescisión o resiliación) que tiene el mutuante para ese supuesto, siempre que existiere cláusula específica en el contrato.

En el derecho alemán la resolución procede en todos los contratos, aunque no fueren con obligaciones recíprocas: véase sobre resolución §§ 346 y ss. del BGB. Puede pactarse que una de las partes se reserve el derecho de resolución, en cualquier contrato.

f 24.—*Diversas disposiciones sobre intereses.*— Lo normal es que el mutuo produzca intereses. Empero, debe existir pacto para que se paguen. Si no lo hay, el préstamo deberá reputarse gratuito. Asimismo, otras obligaciones dinerarias producen intereses. Veamos dispositivos especiales sobre intereses:

Sobre intereses el art. 18 del Decreto Supremo No. 287-68-HC, de 24 de junio de 1968, que tuvo fuerza de ley por la facultad que para legislar le otorgó el Legislativo al Ejecutivo por virtud de la ley No. 17044, disponía lo que sigue:

Estaban exentos del impuesto a la renta:

inc. g): los intereses de las operaciones de crédito que celebrara el Sector Público Nacional, cualquiera que fuere su modalidad;

inc. h): los intereses de préstamos de fomento otorgados por organismos internacionales o instituciones gubernamentales extranjeras;

inc. i): los intereses de los depósitos o imposiciones en ahorros dentro de los límites que señale la ley.

El inc. h) fué sustituido en su texto por el art. 1º del Decreto-Ley No. 17376, de 14 de enero de 1969, o sea que se trata de los intereses de los préstamos otorgados a través de bancos por organismos internacionales o instituciones gubernamentales extranjeras.

Asimismo, el Decreto-Ley No. 18161, de 3 de marzo de 1970, se refiere a los intereses que causen los préstamos otorgados por organismos internacionales o instituciones gubernamentales extranjeras o entidades industriales o financieras privadas extranjeras para la adquisición de buques de la marina mercante nacional, sea que los buques adquiridos sean nuevos o usados pero su antigüedad no debe ser mayor de 15 años y que tengan la más alta clasificación internacional.

El Decreto Supremo No. 287-68-HC, ha sido objeto de numerosas modificaciones. Así por ejemplo, el título II de dicho D. S. 287-68-HC normaba el impuesto al valor de la propiedad predial y comprendía los artículos 115 al 136 inclusive, fué derogado por el Decreto-Ley No. 19654, el cual creó el impuesto patrimonial no empresarial. Esa derogatoria incluyó el art. 127 del D.S. 287-68-HC, que disponía que los contratos de arrendamiento de predios urbanos celebrados a partir del precitado D.S. 287-68-HC quedarían sometidos exclusivamente a las disposiciones del C.C. y del C. de P.C. Empero, como ese no era el propósito del Gobierno, se dió el Decreto-ley No. 19946, el cual dispuso que el art. 127 no estaba comprendido en la derogatoria ordenada por el Decreto-ley No. 19654.

Debemos informar, asimismo, que el art. 1º del D.L. No. 18457, de 3 de noviembre de 1970, prohíbe remesar o llevar al exterior o hacer ingresar moneda nacional, sea en numerario o en otra forma, a no ser que dicha remesa o ingreso se hubiere efectuado con autorización expresa del Banco Central de Reserva del Perú. Y el art. 2º de esta misma ley dispone que si se infringe lo dispuesto en el art. 1º se comete por el infractor el delito de defraudación previsto en el art. 16 del Decreto-ley No. 18275 y que está penado en el art. 19º del mismo D.L., que establece sanciones penales más severas para quienes dirigen personas jurídicas e incurrir en dicho delito. Según la Resolución Suprema No. 548-70-EF/11, de 3 de noviembre de 1970, no se puede remesar o llevar al exterior o hacer ingresar una cantidad que exceda de un mil soles oro.

El D.L. No. 18157, de 24 de febrero de 1970, en su art. 13º dispone: "El interés máximo a cobrarse en la venta de las viviendas (de tipo económico) será de 14 por ciento anual al rebatir; la cuota inicial a cobrarse no podrá exceder del 25 por ciento del precio total y el plazo mínimo de amortización será de 15 años".



A raíz de los actos de vandalismo y pillaje cometidos los días 5 y 6 de febrero de 1975, contra determinados comerciantes, se ha dado la siguiente legislación protectora:

D.L. No. 21095, de 11 de febrero de 1975.

D.L. 21111, de 4 de marzo de 1975.

Y la Resolución Ministerial No. 483-75-EF/10, de 2 de abril de 1975, que dispone que los bancos comerciales que otorguen créditos al amparo de los incs. b) y c) del art. 5° del D.L. 21095, que han sido calificados por la Comisión Especial, no pueden realizar el cobro adelantado de intereses por tales créditos; que el principal de los créditos se abonará mediante cualquiera de los documentos de crédito usuales en las colocaciones bancarias; que lo que se debe por intereses de dichos créditos deberá constar en documentos de crédito aparte y que los intereses sólo serán exigibles al final del ejercicio contable del año en que expire el plazo relativo al principal; que los intereses que se causen por créditos en cuenta corriente concedidos al amparo de los incs. b y c) del art. 5° del D.L. 21095, sólo se cobrarán al final de cada ejercicio contable anual.

En los Decretos-Leyes precitados se fija la tasa de interés anual en 5 por ciento al rebatir.

No obstante que los actos depredatorios se cumplieron por negligencia del Estado, ningún comerciante se ha atrevido a promover acción judicial por acto ilícito, contra el causante de esos daños. El ministro dejó sin custodia policial a toda la ciudad.

También existen contratos de mutuo en que el capital no se devuelve de una sola vez, sino en cuotas. Son los préstamos amortizables en los que el mutuuario paga en diversos plazos (10, 20 o 30 años) cuotas mensuales, bimensuales, anuales, etc. Dichas cuotas comprenden la amortización del préstamo y los intereses estipulados. Estos se pagan al rebatir, o sea sobre el saldo deudor del préstamo, en cada pago de cuota. De donde resulta que a medida que aumenta el número de cuotas pagadas la parte que en dichas cuotas corresponde a intereses disminuye, en tanto que aumenta la parte de la cuota que corresponde a la amortización del capital prestado.

Del contrato de mutuo no deriva la obligación de pagar intereses. Esa obligación nace del pacto, o de la ley.

Quien paga intereses no estipulados, carece de derecho para recobrarlos, salvo si exceden de la tasa permitida por la ley: art. 1583, § 2°, cód. civ.

Existiendo capital e intereses el pago parcial aceptado se

imputa primero a los intereses vencidos y lo que sobre al capital, salvo convención en contrario. El art. 1266 del cód. civ. así lo declara.

Asimismo, el recibo del capital sin reservarse el derecho de cobrar los intereses, hace presumir el pago de éstos, salvo prueba en contrario, según el art. 1246 del cód. civ. Sin embargo, en derecho mercantil esa presunción es absoluta, conforme al art. 313, ap. 1º del cód. de com. Por tanto, el recibo dado sin reserva hace presumir el pago de los intereses y produce el descargo del deudor, no obstante que dichos intereses se estuviesen debiendo, si la obligación es comercial. Existirá para el deudor mercantil la extinción definitiva de la deuda de intereses.

Contra la masa de la quiebra no corren intereses, aunque estuviesen estipulados, salvo que se hubieren satisfecho todas las deudas.

La ley procesal de quiebras No 7566, de 2 de agosto de 1932, en su art. 56 previene: "La declaración de quiebra suspende con relación a la masa el curso de los intereses de todos los créditos comunes (no los hipotecarios, por ejemplo) que estuvieron vencidos a la fecha de la declaratoria de quiebra; pero, una vez pagado el valor actual de dichos créditos, entrarán a participar proporcionalmente en los sobrantes por los intereses devengados después".

Debe también advertirse que los créditos asegurados con prenda, hipoteca o anticresis continúan produciendo los intereses convenidos, no obstante la falencia del deudor. De los intereses así como del capital responden los bienes que constituyen la garantía. Y si el capital no es pagado con el producto de esos bienes —no los intereses—, ingresará como crédito común a la masa de la quiebra. Por tanto, los préstamos asegurados con garantías reales continúan produciendo intereses; pero no los mutuos garantizados sólo con el patrimonio realizable del deudor.

En el contrato de mutuo pueden existir múltiples obligaciones singulares. Así, el mutuuario debe los intereses que pagará en ciertas fechas y, por último, vencerá también la fecha en que debe devolver el capital. Cada obligación es independiente. Por ejemplo, la prescripción puede funcionar respecto a ciertas sumas de intereses, pero no con respecto a obligaciones de pagar intereses que vencieron hace poco.

Veamos jurisprudencia:

Convenido el pago de intereses, la obligación de abonarlos se extingue si ha decursado el término para la prescripción de la

acción personal (art. 1168, inc. 2º cód. civ.: 15 años). La prescripción de los intereses se cuenta desde el día en que existía la obligación de pagarlos. Por eso es que puede estar viva la obligación de pagar intereses, pero haberse extinguido la acción para reclamar el abono del capital. La sent. de 19 de setiembre de 1935 (52) expresa que el derecho a cobrar los intereses devengados por el capital, se extingue por el transcurso del término en que prescribe la acción personal; y que sólo procede el pago de los intereses correspondientes a los últimos 15 años anteriores a la citación con la demanda.

Asimismo, vencido el plazo señalado contractualmente para la devolución del préstamo, comenzará a computarse el plazo para que se extinga la obligación de devolver éste. Deberán transcurrir 15 años, que es el lapso de prescripción de la acción personal. Sin embargo, el mutuuario puede durante todo el término de 15 años haber abonado intereses, por lo que resultaría que no ha decursado el término para la prescripción de éste, conforme al art. 1162 del cód. civ. El pago de los intereses impide la prescripción del capital.

Existe también la caducidad de la acción ejecutiva, a la que la ley procesal llama prescripción. El monto del préstamo puede reclamarse ejecutivamente, pero si han transcurrido 10 años desde que pudo hacerse y no se hizo, se operó la caducidad de la ejecución, conforme al art. 8º del D.L. No. 20236, de 4-12-73.

La sent. de 22 de noviembre de 1926 (53) declara que en el préstamo de consumo, es lícito pactar una remuneración por el uso. Se trata de contrato de mutuo de cosas que se consumen por el uso; no de mutuo de dinero. De uno y de otro contrato se ocupa el art. 1573 del nuevo cód. civ., cuyo texto reza:

"Por el mutuo una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso, con obligación de la segunda de devolver otro tanto de la misma especie y calidad."

En el fallo citado se trataba del arrendamiento de una farmacia, en que no se habían dado en locación sino en contrato de mutuo, los específicos y medicinas, ya que para locar cosas muebles es necesario que dichas cosas muebles no se consuman por el uso y las medicinas no se pueden usar sin consumirlas.

24 a).—*Cobrar más intereses de los legalmente permitidos importa delito.*— Conforme al art. 1º del Decreto-Ley No. 11078,

(52) "R. de los T.", 1935, p. 329.

(53) "A. J.", 1926, p. 140.

de 5 de agosto de 1949, se comprende el agio y la usura en el art. 1º de la ley No. 10906, de 3 de diciembre de 1948, que configura el delito de especulación y acaparamiento. Es delito de agio y usura a) todo préstamo de dinero en que se estipule el pago de intereses superiores al 14 por ciento anual si el préstamo es de 500 soles o más, o superiores al 18 por ciento anual si el préstamo es de menos de quinientos soles; b) todo contrato en que se simula recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que fuere su cantidad, pero sólo se refiere a los contratos de venta, pacto de retroventa, depósito, letra de cambio "u otro semejante", pero el más común es el de préstamo; y c) todo préstamo con garantía hipotecaria que no es conforme con los tipos de interés "y modalidad que señala la ley de Bancos". Esta frase es ininteligible. Las penas son las de multa, detención, prisión y expulsión del territorio nacional. La multa es de S/. 100.00 a S/. 500.000.

Es imposible de probar si recibió menor suma que la que el contrato declara, si es por escritura pública y existe fe notarial de la entrega.

La sent. de 5 de julio de 1960 (54) no declara, como era lo acostumbrado en nuestra jurisprudencia, la nulidad del pacto de intereses y la subsistencia del préstamo, sino que obliga al prestatario a pagar el interés comercial.

25.—*Efectos de la mora en el pago del mutuo.*— Existiendo interés convenido, si se promueve acción de cobro, se aplicará el tipo de interés pactado. Empero, si el préstamo es gratuito (es decir, no existe pacto de abonar intereses por el mutuuario), en caso que el mutuante promoviera acción judicial de cobro, se pagará el interés legal desde el día siguiente de la notificación con la demanda siempre —es claro— que el mutuuario sea condenado a pagar la misma suma cuyo pago se reclama, la cual debe ser líquida, porque *in illiquidis non fit mora*. El pago del interés legal (que es de 5 por ciento al año, según el art. 1325 del cód. civ.) procede porque la mora del mutuuario produce daños y perjuicios y dichos daños y perjuicios se reparan con el interés legal en caso de no existir pacto de intereses (que tiene limitación en su cuantía por aplicación de la ley 2760), y en caso de no haberse convenido intereses para este préstamo, se paga el interés legal; lo dice el art. 1324 del cód. civ.

(54) "A. J.", 1960, p. 69.

En el cód. de comercio su art. 311 contiene esta doctrina. Expresa:

“Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal”.

“Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución al día siguiente del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación”. (Pero debe también demandarse el interés legal).

“Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o títulos devenguen, o en su defecto el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento.

Este precepto concuerda con el art. 63 del mismo cód. de comercio, que declara:

“Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

“1º En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.

“2º En los que no tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez o notario público”.

Obsérvese que el inc. 1º del art. 63 contiene la misma doctrina que la del primer párrafo del art. 311. Por consiguiente, tratándose de un mutuo comercial y no de un mutuo civil, en que no existe tasa de intereses convenida, el interés legal se paga desde el día siguiente de su vencimiento y no desde el día siguiente de la citación con la demanda interpuesta por el mutuante contra el mutuuario exigiendo el pago. Según las reglas que hemos reproducido, en materia mercantil la mora se produce automáticamente; rige el principio *dies interpellat pro homine*.

Si el préstamo es gratuito, la mora del mutuuario se produce con la interpelación, aplicándose el interés legal por todo el tiempo que dure la demora, a partir del día de la citación con la demanda de cobro.

En el préstamo de cosas muebles y no de dinero, si el mutuuario no puede devolver otras de la misma especie, satisfará el

valor que dichas cosas tengan al tiempo de la restitución. O ese valor es el que tengan las cosas muebles en el lugar en que se celebró el contrato.

Las cosas muebles que se dan a mutuo no son cosas ciertas, sino cosas fungibles. Si no existen, —si todo el género ha desaparecido—, se pagará su valor. El prestatario no puede eximirse de devolver probando que las cosas análogas han desaparecido por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1579 y 1580 cód. civ.). porque salvo excepciones, *genus nunquam perit* (54 bis); y, además, el contrato o la ley ha previsto, pero sólo para el préstamo, que la desaparición del género obliga al deudor a pagar el valor.

En derecho italiano, no se deben intereses si la mora no obedece a culpa del deudor (mutuatario), porque la esencia de la mora consiste en el retardo arbitrario y culpable del deudor, para cumplir una obligación conocida por él. La mora no culpable, el simple retardo, abstracción hecha de toda investigación sobre la culpa, podrá producir ella sus efectos, pero que son diversos de la mora en sentido técnico.

El interés moratorio, o sea el resarcimiento debido por el retardo en cumplir una obligación monetaria, no se debe si ese retardo deriva de una causa extraña no imputable al deudor (55).

Se admite que una vez que por sentencia se ha liquidado la deuda, corre sobre la cantidad liquidada el interés moratorio, no obstante que la sentencia no contenga la condena a dicho interés moratorio. Y si el deudor para liberarse del pago de los intereses consigna, debe consignar no sólo el capital que manda pagar la sentencia, sino también los intereses moratorios, porque de lo contrario la consignación no es válida. El interés sigue.

* 26.—*El anatocismo*.— No obstante que el art. 1586 del cód. civ. contiene una ley de orden público, ahora se permite la capitalización de intereses, o sea que los intereses produzcan nuevos intereses.

El precepto mencionado declara:

“No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos”.

(54 bis) El valor que pagará el mutuatario es el que las cosas tuvieron al tiempo y en el lugar del pago, a no ser que hubieren sido apreciadas en el contrato, ya que el mutuatario pagará ese valor, aunque valieren más o menos cuando pague: arts. 1579 y 1580 cód. civ. Debe considerarse que el *genus* ha desaparecido si existe dificultad suma en conseguir las cosas.

(55) BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE. D. Comercial, t. 3, Parte General, vol. III, B. Aires, 1947, tex. y n. 10 de la p. 185 y s.

El Banco Central de Reserva del Perú, en uso de las facultades que le otorga el art. 58 de su ley orgánica, ha autorizado a los Bancos comerciales que pueden capitalizar los intereses en las cuentas corrientes cada tres meses.

Obviamente, si lo pueden hacer los bancos comerciales, lo pueden hacer también otros comerciantes.

Véase la circular de la Banca Central No. 18-73-EF-90, de 21 de mayo de 1973, que contiene dicha autorización.

En parágrafo específico tratamos del anatocismo en las empresas bancarias y análogas.

Está prohibido el convenio por el cual los intereses produzcan nuevos intereses. Sin embargo, la excepción la contiene el art. 1586 del cód. civ., el cual dispone: "No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos".

No obstante esta clara disposición, ella es continuamente violada en el comercio, cuando se venden mercaderías a plazos. En estos contratos existe siempre capitalización de intereses, que es a todas luces ilegal, con respecto al precio a pagar en cuotas.

También en la cuenta corriente mercantil los intereses vencidos se acumulan a los saldos líquidos, de año en año, o de semestre en semestre, si hubiere estipulación contractual.

Y en la cuenta corriente bancaria el Banco Central de Reserva del Perú autoriza a los Bancos comerciales a capitalizar cada 3 meses.

Sobre anatocismo, dice el expositor (56).

"La capitalización de intereses no está permitida en principio en materia civil. En el orden comercial es lícita y en algunos contratos forma parte de su estructura, como ocurre en la cuenta corriente. El Proyecto permite el pacto libremente estipulado entre acreedor y deudor, pero no en el momento de convenirse la obligación. Aquí reside la limitación a la libertad de contratar en materia de intereses. Teniendo presente el fundamento de esta restricción, o sea el interés colectivo, cualquiera cláusula contraria sería nula, por estar prohibido su objeto (no, simplemente, anulable). El anatocismo sólo es posible en virtud de pactos sucesivos y por períodos no menores de dos años".

Conviene saber cómo funciona la capitalización de intereses en la cuenta corriente mercantil y no en la cuenta corriente

(56) APARICIO y G. S. G., Código Civil, concord., t. III, p. 441.

bancaria. Con respecto a esta última, a los bancos comerciales se les señala tipos de intereses que no pueden eludir. Este señalamiento lo hace el Banco Central de Reserva del Perú, en uso de la facultad que le otorga su ley orgánica; pero se les permite, capitalizar en términos breves.

Con respecto al anatocismo, el cód. de comercio lo permite en su art. 312, al decir:

“Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”.

Asimismo, otro precepto dice:

Art. 314.—“Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos”.

Según este dispositivo, si el mutuuario no sólo debe capital sino también cierta suma por concepto de los intereses convenidos, ésta última no puede adicionarse al capital mutuado porque no es productora de intereses.

La disposición del art. 312 no es válida, ya que la prohibición de la capitalización de intereses que hace la ley civil, es de orden público. Además, la ley posterior, que es la del cód. civ., deroga la ley anterior.

El pacto previo de capitalización de intereses no se puede hacer. Ni aún en la hipótesis de que el contrato de mutuo exprese que la capitalización se hará cada dos años, si dejara de pagar en ese lapso, el prestatario dichos intereses. Sin embargo, vigente el contrato de mutuo y debiéndose por el mutuuario dos años de intereses, puede éste, de acuerdo con el prestatario, capitalizarlos, o sea incorporar la suma debida por concepto de intereses, al principal del préstamo; y la suma que resulte de la adición producirá en adelante nuevos intereses. Si el prestatario se negare a ello, puede el mutuante exigir el pago de los intereses adeudados.

La capitalización requiere acuerdo entre ambos acreedor y deudor.

Tampoco podría ordenar el juez la capitalización de intereses, aunque hubieren transcurrido dos o más años, si es que el prestatario no lo consiente por escrito.

Bajo el imperio del cód. civ. de 1852, podía estipularse en el mismo contrato de mutuo la capitalización de los intereses; y

si no se había fijado plazo, ella debía hacerse cada dos años. Así lo declara la sent. de 7 de setiembre de 1901 (57).

La capitalización de intereses está prohibida también por el art. 7º de la ley No. 2760, de 26 de junio de 1918.

Empero, el art. 19 de la misma ley 2760 excluye a los bancos e instituciones análogas de todas sus limitaciones y prohibiciones.

El Decreto-ley No. 11078, de 5 de agosto de 1949, no establece la prohibición de la capitalización de intereses.

Sólo existe la prohibición en el art. 1586 del cód. civ. Asimismo, el art. 312 del cód. de comercio autoriza a los contratantes a capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos. los que como aumento de capital devengarán nuevos intereses. Y esa capitalización puede hacerse como en la ley civil, sólo cada dos años mínimo.

El Banco Central de Reserva del Perú, en virtud de lo dispuesto por el art. 4º del D.L. No. 18944, de 31 de agosto de 1971, publicó en su Boletín del Año XLI, Noº 478, correspondiente al mes de setiembre de 1971, p. 6 y ss., una información sobre tasas de interés permitidas, en que dentro del rubro "Préstamos de dinero.— Operaciones activas"; y en el parágrafo 9º autoriza a los Bancos la capitalización de intereses cada seis meses, en las cuentas corrientes. Ese término ha sido reducido a 3 meses, por acuerdo de su Directorio (57 bis).

En los préstamos mercantiles que no hagan instituciones de crédito, el anatocismo sólo puede hacerse observando no el art. 312 del cód. de comercio, sino el art. 1586 del cód. civ.

27.—*No existe responsabilidad penal por la no devolución de un mutuo.*— No hay detención ni menos prisión por deudas declara el art. 58 de la Constitución. Habría que agregar siempre que la omisión en el cumplimiento de la obligación pasiva no sea determinada como delito por el cód. penal o por ley especial. Por ejemplo, existen muchas obligaciones dinerarias o de dar cosas muebles que al no satisfacerlas el deudor incurriría en el delito de apropiación ilícita de la ley penal, o la obligación alimentaria cuya inejecución por el deudor si es dolosa lo hace incurrir en delito.

(57) CALLE J. J., "Vistas Fiscales", t. III, p. 78. Véase también en el mismo t. III, p. 47, la sent. de 11 de junio de 1901, por la que los intereses se capitalizarán cada dos años, aunque las partes hubieran convenido en el contrato, en hacerlo cada año.

(57 bis) Véase circular del Banco de Reserva Nº 18-73-EF/90, de 21 de mayo 1973.

Conviene reproducir dos fallos: en uno se establece que el obligado cometió delito y en otro el mutuante habría hecho declarar que el dinero que daba en préstamo lo recibía el deudor en depósito, a fin de reclamar su importe en la vía penal y no en la civil.

Si se acredita que el dinero recibido fué por concepto de mutuo y no de depósito, no existe delito de apropiación ilícita, dice la sent. de 1º de diciembre de 1949 (58).

No procede la excepción de naturaleza de juicio para enervar la acción penal por apropiación ilícita de un depósito, no obstante existir juicio civil promovido por la denunciante, porque prevalece la acción penal sobre la civil, por ser de carácter público, expresa la sent. de 3 de diciembre de 1949 (59).

* 27 a).—*Lugar del contrato de mutuo.*— La importancia que tiene decidir cuál es el lugar del contrato, reside en que si el mutuuario no puede devolver las cosas en la misma cantidad y calidad, deberá satisfacer el precio que dichas cosas tuvieron en el tiempo y lugar señalado en el contrato. Lo dice el art. 1579 del cód. civ., el cual agrega que si no se ha designado el lugar se entenderá que es el lugar del contrato. Y con arreglo al art. 1336 del cód. civ., el lugar del contrato es el lugar en donde se formuló la oferta o *pollicitatio*.

En cuanto al pago mismo que deberá hacer el mutuuario, como éste es el deudor debe hacer el pago en su domicilio, si otra cosa no se hubiere establecido: art. 1250 cód. civ.; y si el deudor mudase de domicilio puede el mutuante exigir el pago en el primer domicilio o en el nuevo domicilio del deudor, como viere convenirle. El contrato, sin embargo, puede disponer que el pago se haga en el domicilio del mutuante.

27 b).—*Préstamos que dan o reciben los representantes de incapaces.*— Quienes representan a los incapaces son los padres que ejercen la patria potestad; los tutores de los menores incapaces y los curadores de los mayores incapaces. Estos no pueden dar ni recibir a mutuo sino observando las formalidades que la ley les exige para celebrar transacciones, que están señaladas en el art. 1312 del cód. civ.; y que son a) aprobación del juez; b) opinión del consejo de familia si lo hay; y c) dictamen de dos letrados. Esta remisión está ordenada por el art. 1576 del cód. civ.

(58) "R. de J. P.", 1950, p. 84.

(59) "R. de J. P.", 1950, p. 87.

Los padres si quieren dar o tomar dinero a préstamo para su hijo menor necesitan autorización judicial. Lo declara el art. 413 del cód. civ. en su frase final, cuando no excluye a los préstamos de la relación del art. 522 del cód. civ.

Los tutores necesitan autorización judicial previa audiencia del consejo de familia para dar o tomar dinero a préstamo del o para el menor: art. 522, inc. 4º del cód. civ.

La misma autorización judicial con la misma audiencia requieren los curadores de los mayores incapaces: art. 558 del cód. civ.

28.—*Contratos ilícitos de préstamo.*— Son nulos *ipso iure* los mutuos que tienen, en general, objeto ilícito.

En el título que regula el contrato de préstamo existe un supuesto específico contemplado en el art. 1582 del cód. civ., el cual previene:

“No se puede prestar una cantidad de dinero en mercaderías; y es nula la obligación que se contraiga en este falso mutuo”.

No existe esta disposición en ningún código moderno. Para CORNEJO Angel Gustavo (60), la práctica de prestar dinero en mercaderías es una forma de la usura encubierta.

La disposición transcrita es frecuentemente violada por los países prestantes en los mutuos internacionales: cobran dinero pero no entregan al mutuuario dinero, sino mercaderías.

El dispositivo tiene como antecedente legislativo la ley III del título VIII (De los préstamos) del libro X de la Novísima Recopilación de las Leyes de España, que disponía:

“Prohibido absolutamente, que ninguna persona comerciante, mercader o de otra clase pueda dar ni dé a préstamo cantidad alguna en mercaderías, de cualquier especie que sean, ni los Escribanos otorguen escritura alguna sobre tales contratos, so pena de suspensión de oficio por dos años al Escribano que los otorgare, y de perder la cantidad así dada a préstamo, aplicada por terceras partes a Juez, Cámara y denunciador; bastando la prueba privilegiada de Derecho, que es competente en todo contrato usurario y de difícil prueba: teniendo los Jueces ordinarios que conocieren de tales contratos particular atención a que, si la persona que hubiere tomado a préstamo en mercaderías solas o junto con dinero, acostumbrare a executar tales contratos malversando sus bienes y patrimonio con justificación correspon-

(60) En Rev. de D. y Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho., Universidad Mayor de San Marcos, año VI, Nº 1, p. 95.

diente, se le ponga la conveniente intervención para evitar su desarreglo; y con expresa derogación de todo fuero privilegiado en cualesquiera de los contrayentes en la forma que se expresa, respecto al pago de los créditos de artesanos, menestrales, jornaleros, criados, acreedores alimentarios, y alquileres de casas, en otra cédula expedida con esta fecha (Ley 12, tit. 11); entendiéndose todo sin perjuicio de que se observen, en lo que fuere justo, los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías, que suelen practicarse en los puertos de comercio, con el fin de habilitarse los dueños de baxeles para la navegación mercantil, y especialmente para las Indias”.

Se dió esta cédula porque los mercaderes aprovechándose de la necesidad de los deudores, les daban mercancías a precios elevados y esta usura la disfrazaban haciéndose otorgar contratos de mutuo. Consecuentemente, los deudores tenían que vender los géneros por la mitad o por la tercera parte de lo que les habían costado; y en casos extremos, los mismos mercaderes se los compraban con rebaja, sea por sí mismos o por medio de terceros.

Como el art. 1582 del cód. civ. no es nuevo, ya que figuraba en el cód. civ. anterior con el número 1818, la sent. de 29 de mayo de 1920 (61) establece que no se puede prestar dinero en mercaderías y es nula la obligación que se contraiga en este falso mutuo.

Si el dinero dado a mutuo es robado y se le prueba al mutuante que proviene de dicho delito, no podría ser reivindicado si con dicho dinero el mutuatario compró al contado mercancías en una tienda. El art. 86 del cód. de com. previene: “La moneda en que se verifique el pago de las mercaderías compradas al contado en las tiendas o establecimientos públicos, no será reivindicable”. En realidad este precepto ha sido inexplicablemente derogado por el art. 6º del D.L. No. 18353, de 4 de agosto de 1970.

La sent. de 29 de mayo de 1920 (62) declara que no se puede prestar dinero en mercaderías y que es nulo la obligación que se contraiga en este falso mutuo.

También se tuvo en cuenta que el préstamo se hizo sólo al marido, pero se había hecho intervenir a la mujer para el efecto de que ésta constituyera garantía hipotecaria sobre sus bienes propios. Además, la mujer se había obligado solidariamente.

(61) Colección BARROS, t. II, p. 243.

(62) Colección BARROS Oscar C., t. II, p. 243, Sanmartí y Cía. S.A., impresores, Lima 1973.

Véase art. 175 cód. civ., por el que la mujer aunque firme, no responde con sus bienes propios.

El préstamo constaba que provenía del valor de mercaderías. Sin embargo, al declarar nula la obligación emergente de este falso mutuo, ello no supone que no pueda cobrarse el precio de las mercancías.

Asimismo, lo que prohíbe la ley es esta novación por cambio de objeto.

La obligación es radicalmente nula; no sólo anulable.

Otro mutuo que puede tener carácter ilícito: así, si se da en préstamo para jugar en juego prohibido. El art. 1771 del cód. civ. previene que "no puede exigirse el pago de lo que se presta para juego o apuesta, en el acto de jugar o apostar". Por tanto, el préstamo que se haga anteladamente para ese fin, es exigible.

El mutuo puede tener objeto ilícito. Así, si se concluye "en el acto de jugar", pero no si se destina para que el mutuuario juegue posteriormente (art. 1771 cód. civ.).

El mutuo es también ilícito si se hace para que el mutuuario intervenga en un juego prohibido. El art. 1769 del cód. civ. se refiere a cualquier contrato sobre reconocimiento, novación o garantía de juego de suerte, envite o azar.

Habría nulidad absoluta, por ser el objeto ilícito (art. 1123, inc. 2º cód. civ.).

29.—*Nulidad específica del contrato de mutuo.*— Dispone el art. 1584 del cód. civ. que es nulo el contrato de préstamo en que se supone perciba mayor cantidad de la verdaderamente entregada, cualquiera que sean su cantidad y circunstancias. Esto importa también la comisión de un delito: inc. 1º del art. 245 del cód. penal.

Esta declaración procesalmente es irrelevante, porque el mutuuario se encuentra siempre impedido de acreditar que recibió menor cantidad que la que consta en el instrumento que contiene el contrato. La absolución de posiciones es obvio que daría un resultado negativo y con testigos no se podría probar que el mutuante entregó menor suma que la consignada en el documento firmado por el mutuuario.

El prestamista con el propósito de burlar las disposiciones que prohíben el cobro de intereses usurarios, obliga al prestatario a darse por recibido de mayor cantidad de dinero que la que realmente le entrega. Es incuestionable que si el notario autorizante de la escritura pública da fe de la entrega de la cantidad

mutuada, esa declaración se tiene por verdadera mientras no se decida judicialmente sobre su nulidad y falsedad (art. 405 del cód. de proc. civ.). La misma dificultad existe, aunque en menor grado, si el préstamo se extiende en instrumento privado, que firma el deudor.

La fe notarial respecto a que el deudor recibió en su totalidad la suma que se da en préstamo, aunque en la realidad se recibió cantidad notoriamente menor, es prueba muy difícil de destruir, ya que el instrumento público importa prueba plena en tanto no se le declare nulo o falso en la vía ordinaria: art. 405 del cód. de proc. civ.

Si el mutuo de dinero se perfecciona en documento privado, la prueba de la entrega del dinero debe el acreedor realizarla dándole al mutuuario un cheque intransferible, cuyo número, fecha y nombre del Banco girado debe constar en el instrumento privado. Obviamente, en la empresa bancaria queda huella de quien cobró el cheque. Todo lo que se deja relacionado deriva de que el contrato de préstamo es real, o sea que sólo se perfecciona con la entrega del dinero o cosas muebles dadas en préstamo. Es necesario entonces que el mutuuario se encuentre munido de antemano de prueba que acredite la entrega.

30.—*Acción judicial incoada por el mutuante para cobrar el préstamo.*— El préstamo puede exigirse su devolución, en la vía ejecutiva. Si consta en instrumento público (escritura pública), el testimonio es título que presta mérito ejecutivo, conforme al inc. 2º del art. 2º del Decreto-Ley No. 20236, de 4 de diciembre de 1973. No basta para el juicio ejecutivo, una copia simple de la escritura pública y menos aún, una boleta.

Asimismo, el mutuante puede proceder ejecutivamente a cobrar el dinero mutuado, si constando el contrato en instrumento privado, ha sido judicialmente reconocido: art. 2º, inc. 3º del precitado Decreto-Ley No. 20236. Sobre la diligencia de reconocimiento, habla el art. 5º del Decreto-Ley 20236, el cual declara: "reconocida la firma, queda expedita la ejecución". Es evidente que una disposición como ésta es peligrosa, ya que el documento privado no obstante ser auténtica la signatura, presenta enmendaduras y adiciones observables al simple examen sin necesidad de pericia alguna. Por consiguiente, no obstante que el deudor ha reconocido la firma, es incuestionable que dicho documento no debería prestar mérito ejecutivo.

Es de advertir, asimismo, que si el instrumento privado no ha sido reconocido ni en su contenido ni en su firma, no procede la ejecución y la suerte de su autenticidad queda librada a un dilatado proceso ordinario (atendida su cuantía), en que las pericias (que, por otra parte, no importan prueba plena, como lo declara el art. 504 del cód. de proc. civ.), pueden serle desfavorables al acreedor. Esta es la ventaja inestimable que tiene el instrumento público sobre el privado, ya que con arreglo al art. 405 del cód. de proc. civ., aunque sea objetada su autenticidad, dicho documento surte sus efectos, en tanto no exista sentencia ejecutoriada que declare su falsedad. Además, cualquier prueba de nulidad o falsedad sería impertinente deducirla dentro del proceso ejecutivo, requiriéndose el canal ordinario, o sea de acción aparte.

Es claro que existen préstamos de reducida cuantía, que son de la competencia de los juzgados de paz letrados y no letrados.

Asimismo, si el deudor aduce la falsedad de su firma, está obligado a probar dicha falsedad, no obstante ser éste un hecho negativo, porque la parte que alega un hecho está obligada a probarlo, como lo determina el art. 337 del cód. de proc. civ. En la nueva ley del juicio ejecutivo (Decreto-Ley 20236), su art. 4º declara que no procede la ejecución si el demandado alega, en la diligencia de protesto, la falsedad de su firma. Sólo alega y no prueba; y esto lo decía también el inc. 5 del art. 592 del cód. de proc. civ. Pero ahora la nueva disposición agrega que alegada la falsedad y no probada en juicio se le aplicará al deudor una multa que será el doble del importe del documento. Como se advierte, la alegación de la falsedad de la firma sólo puede hacerse dentro de la diligencia de protesto (es por ello que materialmente se requiera al deudor, por notario) y dicha alegación se hace para los documentos que necesitan protesto para promover con ellos juicio ejecutivo. Parecería también que alegada la falsedad de la firma dentro de la oposición, no surtiría ningún efecto, pero sí si el ejecutado no sólo alega sino que prueba dentro del término angustioso de la oposición, la falsedad de la firma. Es importante tener en cuenta lo que se deja relacionado, porque podría ocurrir que la devolución del préstamo puede haberse convenido que se haga por medio de una o de varias letras de cambio o pagarés.

Un caso frecuente que permite al acreedor cobrar el préstamo antes del plazo convenido, es cuando se ha pactado que el

no pago de una o más cuotas de intereses en las fechas señaladas, da derecho al mutuante no sólo a cobrar los intereses causados, sino también el importe del préstamo.

Ocorre también que el mutuante no obstante encontrarse vencido el término, no ha cobrado el mutuo, habiendo recibido algunos pagos a cuenta, que disminuyen la cantidad mutuada. La cantidad no deja por eso de ser siempre líquida, que es uno de los requisitos necesarios para que proceda la ejecución: art. 14 del Decreto-Ley 20236, que es la repetición del art. 601 del cód. de proc. civ. Debe cobrarse la cantidad total del préstamo, pero expresando en la misma demanda ejecutiva que se protesta pasar por justos y legítimos pagos. Constituiría una pérdida de tiempo, cobrar este mutuo disminuido por abonos en cuenta, en la vía ordinaria o sumaria, atendida la cantidad.

31.—*Préstamos con garantía hipotecaria.*— Los Bancos de Fomento Industrial, Hipotecario del Perú, Minero, de la Vivienda otorgan préstamos con garantía hipotecaria a los industriales, mineros, o constructores. Son instituciones estatales que dan el mutuo con hipoteca del inmueble en el cual se va a invertir el dinero recibido. Anteriormente, el Banco de Fomento Agropecuario del Perú daba préstamos con garantía hipotecaria colateral, además de la prenda agrícola sobre las sementeras (prenda sin desplazamiento), pero ahora la tierra agraria es inembargable, de conformidad con el art. 165, inc. IV del texto único concordado del Decreto-Ley No. 17716. Ese precepto establece la inembargabilidad si son explotadas directamente por sus dueños; y los dueños son los simplemente poseedores. Además, la ejecución hipotecaria puede conducir al remate del predio agrícola, pero la transferencia de dominio no puede hacerse sino en supuestos que necesitan previa autorización de las autoridades de la Reforma Agraria. Por tanto, los préstamos del Banco de Fomento Agropecuario no son garantizados con hipoteca de los predios rústicos del deudor, pero sí pueden ser garantizados además de la prenda de las cosechas, con hipoteca de uno o varios predios urbanos de propiedad del deudor, ya que éstos todavía se encuentran dentro del comercio de los hombres.

Una nueva ley del Banco Agropecuario llamado ahora Agrario, autoriza hipotecar el predio agrícola a favor del Banco Agrario: arts. 70, 75 y 76 del D.L. N° 21227, de 22 de julio de 1975.

32.—*Extinción del contrato de mutuo.*— El mutuo puede extinguirse no sólo con el pago, sino también con la subrogación

legal o convencional (arts. 1269 y 1270 cód. civ.). Es modo indirecto de extinción, en que el deudor continúa siendo tal deudor, pero no como mutuuario, aún cuando las garantías, caso de haberlas, continúan existiendo. El deudor sólo ha cambiado de acreedor.

En la *compensatio* el mutuuario puede oponer lo que le debe el mutuante como comprador, por ejemplo.

Forma de extinción del mutuo específica, es la que se da con la subrogación convencional legislada en el art. 1270 inc. 2º cód. civ. El deudor toma prestado el dinero (por escritura pública —forma *ad substantiam*—) y subroga al mutuante. Adviértase que este acreedor subrogado o nuevo acreedor, no es ya mutuante, sino que asume la calidad —o sea las acciones y derechos— del acreedor a quien se ha pagado y ha sustituido.

En general, el mutuo puede extinguirse por efecto de cualesquiera de los modos de extinción de las obligaciones: pago, novación, dación en pago, condonación, consolidación, compensación, transacción, *mutuus disensus*. Asimismo, la prescripción de 15 años extingue la acción: art. 1168, inc. 2º cód. civ., pero el pago de intereses siempre que pueda probarse, impide la prescripción de la acción de cobro: art. 1162 cód. civ.

La obligación garantizada con hipoteca prescribe no en 15, sino en 20 años, en que prescribe la acción real: art. 1168, inc. 1º cód. civ.

Forma de extinción peculiar es la condonación que hace el mutuante. Puede ser ésta tácita si el mutuante entrega al mutuuario el instrumento privado en que consta (no el instrumento público). Cabe, sin embargo, que el mutuuario alegue —no que pruebe—, que el documento lo tiene porque lo ha pagado y esta alegación basta para que se presuma que ha pagado el préstamo y no que se le ha condonado (art. 1301 cód. civ.). Corresponderá, entonces, al mutuante, o a los acreedores de éste, probar por otros medios el perdón. Para el deudor es importante alegar el pago y no que el instrumento lo tiene por liberalidad, ya que ésta es revocable con facilidad por los acreedores del mutuante (art. 1098 del cód. civ.), o susceptible de reducción por los herederos forzosos del prestamista (arts. 700 y 701 del cód. civ.).

Estando asegurado el mutuo con prenda, la devolución de la prenda no hace presumir la condonación del préstamo, sino tan sólo de la garantía prendaria (art. 1302 del cód. civ.). Nos parece que la misma solución debe observarse si el mutuante

otorga escritura pública de cancelación de la hipoteca, sin expresar en ella que condona la deuda garantizada.

Asimismo, si el mutuante lega el préstamo que hiciera al mutuuario o a un tercero, dicho legado se entenderá revocado si el mutuuario cobra en todo o en parte dicho mutuo: arts. 722 y 751 del cód. civ. Puede darse también la hipótesis de que el testador perdone al legatario varios préstamos que le hiciera, por virtud de cláusula testamentaria; ese perdón no se extiende a otros préstamos que le hiciera con posterioridad a la fecha de otorgamiento de su testamento.

En conclusión, el pago es el modo normal de extinción del préstamo. El pago deberá ser total: el capital y los intereses causados.

33.—*Prescripción de la acción para la devolución del mutuo.*— Veamos los siguientes casos:

El mutuo produce acción personal. Por tanto, se extingue a los 15 años, a partir del día señalado para la restitución: art. 1168, inc. 2º del cód. civ.

Empero, en los mutuos hipotecarios la acción es real. Resulta, entonces, que la prescripción es de 20 años: art. 1168, inc. 1º cód. civ.

Sería absurdo que la obligación, que es lo principal, se extinguiera antes que lo accesorio, que es el gravamen.

Y siendo los mutuos prendarios, la posesión del objeto prendado por el acreedor o por el tercero que la guarda para el acreedor, impide el decurso del tiempo requerido para la prescripción. Lo mismo en el mutuo anticrético.

Asimismo, si en el mutuo el acreedor prueba que el deudor pagó intereses, la prescripción sólo se cuenta desde el último pago de los intereses: art. 1162 cód. civ. Es por ello que todo acreedor cuidadoso exige instrumento firmado por el mutuuario que acredite el pago de intereses por éste.

PRESTAMO MERCANTIL

34.—*Sus caracteres.*—Es como el contrato de derecho civil, un contrato real. Se perfecciona con la tradición.

No existiendo entrega deberá considerarse que no hubo contrato. Las cosas dadas en préstamo se transfieren en propiedad del mutuante al mutuuario.

De conformidad con el art. 50 del cód. de com., es aplicable, a este respecto, el artículo 1577 del Código Civil vigente:

“El que recibe algo en mutuo es dueño de la cosa prestada desde que se le entrega; y le corresponde la mejora, deterioro, o destrucción que sobrevenga después”.

Disposición importante del código civil, que debe tenerse en cuenta, porque se refiere al Derecho Comercial, es la contenida en el artículo 1582:

“No se puede prestar una cantidad de dinero en mercaderías; y es nula la obligación que se contraiga en este falso mutuo”.

Otro precepto aplicable al mutuo es el del art. 1343 del cód. civ., que exime de responsabilidad al mutuante si a último momento se niega a proporcionar el préstamo.

35.—*Definición.*— Es también aplicable al préstamo mercantil la definición contenida en el artículo 1573 del código civil: “Por el mutuo una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero o de cosas que se consumen por el uso, con la obligación de la segunda de devolver otro tanto de la misma especie o calidad”.

Sólo habría que modificar esta definición diciendo:

“Por el mutuo mercantil una persona etc.” y deberá agregarse: “siempre que alguna de las personas que celebren este contrato sea comerciante y las cosas que se presten se dediquen a una operación de comercio”: art. 305 del cód. de com.

36.—*Capacidad para celebrar este contrato.*— Es la misma que la capacidad de derecho civil, con la única diferencia que la mujer casada mayor de 16 años, puede celebrarlo, conforme al artículo 6º del Código de Comercio, si es que ejerce actividad mercantil.

Los actos de los comerciantes no se presumen gratuitos. Sin embargo, en el mutuo comercial no se deben intereses si no han sido pactados por escrito.

37.—*Cuál es su objeto.*— Objeto del contrato de mutuo comercial puede ser un conjunto de acciones nominativas o al portador; o también bonos o *debentures*.

Estos últimos representan también préstamos a largo plazo. Asimismo, pueden darse en préstamo acciones de compañías.

Existen formas mercantiles del mutuo. Por ejemplo, la apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, aunque esto no es

generalmente aceptado; el descuento; la emisión de obligaciones con o sin garantía. Todas estas formas en el fondo importan préstamos, pero tienen regulaciones privativas en la ley mercantil. Por ejemplo, ya nuestro vetusto código de comercio autoriza la emisión de obligaciones sin garantía (debentures) hasta a personas particulares (véase arts. 21, inc. 10 y 60 del cód. de com.). Y el vigente cód. civ. legisla sobre obligaciones con garantía hipotecaria en sus arts. 1802 y ss.; pero es evidente que estas emisiones pueden también tener garantía prendaria u otras garantías reales o personales o no tener más garantía que el patrimonio realizable del emisor.

Debe advertirse que con dichas emisiones de títulos-valores se permite a las compañías desarrollarse y progresar. Empero, una buena ley debe cautelar los derechos de los acreedores, sobre todo cuando las emisiones no tienen garantía específica, sino que sólo cuentan con el capital social de la sociedad emisora. Así, ahora se tiende en el derecho comparado, a que los créditos provenientes de estas obligaciones gozan de preferencia con respecto a las otras deudas de la compañía emitente, en cualquier caso. Y que los créditos asegurados con hipoteca u otro derecho real sobre los bienes de la empresa emitente, sólo tienen preferencia en caso de encontrarse inscritos con anterioridad al registro de la emisión de obligaciones o bonos, con lo que queda enervada la teoría de que la preferencia entre los créditos no depende de su fecha, sino de su naturaleza, por lo que la hipoteca aunque fuere posterior en tiempo, goza de privilegio frente a un derecho de obligación, aunque éste hubiere nacido con anterioridad. Es incontestable que si la ley asegura adecuadamente estas inversiones en bonos, el público se mostraría dispuesto a adquirirlos y no acrecentaría las cuentas de ahorros.

En el derecho comparado la diferencia entre el mutuo civil y el mutuo comercial está en que este último jamás se presume gratuito; los actos y contratos de los comerciantes nunca son a título gratuito. Pero con arreglo a nuestro derecho mercantil (véase el art. 305 del cód. de com.), el mutuo es comercial si se dan estos dos requisitos copulativamente: a) que alguno de los contratantes sea comerciante; y b) si las cosas prestadas se destinaran a actos de comercio, bastando que así lo exprese el documento en que consta el préstamo. Asimismo, es también mercantil el mutuo, según el art. 306 del cód. de comercio si se hace en póliza con intervención de agente colegiado y con garan-

tía de efectos cotizables (63). Parece que si no existe garantía de efectos cotizables no sería mercantil el préstamo concluido en póliza de agente colegiado, salvo que se den los requisitos del art. 305 del cód. de com.

Francesco MESSINEO (64) ha escrito un ensayo en el que niega que la apertura de crédito sea un contrato real de mutuo. Conviene saber que esta apertura de crédito da al acreditado el derecho de disponer del patrimonio del acreditante por una suma de dinero determinada. Se trata de una promesa de abrir crédito (que es obligación de hacer), que formula el acreditante y que el acreditado acepta.

Georges RIPERT (65), al tratar de las operaciones de crédito, expresa que los bancos otorgan crédito y todas las operaciones que realizan tienen por objeto el crédito, pero que específicamente se refiere a la operación bancaria en que éste anticipa fondos o promete anticiparlos, u otorga fianza a un préstamo que da un tercero acreedor. Expresamente dice que el anticipo de fondos es un préstamo de dinero, sea en descubierto, sea con garantías reales. El banco pone a disposición del cliente un crédito de monto determinado y con plazo también determinado. Lo frecuente es la apertura de crédito en cuenta corriente, en que

(63) El art. 10 del D.L. No. 18353 deroga todo lo referente a Bolsas y otros lugares de contratación mercantil y a los agentes mediadores de comercio.

Esa derogatoria se produce porque el art. 10 del Decreto-Ley 18353 expresa que la derogación comprende las secciones quinta y sexta del libro primero del cód. de comercio; y en el título III de la sección quinta 85, que declara que las mercaderías compradas en almacenes o tiendas son irrevendibles, por lo que aunque procedan dichas mercancías de un robo o de un hurto, no podría el comprador ser privado de ellas. Obviamente, es inexplicable esta derogación, ya que estaba de por medio la seguridad de los compradores.

Otro dispositivo derogado es el del art. 86, que está también instalado en el título III de la sección quinta y que previene que el dinero con que se compra al contado en los almacenes es irrevendible, lo cual concedía seguridad absoluta al comerciante, ya que nadie lo podía privar del dinero percibido en las ventas, aunque hubiere sido entregado como precio por el propio ladrón.

Y en la misma situación se encuentra el art. 87, que contenía la muy importante presunción de que las compras y ventas que se hicieran en las casas comerciales eran al contado, salvo prueba en contrario; presunción que servía de defensa al público comprador, cuando en algunos casos olvidaba reclamar la factura o se le perdía ésta poco después.

Hasta hoy nadie sabe qué razones guiaron a quienes modificaron tan sustancialmente el cód. de com. en lo que respecta a la propiedad de las mercancías.

Otras modificaciones del Decreto-Ley No. 18353, de 4 de agosto de 1970.

Son irrevendibles los títulos-valores vendidos en rueda de Bolsa: art. 69 Este mismo precepto declara que para vender títulos en rueda de Bolsa, no se necesita el consentimiento de la mujer, que reclama el art. 188 del cód. de comercio.

El art. 99 del D.L. 18353 corrige el error del art. 208 de la ley de títulos-valores No. 16587, en cuanto cita la sección 2a. de dicha ley y es la sección quinta.

(64) La apertura de crédito.— Contenido y caracteres, traducción del libro de MESSINEO "Operazioni di Borsa e di Banca", Editorial Jus, México, 1944.

(65) En Tratado Elemental de D. Comercial, III, Operaciones comerciales, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires, 1954, No. 2145 ss., p. 401 ss.

el Banco se obliga hasta cierta suma, pero que el cliente puede o no utilizar. Es contrato *intuitu personae*.

Además, el préstamo mercantil puede también ser gratuito: art. 309 del cód. de com.

Si el mutuuario no puede pagar la misma cantidad y calidad de las especies recibidas en préstamo, sea por su culpa, sea porque la obligación de restituir resulta de imposible cumplimiento sin culpa del mutuuario (art. 1318 cód. civ.), deberá devolver el valor apreciado con arreglo al tiempo y lugar señalados para el pago; empero, si ese lugar no ha sido señalado, se entiende que es el lugar en que se celebró el contrato. Ese lugar no es el del domicilio del deudor, sino el lugar en donde se formuló la oferta, según el art. 1336 cód. civ. Adviértase que si no se designa el lugar en donde el mutuuario debe pagar, es el lugar donde se encuentra su domicilio: art. 1250 cód. civ. Por tanto, el lugar del contrato puede diferir del lugar de pago de la obligación de devolver, si es que para el pago no se ha designado lugar alguno, por lo que el pago se hará en el domicilio del deudor; y el lugar del contrato es el lugar donde se hizo la oferta y dicho lugar es distinto del lugar del domicilio del deudor.

También precisa anotar que el mutuuario no se libera de la obligación de devolver las especies fungibles que recibiera, aunque todo el género hubiere desaparecido; debe, en ese caso, pagar su valor. Esta es excepción a la regla por la que si desaparece el género sin culpa del deudor, se libera éste.

Al simple examen, parece existir alguna incompatibilidad entre el art. 1580 del cód. civ., que permite que las especies que se dan en préstamo sean evaluadas en el contrato, y el art. 1582 del mismo cód., que declara la nulidad de la obligación que emerge de un préstamo que se dice que es de dinero, pero en el cual se dan mercaderías.

Es en el préstamo mercantil en que se produce con frecuencia la imputación de pagos, al presentarse varias deudas de plazo vencido entre deudor y acreedor comerciantes. Véase los arts. 1264, 1265, 1266, 1267 y 1268 del cód. civ.

También para el préstamo comercial es aplicable el art. 1581 del cód. civ., por el que las deudas de dinero no son de calidad, sino de cantidad (principio nominalista), o sea que resulta inaplicable la primera parte del art. 307 del cód. de com.

Anotamos que el art. 1581 del cód. civ. es aplicable no sólo a las deudas provenientes de mutuos, sino a cualesquiera obligaciones dinerarias.

La acción para cobrar el mutuo mercantil prescribe a los 15 años; es acción personal: Art. 1168, inc. 2º cód. civ. No existe en el cód. de comercio plazo prescriptivo para el mutuo comercial.

El art. 308 del cód. de com. concuerda con el art. 1578 del cód. civ. Por tanto, sea el préstamo civil o comercial, si no tiene plazo fijado para su devolución, el prestatante puede exigir-la judicialmente una vez vencidos los treinta días civiles —no procesales—, computados a partir del día siguiente a aquel en que recibió el préstamo, ya que si el plazo se cuenta desde determinado día, queda éste excluido del cómputo: art. 1116 § 1º cód. civ.

Sin embargo, siendo el préstamo comercial, para que proceda la ejecución debe aparejarse la demanda con el requerimiento notarial; de lo contrario el juez denegará la ejecución.

La demanda de devolución del préstamo es ejecutiva. Si consta en escritura pública, el testimonio presta mérito ejecutivo. Y si consta en instrumento privado, para que preste mérito ejecutivo se necesita el reconocimiento en diligencia preparatoria: art. 2º incs. 2º y 3º del D.L. No. 20236. de 4 de diciembre de 1973; reconocida sólo la firma y no el contenido, queda expedita la ejecución: art. 6º del D.L. 20236. En caso de instrumento privado con firma legalizada, la legalización de la firma debería hacer innecesario el reconocimiento, ya que esa legalización acredita la autenticidad de la firma, como se observa del texto del art. 417 del cód. de proc. civ., el cual dispone que en el reconocimiento de instrumentos privados cuya firma se encuentra legalizada, se omitirá lo relativo a la suscripción por el otorgante.

Respecto al plazo de devolución del préstamo mercantil, la regla constituye una excepción al art. 62 del cód. de comercio, que previene: "Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los 10 días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución".

Por lo demás, hacer depender el derecho de exigir el cobro de una obligación de su carácter ejecutivo, es realmente reñido con el simple buen sentido. Más lógico es el cód. civ. cuyo art. 1252 declara que las deudas que no tienen plazo fijado en su título, son exigibles de inmediato.

38.—*Forma del contrato de mutuo comercial.*— No reclama el cód. de comercio, en ninguno de sus artículos, determinada



forma para el préstamo mercantil. Por tanto, las partes pueden hacer uso de la forma que viere convenirles y en cuanto a la prueba puede hacerse ésta por todos los medios probatorios que la ley procesal civil franquea.

Adviértase que el préstamo civil tiene una limitación formal: Dice el art. 1585 del cód. civ. que "el mutuo cuyo valor pase de 500 soles debe constar por escrito". Entendemos que el escrito se exige *ad probationem*. Existe, empero, algún fallo *sui generis* que decidió que si no existe escrito que contenga el contrato de préstamo, no se puede probar por otros medios. En cambio, el cód. de comercio no contiene esta exigencia probatoria, por lo que el préstamo puede ser probado mediante los libros de contabilidad, si existen asientos que dan cuenta de él; con cheque, letra, vale a la orden o pagaré, que fueron cobrados por el prestatario sin que éste pudiese probar que con esos títulos-valores emitidos o aceptados por quien aduce ser mutuante, no extinguió ninguna deuda a cargo del mutuuario.

Conforme al art. 50 del cód. de comercio, con testigos tan sólo no se puede probar la existencia de un contrato cuya cuantía excede de 200 soles oro, a no ser que concurren con otra prueba. Por el contrario, los testigos de la contraria prueban en derecho civil, si la parte no impugna ni niega el valor de sus declaraciones.

Asimismo, el art. 50 del cód. de comercio previene que los contratos mercantiles en lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, —no en cuanto a su prueba—, y a la capacidad de los contratantes, se rigen por el derecho común, en todo lo que no se halle expresamente establecido en el cód. de comercio o en leyes especiales.

39.—*Las garantías en el préstamo mercantil y en otras obligaciones comerciales.*— Entre las garantías más sólidas y más simples que tienen los comerciantes a su disposición, está el llamado derecho de retención, que nuestro cód. civ. trata dentro del libro de los derechos reales, arts. 1029 y ss. Siempre la constitución de garantías reales y personales demanda tiempo más o menos largo, que resulta incompatible con la celeridad de los negocios de comercio, especialmente los contratos.

La *retentio* es un derecho de garantía sumamente eficaz en el campo mercantil. La facilidad y la multiplicidad de los negocios de crédito justifica la exigencia de seguridades simples. Conforme al art. 1029, § 2º del cód. civ. procede la retención de un

bien que debe entregarse si el crédito que se tiene contra el que tiene derecho a ese bien deriva del bien mismo. El deudor de un crédito tiene a su favor otro crédito contra el titular de aquel cuyo pago se le está exigiendo, razón por la que goza del derecho de retención, o sea que no cumple con pagar el crédito que debe mientras su deudor no cumpla con el crédito que, a su vez, le debe. Empero, nuestro cód. civ. exige que entre ambos créditos exista conexidad; que deriven de la misma relación jurídica o que afecten a la misma cosa. Por tanto, ésta es una excepción del deudor, que se niega a pagar lo que el acreedor le exige.

Adviértase que tratándose de contratos bilaterales, es decir, con obligaciones recíprocas, nadie puede demandar su cumplimiento, si él mismo no ha cumplido la obligación que le respecta: art. 1342 cód. civ. Esta es la *exceptio non adimpleti contractus*. Asimismo, dentro de los contratos bilaterales la parte que debe cumplir su obligación en primer lugar, puede negarla hasta que la otra parte realice la que le corresponde, si es que ésta ha sufrido disminución de su patrimonio que haga presumir que no cumplirá su obligación: art. 1343 del cód. civ.

En el cód. de comercio germano el derecho de retención funciona con toda amplitud. Un comerciante que tiene créditos contra otro, derivados de negocios mercantiles, puede retener todas las cosas muebles y todos los títulos y valores y títulos-valores que sean de su deudor y que se encuentran en su posesión. No se necesita conexión legal entre acreedor y deudor; sólo se requiere una relación real de negocios de comercio entre los dos comerciantes: art. 369, I del cód. de comercio alemán. Es interesante saber que el derecho de retención en el campo comercial germano, no funciona como excepción, es decir, para negarse a la entrega que le exige la otra parte, hasta que ésta cumpla o garantiza su prestación que debe. No; el comerciante se hace pago de su crédito sobre las cosas de quien es su acreedor-deudor, como se hace pago el acreedor prendario pero está constreñido a conseguir una resolución judicial que autorice esta forma peculiar de hacer efectivo el crédito. Producida la quiebra del deudor, el derecho de retención da a quien lo hace valer acción para pedir la separación de la masa de las cosas en que se ha localizado la *retentio* (66).

Otro recurso del comerciante deudor, a quien también le debe su acreedor, es el de la *exceptio* de compensación. Aún

(66) Karl HEINSHEIMER, Derecho Mercantil, 3a. ed. del Prof Karl Geller, Editorial Labor, S.A., Madrid, 1933, § 69, p. 214 ss.

en la hipótesis de que el crédito con que se opone la compensación no se encuentre vencido, cabría retardar el pago, desde que en todo caso sólo se pagarían costas y como daños y perjuicios el 5 por ciento al año de interés legal. No existe entre nosotros, el derecho de probar por el acreedor, otros daños y perjuicios. Y la compensación procede aún con créditos que le han sido cedidos al deudor que la opone. No ocurre como en el derecho de retención comercial alemán, que sólo procede cuando se trata de negocios nacidos entre ambos comerciantes y no como productos de transmisión de créditos: RGZ, 9, 49. Sobre compensación véase art. 1294 y ss. del cód. civ. peruano.

Asimismo, no obstante que el crédito no es todavía exequible, porque el plazo que tiene señalado no se ha cumplido, puede, sin embargo, el acreedor cobrarlo o compensarlo, si acredita la caducidad del plazo por haber resultado insolvente su deudor (mediante los embargos y juicios de pago de soles que se le siguen), de conformidad con el inc. 1º del art. 1114 de nuestro cód. civ.

En razón de que la gestión mercantil no admite retardos, muchas veces el comerciante acreedor otorga el préstamo a otro comerciante deudor, mediante la aceptación por éste, de una letra de cambio girada por el mutuante. Además de la dificultad que existiría para el girador probar la causa si el aceptante alegara su falta en dicho título-valor, existen sentencias que declaran sin lugar la acción de cobro, porque no hay escrito, como lo reclama el art. 1585 del cód. civ. cuando el préstamo excede de quinientos soles (67).

Antes de la ley de títulos-valores No 16587, el comerciante mutuuario giraba uno o varios cheques en garantía, con fecha post-datada. Ahora, esta forma de garantía se encuentra prohibida. Su art. 146, inc. 6º pena con multa hasta el 100 por ciento del importe del cheque, al que gire o reciba un cheque como valor en garantía.

Además, el cheque con fecha por venir puede ser exigible de inmediato, según el art. 164 de la ley de títulos-valores y con la simple constancia del Banco girado de que no se paga por falta de fondos en la cuenta corriente del girador, está expedita contra éste la acción ejecutiva de cobro y hasta la instrucción penal por estafa, la que podría prosperar si el inculpado no prue-

(67) Véase sent. de 7 enero 1949, en "R. de J. P.", 1949, p. 379 s., en que el mutuante había dado el préstamo mediante un cheque a la orden del mutuuario y girado contra su cuenta corriente existente en un banco de la localidad.



ba que el cheque fue girado en garantía. Huelga el requisito procesal del tiempo.

40.—*Tasas de intereses máximos para los bancos comerciales y otras instituciones de crédito.*— La ley orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, aprobada por D.S. N° 295-68-HC, de 14 de agosto de 1968, que tiene fuerza de ley por la autorización concedida al Ejecutivo por la ley No. 17044, contiene los arts. 58 y ss. sobre tipos máximos de interés que podrá fijar el Banco para las operaciones activas y pasivas de las empresas bancarias, financieras e instituciones de ahorros. Este precepto fué modificado por la ley No. 18779, de 4 de febrero de 1971, por la que se autoriza al Banco de Reserva a fijar los tipos máximos de interés también para las empresas aseguradoras y cualquier otra institución de crédito. El art. 58 contiene una segunda parte por la que el Banco también fijará las tasas máximas por comisiones, primas, bonificaciones y otras similares que podrán cobrar las instituciones de crédito anteriormente nombradas.

El art. 59 dispone que las tasas que autorice el Banco por intereses, comisiones, primas, bonificaciones y otros ítems similares, no pueden exceder a las tasas fijadas especialmente por las leyes Nos. 2760 y 11078, y sus ampliatorias y modificatorias.

En el art. 60 se autoriza al Banco Central a imponer multas a las empresas contraventoras, que pueden llegar a la suspensión temporal de la empresa de crédito y/o a su liquidación.

El Decreto-Ley No. 11078, de 5 de agosto de 1949, comprende al agio y la usura dentro del art. 1° de la ley No. 10906, de 3 de diciembre de 1948, que regula la represión de los delitos de especulación y acaparamiento.

El art. 2° del D.L. 11078 define lo que es el delito de agio y usura. Adviértase que las tasas de intereses que señala el Banco de Reserva, sólo obligan a los Bancos comerciales, financieras, instituciones de ahorros, empresas aseguradoras y, en general, instituciones de crédito.

Las tasas de interés que cobran los Bancos comerciales son diversas de las tasas que cobran otros acreedores.

El art. 3° inc. b) del Decreto-Ley No. 18240, de 21 de abril de 1970, declara entre las atribuciones del Consejo de Política Monetaria, analizar y aprobar la política de las tasas de interés. Parece ser que esta atribución no funciona.

El art. 1° del Decreto-Ley No. 18944, de 31 de agosto de 1971, autoriza a la Superintendencia de Banca y Seguros a su-

pervigilar que las instituciones bajo su control no paguen ni cobren intereses, comisiones, primas, bonificaciones y otros similares superiores a los fijados por el Banco Central de Reserva del Perú, aplicando multas a las empresas de crédito infractoras.

Las disposiciones sobre intereses dictadas por el Banco de Reserva, constan de circulares, que ordenan lo que sigue.

El dos por ciento al año que señala la Circular No. 24 para comisiones, primas, bonificaciones y similares como tasa máxima uniforme, rige sólo desde la fecha de dicha circular, que es la de 17 de julio de 1973, y no desde fecha anterior a ella. (Carta Circular No. 15-73-EF/90, de 3 de agosto de 1973, del Banco de Reserva).

En cuanto al tiempo para capitalizar los intereses causados en las cuentas corrientes bancarias, es de tres meses y no de seis meses, como se permitía anteriormente. Así lo dispone la Circular No. 18-73-EF/70, del 21 de mayo de 1973, del Banco Central de Reserva del Perú, el cual se encuentra facultado para ordenar el tiempo de capitalización de intereses, por el art. 58 de su Ley Orgánica.

No se permite el cobro de comisión de cobranza por los documentos de crédito que hubiere descontado un Banco comercial, ya que el descuento mismo se encuentra sujeto al cobro de comisiones. Así lo ordena la carta Circular No. 13-73-EF/90, de julio de 1973, del Banco de Reserva.

Con respecto a los documentos de crédito que hubieren sido descontados y que venzan en día no laborable, se reputan vencidos el primer día útil siguiente; y por tanto, no correrán intereses entre el día de su vencimiento y el primer día útil laborable, de conformidad con el art. 1116 del cód. civ. Tal disposición está contenida en la Circular No. 35-73-EF/90, de 21 de agosto de 1973, dictada por el Banco de Reserva en ejercicio de la facultad que le concede el art. 11 del Decreto-Ley N.º 18779, y es dirigida no sólo a los Bancos comerciales, sino a todas las instituciones de crédito sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Esta circular fué objeto de varias aclaraciones que hizo el Banco de Reserva, por medio de la Carta Circular N.º 19-73-EF/90, de 13 de setiembre de 1973, cuyo texto es el que sigue:

a) La disposición de la referida Circular se constriñe estrictamente al ámbito de los intereses y tiene por objeto dejar establecido que, en adelante, no será posible cargarlos sobre do-

cumentos de crédito descontados que venzan en día no laborable, por los días que transcurran hasta el pago, si éste tiene lugar en el primer día útil siguiente.

b) Consecuentemente, dicha disposición en nada altera, ni podría legalmente hacerlo, las normas de la Ley de Títulos Valores y del Código de Procedimientos Civiles sobre el cómputo de los plazos para el protesto de los documentos de crédito.

c) La medida se refiere exclusivamente a los casos en que el documento de crédito objeto de descuento es cancelado el primer día útil siguiente a aquél fijado para su vencimiento y no a los supuestos en que la cancelación se produce habiendo mediado un día útil o en que en el primer día útil se realice una mera renovación o prórroga del documento.

d) El término "días no laborables" alude a los días en que la actividad bancaria y del sistema crediticio del país en general no tiene lugar, sea por disposición gubernativa de alcance nacional, sea por convenios colectivos de trabajo. Consiguientemente, tiene una extensión más amplia que el término "días festivos", pero no comprende aquellos días en que, correspondiendo laborar, las actividades de las instituciones de crédito no se realicen por razones de fuerza mayor, tales como huelgas, paros, alteraciones del orden público etc.

Las que hemos reproducido, son las más importantes disposiciones que sobre intereses y otros items, ha dado el Banco Central de Reserva del Perú, para las instituciones de crédito.

Es evidente que para entender la fijación de las tasas de interés señaladas por el Banco Central de Reserva del Perú, a los Bancos comerciales, debe saberse cuáles son las operaciones de tráfico monetario que realizan. Se trata de operaciones activas y operaciones pasivas.

Así, por avances, adelantos y sobregiros en cuenta, sólo se puede cobrar por los Bancos el 12 por ciento al año como tasa de interés y el 1 por ciento anual. Así lo dispone la Circular N° 21, de 18 de junio de 1965. La Circular No. 123, de 17 de diciembre de 1970, establece que en los préstamos de dinero, cualquiera que fuere su modalidad, el tipo máximo es de 12 por ciento al año; y que la tasa máxima para el conjunto de cargos es de 1 por ciento anual. Y agrega que en préstamos de dinero concedidos por medio de descuento o de renovación, podrá cobrarse una tasa adicional de 1 por ciento anual sobre los saldos deudores, pero no se admite que se cobre esa comisión por medio de una tasa

fija sobre el valor de los documentos descontados o renovados. Además, en ningún caso los cargos por concepto de comisiones, primas, bonificaciones y otras similares podrán ser acumulados a los que corresponden a intereses.

La Circular del Banco Central No. 24-73-EF/90, de 17 de julio de 1973, modifica el párrafo 2º de la Circular N° 21 y la Circular N° 123, en los siguientes términos:

“La tasa máxima para el conjunto de los cargos por concepto de comisiones, primas, bonificaciones y otros similares, es de 2 por ciento anual, de modo que no será admisible tal cobro por medio de una tasa fija sobre el valor de los documentos descontados o renovados ni sobre el monto de los avances, adelantos y sobregiros en cuenta corriente que se hubiere concedido”.

“En ningún caso los cargos por los conceptos a que se contrae el presente acápite podrán ser acumulados a los que correspondan a intereses”.

41.—*Preceptos que contiene el Código de Comercio sobre el Mutuo.*— A continuación, se reproduce el texto íntegro de las disposiciones de nuestro cód. de comercio, sobre préstamo mercantil:

Requisitos del contrato que determinan la mercantilidad del mutuo:

Art. 305.—“Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes:

- 1º “Si alguno de los contratantes fuere comerciante.
- 2º “Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio, bastando que así lo exprese el documento en que conste el préstamo”.

Se trata de circunstancias copulativas; no disyuntivas.

Mutuo con prenda de efectos cotizables:

Art. 306.—“Es también mercantil el préstamo, con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención de agente colegiado”.

Este precepto es complementario del art. 305, en cuanto señala otro caso de préstamo mercantil, que es el que se haga con intervención de agente colegiado, aunque no sea comerciante uno de los contratantes, o no se destine el préstamo al ejercicio del comercio.

Un préstamo mercantil lo frecuente es que sea garantizado con prenda, pero nada se opone a que sea asegurado con fianza, hipoteca o anticresis y también con el derecho de retención.

Préstamos en dinero, o en títulos o valores y títulos-valores y otras especies:

Art. 307.— “Consistiendo el préstamo en moneda legal o corriente pagará el deudor devolviendo en moneda legal y corriente una cantidad igual a la recibida; salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que haya de hacerse el pago, en cuyo caso la alteración que experimentare su valor, será en daño o en beneficio del prestador (68).

“En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.

“Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiere extinguido la especie debida”.

Esta es la misma tesis nominalista que el cód. civ. vigente mantiene en su art. 1181. La desvalorización o revalorización que experimente la cantidad de moneda dada en préstamo no es tomada en consideración al tiempo de devolverla el mutuuario. Este se libera de su obligación de devolver el mutuo entregando la misma cantidad de moneda de curso forzoso que hubiere recibido, aunque su poder adquisitivo hubiere disminuído en forma sensible.

Los parágrafos 2º y 3º del art. 307 se refieren a los mutuos que no son de dinero y en los que también acontece que el mutuuario se convierte en dueño de estas cosas muebles, que son títulos de crédito, valores o especies (cosas genéricas). Como reclama este precepto, deberá devolver cosas muebles de la misma calidad y en igual cantidad. Y agrega el 3er. párrafo, que si faltan las cosas genéricas se devolverá su equivalente en metálico. En nuestro cód. civ. existe la regla de que tratándose de cosas genéricas el deudor no puede eximirse de su entrega probando el caso fortuito o fuerza mayor. Lo dice el art. 1180. Sin embargo, no obstante tratarse de un *genus* una orden del gobier-

(68) Actualmente, está prohibido celebrar contratos en el Perú no en moneda nacional, sino en moneda extranjera, que contienen prestaciones sobre cosas producidas en el Perú. Véase Decreto-Ley No. 18275, de 15 de mayo 1970.

no puede prohibir su comercio, o su importación en cuyo caso podría alegarse la liberación del deudor a causa de este *factum principis*. Ello no ocurre en el caso del préstamo mercantil, ya que se evalúan las cosas genéricas que deben devolverse y se entrega en dinero lo que ellas cuestan al tiempo de la devolución.

En realidad, es la misma solución que contiene el art. 1579 del cód. civ., sobre devolución de cosas de la misma calidad y en la misma cantidad. Existe además en nuestro cód. civ. el art. 1580, que previene que si las partes determinaron cierto precio para las cosas genéricas y el mutuuario no puede devolver otras en igual número y calidad, estará obligado a pagar el valor que se les dio, aunque valieran más o menos al tiempo del pago.

Se pueden dar en préstamo mercancías no ciertas, sino aquellas que son genéricas, ya que así el mutuuario puede hacerlas suyas y devolver otras de la misma especie y en la misma cantidad. Empero, parece que no se pueden evaluar dichas mercaderías por adelantado, en el mismo contrato de préstamo, porque el art. 1582 del cód. civ. declara como falso mutuo el prestar dinero pero no dando dinero sino mercaderías y considera nulo el contrato.

Plazo legal para devolver el préstamo:

Art. 308.— “En los préstamos por tiempo indeterminado, o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados 30 días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho”.

Es el mismo plazo que señala el art. 1578 del cód. civ. Es útil el requerimiento notarial, a fin de computar los 30 días”.

También los préstamos mercantiles se presumen gratuitos:

Art. 309.— “Los préstamos no devengarán interés, si no se hubiere pactado por escrito”.

Es evidente que esta disposición resulta extraña al derecho comercial, en la que todo acto o contrato es de carácter oneroso. La gratuidad del préstamo civil está contenida en el art. 1583 cód. civ., que prohíbe que el deudor pueda repetir lo que pagó por intereses, no obstante no haber convenio al respecto.

Además, no obstante que el mutuante pruebe por otros medios, que se pactaron intereses a tipo determinado, no se deberán porque ese pacto no consta por escrito, como exige el art. 309.

Si el prestatario, por error o por ignorancia, hubiere pagado intereses no pactados, no puede ni repetirlos, ni pretender que

se les tenga como pago a cuenta del capital mutuado: art. 1583, § 2º cód. civ.

Este es un pago que no puede ser devuelto, como lo que se ha pagado por una deuda que ha prescrito, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, o para obtener un fin inmorral o ilícito: art. 1285 del cód. civ. Tampoco se puede repetir lo que se pagó a un incapaz por una obligación anulada, sino sólo en la parte que se hubiere convertido en provecho del incapaz: art. 1130 cód. civ. Asimismo, el pago que se haga a incapaces no extingue la obligación, a no ser que se pruebe que se pagó para alimentarlos y hasta donde se acredite la suma que tuvo ese destino: art. 1240 cód. civ. El incapaz menor de edad, empero, responde del dolo que cometa para conseguir el pago: art. 513 del cód. civ., § 2º.

Es discutible si en un préstamo comercial debe observarse la regla contenida en el 2º apartado del art. 1583 del cód. civ., que impide repetir lo pagado por concepto de intereses no convenidos.

Se permite cobrar cualquier cantidad por intereses:

Art. 310.— “Podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie.

“Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor”.

En realidad, desde el día siguiente al 26 de junio de 1918, que es la fecha de la ley No. 2760, conocida como la ley de agio y usura, no existe libertad para cobrar la tasa de interés. Su art. 7º no sólo fija el tipo de interés, sino también prohíbe la capitalización de intereses, pero su art. 19 declara que las disposiciones de la ley No. 2760 no comprenden a las operaciones bancarias, ni a las otras instituciones análogas. Por tanto, no excluye a todos los comerciantes, sino a los bancos. Además, ahora la usura importa delito.

La ley 2760 ha sido modificada por la ley No. 10906, de 3 de diciembre de 1948, que considera delito.

Los efectos de la mora en la devolución del préstamo:

Art. 311.— “Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal.

“Si el préstamo consistiere en especies, para computar el

crédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en la que deba hacerse la devolución el día siguiente del vencimiento, o por el que determinen los peritos, si la mercadería estuviera extinguida al tiempo de hacerse la evaluación.

“Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o títulos devenguen, o en su defecto el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento”.

Si en el préstamo existe convenio de intereses es obvio que durante la mora y no obstante que el mutuante hubiere promovido juicio para conseguir la devolución, se devengará el interés pactado si estuviere permitido el tipo que se cobra. Si no existe interés convenido se devengará el interés legal desde el día siguiente de la citación con la demanda de cobro.

Adviértase que el 1er. párrafo del art. 311 alude no sólo a los mutuatarios, sino a cualesquiera deudores. Es comprensible que, v. g., si no se paga el precio de la cosa enajenada, en los plazos contractualmente convenidos, el comprador deberá abonar intereses no sólo desde que el acreedor lo constituye en mora, porque en las obligaciones mercantiles que tienen plazo señalado para su vencimiento la mora no requiere interpelación según el art. del cód. de com. (*dies interpellat pro homini*).

El segundo apartado del art. 311 se refiere a mercaderías cuyos precios deberán determinarse a fin de esclarecer si la cantidad cobrada por la mora no excede de los *quantums* legalmente permitidos.

En el tercer párrafo se pueden dar en préstamo títulos-valores, como letras, vales, pagarés, *warrants*, acciones u obligaciones (debentures), etc.

Estas formas de avalúo se observan cuando habiendo desaparecido el género, existe en el prestatario la obligación de pagar las cosas fungibles en dinero, ya que todas ellas han desaparecido.

La capitalización de intereses está permitida:

Art. 312.— “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos; que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”.

Se autoriza a ambas partes a convenir en la capitalización de intereses, que se encuentra prohibida por el art. 1586 del cód. civ. de 1936. Empero, la prohibición existía desde junio de 1918, en que se da la ley No. 2760, cuyo art. 7º, en su 1er. párrafo prohibía la capitalización y sólo excluía a los bancos comerciales de la observancia de todas sus disposiciones.

Extinción del derecho al cobro de los intereses pactados; imputación de pago:

Art. 313.— “El recibo del capital, por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos”.

“Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término a los intereses por orden de vencimientos, y después al del capital”.

Con respecto al 1er. párrafo del art. 313, el cód. civ. contiene en su art. 1246 sólo una presunción relativa, o sea que cabe cobrar lo debido por intereses si se prueba que se dió recibo del capital no obstante existir deuda por intereses que dicho capital había producido. Por el contrario, el art. 313, § 1º hace perder al mutuante la posibilidad de cobrar los intereses que se le adeudan, por más que acredite que no le han sido pagados, aún con la confesión del mutuuario.

En lo que respecta al 2º párrafo del art. 313, más completa es la aplicación que hace el cód. civ. en su art. 1266, ya que si hubieren gastos la imputación es primero a éstos.

Acumulación procesal inadmisibile:

Art. 314.— “Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos”.

Esta disposición prevé que el mutuante tenga que mover la maquinaria judicial para cobrar el préstamo porque éste no fué pagado al vencimiento del plazo fijado para su devolución, así como tampoco se había abonado, por el mutuuario, los intereses pactados. No puede en dicha demanda adicionar a la cantidad dada a mutuo lo que el prestatario está debiendo por intereses, y que con la citación con la demanda se causarían nuevos intereses al tipo pactado, pero no sobre la cantidad realmente dada en préstamo, sino sobre el total resultante de la adición. Esto, ciertamente, constituiría una forma de anatocismo o capitalización de intereses. El juez podría denegar la ejecución, si es que el acreedor utilizara el canal del juicio ejecutivo y no la

vía ordinaria, porque en realidad con ese agregado que la ley prohíbe, no existiría cantidad líquida, que es uno de los requisitos que la ley procesal señala para que proceda la ejecución.

42.—*Contratos de préstamo para agricultores.*— Todo préstamo a un agricultor es garantizado con los productos o la renta que se obtuviere como resultado directo o indirecto de la aplicación de los recursos que se le han dado en préstamo por el Banco Agrario: art. 68 del Decreto-Ley No. 21227, de 22 de julio 1975. Para ello el Banco Agrario da los préstamos con prenda agrícola, mercantil o industrial: art. 69 del D.L. 21227.

El Banco Agrario puede también garantizar los préstamos con hipoteca, siempre que dichos préstamos se hagan a cooperativas agrarias o a empresas de propiedad social y con el fin de establecimiento, conservación y/o transformación agroindustrial con prestación de servicios. Dicha hipoteca garantizará préstamos que equivalgan al valor del autoavalúo hecho para fines tributarios: arts. 70, 75 y 76 del D.L. No. 21227.

Los bienes afectados en garantía al Banco Agrario no podrán ser incluidos en los procedimientos de quiebra. Son, asimismo, los fondos que proporcione el Banco inembargables: arts. 77 y 56 del D.L. 21227.

Puede existir prenda agrícola a favor de tercero, siempre que el Banco Agrario intervenga en el contrato consintiendo en el préstamo que hiciere el tercero: art. 73 del D.L. 21227.

La prenda agrícola a favor del Banco, no es necesario que se inscriba: art. 74 del D.L. 21227.

Si los bienes hipotecados son rematados, sólo podrán ser postores en la subasta cooperativas agrarias de servicios, centrales de cooperativas agrarias y empresas de propiedad social: art. 78, § 3º del D.L. 21227.

Como se observa, en la nueva ley del Banco existe un renacimiento de los gravámenes hipotecarios sobre predios rústicos; y de la prenda agrícola a favor de particulares.

CONCEPTO DE ALGUNOS TERMINOS BANCARIOS

Depósito.— Indica el saldo acreedor que como resultado de toda una serie de operaciones de entregas y retiros, aparece en los libros del banco a favor del depositante, en un momento dado.

Son los fondos que una persona coloca en un banco o institución financiera; de los cuales tiene una disponibilidad inmediata; o limitada esa disponibilidad por plazos de algunas semanas o a lo mucho, de algunos meses.

Clasificación:

- Depósitos primarios.— Son los representados por entregas de efectivo, cheques, etc. efectuados por el público.
- Depósitos derivados.— Que son los que se producen a consecuencia de operaciones de crédito de los propios bancos.

Conforme al plazo de vencimiento:

- Depósitos a la vista.— Son los constituidos en su mayor parte por depósitos en cuenta corriente.

De estas cantidades los depositantes tienen la libre e inmediata disponibilidad, lo que obliga al banco a estar en condiciones de devolver el importe en cualquier momento.

- Depósitos a plazos.— Son aquellos por los cuales el depositante se compromete a no retirar su dinero antes de cierto tiempo, y el banco paga sobre dicho dinero un interés relativamente elevado, ya que al conocer con anticipación la fecha de su retiro, está en condiciones de proceder en forma más conveniente a su empleo.

Estos depósitos de acuerdo al plazo pueden tomar formas distintas, según se establezcan por un plazo fijo acordado de antemano o por un plazo indeterminado, con una vigencia mínima preestablecida. La contratación de un plazo mínimo de vigencia del depósito no resta al depositante la posibilidad de retirar sus fondos en el caso en que se le presente la necesidad de disponer de los mismos. En estos casos lo único que puede ocurrir es una pérdida total o parcial de los intereses devengados.

- Depósitos de ahorro.— Están constituidos, en la mayoría de los casos, por las economías de personas de escasos recursos económicos, que al presentarse fraccionariamente en pequeñas cantidades difícilmente encontrarían una colocación remunerativa. Constituyen un aspecto particular de los depósitos a plazo. Los depósitos a plazo son los mismos que cuenta a plazo.

Sobregiro.— Constituye un crédito de muy corto plazo que los bancos otorgan a un cliente para ayudarlo a hacer frente a necesidades de muy breve duración.

Sobregiro es el que se produce cuando el cliente de un banco gira contra su cuenta por un monto que excede su saldo acreedor de la misma o del monto del crédito que se le tiene otorgado.

En ambos casos el banco autoriza esos cheques, otorgando así un crédito transitorio o ampliando, en forma igualmente transitoria, el que ya tiene otorgado.

Crédito en cuenta corriente.— Es aquél por el cual un banco autoriza a uno de sus clientes para que utilice su cuenta corriente como un reservorio que le sirva tanto para hacer entregas (lo que corresponde a la naturaleza específica del contrato de cuenta corriente), como para hacer retiros por cantidades que excedan las entregas pero, como es lógico, dentro de ciertos límites de monto y de tiempo.

Permite este crédito que la cuenta corriente del prestatario vaya registrando una relación muy numerosa de operaciones, tanto de cargo como de abono, y que su saldo sea susceptible de oscilar con frecuencia entre una posición acreedora y una deudora hasta que la operación llegue a su término.

Descuentos.— Es la operación mediante la cual un banco anticipa al tenedor de un título-valor el importe de éste, previa deducción de determinada cantidad por concepto de interés, calculado sobre el valor nominal del documento y por los días que median entre la fecha en que se lleva a cabo la operación y su vencimiento.

La cantidad que el banco deduce del importe nominal del documento se denomina también "descuento", de manera que este término significa tanto la operación en sí como la compensación que por la misma percibe al banco.

Descuentos de letras.— El descuento de letras aparte de los requisitos que la ley de la materia exige, la práctica bancaria exige además los siguientes:

— Requisitos extrínsecos:

- a) Número de firmas; deben ser más de una; por lo menos la del aceptante y la del endoso del tenedor;
- b) Plazo; no debe superar aquél que se acostumbra en las transacciones comerciales corrientes de compra-venta.
- c) Lugar del pago; puede ser el lugar donde tiene domicilio el banco descontable, o un lugar en el que éste tenga sucursal o corresponsal.

— Requisitos intrínsecos:

- a) La calidad de las firmas que el documento lleva; deben de ser de personas de reconocida honradez.
- b) Origen de los documentos; deben derivar de una genuina operación comercial.

Descuento del pagaré.— Se regula con los mismos criterios que se utilizan para el descuento de las letras de cambio.

Adelanto con Garantía de Valores.— Es aquel préstamo en garantía de cuyo cumplimiento el prestatario entrega en prenda al banco, cierto número de letras de cambio (endoso en prenda), bonos o acciones cotizados en la Bolsa, o, por lo menos de amplio mercado y de fácil negociabilidad. Por su parte, el banco pone a disposición del cliente una cantidad igual a un porcentaje determinado del importe de los valores entregados en prenda.

Adelanto con Garantía de Cobranzas.— Mediante esta operación el cliente que haya recibido de sus compradores cierta cantidad de letras que, por una u otra razón no quiere o no puede descontar, tiene la oportunidad de entregar dichas letras en garantía de un préstamo.

El banco abonará en la cuenta corriente del cliente una cantidad ó un porcentaje determinado del importe de las letras recibidas y car-

gará la misma cantidad a una "Cuenta Garantía", cuyo saldo deudor se irá descontando con el producto de la cobranza de las letras.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel.— Curso de Derecho Civil, tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago 1942.
- APARICIO y GOMEZ SANCHEZ Germán.— Código Civil, concordancias, tomo III, Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima 1937.
- BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE.— Derecho Comercial, Parte general, tomo 3, volumen 3, De las obligaciones comerciales en general, Ediar, S.A., Buenos Aires, 1947.
- CALLE, Juan José.— "Vistas Fiscales", tomo III, Lima.
- ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN Heinrich.— Tratado de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones, volumen II, Barcelona.
- HEDEMANN J. W.— Tratado de Derecho Civil, volumen III, Derecho de Obligaciones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- HEINSHEIMER, Karl.— Derecho Mercantil, traducción de la 3a. edición alemana, Editorial Labor, S.A. Madrid, 1933.
- LARENZ Karl.— Derecho de Obligaciones, todo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- MESSINEO Francesco.— Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- MESSINEO F.— La apertura de crédito. Contenido y caracteres, Editorial Jus, México, 1944 (Trad. de parte de *Operazioni di Borsa e di Banca*).
- PUIG PEÑA, Federico.— Tratado de Derecho Civil Español, tomo IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- RIPERT, Georges.— Tratado Elemental de Derecho Comercial, tomo III, Operaciones comerciales, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

PERIODICOS Y REVISTAS:

- "Anales Judiciales" (Corte Suprema).
- "Colección BARROS", Tomo II, Lima (Perú), 1937, editorial Sanmarti y Cía Lima, 1937.
- "La Revista del Foro"
- "La Prensa"
- "Revista de los Tribunales"
- "Revista de Jurisprudencia Peruana"
- "Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Facultad de Derecho, Universidad N. Mayor de San Marcos, Año V, No. 1. Lima.

ADDENDA

La edición de este volumen se terminó en noviembre de 1976 retardo que hace necesario insertar las recientes reformas legales del contrato de mutuo, sobre tipos de intereses.

43.—*Préstamos bancarios con prenda sin desplazamiento.*— El D.L. No. 20024, de 22 de mayo de 1973, en su art. 2º, establece que los préstamos que otorguen los Bancos y financieras, podrán ser garantizados con prenda sin desplazamiento. A estos contratos se les aplica los arts. 143 a 147 de la ley de Promoción Industrial No. 13270, de 30 de noviembre de 1959 y arts. 326 a 332 de su reglamento y el art. 2º de la ley No. 13805, de 30 de diciembre de 1961. Lo más importante es que si el deudor dispone de la prenda responde penalmente; que esta prenda sin desplazamiento sólo surte efecto desde su inscripción registral; y que sólo necesita instrumento privado con firma legalizada por notario para su registro.

La creación de esta prenda no sólo mercantil, sino bancaria y que le permite al Banco prestante acudir al Banco emisor, ha sido autorizada por el art. 2º del Decreto-Ley No. 20024, de 22 de mayo de 1973.

44.—*Préstamos especiales para construcción de casas-habitación.*— Con fecha 21 de noviembre de 1972, se dió el D.L. No. 19620, que sustituyó el impuesto de timbres por un nuevo régimen tributario y en su art. 27 estableció en sus incs. a), b) y c) exoneraciones de dicho impuesto.

Pues bien, las anteriores exoneraciones han sido ampliadas por el D.L. No. 19899, de 23 de enero de 1973. El art. 1º agrega el inc. d) al art. 27 del D.L. No. 19620, y por él se incluye en la exoneración a los ingresos que se perciban por intereses y comisiones derivados de préstamos otorgados para la adquisición o construcción de viviendas de interés social de nivel mínimo a que se refiere el D.S. No. 027-69-VI, de 26 de setiembre de 1969, sea cual fuere el organismo que otorgue el préstamo. Este Decreto-ley 19899, en su art. 2º señala el modo cómo se determinará la cantidad que grava el impuesto en los préstamos para adquisición o construcción de viviendas, que otorguen los bancos, las fi-

nancieras, las asociaciones mutuales de crédito, las cooperativas de crédito u otros organismos públicos o privados.

45.—*Nueva regulación de la Tasa de Intereses.*— Por virtud del Decreto-ley No. 21504, de 25 de mayo de 1976, se ha elevado la cifra limitativa en el cobro de intereses, en cualquier contrato. En adelante, los deudores deberán pagar los intereses que se señalen por Decreto Supremo. Por consiguiente, todos los límites fijados, por la ley No. 2760 y por la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, que hemos reproducido, no existen ya más, porque la tasa que se cobre estará indicada temporalmente por un instrumento proveniente del Poder Ejecutivo, que puede ser modificado en más o en menos, por otro mandato del Ejecutivo constante en un nuevo Decreto Supremo. Es dudoso que tratándose de contratos vigentes, los *quantums* de intereses estipulados deberán respetarse hasta la expiración de dichos contratos, atendido el principio de irretroactividad de la ley, porque puede sostenerse que lo irretroactivo se refiere a los intereses ya causados, pero no a los intereses futuros. Ello parece que no regirá, sin embargo, con respecto a los depósitos de ahorros, en los que si bien es verdad la cantidad ya producida por concepto de intereses es inmodificable, rige la nueva tasa si dichos depósitos de ahorro continúan. Obviamente, un problema colateral es el de saber si los intereses ya percibidos por el ahorro se capitalizarán y producirán nuevos intereses al tipo que señale el reciente Decreto Supremo y, a su turno, el Banco Central de Reserva del Perú.

Anteriormente, el Banco Central de Reserva del Perú, fijaba los tipos máximos de interés, dentro de la legislación limitativa de intereses. Esta facultad la ejercía en virtud de lo dispuesto por el art. 58 de su Ley Orgánica. Ahora, de conformidad con el art. 2º del D.L. 21504, le ha sido recortada esa facultad, ya que la fijación de los tipos se hará dentro de los límites que establezca el Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante decretos supremos que pueden ser sucesivos y a los que se les señala un término obligatorio de vigencia. A estos respectos, se ha dado ya el Decreto Supremo No. 050-76-EF, de 26 de mayo de 1976, que faculta al Banco de Reserva a autorizar el tipo máximo de interés del 19 por ciento. Adviértase que puede pactarse un tipo menor de interés y ello es válido; y sólo se refiere a las operaciones bancarias comprendidas en el precitado art. 58 de la ley del Banco de Reserva. Asimismo, ello rige para los Bancos comerciales, financieras y ahorros. Sin embargo, durante el curso de las operaciones dinerarias de estos institutos, puede variarse el tipo de intereses en más o en menos (art. 3º del Decreto-ley 21504), mediante decreto supremo súbito y ello supone que podrán reajustarse de inme-

diato las tasas que se hubieren convenido elevándolas o disminuyéndolas en los préstamos que se hubieren convenido elevándolas o disminuyéndolas en los préstamos que se hubieren pactado. Este *minus* o máximo no podría ser negociado entre acreedor y deudor, sino que sería operante en la cifra que el decreto supremo señale y apruebe el Banco emisor. Esta nos parece la recta interpretación del art. 3º del Decreto-Ley 21504, cuyo apartado final es importante, en cuanto excluye de este reajuste de tasas de interés que viola según parece, el principio de la irretroactividad, a otros contratos o en general operaciones crediticias en que existieren pagos diferidos con tasas de interés ya fijadas y cuya vigencia es inmodificable.

Con respecto a la nueva regulación del límite de los intereses, sea para los casos de uso del dinero que se debía entregar de inmediato, sea para la mora en el pago retardado en forma unilateral, se presentan estas situaciones que no están claramente reguladas:

No obstante el límite máximo que señala el Estado para el cobro de intereses ¿durante el tiempo que permanece en vigencia el decreto supremo que señale dicho límite, las partes pueden convenir en que se abone un interés menor que el fijado por la autoridad? Ello parece evidente, porque las partes pueden estipular hasta la exención en el pago de los intereses.

Automáticamente ¿el acreedor puede cobrar el nuevo tipo de interés que el decreto supremo señale, sin necesitar para ello del asentimiento del deudor? Se está haciendo en varias operaciones de compra-venta a plazos, lo cual nos parece ilegal, sea para los contratos celebrados con anterioridad o con posterioridad a la vigencia de la nueva tasa.

El reajuste en más o en menos, que señale el Estado y que obliga a aumentar o disminuir la tasa anteriormente convenida, ¿es para los contratos de mutuo con las entidades bancarias y las financieras, o dicho reajustes se opera si no se han pagado las obligaciones dinerarias de pago diferido, o que se encuentren demoradas en su abono? El reajuste sólo opera su préstamos celebrados con determinados mutuantes. Véase § 2º del art. 3º del D.L. No. 21504.

El aumento de las tasas de interés con respecto a préstamos celebrados con anterioridad a la fecha de promulgación del Decreto-ley No. 21504, se opera ¿no obstante que la tasa contractualmente señalada importa ley para las partes? ¿Puede un instrumento legal alterar el quantum de los intereses convenidos, aunque la alteración sólo incida en los intereses que se causarían posteriormente? No.

¿Puede el mutuuario que no acepta una elevación de la tasa de interés sorpresiva, pagar de inmediato la cantidad de dinero que habría



de generar dichos nuevos intereses, pagar la cantidad que los habrá de producir, no obstante que existe cláusula expresa que declara que el término para el pago es en beneficio de ambos deudor y acreedor, por lo que es aplicable la doctrina del art. 1112 del cód. civ.? Si.

Es evidente también que en adelante determinar si el acreedor cometió el delito de usura va a ser difícil, ya que es oscilante el tipo de interés que se encuentra legalmente vigente al tiempo de la comisión del delito y como se trata de delito continuado, el cobro de los intereses puede ser delictivo sólo en cierto tiempo anterior y no después, en que el Estado elevó el tipo.

El D.L. 21504 no modifica la tasa del interés legal fijada en el art. 1325 cód. civ., o sea el interés que se cobra por la mora en la inejecución de obligaciones dinerarias, cuando no existe previsión contractual de intereses, para dicha hipótesis. Cinco por ciento al año es una tasa que impele al deudor a no pagar sus deudas de capital, ya que a la postre sabe que será condenado a pagar una cifra mínima por todo el tiempo que retarde el pago.

El art. 1º del D.L. 21504 modifica el art. 58 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, en el sentido de que la tasa de interés máximo que señale dicho Banco no podrá exceder de lo que fije el Ejecutivo por Decreto Supremo. La fijación del límite máximo por el Ejecutivo no está sujeta a ningún plazo; éste puede fijar el límite en cualquier tiempo y las veces que viere convenirle.

En el art. 2º se establece que la fijación del tipo de interés pactable como máximo opera para todos los préstamos de dinero a que se refiere el inc. a) del art. 1º de la ley No. 11078 y el art. 7º de la ley No. 2760. Adviértase que el art. 7º de la ley de agio y usura sólo comprende a los contratos de mutuo.

En lo que respecta a la ley 11078, la cita que hace el art. 2º del D.L. 21504, está equivocada. No es el inc. a) del art. 1º de dicha ley 11078, sino el inc. a) de su art. 2º. Y también limita el cobro de las nuevas tasas de interés a los contratos de préstamo. Otros contratos en que se pactara intereses no estarían comprendidos en esta elevación del tipo de interés. A este respecto, el inc. a) del art. 2º de la 11078 a la letra dice: "Constituye agio y usura: a) Todo contrato, obligación o pacto sobre préstamos de dinero.....". Por tanto, quedarían excluidos todos los contratos de compra-venta de cosas muebles o inmuebles, con pago de precio diferido, ya que éstos no son préstamos o mutuos monetarios. Y lo mismo ocurre con el art. 7º de la ley 2760, que sólo se refiere a préstamos, aún cuando el art. 8º de la misma 2760 previene que la disposición limitativa de los intereses se aplica a todo contrato sustan-

cialmente equivalente. Empero, el art. 8º no ha sido citado, resultando inaplicable a la nueva legislación sobre cuantía de los lucros.

El art. 3º de la nueva ley establece la modificación del tipo de interés en los contratos de préstamo celebrados con los Bancos, financieras, etc., a lo cual denomina eufemísticamente "reajuste". Queda la duda de si comprende también a los contratos de préstamo entre particulares; y ello tiene que ser decidido por la jurisprudencia. Lo que sí aparece claro es que este reajuste en más o en menos (ello es posible) no comprende a otros contratos comerciales con pago diferido (§ 2º del art. 3º del D.L. 21504). Esta disposición es operante no sólo para bancos comerciales y financieras, sino también para los particulares.

En las emisiones de bonos, debentures y otras similares puede aumentarse o disminuirse el interés. Sin embargo, ese reajuste no existe para los bonos de la deuda agraria y de la industria pesquera expropiada, o los bonos emitidos para expropiar industrias básicas (art. 4º del D.L. 21504).

La legislación vigente por ahora, sobre el *quantum* de intereses exigible, es la que sigue:

DECRETO LEY No. 21504

Que el proceso de reactivación económica del país hace necesario fomentar el desarrollo del ahorro interno, para lo cual se requiere reglamentar el precepto que contiene el artículo 28º de la Constitución del Estado, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto-Ley No. 17063;

Que el señalamiento de los tipos de interés y demás cargos financieros debe ser un instrumento eficaz y flexible de regulación monetaria y económica;

Que el interés máximo señalado por la Ley No. 2760 de 26 de junio de 1918, no permite adecuadamente el desarrollo financiero en las actuales circunstancias, que son fundamentalmente distintas a las que regían en esa fecha;

Que la regulación de las tasas de interés y demás cargos financieros que conforme a su Ley Orgánica realiza el Banco Central de Reserva respecto de las instituciones del Sistema Financiero, debe estar encuadrada dentro de las pautas de política monetaria, crediticia y cambiaria que establezca el Ministerio de Economía y Finanzas con arreglo al Decreto-Ley No. 18240;

En uso de las facultades de que está investido; y,
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

Artículo 1º—Modifícase el artículo 59º de la Ley orgánica del Banco Central de Reserva, el cual tendrá el siguiente texto:

"Artículo 59º—Las tasas que autorice el Banco por concepto de intereses, comisiones, primas, bonificaciones y otros cargos similares, no podrán exceder a las que como máximo fije el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas previo informe del Consejo de Política Monetaria.

"La Superintendencia de Banca y Seguros supervigilará, con plenitud de facultades, que las empresas bancarias, las empresas financieras y las instituciones de ahorro no excedan las tasas que establezca el Banco de acuerdo con el artículo anterior".

Artículo 2º—Los tipos máximos de interés que al amparo de lo dispuesto en el artículo 58º de su Ley Orgánica fije el Banco Central de Reserva, dentro de los límites que establezca el Poder Ejecutivo, regirán también para todas las obligaciones o contratos sobre préstamos de dinero a que se refieren el inciso a) del artículo 1º de la Ley No. 11078 y el artículo 7º de la Ley No. 2760.

Artículo 3º—Cuando el Banco Central de Reserva del Perú varíe los límites de intereses, comisiones, primas, bonificaciones y demás cargos similares, podrán reajustarse automáticamente las tasas que se hubieran pactado en los préstamos que se encuentren vigentes por las sumas que se hallaren pendientes de pago a la fecha en que sean de aplicación los nuevos límites que dicho Organismo señale.

Lo dispuesto en este artículo no comprende a las demás operaciones o contratos comerciales con pago diferido.

Artículo 4º—El reajuste podrá también ser realizado por los emisores de bonos, cédulas y demás obligaciones, cualquiera sea su clase, pero en cada caso se requerirá de modo previo, la aprobación genérica o específica de la autoridad competente, la cual, cuando corresponda, recabará el informe de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

Tratándose de obligaciones del Sector Público Nacional en las cuales el tipo de interés hubiera sido fijado por Ley, el reajuste será autorizado por Decreto Supremo.

Los efectos del reajuste regirán desde la fecha que se indique en la aprobación correspondiente.

Artículo 5º—Cuando la autoridad competente lo crea conveniente, el reajuste de las tasas para las operaciones y contratos, así como para las de los bonos, cédulas y demás obligaciones vigentes a que se refieren los artículos 3º y 4º podrá hacerse obligatorio.

Artículo 6º—En armonía con lo dispuesto en los artículos anteriores, la autoridad competente podrá variar las tasas de interés fijo que, por la zona o institución para las que estén destinados, hayan sido señaladas en disposiciones legales vigentes.

En estos casos también podrá ser de aplicación lo dispuesto en el artículo tercero del presente Decreto-Ley.

Artículo 7º—El Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial y el Banco Central de Reserva por acuerdo de su Directorio, según corresponda, dentro de las pautas que conforme a Ley establezca el Consejo de Política Monetaria, dictarán todas las medidas genéricas o específicas que sean necesarias para la aplicación del presente Decreto-Ley.

Artículo 8º—Las disposiciones del presente Decreto-Ley no son aplicables a los bonos de la Deuda Agraria, a los bonos de la Industria Pesquera, así como a los bonos y valores emitidos para la adquisición de la Industria Básica y a los títulos que se emitan en aplicación del Decreto-Ley No. 20681.

Artículo 9º—Derógase el inciso c) del artículo 53º de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva y todas las disposiciones legales que se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto-Ley.

Lima, 25 de mayo de 1976.

DECRETO SUPREMO No. 050-76-EF

CONSIDERANDO:

Que para fomentar el ahorro interno es conveniente reajustar las Tasas máximas de interés;

Que sobre dicho reajuste ha emitido opinión favorable el Consejo de Política Monetaria; y

En uso de la facultad otorgada al Poder Ejecutivo por el Decreto-Ley No. 21504.

DECRETA:

1º—El tipo máximo de interés que podrá autorizar el Banco Central de Reserva del Perú para las operaciones a que se refiere el artículo 58º de su Ley Orgánica será de 19 por ciento.

2º—Los cargos por concepto de comisiones, primas, bonificaciones y otros similares que el Banco Central de Reserva del Perú, puede auto-

rizar de conformidad con su Ley Orgánica, no serán modificados, manteniéndose los vigentes a la fecha de expedición del presente Decreto Supremo.

Lima, 26 de mayo de 1976.

El Directorio del Banco Central de Reserva del Perú, en sesión del 10 de junio del presente año, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 4 del D.L. 18944 y el Art. 56 de su Ley Orgánica y en uso de sus facultades conferidas por los Arts. 58 y 59 de la referida Ley; el D.L. 21504 y el D.S. 050-76-EF de 25 y 26 de mayo de 1976, respectivamente, acordó modificar las tasas máximas de interés que pueden cobrar y pagar las instituciones de crédito.

Las referidas tasas máximas rigen desde el 1º de julio, en la siguiente forma:

A. EN LOS BANCOS ESTATALES DE FOMENTO, BANCOS
COMERCIALES, LA CAJA DE AHORROS DE LIMA Y LOS
BANCOS PRIVADOS DE FOMENTO DE LA INDUSTRIA
Y LA CONSTRUCCION

1. Por operaciones activas, o sea lo que los Bancos cobran:

1.1 En los préstamos que otorguen bajo cualquier modalidad, cobrarán un tipo máximo de interés de hasta el 15.5% anual.

1.2 En estas operaciones se mantienen sin ninguna variación los cargos por concepto de comisiones, primas, bonificaciones y otros similares.

2. Por operaciones pasivas, o sea lo que los Bancos pagan:

2.1 Por los depósitos, que reciban, según sea su clase:

a) En depósitos a la vista se paga un interés máximo del 2% anual.

b) En los depósitos de ahorros se pagará un interés máximo del 9% anual.

c) En los depósitos a plazo fijo existen diferentes tasas, de acuerdo al tiempo del Depósito:

c.1.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 90 a 179 días se paga un interés del 10% anual.

c. 2.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 180 a 269 días pagarán un interés máximo del 11% anual.

c. 3.) En los depósitos a plazo fijo, con una duración de 270 a 359 días, se pagará un interés máximo del 12% anual.

c. 4.) En los depósitos a plazo fijo, con una duración de 360 días o más, se pagará un interés máximo del 13% anual.

3. Por los bonos de los Bancos privados de fomento de la Industria de la Construcción se paga un interés no mayor del 13% anual.

4. Por las cédulas de la Caja de Ahorros de Lima se paga un interés del 11% anual.

B. EN LOS BANCOS REGIONALES

1. Por operaciones activas:

1.1 Por los préstamos que realicen bajo cualquier modalidad, cobrarán un tipo de interés máximo de hasta el 15.5% anual.

1.2 Se mantienen sin variación alguna los cargos por conceptos de comisiones, primas, bonificaciones y otros similares.

2. Por operaciones pasivas:

2.1 Por los depósitos que perciban:

a) En los depósitos a la vista pagarán un interés máximo del 2% anual.

b) En los depósitos de ahorro pagarán un interés máximo del 9% anual.

c) En los depósitos a plazo fijo pagan un interés máximo de acuerdo al tiempo del depósito:

c. 1.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 90 a 179 días sin certificado de depósito, pagan un interés máximo del 10.5% anual.

c. 2.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 180 a 269 días, pagan un interés máximo del 11.5% anual.

c. 3.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 270 a 359 días, pagarán un interés del 12.5% anual.

c. 4.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 360 días o más pagan un interés del 13.5% anual.

C. EN LAS EMPRESAS FINANCIERAS

1. Por operaciones activas:

1.1 Por los préstamos bajo cualquier modalidad cobran un interés máximo de hasta el 19% anual al rebatir.

1.2 Manteniéndose sin variación alguna los cargos por conceptos de comisiones, primas, bonificaciones y otros similares.

2. Por operaciones pasivas:

2.1 Por los depósitos a plazo fijo pagarán un interés máximo de acuerdo al tiempo del depósito:

a) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 360 días a 539 días, reeditarán un interés máximo del 13% anual.

b) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 540 días a 719 días pagarán un interés máximo del 14% anual.

c) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 720 a 899 días pagarán un interés máximo del 15% anual.

d) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 900 a 1079 días pagarán un interés máximo del 16% anual.

e) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 1080 días o más pagarán un interés máximo del 17% anual.

3. Por los bonos financieros emitidos al amparo del inc. k) del Art. 13 del D.L. 18957 sin incluir los rendimientos aleatorios o especiales contemplados en el inc. d) del Art. 14 del mismo D.L., pagarán un interés no superior del 12% anual.

D. BANCO CENTRAL HIPOTECARIO DEL PERU

1. Por operaciones activas:

1.1 Por los préstamos que concede bajo cualquier modalidad cobrará un interés máximo de hasta el 14.5% anual.

Es de señalar que los préstamos vigentes al momento de entrar en vigencia las nuevas tasas podrán reajustarse desde el 1% hasta el 2%.

2. Por operaciones pasivas:

2.1 Por los depósitos a la vista pagarán un interés máximo del 2% anual.

2.2 Por los depósitos de Ahorros pagarán un interés máximo del 9% anual.

2.3 Por las células hipotecarias pagarán un interés máximo del 11% anual.

E. MUTUALES DE VIVIENDA

1. Por operaciones activas:

1.1 Por los préstamos que conceden bajo cualquier modalidad cobrarán un interés máximo de hasta el 14.5% anual.

En los préstamos vigentes al momento de entrar en vigencia estas nuevas tasas pueden reajustarse los intereses hasta el 2%.

2. Por operaciones pasivas:

2.1 Por los depósitos:

a) En los depósitos de Ahorro pagarán un interés máximo de hasta el 9% anual.

b) En los depósitos a plazo fijo se pagarán un interés máximo de acuerdo al tiempo del depósito:

b.1.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 90 a 179 días pagan un interés máximo del 10% anual.

b.2.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 180 a 269 días pagarán un interés máximo del 11% anual.

b.3.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 270 a 359 días pagan un interés máximo del 12% anual.

b.4.) En los depósitos a plazo fijo con una duración de 360 días o más pagarán un interés máximo del 13% anual.

Asimismo, en esa misma sesión, el Directorio acordó modificar las tasas de interés de los redescuentos y créditos con garantía que otorga el Instituto Emisor; en la forma siguiente:

A— Para los Bancos Comerciales se cobrará un interés del 9% anual.

B— Para los Bancos Regionales se cobrará un interés del 9% anual.

C— Para las Empresas Financieras se cobrará un interés del 16% anual.

