EL CONTRATO DE PERMUTA

ESILDA JOSEFA GUERRA ARIAS

GERARDINO LEON MALDONADO

Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

DR # 0226.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

Barranquilla, 1992

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano
Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

En calidad de Director de la tesis de grado presentada por los alumnos ESILDA JOSEFA GUERRA ARIAS y GERARDINO LEON MALDONADO, quienes la denominan "EL CONTRATO DE PERMUTA", me permito dar concepto sobre la misma en los siguientes términos:

Se halla dividida en cuatro capítulos muy interesantes en el campo comercial de la vida diaria.

En consecuencia, por llenar la tesis los requisitos, tanto de forma como de fondo, exigidos por los estatutos universitarios, doy concepto favorable para que sea sustentada por sus autores.

Del señor Decano, atentamente,

BLAS GONZALEZ SANCHEZ
Director de Tesis.

DIRECTIVA

RECTOR	DOCTOR JOSE CONSUEGRA H.
SECRETARIO GENERAL	DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS
DECANO	DOCTOR CARLOS LLANOS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado.

_____

Jurado.

_____

Jurado.

Barranquilla, 1992.

DEDICATORIA

A mis padres y a una familia en especial Maestre Castro.

A dos amigos en particular María del Pilar de Gutierrez y Anibal José Martínez.

ESILDA.

TABLA DE CONTENIDO

Pág

INTRODUCCION

1. CONTRATO DE PERMUTA 1

1.1 ANTECEDENTES Y DEFINICION 1

1.2 CARACTERISTICAS 2

1.3 REQUISITOS 4

1.3.1 Clasificacón 4

1.3.2 Reglas de la compraventa aplicables a la permuta 5

1.4 PERMUTACION COMERCIAL 9

1.4.1 Concepto 9

1.4.2 Permuta en la contratación administrativa 10

2. JURISPRUDENCIA SOBRE PERMUTACION 11

2.1 OBLIGACION DE TRANSFERIR EL DOMINIO EN LA PERMUTACION SENTENCIA DE CASACION CIVIL DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1970. 11

2.2 LESION ENORME EN LA PERMUTACION 13

2.2.1 Sentencia de casación civil de 29 de septiembre de 1970. 13

Pág

2.3 ALCANCES DE LA RESOLUCION VOLUNTARIA DEL CONTRATO DE PERMUTA 16

2.3.1 Sentencia de casación civil de 31 de julio de 1969. 16

2.4 ALCANCES DE LA ENTREGA DE COSAS PROMETIDAS EN PERMUTA 17

2.4.1 Sentencia de casación civil de 9 de marzo de 1973 17

2.5 RESOLUCION DE LA PROMESA POR INCUMPLIMIENTO RECIPROCO DE LAS PARTES, SIN INDEMNIZACION 18

2.5.1 Sentencia de casación civil de 7 de diciembre de 1982. 18

3. CONTRATO DE MUTUO 20

3.1 ANTECEDENTES Y DEFINICION 20

3.2 GENERALIDADES Y CLASIFICACION 21

3.3 CARACTERISTICAS 21

3.3.1 Es real 21

3.3.2 Es unilateral 22

3.3.3 Es gratuito 23

3.3.4 Es principal 24

3.3.5 Es nominado 24

3.4 ACTOS DE DISPOSICION EN EL MUTUO 24

3.5 REQUISITOS 25

3.5.1 Clasificación. 25

Pág

3.6 OBLIGACIONES DEL MUTUARIO 26

3.6.1 Devolución de una cosa del mismo género y calidad. 26

3.6.2 Momento de la devolución 29

3.6.3 Lugar de la devolución 33

3.6.4 Préstamo con interés. 33

3.6.5 Carta de pago 36

3.6.6 Anatocismo. 36

3.7 OBLIGACIONES DEL MUTUANTE 36

3.7.1 Alcances 36

3.8 EL CONTRATO DE MUTUO EN MATERIA COMERCIAL 37

3.8.1 Generalidades 37

3.8.2 Onerosidad en el mutuo 38

3.8.3 Obligaciones del mutuario 38

3.8.3.1 Obligación de restitución 38

3.8.3.2 Obligación de pagar intereses 40

3.8.4 Obligaciones del mutuante 41

3.8.4.1 Alcances 41

3.8.4.2 Promesa de contrato mutuo 42

4. JURISPRUDENCIA SOBRE MUTUO 43

4.1 INTERESES EN EL MUTUO COMERCIAL. CUANDO PROCEDE LA PERDIDA. SENTENCIA DE CASACION CIVIL DE 29 DE MAYO DE 1981 43

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La permutación o cambio antecede cronológicamente a la compraventa. Antes de la aparición de la moneda, como instrumento de valoración dineraria, el acto de adquisición y disposición de cosas se hacía mediante el cambio reciproco radicando ahí su importancia.

En la permuta también se crean obligaciones y el contrato genera un título. La transferencia se logra por medio de la tradición, cuando el permutante es dueño de la cosa, o de la prescripción por el solo transcurso del tiempo, cuando el permutante no tiene el dominio de la cosa cambiada.

1. CONTRATO DE PERMUTA

1.1 ANTECEDENTES Y DEFINICION

La permutación o cambio, antecede, cronológicamente, a la compraventa. Antes de la aparición de la moneda, como instrumento de valoración dineraria, el acto de adquisición y disposición de cosas se hacía mediante el cambio recíproco; radicando ahí su importancia. Lógicamente, surgiendo a la vida comercial la moneda, la permuta fue perdiendo trascendencia contractual, para abrir camino a la compraventa.

El artículo 1955 del Código define la permutación o cambio como el contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie de cuerpo cierto por otro. En verdad, esta definición no abarca la noción general del contrato por cuanto trata de limitar los alcances del negocio a la obligación de cambiar un cuerpo cierto o especie por otro, excluyendo otros derechos y otras cosas, como los géneros, cuando son susceptibles de permutarse todas las cosas que pueden venderse. Dice el artículo 1957 del Códi-

go Civil: "No pueden cambiarse , las cosas que no pueden venderse". De ahí que sea más acorde con esta figura la definición que, sobre este contrato, trae el Código Civil francés en su artículo 1702: "Es el contrato , por el cual las partes se dan recíprocamente una cosa por otra". Se comprende, por tanto, que el trueque se puede hacer frente a cosas sin distinguir , de manera expresa, especies o cuerpos ciertos. En otras palabras: para entender la noción fundamental de la permuta bástenos con decir que es un contrato en que las partes se obligan a entregar recíprocamente una cosa o un derecho.

Tenemos que remitirnos a los conceptos emitidos, cuando estudiamos los alcances de la expresión dar en la compraventa, para acoplarlos a la definición del artículo 1955, por ser de idéntico contenido. En la permuta también se crean obligaciones y el contrato genera un título. La transferencia se logra por medio de la tradición, cuando el permutante es dueño de la cosa, o de la prescripción por el solo transcurso del tiempo, cuando el permutante no tiene el dominio de la cosa cambiada.

1.2. CARACTERISTICAS.

a) Es consencual. Establece el artículo 1956 del Código Civil que: "El cambio se reputa perfecto por el mero con-

sentimiento, excepto que una de las cosas que se cambien o ambas sean bienes raíces, ó derechos de sucesión hereditarios en cuyo caso la perfección del contrato ante la ley será necesaria escritura pública". Es decir, como principio general, la permita es consensual, se perfecciona por el acuerdo de voluntades sobre las cosas a cambiarse, y solemne por excepción. Empero, si observamos el artículo 1956, se podrá pensar que solamente los casos enunciados en dicho texto son los de excepción al carácter consencual que rige este negocio; pero no es completo el concepto : También debe estar revestido de solemnidad el cambio en donde esté por medio una servidumbre o los derechos patriméniales universales, debidamente relacionados de una persona, por cuanto el artículo 1958 del Código Civil impone que las "disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todos lo que se oponga a la naturaleza de este contrato".

b) Es bilateral. Hacer nacer obligaciones o prestaciones recíprocas para las partes: entregar una cosa o un derecho por otro.

c) E s oneroso. Ambas partes persiguen una utilidad, gravándose cada una de las partes en beneficio de la otra. Y por regla general es conmutativo, po r cuanto las obligaciones que apareja se miran como equivalentes conociéndose los alcances de las prestaciones. Por excepción es alea-

torio, como en el evento del cambio de una cosa por una cosecha ,que constituye una prestación incierta de ganancia o pérdida.

d) Es principal. Subsiste por sí solo, sin necesidad de otra convención. El hecho que al contrato de permuta se le apliquen las normas de la compraventa que no sean incompatibles a su naturaleza, no altera su característica principal.

e) Es de ejecución instantánea. Perfeccionado el contrato se debe ejecutar en las condiciones convenidas, sinque se vayan surtiendo obligaciones sucesivas.

f) Es nominado. Tiene dentro de nuestro estatuto civil una calificación y un desarrollo propios, aún cuando se rija, en general, por las reglas de la compraventa.

g) Es de libre discusión. Las partes convienen ,con plena libertad, en el cambio o trueque, sin mediar actos de adhesión.

1.3. REQUISITOS.

1.3.1. Clasificación. Son los mismos de todo contrato: Consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitos. Los conceptos consignados en la compraventa son aplicables, a

los requisitos del cambio. Lo que no se puede hablar es de precio, en sentido formal por cuanto la valoración dinera ria no se manifiesta en este acto jurídico. No integra el precio, un requisito en la permutación.

1.3.2. Reglas de la compraventa aplicables a la permuta. Habíamos dicho que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1958 del Código Civil, las reglas de la compra - venta se le aplican a la permita en todo aquello que no contraríe la naturaleza de este contrato. Ese es el princi pio general de aplicación. De manera expresa el artículo 1957 del Código Civil se refiere a la capacidad, con igual contenido al de la compraventa, cuando dispone: "Ni son há biles para el contrato de permutación las personas que no son hábiles para el contrato de venta". Por eso, la insti- tución de la lesión enorme tiene cabida en la permuta cuan do una de las cosas que se cambian o ambas son inmuebles, ya que el precio, que es el patrón par señalar el desequi- librio de las prestaciones, se precisa con el valor de las cosas o derechos que se truecan. Al haber inmueble en el ne gocio es pertinente la aplicación de la lesión enorme de la compraventa. Hasta 1935, la Corte Suprema de Justicia al ternada en el criterio sobre la prosperidad de la acción re cisoria por lesión enorme. Por fortuna, este Alto Tribunal ha mantenido una posición uniforme de aceptación de la le- sión enorme en la permuta.

También vale la pena resaltar que la acción resolutoria de que trata el artículo 1546 del Código Civio, tiene vigencia en la permuta, considerando que el incumplimiento en la entrega de una de las cosas o derechos permutados , produce o permite el rompimiento del vínculo jurídico mediante la resolución del contrato. Y sobre esa misma actitud conceptual, tendremos que aceptar que la institución del desistimiento, tiene acogida sustancial en la permuta.

En cambio, los artículos 1887, 1888 y 1889 del Código Civil, que hacen relación a la venta por cabida, no pueden ser aplicados cuando se cambia un inmueble rústico por otro o por una cosa o derecho, y se hace en consideración al cuerpo cierto. Por eso ha dicho la Corte , en sentencia de Casación de 14 de abril de 1942, Gaceta LIII, página 307:"Al contrato de permutación se le aplica, en caso de incumplimiento de uno de los contratantes, lo dispuesto en los artículos 1546 del Código Civil, pero este contrato no puede sujetarse a las disposiciones de los artículos 1887 y 1888, porque ellas se oponen a la naturaleza del contrato de permuta. En efecto , en el contrato de compraventa una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero, lo que constituye el precio.

Este en el contrato de compraventa en la generalidad de los casos ha de ser todo en dinero. El dinero como precio en el sentido pecuniario que en la compraventa le asigna

el artículo 1849 del Código Civil, es de la esencia del contrato. En la permuta no hay propiamente precio en el sentido ya indicado. Los contratantes se obligan a dar una especie o cuerpo cierto por otro, sin que estipule el pre cio.

Si en el contrato de permuta no hay permuta en la acepción que éste comporta en el contrato de compraventa, las más de las disposiciones del contrato de compraventa que se re fieren al precio son extrañas y opuestas a la naturaleza de aquel contrato, de suerte que si éstas premisas tienen un valor jurídico incontrastable, como lo tienen, las dis posiciones de los artículos atrás memorados, que regulan en esos casos el precio, no pueden predicarse de un contra to en que éste no existe y por lo tanto su aplicación al contrato de permuta violenta su naturaleza. Comprometién dose los contratantes en la estipulación sobre permutación o cambio, a dar un cuerpo cierto por otro, si se aplicarán a ese contrato las disposiciones de los artículos 1887 , 1888 y 1889 no se sabría , y sería desde todo punto de vis ta imposible apreciar cómo se aumenta el precio proporcio nal cuando la cahida real fuere mayor que la declarada, por que ya se ha visto que en el contrato de permuta no hay precio en el sentido que esta palabra comporta en el contra to de compraventa, es decir, una cantidad de dinero suscep- tible de aumentarseo disminuirse. Tampoco se ve la manera de rebajar o aminorar la extensión superficiaria, y en que

cantidad ,de uno de los cuerpos ciertos que se permutan cuando el otro cuerpo no ha podido ser entregado por linderos especificados en el respectivo contrato de permuta".

Tampoco pueden ser traídas a la permutación las reglas generales que sobre el precio consagra la compraventa, porque como lo dice la Corte "son extrañas y opuestas a la naturaleza de aquel contrato". Creemos ,eso sí, que el inciso 2o. del artículo 1929, que trata del depóstio judicial del precio cuando el comprador es turbado en la posesión de la cosa, o probare que existe contra ella una acción real de que el vendedor no le haya dado noticia antes de perfeccionarse el contrato, puede y debe ser aplicado en aquel caso en que uno de los permutantes se coloque en las condiciones enunciadas en dicha norma, a la manera de comprador. Podrá ,así, depositar la cosa con orden de autoridad competente.

Las normas relativas a los pactos accesorios de la compraventa, por tener relación y efecto directo con el precio no pueden ser aplicados a la permuta por hacerse impracticables y de difícil recibo en este contrato. Quizá,cuando se dé parte en dinero , y éste quedarse como saldo, podría ofrecerse el pacto comisorio y el pacto de reserva de dominio.

1.4. PERMUTACION COMERCIAL.

1.4.1. Concepto. En dos artículos, solamente, trata el Código de Comercio, el contrato de permutación: en el inciso segundo del 905 cuando dice: "Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario", y en el artículo 910, que preceptúa: "Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato".

En puridad ,deficiente es la reglamentación del contrato de permutación que hace el nuevo Código de Comercio, cuando ha podido regular con más acierto este contrato. No se puede aceptar que el inciso segundo del artículo 905, recoja parte en una cosa y parte en dinero, si la cosa vale más que el dinero es permuta no está fijando la noción exacta del contrato, ya que solamente contempla un aspecto de la permutación: el que surge de la negociación alrededor del precio representado parte en dinero y parte en otra cosa, pretermitiendo la parte más importante del acto jurídico, cual es la del cambio de una cosa o derecho por otro.

Habiendo tenido en sus manos el legislador la oportunidad de incorporar una definición acorde con lo que modernamente se conoce y entiende por permutación, se privó de hacer-

lo ingenuamente dejando un gran vacío que debe suplirse mediante la legislación común, que ,como dijímos, adólece de serias lagulas conceptuales, que motivan controversias y discusiones doctrinales.

Entonces, se tiene que acudir a lo dispuesto en los artículos 1955 a 1959 del Código Civil, para entender, con relativa precisión, los alcances del contrato de permutación mercantil, entendiéndose, rigurosamente que debe inspirarse en el criterio general que informa el Código de Comercio los contratos mercantiles especialmente la compraventa comercial.

1.4.2. Permuta en la contratación administrativa. Tal como lo previene el Decreto 222 de 1983, artículo 143, las entidades de derecho público pueden adquirir a título de permuta los bienes inmuebles que requieren para su funcionamiento. También podrán darse bienes inmuebles en pago de los que se adquieren.

El procedimiento que el Decreto 222 destina a la compraventa, señalado en la página 39, le es aplicable a la permuta, por expreso mandato del artículo 147. El valor del bien de la entidad no podrá ser inferior ni el del particular superior al determinado en el avalúo practicado con tal fin por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2. JURISPRUDENCIA SOBRE PERMUTACION

2.1. OBLIGACION DE TRANSFERIR EL DOMINIO EN LA PERMUTACION SENTENCIA DE CASACION CIVIL DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1970.-

"No es lo mismo como parece entenderlo el recurrente la obligación de dar el derecho de dominio sobre un inmueble y la de entregarlo materialmente. Por tanto, aunque el vendedor ponga al comprador en posesión útil de él, no por ello puede alegar que ha hecho tradición,púes ya quedó visto que ésta sólo se opera , respecto de tal clase de bienes, por la competente inscripción del título. Y siempre que el vendedor sea verdadero dueño, pues si ni lo es, la tradición es ineficaz. Fluye de lo anterior que aunque el presunto enajenante haya hecho entrega material de inmueble otro contratante, , ésta por sí sola no implica tradición.

"Dejóse visto que la venta de cosa ejan vale , y, que ese contrato, por el hecho, de que su objeto no sea propiedad

del enajenante, no está prohibido y, por el contrato,es tá autorizado expresamente por el artículo 1871 del Código Civil.

"Si quien dice enajenar el dominio pleno de un inmueble solo es dueño de la nuda propiedad o el usufructo, o so lamente tiene derechos hereditarios que pueden estar o no vinculados a él, por el registro competente del respectivo título de enajenación, aunque expresamente se haya con signado en éste que se transfiere el dominio pleno, sólo transfiere los derechos que tenga sobre la cosa entregada, (art. 752 C.C), pues nadie puede dar lo que no tiene. Más como fluye de esta misma norma, si el enajenante posterior mente adquiere el dominio se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición, evento que acaece tambien cuando vendida cosa ajena, el dueño verdadero rati fica después esa enajenación(Artículo 1874 Ibídem).

"El artículo 757 del mismo código no prohíbe al heredero el acto de disposición de bienes sucesorales, ni sanciona con nulidad esta enajenación, como lo pretende el recurren te, puesto, que, como lo ha dicho la Corte, "Si los herede ros venden un inmbueble de la sucesión antes del decreto de posesión efectiva, la venta es válida, pero su inscripción en el registro no transfiere el,dominio de la cosa vendida al comprador " (GJ LXXXII, 386) . No otra puede ser la inteligencia de aquel precepto, cuando el último inci-

so del artículo 1401 del Código Civil dispone que si algu no de los consignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otros de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.

"Como secuencia lógica d e lo expuesto, resulta que habién dose obligado el demandado, por el contrato de permutación o cambio, a transferir el dominio de un inmueble sobre el que no tenía derecho de propiedad sino meros derechos here ditarios en él vinculados, por el registro de la escritura pública en que se consignó aquel contrato, no cumplió con su obligación de tradir el dominio, por la clara razón de no ser verdadero dueño de ese inmueble. Siendo manifiesto entonces, el incumplimiento, de aquella obligación el Tri bunal aplicó debidamente y con su recta inteligencia los artículos 762, 1544 y 1546 del Código civil al decretar la resolución demandada y la restitución de los bienes materia de la permuta".

2.2 LESION ENORME EN LA PERMUTACION.

2.2.1. Sentencia de Casación Civil de 29 de septiembre de 1970. "En la compraventa de bienes inmuebles que, según, se dejó dicho es uno de los casos en que el derecho colombiano opera la lesión como vicio del contrato, se exige que sea enorme para que se produzca . Y se entiende que lo es para el vendedor, cuando el precio que recibe es infe-

rior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y para el comprador cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato. (Artículo 1947).

"La existencia de ese vicio produce la nulidad relativa del contrato de compraventa celebrado, y en consecuencia probados los supuestos de hecho previstos en el precepto mencionado, el Juez debe decretar su rescisión. Más como tal vicio puede subsanarse mediante el restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones contractuales , el artículo 1948 le concede al contratante vencido la facultad opcional de consentir en la rescisión, o darle firmeza al contrato mediante compensaciones adecuadas tendientes a obtner el equilibrio econiomico en las prestaciones de las partes que la lesión rompiera.

En caso de que opte por la rescisión, el restablecimiento del equilibrio jurídico exige el cumplimiento de las restituciones recíprocas entre las partes, consecuenciales a toda declaración de nulidad.

"Siendo tales restituciones efecto legal y natural de esa declaración , en la demanda en que ésta se solicite va necesariamente implicita la súplica sobre aquellas, y por consiguiente, decretada la rescisión, debe el sentencia-

dor pronuciarse inexcusablemente sobre las restituciones aunque no exista petición expresa en el libelo, pues reco nocida la causa de nulidad hay que reconocer también sus efectos jurídicos. Estos mismos principios se aplican al contrato de permuta por mandato del artículo 1978 del Código Civil, que a la letra dice:

"Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación a todo lo que se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrao se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio".

"La Corte ha dicho a este propósito".

"Si en el contrato de permuta lo mismoque en el de venta hay precio; si en el tal contrato es posible determinar si el precio fué justo o injusto; si la acción rescisoria por lesión enorme procede no sólo en favor del comprador; si en la permita cada permutante es la vez vendedor y com prador; y si no lo ha dicho, la rescisión por lesión no es en manera alguna incompatible en el contrato de permuta, es necesario llegar a la conclusión de que, conforme a los dispuesto en el artículo 1958 del Código Civil, las dis posiciones de los artículos 1946 y 1947 son aplicables al contrato de permuta" (LXXVIII 640)".

2.3. ALCANCES DE LA RESOLUCION VOLUNTARIA DEL CONTRATO DE PERMUTA.

2.3.1. Sentencia de Casación Civil de 31 de julio de 1969.

"Sin embargo, no tuvo en cuenta que el simple consentimiento de los interesados en deshacer el negocio no restituía por sí solo las cosas a su situación anterior la que se había alterado en razón de la primesa, como quiera que, según el documento contentivo de la misma, ambas partes se anticiparon la entrega material de los bienes que pretendían permutar y la actora, además, del demandado, como parte de complemento, mil pesos de ganado y dos mil pesos en efectivo.

"Ni el sentenciador aprendió que resuelto convencionalmente el contrato de permuta la situación de hecho subsistente entre las partes mal podría tener su fundamento en aquella resiliación, que era contraria, sino que apenas era la supervivencia de un estado de cosas creado por la promesa, ahora disuelta, y que, por lo tanto, aunque ya no fuese el caso de declarar de nuevo su resolución, depreciada en la primera de las súplicas principales, quedaban en pie, con necesidad de ser decididas en lo pertienente y por la misma vía de procedimiento propia de la acción resolutoria , las demás peticiones consecuenciales de la resolución, la que si no decretó el juzgador, solamente lo fué en cuanto ella ya había sido acordada por las mismas partes.

"Entonces ,resulta cierto que el Tribunal, al desestimar sin excepción alguna los pedimentos restitutorios integrantes de la acción principal, absolviendo de todos ellos al demandado, para dejar las cosas en la situación, creada por el contrato de promesa como si la resolución del mismo no se hubiera establecido entre las partes, violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 1544 del Código Civil, en armonía con el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, pertinentes ,según lo expuesto, al caso del pleito".

2.4. ALCANCES DE LA ENTREGA DE COSAS PROMETIDAS EN PERMUTA.

2.4.1. Sentencia de Casación Civil de 9 de marzo de 1973.

"La censura invoca la doctrina de la corte contenida en la sentencia de 3 de marzo de 1939 T. XLII, 700 la cual es aplicable, pues en el presente caso no se han producido ninguno de los modos que extinguen las obligaciones según el artículo 1625 Ibídem. La promesa por consiguiente ,se halla en pie, y mientras esto sucede es injurídico exigir una prestación que no sería posible, como la restitución de la casa de habitación de Oiba con su solar correspondiente por parte de R.R. a N.N o de que prosperara la pretención reinvindicatoria de éste contra aquel. La promesa se celebró y aparece vigente, por lo cual deben respetarse las estipulaciones de los prometientes, entre las cuales figura, de manera expresa, la entrega material de los

inmuebles prometidos en permuta. La reinvindicación deman dada, como dice la Corte en la sentencia citada, refiriéndose la simple devolución, "es por lo menos, prematura".

2.5. RESOLCUION DE LA PROMESA POR INCUMPLIMIENTO RECIPROCO DE LAS PARTES, SIN INDEMNIZACION.

2.5.1. Sentencia de Casación Civil de 7 de diciembre de 1982. "El error de hecho imputado es eivente,. Si el contrato hubiese sido de compraventa, la consecuencia de la resolución sería para el vendedor devolver el precio o su parte recibida; empero, como fué permuta, al decretarse la resolución, así como se ordenó la devolución de la cosa vendida, ha debido decretarse la devolución del dinero y de los semovientes dados en pago, o su valor, si ya no existen. El cargo , pues, debe prosperar.

"Sentencia de instancia. Como conseucencia de la prosperidad de los cargos necesario es que la Corte proceda à dictar la sentencia que deba reemplazar la anulada. El sentido del nuevo fallo de instancia es obvio y natural, Se mantendrá la resolución del contrato sin indemnización de perjuicios pero no por mutuo disenso sino por incumplimiento recíproco y simultáneo de los contratantes de su obligación de concurrir en el lugar y fecha convenidos a otorgar la escritura que perfeccionara el contrato prometido. Y como consecuencia de la resolución se mantendrá la orden

de devolución del inmueble objeto del contrato, por una parte, y de los semovientes, o su valor actual, y el dinero, por la otra. No sin advertir que en cuanto al dinero, y debido al proceso de pública notoriedad de la permanente desvalorización de la moneda con el fin de evitar un empobrecimiento injusto a una parte a la que recibiría un enriquecimiento incausado a la otra, la que tendría que devolver una misma cantidad pero con menor poder adquisitivo, mientras el valor de las cosas distintas del dinero permanecen estables en su valor relativo, la Corte ha de disponer un reajuste monetario, con fundamento en la doctrina de la investigación del derecho de que trata el artículo 48 de la ley 153 de 1887, que da pie para la aplicación de doctrinas tales como las del enriquecimiento injusto. Ese reajuste monetario se hará ante el funcionario a quo mediante incidente."

3. CONTRATO DE MUTUO

3.1 ANTECEDENTES Y DEFINICION

El derecho Romano consideró el contrato de mutuo o préstamo de consumo, cuando se entregaban cosas fungibles y consumibles por una persona a otra, con la obligación de devolver igual cantidad y especie de las prestadas. Inclusive, se conoció, con la aparición de las XII Tablas, el mutuo bajo la forma de préstamo de dinero con interés

También, a igual que el comodato, el mutuo siguió la trayectoria del Derecho Romano, pasando por el Derecho Francés, ubicándose en el Código Civil chileno, para llegar con similar contenido a nuestro estatuto civil: "El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad".

En el mutuo participan dos partes: el que entrega la cosa que se llama mutuante, prestador o dador, y el que la recibe, que se denomina mutuario, prestatario o receptor.

3.2 GENERALIDADES Y CLASIFICACION

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

3.3 CARACTERISTICAS

El mutuo tiene las siguientes especiales características:

3.3.1 Es real. Se perfecciona mediante la entrega de la cosa prestada. Por eso establece el artículo 2222 del Código Civil: "No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio". Aquí tradición tiene una doble acepción: entrega, como hecho material, y tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas prestadas, por cuanto al recibirse el -

bien mutuado, si el mutuante tiene plena capacidad, se transfiere el dominio, por ser un acto traslaticio del derecho de propiedad. Si el prestador no es dueño de la cosa no hay tradición, aunque se haga la entrega, por faltar un requisito indispensable para tal efecto: capacidad como lo exige el artículo 740 del Código Civil.

Claro está que por ser real el mutuo no quiere significar que se prescinda del consentimiento. En absoluto. La expresión de voluntad de las partes debe estar revestida de todas las exigencias generales para cualquier acto o negocio Sólo que no es suficiente para su conformación, por constituir parte de su esencia la entrega de la cosa. So se declara la voluntad en el sentido de prestar, esa manifestación no produce otro efecto que el de generar obligaciones personales, producto de la promesa de contrato de mutuo que se estructura, y ante lo cual el mutuario o prestador podrá demandar en cumplimiento.

3,3.2 Es unilateral. Perfeccionado el contrato, con la entrega, surge la obligación para el receptor de devolver otras tantas del mismo género y calidad, y de pagar, en

el evento de que se hubiere pactado, intereses. No se des prende, en principio, obligaciones para el mutuante. Este se coloca en una actitud completamente pasiva, en espera del cumplimiento de la prestación a cargo del mutuario. No obstante, pueden originarse, lo mismo que en el comoda to, obligaciones para el mutuante, en desarrollo del contrato, no como elemento inicial del acto jurídico, v.gr., la de indemnización por los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2228 del código Civil. Pero esta situación que puede o no aparecer no modifica la característica unilateral del mutuo. De ahí que se diga, siguiendo las nociones del Derecho Romano, que es sinalagmático imperfecto.

3.3.3 Es gratuito. Por su naturaleza, es el mutuario el que recibe utilidad del acto jurídico.

El mutuante, por su parte, sufre el gravamen. Cuando esto ocurre se ofrece el mutuo como gratuito. Empero, este carácter no es de la esencia, ya que se puede imponer al mu tuario la obligación de pagar interéses. En este evento se convierte en oneroso y conmutativo. Con idéntico crite

rio se presenta cuando el mutuante participa, a manera de utilidad, en el rendimiento del capital mutuado.

3.3.4 Es principal. El mutuo subsiste por sí solo, sin requerir de otra convención. Por el contrario otros negocios acceden al mutuo, para servirle de garantía, como la hipoteca, la prenda, etc.

3.3.5 Es nominado. Su calificación y desarrollo emanan de la misma organización sustancial del Código Civil (Artículos 2221 a 2235).

3.4 ACTOS DE DISPOSICION EN EL MUTUO

Cuando el prestador entrega la cosa, habiendo la capacidad de tradir, se transmite el dominio. Hay un desprendimiento de la propiedad. Hay disposición plena. El prestatario se hace dueño de la cosa. Su obligación es devolver igual género y calidad. Algo más: puede ser la misma cosa prestada pero bajo la consideración de una obligación restitutoria.

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

3.5 REQUISITOS

3.5.1 Clasificación. El mutuo, como cualquier acto jurídico productor de obligaciones requiere de: La capacidad plena de los contratantes, en atención que el mutante se desprende del dominio de la cosa prestada, y por tanto ejercer actos de disposición, y el mutuario, por su parte al tener que devolver igual género y calidad también extrae, con posterioridad, bienes de su patrimonio para el cumplimiento de su obligación restitutoria.

Se exige, pues, la capacidad suficiente para enajenar, es decir, la plena. Si presta el que no tenía derecho para disponer, se permite la reivindicación de las especies mientras conste la identidad. Desaparecida ésta, el que las recibió de mala fe será obligado al pago inmediato, con el máximo de los intereses que la ley permite estipular; pero el mutuario, de buena fe sólo será obligado al pago con los intereses estipulados y después de pasados los diez días subsiguientes a la entrega de la cosa prestada (Artículo 2227 del Código Civil).

Del consentimiento como expresión previa para la confor mación del contrato, según las reglas generales estable cidas en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil.

El objeto se confunde con el bien prestado, que como ha quedado dicho, debe recaer sobre cosas fungibles lícitas.

3.6 OBLIGACIONES DEL MUTUARIO

3.6.1 Devolución de una cosa del mismo género y calidad.

El mutuario debe devolver igual cantidad de cosas del mis mo género y calidad de la recibida, sea cual fuere su pre-

cio al momento de su devolución, cuando se trata de prés tamo de cosas fungibles diferentes al dinero. En caso que no sea posible o no lo exigiere el mutuante, podrá el mu tuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que se debe hacer el pago' Pero el valor determinante para su de volución no es el que tuvieren al momento de la entrega sino al de la restitución. Si vale más o menos, la contigen cia la corre el mutuario (Artículo 2223 del Código Civil).

Observamos una impropiedad en la conjunción y que trae el artículo 2223, cuando, en verdad, debe ser la conjunción o que consigna el artículo 2198, correspondiente del códi go Civil chileno, porque la idea o criterio de la norma es la de permitir en favor del mutuante la opción de exigir bien igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, ora el valor de la cosa al momento de cumplirse con esas obligación.

Si aceptamos la construcción del artículo 2223 tendríamos que convenir que si las cosas no son posibles de devolver se, pero el acreedor lo exigiere se deberán, en todo caso por el mutuario, y esto carecería de sentido y objetivi- dad ante la imposibilidad que se desprende de su devolu-

ción con posterioridad al perfeccionamiento del contrato.

Si se ha prestado dinero sólo se debe devolver la suma numérica enunciada en el contrato. No se puede tener en cuenta la fluctuación en el poder adquisitivo de la moneda, salvo estipulación en contrario. Empero: ¿que ocurre si las partes convienen en reajustar el monto de la suma prestada de acuerdo al poder real de la compra de la moneda? ¿Será una cláusula valida? Creemos que si se puede establecer esta modalidad de restitución por contener propósitos y fines privados, que consultan, de antemano, una realidad negocial. Es un remédio contractual que tiene su razón de ser en la fluctuación de la moneda, a consecuencia de un fenómeno inflacionario.

Por eso, tanto la doctrina y la jurisprudencia francesa han acogido, con eficacia, esta cláusula en el mutuo, que han denominado de escala móvil. Al decir el inciso final del artículo 2224:" Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria", esta consintiendo en un pacto de reajuste en el valor de la moneda prestada.

Preceptúa el artículo 2224 del Código Civil: "Podrá darse una clase de moneda por otra aun a pesar del mutuante, siem

pre que las dos sumas se ajusten a la relación establecí da por la ley entre las dos clases de moneda. Lo que quie re decir, de manera general, que prestándose en moneda ex tranjera, de circulación en nuestro país, puede pagarse en moneda colombiana, mediante la relación entre las dos clases de moneda. El artículo 48 de la Ley 1a. de 1959, ra tificó este criterio diciendo: Las obligaciones contraí- das en divisas extranjeras a que se refiere el artículo pre cedente se cubrirán en la divisa estipulada, o en moneda colombiana a la tasa del días de pago.

3.6.2 Momento de la devolución.

a) La restitución debe hacerse en el término fijado por las partes. Esta es la manera ordinaria de señalar el tiem po de devolución, Mutuante y mutuario expresan su voluntad en tal sentido, Podrá, con todo, el prestatario pagar to- da la suma debida aun antes del término convenido salvo que se hayan pactado intereses.

La posibilidad de pago, aun antes del vencimiento del plazo acordado entre las partes, tiene su fundamento en el carác

ter gratuito del contrato de mutuo. De suerte que el mutua rio puede atender su obligación restitutoria en cualquier momento, sin que pueda oponerse el mutuante a que el pago se haga con prescindencia y sin consideración, claro está que anticipadamente, del término estipulado.

Empero, cuando el mutuo es oneroso, esto es, cuando el mutuario se obliga a pagar intereses por la cantidad presta da, ese criterio se restringe, por cuanto el mutuante también persigue un provecho que se por los intereses pacta dos.

Precisamente, el Código Civil presenta reglas generales so bre el particular, a través del artículo 1554, que dice: "El deudor puede renunciar al plazo, a menos que el testa dor haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjui cio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evi tar. Y en el inciso final consagra: "En el contrato con in terés se observará lo dispuesto en el artículo 2225 (hay que entender que es el 2229).

El recorte, pues, para la satisfacción anticipada de la su ma mutuada, es evidente, cuando el préstamo es con interés

El mutuante, por tanto, no estará obligado a recibir antes del término estipulado, lo prestado, por perseguir, inmediatamente, exprésese o no en el contrato, un beneficio. Es decir: el pago anticipado, en principio, acarrea al acreedor un perjuicio.

Pues bien: a nuestro juicio esa restricción no puede ser absoluta. Entendemos, la característica de la onerosidad del mutuo con interés es cierta y relevante. Supone que la parte que presta, en esas condiciones, pretende una utilidad. Entonces lo primordial es que esa posición contractual no se debilite o quebrante en detrimento del mutuante. El provecho económico de éste debe ser cuidado dentro del desarrollo del negocio obligacional. Por eso, con el pago anticipado se pueden causar perjuicios al acreedor, que la ley trata de evitar , restringiendo la posibilidad sustancial de pago anticipado.

Sin embargo, consideramos que, de superarse ese probable perjuicio, no habría margen para negar la oportunidad de pago anticipado. Eso se lograría, ciertamente, mediante el pago tanto de la cantidad prestada como de los intereses por todo el tiempo pactado.

Con el apgo, consideramos, que de superarse ese probable perjuicio, no habría margen para negar la oportunidad de pago tanto de la cantidad prestada como de los intereses por todo el tiempo pactado.

Con el pago de todos los intereses, no sólo hasta el día de la restitución de lo prestado, sino, también, los que restan hasta el momento de la expiración del plazo, se res tablecen las condiciones contractuales. De esas manera se atiende el espíritu de la ley se satisfacen los propósitos contractuales.

b) A falta de estipulación expresa, el artículo 2225 del código Civil suple el vacío contractual diciendo: "Si no se hubiere fijado el término para el pago habrá derecho de exigirlo dentro de los diez subsiguientes a la entrega Es el plazo mínimo establecido por la ley. De suerte que antes de los diez días contados a partir de la entrega, el mutuario no se constituye en mora de devolver la cantidad y género prestados.

c) Cuando se deja el mutuario en libertad de cumplir o pa gar en el momento que le sea posible. Si se pacta que el

mutuario pague cuando le sea posible, el mutante podrá exigir al juez, por medio de un requerimiento que fije el término de devolución, que en ningún caso podrá ser inferior a los diez días señalados en el artículo 2225 del Código Civil.

3.6.3 Lugar de la devolución. La restitución debe hacerse en el lugar que convengan las partes. A falta de expresa estipulación debe hacerse en el domicilio del deudor. Si bien es cierto que el Código Civil no consagra norma alguna sobre el particular, tenemos que acogernos a los principios generales, que rigen los contratos, para determinar el sitio en donde el prestatario debe devolver la cosa mutuada.

3.6.4 Préstamo con interés. Las partes pueden acordar, y aquí surge una obligación convencional, intereses por un simple préstamo ya sea en dinero o cosas fungibles (Artículo 2230 del Código Civil). Este pacto de intereses modifica, como ya quedó explicado, el carácter gratuito del mutuo, para convertirlo en oneroso. Pero hay que advertirlo expresamente, porque a contrario del mutuo comercial, se presume o supone que es gratuito, y

por tanto, no se causan intereses. El Código Civil francés le destina una reglamentación especial (Artículos 1905 a 1914) al mutuo con interés pero, en verdad, establece las reglas de los artículos 2229 a 2235 del Código Civil colombiano.

El interés convencional y éste es un recorte al principio de la atuonomía en los contratos, no puede exceder de una mitad al que probarse haber sido interés corriente al tiempo de la convención.

Se venía aceptando por la jurisprudencia que la regulación del interés corriente estaba adscrita a las cooperativas de crédito, con fundamento en lo dispuesto en el ordinal 4o. del artículo 13 de la ley 134 de 1931. Concretamente a la Superintendencia de Cooperativas, como organismos director de esas entidades especializadas de crédito y que se cifraba en el uno por ciento mensual, o sea, el doce por ciento anual.

Ahora, con base en el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, el interés corriente será el que señale la Superintendencia Bancaria, quien lo fijará anualmente, o con los informes de bancos, o con copia de las resoluciones de la Junta Monetaria respecto de operaciones especia

les que ésta regule.

Entonces, cuando ocurra la convención lesiva en los intereses será reducido por el juez al interés corriente, si lo solicita el deudor. En consecuencia, se requiere de una petición del deudor por cuanto al juez no le está permitido directamente hacer la reducción de que trata el artículo 2231 del Código Civil.

Si las partes acuerdan el pago de intereses sin expresar la cuota se entenderán fijados los intereses legales, o sea el seis por ciento anual (Artículo 2232 del Código Civil). En este caso las partes convienen en que el mutuario reconozca y pague intereses por el capital mutuado, pero omite señalar la cuota. El vacío contractual lo llena el Código Civil diciendo que será el legal.

De pagarse intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital (Artículo 2232 del Código Civil) porque se entiende que ese pago se deriva de una obligación moral o natural, al creer el mutuario deber intereses por la cosa prestada. No es un pago indebido. Es válido y produce plenos efectos en favor del mutuante.

3.6.5 Carta de pago. Al estipularse, intereses y el mutuan te da un paz y salvo o carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados (Artículo 2234 del Código Civil). Claro está, por contener una presunción legal admite prueba en contrario. La carga de la prueba se invierte: debe el mutuante acreditar que, a pesar de haber dado la carta de pago por los intereses, no fueron cubiertos por el mutuario.

3.6.6 Anatocismo' El anatocismo que es la acumulación de intereses con la suma principal, para formar un capital superior que a la vez va a producir intereses, está prohi bido por el Código Civil en el artículo 2235: "Se prohibe estipular intereses de intereses". De esta manera: los inte reses debidos no pueden ser imputados al capital para de ducirles más intereses.

3.7 OBLIGACIONES DEL MUTUANTE

3.7.1 Alcances. En el curso del cumplimiento del mutuo, obviamente después de perfeccionado el contrato, pueden aparecer obligaciones para el mutuante, particularmente

cuando se trata de cosas fungibles distintas al dinero. El artículo 2228 del Código Civil dispone que: "El mutuante es responsable de los perjuicios que experimenta el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada bajo las condiciones expresadas en el artículo 2217. Si los vicios ocultos eran tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda. El pago de los perjuicios puede tener ocurrencia en el evento de la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada. Y ahí radica la obligación a cargo del mutuante.

En atención a la enajenación que se desprende del contrato de mutuo, el prestatario no puede ejercer derecho de retención para el pago de la indemnización de perjuicios, por cuanto se considera que es dueño de la cosa prestada y para que se dé esa garantía se requiere, básicamente, que el retenedor no sea dueño, sino simple tenedor.

3.8 EL CONTRATO DE MUTUO EN MATERIA COMERCIAL

3.8.1 Generalidades. No define el Código de Comercio el contrato de mutuo. Unicamente destina siete artículos 1163 a 1169 para resaltar, principalmente, el carácter oneroso de este negocio mercantil. De esta manera se corro-

bora la falta de técnica en el artículo comercial, obligatoria la remisión a las reglas civiles para entenderlo y ubicarlo sustancialmente.

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

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

3.8.3 Obligaciones del mutuario:

3.8.3.1 Obligación de restitución. El mutuario estará obligado a restituir lo prestado de acuerdo a lo convenido O sea, que el término para cumplir el prestatario esas obligación es el que expresamente haya pactado con el mutuante. Pero si las partes otorgantes no lo estipularen,

o si la restitución se deja a la voluntad o posibilidad del mutuario, se hará su fijación por el juez competente tomando en consideración las estipulaciones del contrato, la naturaleza de la operación a que se haya destinado el préstamo y las circusntancias especiales del mutuante y del mutuario (Artículo 1164). Mienstras que el Código Civil llena el vacío contractual del término de restitución dejando un margen mínimo de diez días siguientes a la entrega, el Código de Comercio regula esta materia concediéndole facultad al juez, mediante los trámites de un proceso abreviado de que trata el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, para que haga la fijación sin consideración a un plazo mínimo y de acuerdo a las circunstancias especiales con que se haya rodeado el negocio.

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

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

3.8.3.2 Obligación de pagar intereses. Hemos advertido el carácter oneroso del mutuo comercial. El solo hecho de entregarse una cosa en préstamo de consumo implica para el mutuario la obligación de cubrir los intereses, que a falta de estipulación será el legal. Esta regla especial para el mutuo es aparentemente contraria, en cuanto hace a la regla especial para el mutuo es aparentemente contraria., en cuanto hace a la clase de intereses exigibles, al artículo 884 del Código de Comercio, que establece de manera general que: "Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente.

Es decir: la falta de convención expresa de intereses ha ce que el mutuo se liquide el legal, en tanto, cuando se trata de cualquier otra clase de negocio generador de réditos, será el corriente bancario, que es señalado por la Superintendencia Bancaria. Y si en el mutuo se habla de interés sin especificar o aclarar la clase, se entenderá ahí sí aplicando el artículo 884, que es el corriente ban cario.

El interés moratorio en ningún caso podrá ser superior al doble del interés corriente, poque se considera que es le sivo para el mutuario. Si se llegare a pactar ese interés deproporcionado, la sanción que la ley mercantil impone (Artículo 884) es que el acreedor perderá todos los inte reses. Corresponderá, por tanto, al juez que conozca del proceso respectivo hacer la declaratoria en tal sentido. En reciente sentencia de mayo 29 de 1981, la Corte señaló los alcances de los intereses lesivos.

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

3.8.4 Obligaciones del mutuante.

3.8.4.1 Alcances. Tal como lo hace el código Civil, el

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

3.8.4.2 Promesa de contrato mutuo. Si se promete dar una cosa, a título de préstamo de consumo, el prometiente mutuante deberá cumplir lo prometido, salvo que las condiciones patrimoniales del otro contratante se alteren en tal forma que hagan notoriamente difícil la restitución, a menos que el prometiente mutuario le ofrezca garantía suficiente; en aquel caso podrá abstenerse de cumplir la promesa (Artículo 1169).

4. JURISPRUDENCIA SOBRE MUTUO

4.1 INTERESES EN EL MUTUO COMERCIAL. CUANDO PROCEDE LA PERDIDA. SENTENCIA DE CASACION CIVIL DE 29 DE MAYO DE 1981.

Difícil resulta entonces la inteligencia del artículo 884 citado que, no obstante contener excelentes propósitos, es precepto notoriamente abstruso.

Como se verá enseguida, muchas son las hipótesis que ofrece esta norma, que demandan interpretación; con todo, son varios los principios allí contenidos que por ser de claridad meridiana, sólo admiten una sola inteligencia. Entre éstos están los siguientes:

1.- Cuando en la convención mercantil nada se estipula sobre intereses del plazo o simplemente se guarda siliencio sobre su tasa, se deben intereses bancarios corrientes.

2.- Cuando se estipulan intereses del plazo no superiores a los bancarios corrientes y se guarda silencio sobre los moratorios, éstos serán el doble de los convencionales.

3.- Cuando nada se conviene sobre intereses del plazo y en cambio, se pactan moratorios que no excedan del doble del interés corriente bancario, entonces durante el plazo se deben intereses corrientes bancarios.

4.- En ningún caso el interés de la mora podrá ser superior al doble del interés bancario corriente o al doble del interés remuneratorio convencional. En una palabra, está prohibido el pacto de intereses moratorios que sobrepasan el doble del interés corriente. En efecto, si los intereses remuneratorios pactados exceden del interés corriente, los moratorios no pueden fijarse en el doble de aquellos, pues excederían el doble del interés corriente y en cambio, si son iguales o inferiores a éste, entonces los moratorios serán el doble de los pactados.

Otras situaciones, por el contrario, requieren del auxilio de los principios de la hermenéutica para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la ley en punto de interés tanto de la mora como del plazo.

Así, por ejemplo, cómo determinar el máximo de la tasa de interés que puede pactarse durante el plazo? No lo ha dicho la ley expresamente, comoquiera que sólo estatuyó que cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente (Art. 884) y al tratar del mutuo comercial dispuso. Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales (Art. 1163). Sinembargo, como se desprende fácilmente del texto de las disposiciones citadas, que durante el plazo se deben los intereses que se hayan acordado y que sólo a falta de pacto sobre éstos, se causan los legales comerciales que equivalen a los bancarios corrientes, podría sostenerse que no existe límite legal para pactar intereses remuneratorios? No, porque si expresamente la ley ha dicho que los intereses de mora, en ningún caso pueden exceder del doble de los intereses bancarios, sería absurdo que, por haber guardado la ley silencio sobre el punto, pudiera sostenerse que las partes tienen plena libertad para fijar la tasa de los intereses del plazo, es decir, que no existe un monto máximo legal o que no hay tope.

Si los intereses moratorios, fuéra de la retribución por

el uso del dinero prestado y por los riesgos de pérdida, comportan indemnización de perjuicios, entonces los intereses del plazo, que necesariamente se causan antes de que el deudor esté en mora de cumplir su obligación, no puede fijarse por encima del tope que la propia ley ha señalado a los moratorios. Como las normas legales no pueden interpretarse de tal manera que su inteligencia conduzca al absurdo, se hace indispensable llegar a la conclusión de que en el sistema del derecho mercantil colombiano, no es posible pactar como tasa de intereses convencionales del plazo una que exceda del doble del interés corriente. Pero como no existe expresa prohibición de hacerlo, entonces los intereses remuneratorios que excedan de ese límite, deben ser fijados por el juez al doble del interés bancario corriente.

Ahora bien, cuando para el caso de mora del deudor, se ha fijado un interés superior al doble del que las partes pactaron para el plazo o, cuando no habiendo señalado la tasa de intereses remuneratorios, se estipula expresamente por las partes una superior al doble del interés bancario corriente, que ocurre? Que por expresa disposición del artículo 884 del C. de Comercio, el acreedor perderá todos los intereses en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos. La sanción resulta acompasada con los principios especiales que regulan la cláusula penal mercantil, pues en el ar

tículo 867 ibídem se establece que cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una su ma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al mon to de aquell.

Sinembargo, este tratamiento punitivo legal debe sufrir una excepción cuando se advierte que el acreedor no ha que brantado ninguna norma legal y que la violación del prin cipio comentado se produce a espaldas de aquel, sin su ex preso querer, por una aplicación automática de la ley. En tonces es evidente que si, contrariando la ley, se estipu lan intereses de mora por encima del doble de los pactados para el plazo, con ello se actúa en rebeldía de lo dispues to por el artículo 884 citado, y que tal repulsa se comete también cuando, a pesar de no haberse señalado intereses del plazo, se convienen moratorios mayores del doble del interés bancario corriente. En estos casos, por existir franca transgresión de la norma que prohibe estipular in tereses de la mora por encima del doble apuntado, la drás tica sanción de perderse todos los intereses moratorios debe aplicarse. Pero si resultare que el interés moratorio fuese superior al doble indicado, sin expreso señalamiento de los convencionistas, entonces no se debe fulminar esa sanción si aparece que el acreedor no quebrantó directa e intencionalmente el precepto prohibitivo. Tal sería el ca so en que los contratantes hubieran pactado un interés del

plazo superior al bancario corriente, lo que está permitido, y no hubieran estipulado el interés que deberá pagarse durante la mora; en este evento, aplicando los artículos 883 y 884 del C. de Comercio, tendríamos que el interés de la mora sería el doble del interés convencional del plazo, que, entonces, resultaría superior al duplo del interés corriente bancario; en tal hipótesis no se podría hacer poder al acreedor todos los intereses de la mora, sino simplemente las sumas que excedan al doble del interés bancario corriente, dando así lugar a reducción de intereses moratorios y no a su pérdida.

Y aunque es verdad, como lo sostiene el recurrente, que el artículo 884 citado al fijar el tope máximo de intereses, lo hace solamente con relación a los moratorios y que la sanción que impone por la transgresión de ese principio es la pérdida de todos los intereses y no su reducción, es lo cierto que, como se explicó antes, hoy los intereses remuneratorios comerciales, es decir los del plazo, no se pueden pactar por encima del doble de los bancarios corrientes y que, por cuanto la sanción de pérdida de todos los intereses para cuando se pactan por encima del tope legal, sólo es aplicable a los moratorios y no a los del plazo, cuando

éstos se han convenido en suma mayor al doble de los ban carios corrientes, deben ser rebajados a este límite y no aplicarse la sanción de pérdidas que sólo está contempla da en la ley para cuando se pactan moratorios en cuantía prohibida.

Por tanto, las sanciones del tribunal no resultan erradas en el punto. Con todo, como en la parte resolutiva de la sentencia, punto 2o., se dispuso: "Refórmase el numeral 2o. de la misma sentencia fijándose en su lugar el interés corriente en el 32% anual vigente al 20 de marzo de 1975, siendo que el mismo fallo aceptó que el corriente era para entonces del 16%, se casará la sentencia en ese punto para indicar que el interés convencional durante el plazo, no el corriente, por exceder del doble del interés corriente y no ser posible pactar uno superior al duplo debe ser fijado en el 32% anual.

BIBLIOGRAFIA

ACUÑA ROZO. Eduardo. Constitución Política de Colombia. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 1980

BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro. Los principios contratratos civiles y paralelo del derecho comercial Bogotá 4a. edición 1980.

JARAMILLO BETANCOURT, Carlos. Código de Procedimiento Civil Colombiano, pequeño foro. Medellín 1971.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Décima edición. Editorial Temis Bogotá D.E. 1976.

URIBE HOLGUIN, Ricardo. De las obligaciones y del contrato en general. Ediciones. Rosaristas Bogotá, D.E. 1980.

SALAMANCA, Hernan. Derecho Civil. Contrato, Universidad Externado de Colombia, 1980.

VALENCIA ZEA, Arturo. De los contratos Romo IV Bogotá 1977.