

T
346.02
R696

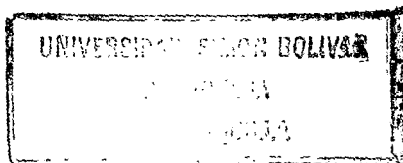
EL INTERES FINANCIERO DESTRUYE EL CONTRATO DE MUTUO

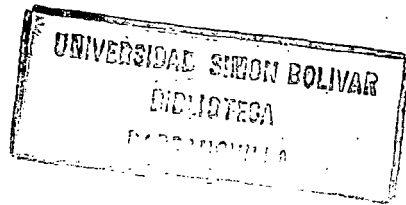
SOL RODRIGUEZ CHARRIS

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, 1987

353

DR 7-08/10





Barranquilla, marzo de 1987

Señor
DECANO
Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Atte: Dr. CARLOS LLANOS S.
Ciudad

Apreciado Doctor:

Agradezco a usted, la distinción que me ha hecho al asignarme la dirección del trabajo de investigación "El interés financiero destruye el Contrato de Mutuo", de que es autora la inteligente egresada, señorita SOL PAULINA RODRIGUEZ CHARRIS. El trabajo presentado con impecable metodología, reviste características, no sólo de importancia jurídica, sino además, de responsabilidades en su autora, quien desde la apertura del enfoque del tema nos introduce en un mundo de conocimientos bien distribuidos en cuanto a historia se refiere, y de interesantes análisis de índole filosófico-jurídico que nos han llevado a conocer el dominio que ella tiene en la materia.

En las conclusiones plantea una solución que ha despertado en mí una inquietud: podrá encasillarse el mutuo de dinero con interés en un contrato de distintos delineamientos jurídicos? Lástima que la señorita Rodríguez Charriz no haya querido pisar esos predios, y que su astucia femenina haya eludido los señalamientos específicos de su solución.

Según mi criterio, declaro a usted, que apruebo en todos sus puntos este trabajo, y que lo considero digno de ser sustentado para la obtención de su título de Abogada.

Con toda consideración, respeto y amistad,

PEDRO U. SOCARRAS RIVERA
c.c. #1708506 Chimichagua
T.P. No. 13596 De Minjusticia.

/ocr.

EL INTERES FINANCIERO DESTRUYE EL CONTRATO
DE MUTUO

SOL RODRIGUEZ CHARRIS

Trabajo de investigación presentado
como requisito parcial para optar al
título de Abogada.

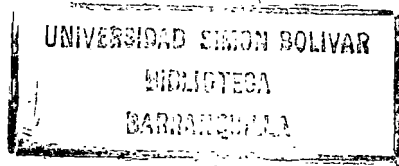
Director: Dr. PEDRO U SOCARRAZ
RIVERA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

" SIMON BOLIVAR "

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987



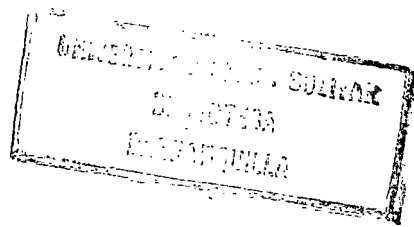
Nota de Aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Marzo de 1987



CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
" SIMON BOLIVAR "

CUERPO DIRECTIVO:

Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS : Rector

Dr. CARLOS LLANOS : Decano

Dr. PEDRO U . SOCARRAS
RIVERA : Director de la investigación

DEDICATORIA

Dedico este triunfo a quienes positivamente contribuyeron a la realización y culminación de mis estudios:

A: Mi cuñado JAIME PESELLIN

A: Mi hermana MAGOLA DE PESELLIN y,

A: Mi amiga DENISSE AMPARO
QUINTERO.

.....Sol.....

AGRADECIMIENTOS

La Autora expresa sus agradecimientos:

A l Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ. Decano de la facultad de Derecho, por su valiosa colaboración.

A. Don RAFAEL SUAREZ ARAUJO.

Al Dr. PEDRO U. SOCARRAS RIVERA. Por su invaluable asesoría.

A. Don JAIME PESELLIN, por el gran apoyo que siempre me ha brindado.

A . Todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDO

	pág
INTRODUCCION	10
1. MARCO HISTÓRICO	12
1.1 EL TRUEQUE	12
1.2 EL MUTUO EN EL MUNDO ANTEGRECO-ROMANO	15
1.2.1 Elementos del Contrato de Mutuo	17
1.2.1.1 Un objeto Fungible	17
1.2.1.2 Una devolución de objeto de igual calidad y cantidad	17
1.3 CASO ESPECIAL DE LOS FENICIOS	18
1.3.1 Pilares de la evolución del contrato	19
1.3.1.1 El contrato Verbis	
1.4 LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO	20
1.5 DIVISION DEL CONTRATO	21
1.5.1 El contrato Real	21
1.5.2 El contrato Consensual	22
1.6 EL MUTUO EN LA EDAD MEDIA	23

	pág
2. MARCO CONCEPTUAL	27
2.1 PRINCIPIOS FILOSOFICOS M ATEMATICOS	27
2.1.1 Identidad	27
2.1.2 Principio de igualdad	28
2.1.3 Principio de Equivalencia	28
2.1.4 Principio de Proporcionalidad	29
2.2 PARALELO ENTRE EL MUTUO Y EL COMODATO	30
2.2.1 Principios fundamentales	30
2.2.1.1 Mutuo	31
2.2.1.2 Comodato	31
2.2.2 Falencias en nuestro contrato de mutuo	33
3. MARCO LEGAL	35
3.1 aARTICULO 2221	35
3.2 ARTICULO2223	35
3.3 ARTICULO 2224	36
3.4 ARTICULO 2227	36
3.5 ARTICULO2217	37
3.6 ARTICULO 2229	38
3 .7 ARTICULO 2231	38
3.8 ARTICULO 2235	39
4. MARCO ANALITICO	40
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFIA	47



INTRODUCCION

El contrato de Mutuo o préstamo de uso, es sin duda el contrato más importante de la antigüedad, pues dió origen a la asistencia social natural, y por qué no decirlo? también lo es actualmente, pues a poco que revisemos las relaciones actuales entre los miembros de cualquier sociedad humana, echaremos de ver que el préstamo, aún siendo con interés, continúa siendo un favor apreciable por todas las gentes; por ello he dedicado mis esfuerzos a investigar sobre las raíces mismas de este contrato, y luego a estudiarlo en su conformación jurídica en donde he encontrado deficiencias que bien vale analizar, y mejor todavía proponer soluciones, para que la crítica resulte constructiva. Mi criterio es que este contrato debe llenar a cabalidad el objetivo que le asignaron los antiguos y todavía tiene en realidad, cual es un favor, según acabamos de indicar. Es verdad que el interés que modernamente se le ha asignado al Mutuo Monetario afecta profundamente esta finalidad, y en forma inevitable, pues la conformación social que el capitalismo le ha

dado en nuestra éra, no permite excluir de la ambicionada plusvalía que invade todas las transacciones, el codiciado fruto del dinero producido por el dinero mismo, en lo que consiste el interés. Es cierto que el Mutuo en especie no es dinero, que sí sea avaluable en dinero, y de ahí, el que se le aplique un interés monetario; pero sigue conteniendo este Mutuo interesado un hecho social de mucha importancia.

Me permito advertir al jurado ante el que he de sustentar mi trabajo, que las observaciones a nuestro estatuto jurídico en el tema pertinente, son de mi propio criterio, y que ellas tienen como finalidad únicamente la perfección de este estatuto en cuanto al Mutuo se refiere.

1. MARCO HISTORICO

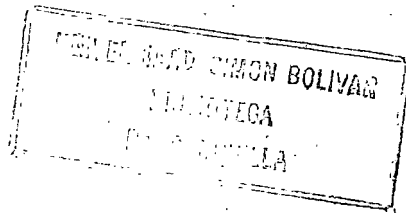
1.1 EL TRUEQUE

Llámase así al cambio de un artículo por otro. En realidad se trata de la aplicación del principio de la equivalencia :esto vale lo que ésto otro. Las necesidades múltiples que se le presentaron al hombre desde un comienzo, implicaron diversidad de cubrimientos, para los cuales el hombre primitivo tenía muy poca oportunidad, por la carencia de ayuda mecánica. Su alimentación tenía que ser diversificada por instinto, pues su naturaleza le pedía los elementos biogénicos que estructuraban su composición corpórea; y esos elementos, por carencia de medios mecánicos no podían ser adquiridos oportunamente, por lo cual fué necesario intercambiar productos de diferentes índoles nutricionales para poder allegar a la mesa primitiva los alimentos balanceados que la naturaleza humana exigía. Así por ejemplo, el primitivo no podía cazar, pescar y

sembrar simultáneamente; fué necesario la diversificación del trabajo; y que mientras unos pescaran otros sembraran y otros cazaran; al final de su tarea respectiva intercambiaban sus productos en una medida que sólo pudo fijar el instinto y el valor convencionalmente ajustado que le daban la necesidad real (indispensable para la vida) y la necesidad particular (suntuaria, según la apreciación de cada cual) convertido después en ley comercial de cambio. Así comenzó el "trueque".

Fué pues una necesidad natural la que indujo a los primitivos a trocar los productos de su trabajo, pero es indudable que ese cambio o trueque dió origen al Mutuo, pues cuando en una ocasión alguien necesitando un alimento, no tenía a la mano otro para el cambio, debió acudir al sentimiento amistoso natural en la especie humana, y pedirlo prestado al amigo; poco a poco y extendiéndose esta costumbre de la cual probablemente se llegó a abusar, fué necesaria la intervención de la ley para que el derecho estructurase un acuerdo de voluntades o contrato para garantizar la equidad entre las partes. Del Mutuo vino a presentarse una modalidad nueva:

"El Contrato de Comodato", cuando el préstamo ya



no se hizo entre artículos de consumo, sino entre artículos de uso.

Recorriendo la historia del hombre, encontramos que esta naturaleza del Muto se ha mantenido incólume, pero la aparición del dinero introdujo fuertemente algunas modificaciones, no de la naturaleza, sino de su aplicación.

La introducción del dinero en el Mutuo, originó el interés, hijo maldito del dinero y causante del capitalismo actual. El interés no era otra cosa que el supervalor del artículo mutuo, siempre a beneficio del mutuante. Ejemplo, si una persona le prestaba a otra un muslo de cordero y el mutuario devolvía un muslo de carnero y le encimaba otra presa, esta presa el interés del mismo, de modo que el interés originariamente fué en especie.

A esta aparición del interés en especie siguió luego la moneda, que en un principio consistió en cualquier cosa que despertara estimación entre los hombres, como una perla -un pedazo de oro o de plata, etc. Su naturaleza consistía en un valor estimativo que los hombres le dieran, y fué así, como al

extendiéndose su uso entre las tribus primitivas, se comenzó a acordar un precio fijo, para cada una de esas piezas o monedas; los gobiernos de entonces tomaron especial preocupación por regularizar este sistema financiero que daba la oportunidad de su acumulación en manos de unos pocos, de ahí nació el interés, como porta estandarte de esa acumulación que se llamó Riqueza y luego capital. Fue muy tentativo el capital desde su origen, pues conservando el artículo Mutuo su ser material, producía en el mutuo un interés, de donde este interés, era una utilidad que perdía el prestatario, que ganaba el prestador o mutuante, más tarde sin afectar su propiedad; y todo esto mediante la moneda. Más tarde y para mayor facilidad del comercio, se estableció la moneda que era un trozo de cualquier metal, convencionalmente acordado para un valor determinado.

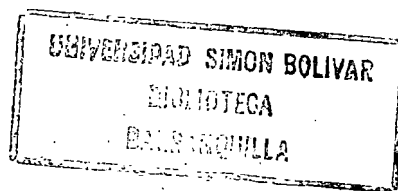
1.2 EL MUTUO EN EL MUNDO ANTEGRECO-ROMANO

Ya en la edad antigua antes del imperio griego de Alejandro, se usó el oro como metal para la moneda, señalándole un valor muy alto, más para efecto de los pequeños trueques, para el comercio detallado en general, para pequeñas transacciones, se empleó

el cobre. Ya en el imperio Romano se generalizó un sistema de moneda que comprendía al Oro para los más altos valores o "sextecios", la Plata para valores intermedios "argenteos" y el Cobre para valores mínimos "ases", y también el obolo, que era de cobre y la base inferior de ese sistema monetario.

A pesar de este sistema monetario, que no seguía una dependencia matemática de proporción, sino que establecía valores propios e intrínsecos para cada moneda, subsistían valores autónomos para algunos objetos preciosos; así por ejemplo, no se podía decir: estemanto de púrpuras de cincuenta sextercios, sino, vale cincuenta sextercios, porque ese mismo manto podía valer más sextercios en una parte que en otra; igual cosa ocurre en nuestro mundo moderno.

La naturaleza del préstamo de consumo, se modificó sustancialmente en Roma, pues como hemos visto, el Mutuo dió origen al interés primitivo, pero el Codex civilis inserto el Mutuo en los contratos gratuitos, que eran en total cuatro: Mutuo-Comodato depósito y el mandato. Estos cuatro contratos no admitían interés alguno.



1.2.1 Elementos del Contrato de Mutuo

Son elementos del Contrato de Mutuo, y éstos desde muy antiguo:

1.2.1.1 Un objeto fungible

Esto es consumible.

1.2.1.2 Una devolución de objeto de igual calidad y cantidad

No puede darse pues el principio de identidad; la cantidad devuelta debe ser la misma que la cantidad recibida en préstamo; la calidad de lo devuelto debe ser igual a la calidad de lo prestado.

En el mutuo Hay transferencia de dominio, pues el dominio consistía en la disposición integral de una cosa, y siendo así que en el Mutuo hay una consumición, séguése que quien recibe lo prestado, de ello dispone también integralmente, De aquí resulta que, como nadie puede transferir dominio si no lo tiene, para que el Mutuo sea legal, se requiere que el Mutuante o prestador, sea dueño de lo que presta; y de aquí surge la capacidad: un menor no puede ser mutuate, porque no tiene la capacidad de sus derechos civiles, como no la tuvo la mujer en la antigüedad

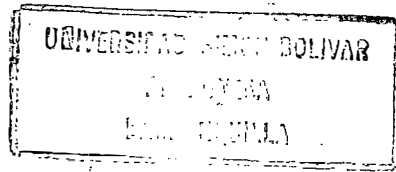
como jamás la tuvo el esclavo, como jamás la pueden tener los anormales síquicos.

En los casos de imposibilidad de devolución, tanto en cantidad, como en calidad, se admitió desde un comienzo el principio de equivalencia que consiste en este caso extremo, en devolver algún objeto que tenga igual valor comercial o sentimental que el objeto mutuado.

Este contrato sigue las reglas generales del derecho civil: puede ser escrito u oral; en el segundo caso, que es el más común, y para préstamos pequeños y triviales, las pruebas son estimables por el juez que conozca del caso.

1.3 CASO ESPECIAL DE LOS FENICIOS

Aún cuando ya' el mundo Romano había establecido las monedas Oro, Plata y Cobre, sin embargo, estas monedas según dijimos, tenían sólo un valor intrínseco, y fueron los fenicios los que le dieron al oro la verdadera característica de patrón. Es decir, que todo precio estaba relacionado con esta moneda, la que por primera vez fué fraccionada para facilitar las transacciones comerciales. Esta



modalidad de los mercaderes y navegantes fenicios re percutió en el contrato de Mutuo especialmente; así se llegó a negociar directamente con la moneda, dándole el carácter de artículo de consumo, e introduciéndola en la división de bienes muebles. No fué sólo ésto, sino que ofreció al derecho los elementos fundamentales del contrato, los que luego magistralmente perfeccionó al Codex Civilis.

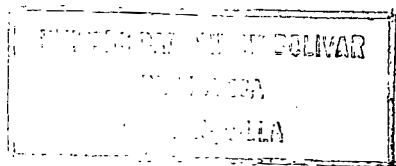
1.3.1 Pilares de la evolución del contrato

Esta evolución del contrato tuvo dos (2) pilares:

- El contrato Verbis y
- El contrato Litteris.

1.3.1 El contrato Verbis

Era un contrato oral, basado en determinados verbos sacramentales, siendo el principal el Stipulare; y así pregunta el Pretor a los contratantes: estipulas darle darle en préstamo a Pedro una medida de trigo? y el otro respondía: lo estipulo- seguía el pretor: Es tipula devolver esa medida en la misma calidad de trigo, el día 7 de Diciembre de 1987? Sí lo estipulo;



Y pasaba el pretor a echar unos granos de trigo en la balanza, que luego recogía el prestatario en señal de aceptar y llevarse la medida de trigo; con esta o parecida ceremonia pero usando siempre el verbo stipulare, se llevaban a cabo los demás contratos.

Como esta modalidad se hacía engorrosa, poco a poco el pretor Romano adoptó el sistema Fenicio del contrato Escrito o Litteris, en el que se podía usar de otros verbos y establecer cláusulas como actualmente usamos nosotros.

1.4 LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO

Ya antes aludido por los Fenicios, Roma los estableció así:

- Por lo menos dos (2) contratantes.
- Consentimiento de ambos contratantes.
- Licitud del acuerdo.
- Una causa para tal acuerdo.

-Capacidad para contratar.

Como se vé son los mismos que aparecen en nuestro Código Civil, teniendo en cuenta que el concepto de capacidad ha sido muy modificado en esta época moderna.

1.5 DIVISION DEL CONTRATO

Dividieron los Romanos, y nosotros seguimos esta división, en contratos Reales y Contratos Consensuales. Los Reales, son aquellos que sólo se realizan con la entrega de la cosa, objeto del contrato (Tradición). Y los Consensuales, son aquellos que se realizan con el mero consentimiento de las partes, y luego se perfecciona con la Tradición.

Ampliamos esta diferencia:

1.5.1 El contrato Real

El contrato real exige un consentimiento de las partes sobre una determinada transacción, la cual queda realizada legalmente con la entrega del objeto transado (tradición). Si yo doy en préstamo de Mu

tuo una arroba de arroz a Clementina, encontramos dos (2) elementos en esta transacción:

-Que yo quiera facilitar el arroz, y que Clementina quiera recibirlo (esto es consentimiento).

-Que yo entregue el arroz (esto es tradición).

De modo que si falta uno de estos elementos no hay contrato.

1.5.2 El Contrato Consensual

Consiste solamente en el consentimiento de una transacción, pero la tradición es necesaria para su perfeccionamiento. De modo que en sólo consentir las dos partes ya hay contrato, aunque no perfecto, es decir: que es exigible la tradición, como complemento. Si yo vendo un "toro Tal" a Vicente, este contrato existe aunque yo no le entregue el "toro", pero precisamente por existir el contrato él me puede exigir legalmente que le entregue el toro.

1.6 EL MUTUO EN LA EDAD MEDIA

El desenvolvimiento que tuvo este contrato en la edad media, merece especial tratamiento, por haber surgido en ella la usura, que es la máxima de pravación del interés. Y no es que en la edad primitiva la usura no fuera conocida, ni que los fenicios no la hubieran introducido en sus operaciones mercantiles. ya los judíos en la diáspora ("dispersión"), se dedicaron a este especial comercio de facilitar dineros prestados con altos intereses, lo que constituye la usura, y así colaboraron activamente en el extraordinario desarrollo mercantil de Alejandría, de Tiro, Sirón y Cartago.

1.6.1 En la Edad Medio-Media

El apogeo de la nobleza europea estuvo envuelta en permanentes guerras de vecinos, condes marqueses, duques, etc. Se peleaban incesantemente para acrecer su poderío y así bien merecer de su rey, cuya gloria debía reflejarse en sus vasallos. Examinemos el resultado de esta situación: los ejércitos de estos nobles constaban de mercenarios o sea soldados

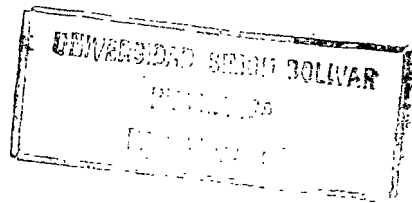
extraños a su "feudo", y pagados para que combatieran. Los dineros procedentes de las cosechas de sus Feudos, no eran suficiente para el mantenimiento de este ejército permanente, de donde debían conseguir dineros prestados, ya a título de empeño de joyas, ya con hipotecas de tierras, etc. Fueron precisamente los judíos dispersos por Europa desde que en el año 70 de la era cristiana, el emperador Vespasiano trajera a Roma a los 100 mil judíos que quedaban en Judea después de la muerte de Cristo, y estos judíos se encargaron a ejercer el oficio de prestatarios usureros, y aunque humillados en todas partes, apaleados inmisericordemente por los Nobles, quienes fueron poco a poco dominados por la astucia de esta raza, ella vino poco a poco a poderarse de la mayor parte de los tesoros de esos nobles. En este estado de cosas, y a pesar de la prohibición mosaica de practicar la Usura, las autoridades la aceptaron y hasta legislaron sobre ella, dejando establecida jurídicamente esta "lacra" que con el tiempo produciría no ya el enriquecimiento injusto, (mera acumulación de Dinero en manos de una persona), sino el capitalismo sistema económico en que el productor de utilidades es el sólo dinero y cuyo efecto muy moderno es el sistema financiero,

que consiste en que el dinero produzca dinero, mediante el préstamo de mutuo).

De este esquema económico resultó el sistema bancario, organizado originariamente por los judíos de Venecia, cuando esta ciudad, reina del adriático o "mar que baña el oriente de Italia", era la magnífica capital del comercio marítimo del mundo.

Ahí se creó el primer Banco o Banca, porque el mobiliario usado eran largas mesas y largos bancos o bancas. Este sistema se basó en el préstamo usurario, que poco a poco adoptó la modalidad de mutuario, cuando introdujo la consignación de dinero por parte de los clientes, reconociéndoles un interés menor al que el cliente le pagaba, cuando era la banca quien le prestaba; de donde el verdadero negocio del sistema bancaria consiste en pagar intereses menores al consignatario y recibir intereses mayores del prestario, es pues el sistema financiero en su fatídico esplendor: " el dinero produciendo dinero".

Al caer la edad media aparece la liga "Hanseática" con sede en Hamburgo (Alemania); consistía en la confederación comercial de ciudades Norte Euro -



peas, establecieron un sistema bancario poderoso el modelo del Wall street, institución judía que re presenta el poder económico mundial.

Pero el interés, que en sí es siempre usurario, es pecialmente el del dinero, llega a ser antinatural cuando es el producto del dinero (sistema financiero) y por ser antinatural es ilícito, sin embargo, es la base estructural del capitalismo.

2. MARCO CONCEPTUAL

Antes de entrar al análisis del Mutuo de nuestro Estatuto legal es necesario establecer ciertos conceptos que allí, tendremos que aplicar:

2.1 PRINCIPIOS FILOSOFICOS MATEMATICOS

2.1.1 Identidad

Este principio es la "Id est quod est" (una cosa es lo que ella es) algo es ello mismo, y nó otro, esto es, que una cosa no es igual a otra cosa, no tiene doble, y esta única particularidad se refiere al ente odontológico (ser y existir simultáneamente) existen varias sustancias que forman un ser (una guayaba tiene la misma sustancia que la otra guayaba y una pera tiene la misma sustancia que otra pera, pero ni una guayaba es otra guayaba ni una pera es otra pera) El mutuo contrato de consumo se basa ontológicamente en el principio de identidad: la cosa prestada, como es consumida, no será siempre

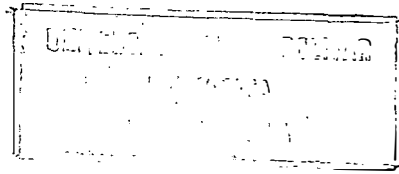
ontológicamente igual a la cosa que se devuelve.

2.1.2 Principio de Igualdad

Una cosa es igual a otra, si ambas tienen las mismas sustancias. Este principio no es ontológico pero sí rigurosamente matemático, basado en la igualdad de la materia de un género específico. Aquí entran los categorémas de Aristóteles, cuyo análisis se aleja mucho de nuestra investigación. En el contrato de Mutuo se aplica el principio de igualdad.

2.1.3 Principio de Equivalencia

Cuando una cosa tiene un valor apreciado y otra cosa tiene el mismo valor las dos son equivalentes; no idénticas, no iguales, sino equivalentes, valen lo mismo. Cuando por un libro pago \$500, no hay ni identidad entre el dinero y el libro, ni tampoco igualdad, sino equivalencia, pues el escritor estima que por \$500 satisface una necesidad, apreciación suya que le asigna un valor monetario a su artículo. Se trata pues de un principio netamente matemático, que no entra en la naturaleza del mutuo, pero que sí lo facilita para fines prácticos: si Carlos da un préstamo a



José un litro de Leche Colechera, y vencido el plazo de devolución esta clase de leche no existe en el mercado, José no podrá entonces cumplir con su contrato, pero puede llegar a un acuerdo con Carlos y entregarle otro artículo de igual valor monetario.

El principio de equivalencia es aplicable en el contrato de Mutuo sólo subsidiariamente.

2.1.4 Principio de Proporcionalidad

Consiste en la relación expresada entre las partes de dos objetos, relación que es una apreciación tácita; entre las partes existentes y en las partes tomadas, por ejemplo: si digo $\frac{3}{4}$ estoy expresando que las partes de un objeto son 4, de las cuales sólo tomo 3, esto se llama relación.

Si escribo $\frac{3}{4} = \frac{6}{8}$ estoy expresando que la primera relación es igual a la segunda, y el conjunto se llama proporción. Luego el principio de proporcionalidad consiste en la igualdad de dos relaciones.

En el mutuo, entra este principio, como entra en cualquier otro contrato, cuando por motivo de la falla de una de las partes del contrato no se puede cumplir íntegramente.

-Ejemplo:

Si facilito a Julio 100 libras de trigo y no me puedo devolver más de 80 libras de trigo, para satisfacción del contrato hacemos una proporción, puesto que las 100 libras tengan un valor de \$3000 pesos:

$$3.000/100 = 80\%$$

$$\begin{array}{rcl} \frac{3.000}{X} & = & \frac{100}{80}, \text{ de donde } 3.000 \times 80 = 100X, X \frac{3.000 \times 80}{100} \\ & & = 2.400 \end{array}$$

Es decir, que sólo me devuelve en trigo \$2.400, debiendo añadir en efectivo o en especie \$600, para satisfacer los \$3.000 del contrato.

2.2 PARALELO ENTRE EL MUTUO Y EL COMODATO

2.2.1 Principios Fundamentales

2.2.1.1 Mutuo

Igualdad.

2.2.1.2 Comodato

Identidad.

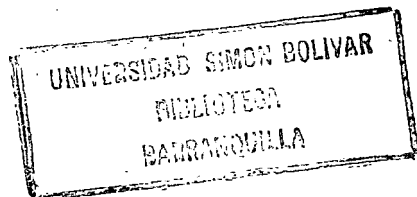
-Observación:

Estos principios de equivalencia y el principio de proporcionalidad, entran subsidiariamente en ambos contratos.

Estos principios se constituyen en consencuencias jurídicas de estos contratos; tenemos el siguiente paralelo:

-Mutuo en la Devolución:

Se observa la igualdad, ésto es como el artículo ya ha sido consumido, la devolución debe ser de otro igual.



-Comodato -Devolución:

Aquí la devolución debe ser de cosa idéntica, puesto que no se ha consumido.

-Mutuo:

Aquí existe transferencia de dominio, o sea cesión de propiedad.

-Comodato:

En éste la cesión es de uso, no de propiedad o de disposición.

-Mutuo:

Para la cesión de dominio es necesario que se tenga la propiedad, luego es nulo un contrato de mutuo en que el artículo sea ajeno.

-Comodato:

Aquí no se requiere esta propiedad, luego es válido cuando la cosa comodada no es de propiedad del comodante.

-Observación:

En ambos contratos caben los principios de equivalencia y de proporcionalidad, para efecto de la devolución.

En el derecho Romano todos los contratos reales eran gratuitos, desde que apareció el interés especialmente en la época moderna, desapareció esa propiedad de gratuidad, y estos contratos se convirtieron en onerosos.

2.2.2 Falencias en nuestro contrato de mutuo

Hemos dicho, que el dinero ha sido aceptado por el código civil como bien mueble, y comercialmente, como principal artículo de mutuidad. Las consecuencias de esta estructura económica las analizaremos en las conclusiones: por ahora nos basta anotar las situaciones contradictorias, que esta especial situación del dinero causan en el panorama jurídico del país.

Donde quiera que haya un préstamo se ha llegado a fundamentar en los principios de equivalencia y pro

porcionalidad, abandonando así, los principios fundamentales que lo estructuran, me refiero a los contratos de mutuo y comodato.

La aceptación de la Usura, lícitada por la ley es una flagrante contradicción que analizaremos en las conclusiones. Me resta decir en este marco conceptual que, como en todo contrato, en el de Mutuo el concepto de equidad es fundamental para la marcha de la justicia, teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de estos contratos son orales entre el pueblo, se trata de préstamos de pequeña cantidad económica, en que la ley tiene acceso muy limitado.

3. MARCO LEGAL

3.1 ARTICULO 2221:

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", este artículo omite:

- 1º) Toda alusión del interés, lo mismo que
- 2º) A la situación de gratuidad, y otra cosa
- 3º) En la restitución impone el mismo género y calidad de lo recibido, pero omite la cantidad, y algo más grave.
- 4º) No hace mención a plaza alguno.

3.2 ARTICULO 2223

Dice respecto a la restitución, que ésta debe hacerse "sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo".

En la continuación de este artículo y en su espíritu, deja a convenio de los contratantes a cual precio se atienden, sino fuere posible a la restitución en especie. Como se vé, esta disposición es humana, pues si no se considera ese convenio podría el mutuante ejercer violencia contra el el mutuario, que sin culpa suya no pueda devolver en especie lo mutuado.

3.3 ARTICULO 2224

El primer inciso dice: "si se ha prestado dinero, sólo se debela suma numérica enunciada en el contrato.

Es importante este inciso porque destruye todo intento de Upaquización del mutuo, aunque en el marco analítico estudiaremos a la luz de este artículo la ilegalidad de la upaquización en los préstamos bancarios.

3.4 ARTICULO 2227

Este artículo establece que "desapareciendo la identidad de la mercandía mutuada, por mala fé del mu

tuario, "será obligado (el mutuario) al pago inmediato con el máximo de los intereses de que la ley permite estipular; pero el mutuario de buena fé, sólo será obligado, al pago con los intereses estipulados, y después del término encendido en el artículo 2225.

3.5 ARTICULO 2217

Establece que el comodante debe indemnizar al comodatario de los perjuicios que a éste le haya ocasionado la mala calidad del objeto prestado, pero siempre que esa mala calidad reúna tres circunstancias:

1º "que haya sido de tal naturaleza que probablemente (yo subrayo) hubiese de ocasionar los perjuicios.

2º Que haya sido conocida y no declarado por el comodante.

3º) Que el comodatario no haya podido, con mediano cuidado conocerla a precaver los perjuicios; este artículo del comodato es aplicable al Mutuo, según el artículo 2228, hemos subrayado Probablemente

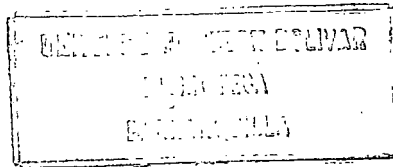
te porque la indemnización aunque seguramente no sea conocida por el mutuario la mala calidad, situación que se conecta directamente con la condición tercera. Pero también se acondiciona la primera condición con la segunda condición, esto es que esa mala calidad sea conocida por el mutuante y no declarado, luego si el mutuante la desconoce desaparece la indemnización.

3.6 ARTICULO 2229

Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses.

3.7 ARTICULO 2231

"El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si la solicitare el deudor
"es verdad que la ley no ha fijado la cantidad que constituye usura, pero de acuerdo con la doctrina, lo que exceda del tipo de interés legal, constituye usura de donde el interés máximo, que pueden convenir mutuante y mutuario no debe exceder de este interés



legal "actualmente es el del 3% mensual". Pero si lo contratantes convienen un tipo de interés superior en 1.5% al legal "45%", el mutuario puede aplicar este artículo solicitando la reducción del interés al 3% lo que no está claro es el quehacer de la ley con excedentes mayor del 1.5%.

Lo razonable sería la aplicación de este mismo artículo a fortiori, y sustenta este razonamiento el hecho de que el artículo 2232 dice: "si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales."

3.8 ARTICULO 2235

"se prohíbe estipular intereses de intereses". Esta figura recibe el nombre de Anatocismo, que infortunadamente constituye la esencia de la política financiera moderna.

4. MARCO ANALITICO

En este artículo (2221 c.c.) no se hace alusión alguna al interés y sin embargo, el espíritu del estatuto civil colombiano, es precisamente la ruptura de la gratuidad Romana en el Mutuo, con la creación infortunada del interés, tanto en dinero, como en especie, y que esta especie puede ser fungible o nó. Artículo (2230) sabemos que dado el ambiente capitalista que domina al mundo, en donde el interés es ineludible en todas las transacciones comerciales, sería pedirle peras al olmo, que se omitiera esta disposición de desear que en el mutuo, la ley volviera a la gratuidad del derecho Romano, aún así creara, con otro nombre, otra figura para el interés.

Esta situación de gratuidad rechaza totalmente el interés, pero preconizando la gratuidad y teniendo que aceptar el interés, podemos aceptar que al menos ese interés fuera constantemente en especies fungibles, que aunque si el mutuo fuera de una arro

ba de maíz. El interés se conviniera en un excedente también en maíz y todo esto para mantener el espíritu milenario.

También se omite en la restitución la consideración de la cantidad, ateniéndose sólo al género y la calidad; grave error! pues no basta que la devolución de la mercancía prestada sea de la misma clase (género y calidad), sino que además es indispensable que la devolución corresponda a la misma calidad y cantidad suministrada. Es verdad que en los artículos subsiguientes del título XXX del código civil una sana hermenéutica interpreta sin lugar a dudas que la ley se refiere a "la misma cantidad", pero nuestro criterio es que todo artículo de la ley exprese concisa, exacta, precisa e integralmente, toda disposición legal.

Finalmente este artículo (2221) no hace mención de plazo alguno, y sin embargo, es de sentido común que quien facilita algo en préstamo espera que se lo devuelvan, y no cuando el Mutuario quieran, si no cuando ambos hayan convenido la fecha.

En este sentido hay un vacío en la ley colombiana,

y también lo hubo en la Romana, pues en tanto que el artículo 2225 establece que "si no se hubiere fijado el término", de los 10 días subsiguientes a la entrega, la que presupone haber antes establecido esos 10 días de plazo, y no obstante esa presunción; no hay artículo que la contenga. He aquí un vacío que debe llenarse. Ya hemos comentado en el marco legal, que nos parece sabia y humana esta disposición, que en la etapa de la monarquía de Roma no existió, pero a nuestro juicio, debe ser más explícita la ley Colombiana al respecto, como sería estipular que en caso de física o moral imposibilidad de devolver lo prestado en mutua, en igual calidad, se hiciera la devolución en dinero, más estimado en el mismo precio que tenía el artículo en el momento del préstamo, para evitar cualquier exacción por parte del mutuante. Hacemos esta observación porque el artículo 2223 es bastante confuso, cuando:

1.- Establece diferencia a este respecto, entre cosas tangibles, rechaza el alza o baja de precio, y para el dinero calla, aunque este artículo 2223 se pronuncia al respecto, dejando así un vacío metodológico; y además para las cosas fungibles fija el

precio que tenga lo mutuado en el momento del pago, lo que nos parece injusto, y sobre todo propenso a discusiones entre los contratantes.

Al comentar brevemente este artículo 2224, dijimos en el marco legal, que su disposición destruye todo intento de upaquización "el mutuo, ahora entramos a analizar a fondo el caso; en este artículo se afirma categóricamente que: "si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato"; cuando la Banca y los establecimientos financieros del país emplean el UPAC, para sustransacciones de préstamo Mutuario, están violando abiertamente este artículo, pues la devolución del mutuo en dinero debe hacerse a un valor superior al préstamo, con la agravante de que ese precio ha venido subiendo lentamente cada día, llevándose de paso el artículo 2235 que prohíbe el anatocismo; porque es un flagrante anatocismo, el cobro de interés sobre intereses, ya que si el préstamo fué X y la depresión de la moneda "interés UPAC", fué a , el mutuo de ayer es hoy $X+a$, y mañana será $X+a+b$, siendo " b " el UPAC de mañana y así sucesivamente en progresión aritmética no constante, por razón de los incrementos desiguales de cada día, de lo que se deduce que el UPAC

representa un verdadero interés compuesto financiero, o sea un interés de intereses escandosos, monstruoso anatocismo, autorizado por la ley.

CONCLUSIONES

Sabiendo que el mutuo es un contrato, de consumo que es naturalmente gratuito, porque se trata de un favor; no debió el legislador incluir en él al dinero, porque actualmente o sea en la 'area moderna el préstamo de dinero se realiza con interés y es este interés el que le cambia la finalidad inicial al mutuo, porque deja de ser un simple favor, para convertirse en una transacción comercial, en donde el dinero produce dinero sin trabajar.

Considero que debería el legislador instituir en nuestro código civil otra clase de contrato y lógicamente con otro nombre para el préstamo de dinero.

Es verdad, que no queda fácil interpretar exactamente lo que podría ser un contrato en que se descartara el interés, y que más bien se le ha dado el carácter de tal a ciertas disposiciones judiciales, como por ejemplo, el contrato de depósito, que siendo gratuito como en el derecho Romano, no obs

tante la ley al asignarle al juez le llama depósito judicial, consistente en encargar ese depósito a un particular, cargo que no es gratuito sino remunerado y recibe el nombre de secuestro; con el Mutuo no ocurre lo mismo, es verdad pero podría darse una forma en la cual se sorteara el problema del interés.

Mi trabajo se ha propuesto esta solución, que espero sea aceptada por los connotados juristas a quienes se encargué de la delicada misión de reformar nuestro código civil, es decir, propongo que se elimine del estatuto Civil el mutuo de dinero con interés, dando a este hecho jurídico otro nombre, ya que tiene un ámbito comercial muy diferente al mutuo de favor.

BIBLIOGRAFIA

J. CONSUEGRA H. Teoría de la Inflación.

MAZA ZAVALA. Ensayos sobre la dominación y la Igualdad.

ORTEGA TORRES, Código civil comentado.

PREBISH, Raúl. Obras escogidas.

SOCARRAS RIVERA. Apuntes de derecho Romano.

VALENCIA ZEA. Contratos.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARCELONA