

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE MUTUO

SUMARIO

- I. Origen de su nombre
- II. Antecedentes legislativos en nuestro derecho
- III. Definición legal
- IV. Clasificación en cuanto a la legislación que rige este contrato
- V. Del consentimiento
- VI. Del objeto indirecto del contrato de mutuo, dinero
- VII. Sobre la capacidad para celebrar el contrato
- VIII. Mutuo con interés
- IX. Otros ordenamientos que rigen esta materia
- Conclusiones
- Bibliografía

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE MUTUO

Ana de Jesús Jiménez Montañez

Notaria No. 146 del D. F.

Con el propósito de cumplir con el grave encargo de dirigirme a un cierto notariado de la República sobre el CONTRATO DE MUTUO, en meses pasados hube de allegarme del material necesario para lo cual consulté a los autores de contratos de nuestro país que tratan el tema, habiéndome encontrado con aspectos abordados someramente que me adentré a explorar, cuyo resultado presento a los lectores, confiando les sea de utilidad ya para adoptarlo, ya para mejorarlo. Asimismo he incorporado en este trabajo algunos datos conexos que me han parecido de interés.

El fin que me propongo en este espacio no es exponer todos los elementos esenciales o accidentales del contrato en el orden que se seguiría en una cátedra sobre la materia, sino enfocarme a aquellos aspectos que no he visto tratados por la doctrina mexicana, pero sí comenzando por el consentimiento y el objeto, para luego tratar del mutuo de dinero para resaltar que en éste prácticamente no se devuelve otro tanto de la misma calidad y en ocasiones tampoco otro tanto de la misma especie, para luego abundar sobre la capacidad para su celebración. En el curso de esta ruta mencionaré datos que seguramente son de conocimiento general pero cuyo repaso no resulta superfluo, como son su posible etimología y sus antecedentes legislativos en derecho mexicano, entre otros.

I. ORIGEN DE SU NOMBRE

Existe discrepancia entre los autores sobre el origen del nombre de este contrato, pues mientras unos se apoyan en la propia palabra *mutuum*, o de la expresión *quod ex meo tuum fit*, o sea, lo que saco de mí o te entrego siendo mío, tuyo sea, diríamos nosotros, otros opinan que la palabra *mutuum*, proviene del verbo *moveo*, *es*, *movere* o bien, del verbo *mutare*, o sea, mudar, cambiar una cosa por otra. Cualquiera que sea la teoría que más nos convenza, en mi opinión ambos orígenes propuestos nos llevan a la misma idea: se entrega una cosa y se devuelve otra semejante.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN NUESTRO DERECHO

Nuestros Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y de 1884, en sus respectivos TÍTULOS DÉCIMO SEXTO, ubicados ambos dentro de sus respectivos LIBROS IIIs, siguiendo al napoleónico, *agruparon en un solo artículo* los conceptos tanto del contrato de mutuo como del contrato de comodato y también consideraron reales a ambos contratos. En virtud de que en ningún sitio de la reglamentación de dichas figuras se especifica que los contratos en comento fuesen reales, nos dice el doctor Domínguez Martínez que tal se desprende de la definición misma calificándolo como una concesión y de que en las disposiciones respectivas no aparece la obligación de entrega de la cosa por parte del mutuante. Ambos códigos dedicaron luego tres capítulos distintos a estos contratos, uno al comodato, otro al mutuo simple y el último, al mutuo con interés. La doctrina siempre ha distinguido uno de otro, considerando al mutuo como préstamo de consumo, en tanto al comodato como préstamo de uso. En virtud de que bien miradas esas dos figuras se observan profundas diferencias entre ambas, la decisión del legislador de 1928 de reglamentar el contrato de mutuo entre los traslativos de dominio y el de comodato entre los traslativos de uso, ha sido bien vista por la doctrina.

III. DEFINICIÓN LEGAL

En obvio de repeticiones remito al lector al artículo 2384 del CCDF. La mayoría de las legislaciones de los Estados de nuestro país define este contrato en forma similar. Sólo los estados de Tlaxcala y Zacatecas lo llaman “préstamo”. La única diferencia entre tales definiciones es que algunos nombran *mutuario* al *ac-cipiens*, en tanto otros lo nombran *mutuario*, como el nuestro. Aquellos que regulan este contrato bajo el nombre de préstamo, identifican a las partes como “prestador” y “prestatario”.

IV. CLASIFICACIÓN EN CUANTO A LA LEGISLACIÓN QUE RIGE ESTE CONTRATO

Atendiendo a la legislación que rige al mutuo, advertimos que existe mutuo civil, regulado por los Códigos Civiles de cada Estado de la República y mutuo mercantil, contemplado en el Artículo 358 del Código de Comercio bajo el nombre de “Préstamo mercantil”.

V. DEL CONSENTIMIENTO

La mayoría de los autores de contratos concuerdan en que respecto del consentimiento no existen reglas especiales en el mutuo, por lo que puede ser expreso o tácito. Yo discrepo de este pensar, para lo cual me apoyo en la “*datio*” del derecho romano, argumento que replica el maestro Sánchez Medal diciendo al desarrollar la entrega de la cosa:

... es indudable que la escueta entrega de una suma de dinero o de una cantidad de bienes fungibles no es suficiente por sí sola para perfeccionar el contrato de mutuo, pues dicha entrega puede hacerse para transmitir la propiedad, como ocurre en el mutuo, en la donación y en la venta, o puede hacerse para conceder sólo el uso gratuito o remunerado de las cosas, como acontece en el comodato y en el arrendamiento, respectivamente, o simplemente para la guarda de las cosas, como en el depósito. ES INDISPENSABLE —concluye— QUE A LA ENTREGA DE TALES COSAS PRECEDA SIEMPRE UN ACUERDO DE VOLUNTADES QUE PRECISE EL ALCANCE Y DÉ SIGNIFICADO UNÍVOCO A TAL ENTREGA, COMO YA LO RECONOCÍA EL MISMO DIGESTO: NUNCA LA ESCUETA ENTREGA TRANSMITE EL DOMINIO, A MENOS QUE UNA VENTA O ALGUNA OTRA CAUSA JUSTA LA PRECEDA Y POR VIRTUD DE LA CUAL SE SIGA LA ENTREGA DE LA COSA.

Desde luego que hay contratos en donde funciona el consentimiento tácito, pero no en el mutuo, al menos no siempre, pues en este contrato debe haber alguno que formule verbalmente o por escrito una policitud, como sería el caso de las ofertas de dinero que hacen los bancos o algunas empresas, si se trata del mutuante, o bien una petición de préstamo que haría el presunto mutuario, también verbalmente o por escrito o por signos inequívocos, como sería el caso del ingreso a locales establecidos por las empresas prestadoras de dinero, acceso a la correspondiente ventanilla e información de condiciones, etc., mas hasta aquí no se ha formado contrato alguno, es menester cerrar el círculo aceptando la correspondiente policitud u oferta hecha. Supongamos que un empleado me solicita un préstamo de dinero pero yo no le decido de momento, sino le pido me deje meditarlo. En el curso de esa misma mañana escucho su narración a un compañero de trabajo en el sentido de que el día de la quincena fue asaltado en el metro y le robaron los emolumentos cobrados por el período y quedó, como se dice “sin blanca”. Horas después, sin aclararle nada, le entrego una cantidad de dinero, o sea, realizo una “*datio*”, pero resulta que yo tengo un *animus donandi*, pues me he compadecido de la situación del empleado y no pienso cobrarle, en tanto él puede pensar que accedí a darle el préstamo o que le dejé la suma aquella en depósito, o si le debía algo, que se lo estoy cubriendo. Es necesario pues que mi entrega tenga un significado unívoco, o sea que el consentimiento precise el al-

cance de la misma. *Mi conclusión es que en el contrato de mutuo sólo funciona el consentimiento tácito cuando tiene un significado unívoco*, esto es, si la entrega puede tener varios significados, no funciona el consentimiento tácito.

VI. DEL OBJETO INDIRECTO DEL CONTRATO DE MUTUO, DINERO

Cuando el objeto indirecto del contrato de mutuo es dinero, se presentan fenómenos singulares que menciono a continuación: Si el mutuo de dinero se celebra sin interés para ser cumplido en un plazo breve, a pocos preocupará la pérdida adquisitiva del dinero que ha de devolverse, pues de haberla, que prácticamente siempre la hay, la mayor parte de las veces será mínima. El problema se presenta cuando el contrato se celebra por un plazo largo, aún algunos meses tienen ya importancia, dado el nominalismo monetario que prevalece en nuestro Derecho, toda vez que el deudor, o sea el mutuuario, ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad y es evidente que los pesos que entregó el acreedor el 1° de enero de 2013, no son los mismos que recibirá el 31 de diciembre de 2014, aunque numéricamente sea la misma cantidad. El nominalismo monetario —nos lo recuerdan algunos autores— consiste en que para efectos jurídicos el único valor del dinero es solo el nominal o numérico asignado por el Estado que lo emite. El maestro Sánchez Medial refiere que dicho nominalismo monetario tiene su antecedente en Francia, donde el jurista Pothier afirmaba que *“en el dinero no se considera el cuerpo, ni las piezas de moneda, sino exclusivamente el valor que el príncipe le asigna”*. Esta aseveración fue recogida por el Código Napoleónico en cuyo artículo 1895 estipuló el correspondiente legislador: *“la obligación que nace de un préstamo de dinero no es sino la suma numérica enunciada en el contrato”*. De dicho Ordenamiento se derivaron normas vigentes en las legislaciones modernas y concretamente en nuestro Derecho. También el maestro Luis Mauricio Figueroa trata esta materia mencionando que existen dos principios que guían los actos jurídicos celebrados con dinero en los que media un plazo: el principio nominalista y el principio valorista. En este punto resalta la importancia de la Ley Monetaria. El artículo 7° de ésta dice lo siguiente:

Art. 7°.—Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México, o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2°.

De acuerdo con lo anterior, nuestro derecho adopta el principio nominalista que reposa en la máxima *pacta sunt servanda*, pero este principio pugna con el

valorista, que se apoya en el diverso *rebus sic stantibus*. Todo mundo concuerda en que con el peso que se devuelve el 31 de diciembre de 2014 no se compra lo mismo que se compraba el 1° de enero del año anterior, dada la inflación que padecen las economías, concretamente la nuestra.

Sólo para recordar, repasemos los conceptos de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. Por el primero se entiende que los pactos acordados deben ser cumplidos, no importado la mutación de las circunstancias en que se celebraron; en tanto el segundo implica que un pacto ha de cumplirse mientras las cosas queden en el mismo estado en que se contrató. El aforismo latino *pacta sunt servanda* es la síntesis de la máxima jurídica establecida por el Derecho Canónico que rezaba “aun nudos los pactos, hay que cumplirlos” (*Pacta, quantum cumque nuda, servanda sunt*). Esta afirmación causó en su momento gran revuelo pues el derecho romano en un inicio sólo reconocía acción procesal a ciertos pactos, mientras los restantes, o sea los “pactos nudos”, hoy diríamos obligaciones naturales, eran abandonados al espontáneo cumplimiento de las partes. Esto pasaba en el Derecho Arcaico romano, mas con el paso de los siglos y el avance jurídico la situación se fue suavizando y el derecho fue extendiendo sus alas, por decirlo así, para proteger quizá tímidamente dichos pactos nudos. Este principio “*pacta sunt servanda*” no se afirmó sino hasta las Decretales de Gregorio IX (1227-1241), que lo introdujo con el texto antes mencionado, prevaleciendo de este modo el consensualismo sobre el formalismo, pues los pactos convenidos —no nada más los formales— estarían ahora protegidos. El principio en mención penetró posteriormente de lleno en el Ordenamiento de Alcalá y en otros cuerpos legales españoles, incluido el actual Código Civil. Alguna parte de la doctrina se pronunció por el cumplimiento de todo pacto, pero han prevalecido con toda razón las opiniones de aquellos que apoyan la exclusión de esta máxima de los pactos que vayan en contra de las leyes de orden público y de las buenas costumbres.

El concepto *rebus sic stantibus* fue introducido por los canonistas, quienes argumentaban ser contrario a la moral católica que el acreedor se aprovechara de las nuevas circunstancias para obtener prestaciones por decir inesperadas para él pero perjudiciales para el deudor, y lo comparaban con la usura, que es precisamente el aprovechamiento de la difícil situación del posible deudor, la que puede darse desde el momento de la celebración del contrato o también derivarse de situaciones posteriores a éste. Si bien estas ideas permearon a nivel doctrinal, no fue sino hasta la Primera Guerra Mundial, cuando las obligaciones de los deudores se tornaron imposibles de cumplir, que Francia introdujo dicha cláusula en su normativa. No obstante lo anterior el legislador en general se decidió por la firmeza de los contratos y adoptó en general la postura *pacta sunt servanda* para reglamentar su cumplimiento. Tal fue la posición de nuestro derecho del Distrito Federal, artículo 1796, estipulando que los contratos obligan a los contratantes no

solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley. Esta postura siempre sostuvo la rigidez del contrato aun frente a modificaciones exteriores y ulteriores adversas, que rompían con el equilibrio del mismo, dando lugar a veces a una excesiva onerosidad superveniente a cargo de alguna de las partes. Dicha situación fue modificada hace poco menos de un lustro en el Distrito Federal, al introducir el legislador la teoría de la imprevisión. En el año 2010 fue reformado el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, para añadirle un segundo párrafo previendo la alteración de circunstancias por acontecimientos extraordinarios de carácter nacional y facultando al perjudicado para intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones. Fueron adicionados asimismo los artículos 1796 Bis y 1796 Ter. Es menester mencionar que el segundo párrafo del artículo 1796 Bis *no faculta al solicitante a suspender el cumplimiento del contrato*. El procedimiento establecido prevé una primera etapa que busque el acuerdo entre las partes y sólo ante la falta de éste, el solicitante recurrirá al juez para que dirima la controversia. También es necesario aclarar que algunos Códigos Civiles de algunas Entidades Federativas de nuestro país, ya contemplaban antes de dicha reforma la modificación a la rigidez de esta clase de contratos, como es el caso del Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, pues su legislador, desde 1997, introdujo el Capítulo X Bis, para tratar de la Imprevisión de los Contratos en seis artículos. También es el caso de Chihuahua, que modificó su articulado desde el año 2000, a mi ver con mejor técnica que la utilizada en el Distrito Federal; el caso de Jalisco, en su artículo 1787 y otros más. Lo propio puede decirse de legislaciones como la italiana y la argentina, entre otras que no cito, en las que se incluyeron dispositivos procurando remediar el mencionado desequilibrio superveniente. Dicha reforma se introdujo, con excepción de los contratos aleatorios, precisamente posibilitando la revisión de contratos sujetos a plazo, en los que surjan acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no pudieron preverse y que generen a una de las partes obligaciones más onerosas. La redacción de este artículo deja fuera catástrofes o eventos de naturaleza local que desde luego pueden acarrear desequilibrio de las prestaciones de las partes.

En principio se piensa que la alteración de circunstancias perjudica al deudor, pero en el caso del mutuo muchas veces perjudica al acreedor. Para evitarse los acreedores la absorción de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que prestaban se recurrieron a “N” mecanismos, entre los cuales destaca la celebración del contrato en monedas “duras”, o bien, estipulando intereses variables, amparados dichos mecanismos en la autonomía de la voluntad (Arts. 1832 y 1839 CCDF).

Uno de los mecanismos a que se recurrió para que el público tuviera conocimiento de la equivalencia entre el valor nominal y el valor real o valor adquisitivo de la moneda fue el de las Unidades de Inversión (UDIS). Dichas Unidades de Inversión o UDIS como se les conoce son unidades de valor que se basan en el incremento de los precios y son usadas para solventar las obligaciones de créditos hipotecarios, yo añadiría mutuos de dinero, o cualquier acto mercantil. Se crearon el 4 de abril de 1995 con el fin de proteger a los bancos y se enfocaron principalmente a los créditos hipotecarios. El Banco de México da a conocer en el Diario Oficial de la Federación el valor, en moneda nacional, de la unidad de inversión, para cada día del mes. De acuerdo con estas unidades de valor, en muchas ocasiones se ha optado por pactar en UDIS el préstamo de dinero.

En todas estas obligaciones de “devolución”, más bien retransmisión de una cantidad dineraria, tiene injerencia el artículo 8° de la Ley Monetaria. Conforme a dicho artículo, el deudor de moneda extranjera se libera entregando el equivalente en moneda nacional en todos los casos, aun en aquél en que el deudor recibió moneda extranjera. Para conocer el *quantum* la propia ley establece la equivalencia publicándola en el Diario Oficial de la Federación. Para esos efectos, el Banco Central, con fundamento en el artículo 35 de la Ley del Banco de México, publica diariamente en el referido periódico la equivalencia peso-dólar y menciona que las equivalencias de otras monedas se darán a conocer al interesado por las instituciones de crédito del país, para lo cual se basarán en la cotización que rija para dichas monedas contra el dólar americano en los mercados internacionales. La regla general para hacer un pago será la conversión *a la fecha en que deba hacerse éste*, pero si el deudor probara que lo que recibió en préstamo fue moneda nacional y después se hizo conversión a moneda extranjera, podrá liberarse pagando en moneda nacional, pero convertido el monto del préstamo *a la fecha en que se contrajo la obligación*, como estipula el artículo 4° Transitorio de dicha ley.

Siendo la Ley Monetaria un ordenamiento de orden público impide en esta clase de préstamos que se devuelva otro tanto de la misma especie y calidad, pues en el caso de que se hubiera entregado en préstamo moneda extranjera, el deudor quedará liberado entregando a su vez moneda nacional, o sea que no está devolviendo otro tanto de la misma especie; y por lo que se refiere a la calidad, tampoco devolverá la misma calidad de pesos que recibió, debido esto al nominalismo monetario de que hemos hablado, pues aún hecha la conversión al tipo de cambio del día del pago, el dólar o alguna otra moneda, también sufrieron devaluación por la inflación del país respectivo.

VII. SOBRE LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO

Para explorar este aspecto será menester tener presentes los conceptos que nos ofrece el maestro Borja Soriano sobre los actos de administración y los de dominio. Aunque sean estas ideas bien conocidas del lector por ser de constante repaso, los incluiré como premisa menor de la conclusión que expondré. Primeramente nos refiere dicho maestro, con base en el pensamiento de Bonnetcase, que debemos tener presentes las distintas clases de patrimonio, esto es, el patrimonio de conservación o de derecho común, el de explotación y el patrimonio de liquidación, pues según la clase a que pertenezca un bien determinado, un acto que recaiga sobre ese bien será de administración o de dominio. Enseguida nos da las siguientes reglas para el patrimonio de derecho común:

- Observar en el ordenamiento positivo aquellos actos que el legislador expresamente permite o prohíbe a los administradores, pues si los permite, estamos ante actos de administración, y si los prohíbe, estaremos ante actos de dominio;
- A falta de regla expresa, serán actos de administración o de disposición los que tengan ese carácter para los otros administradores según los artículos que el Ordenamiento Positivo contemple expresamente para éstos, o sea, debemos aplicar la analogía y si para algún administrador está prohibido expresamente algo, por analogía estaremos ante un acto de disposición o de dominio para otro administrador y si lo permite, ante uno de administración; y
- A falta de ordenamiento al cual recurrir, atender a la conservación del patrimonio. Si el acto tiende a éste, será de administración; en cambio será de disposición aquél que tienda a la pérdida o disgregación del mismo.

Varía el criterio tratándose de un patrimonio de explotación: las dos primeras reglas dadas para el patrimonio de derecho común son aplicables también al patrimonio de explotación, esto es, recurrir al Ordenamiento Positivo para ver cómo clasifica expresamente los actos de los administradores; a falta de regla expresa, recurrir a la analogía y a falta de ambas, observar si el acto, así bien parezca de disposición, tiende a fomentar la circulación de los bienes que componen el patrimonio en análisis, pues esta es su característica principal, en cambio será de disposición si tiende a disminuir los activos en forma definitiva. Dichos conceptos orientadores nos darán la respuesta para la cuestión que nos planteamos:

Siendo el de mutuo un contrato traslativo de dominio tanto de ida como de regreso, será menester que mutuante y mutuario tengan capacidad para enajenar. De ahí desprenderemos las siguientes conclusiones:

a) Sólo las personas capaces jurídicamente hablando, o sea quienes tienen la libre disposición de sus bienes, podrán celebrar este contrato sin cortapisa alguna (Art. 647 CCDF);

b) Las sociedades civiles podrán celebrar este contrato si en su objeto social se contempla la posibilidad, y en ese caso deberán actuar por conducto de su representante legal o de algún apoderado para actos de administración. En cuanto a las sociedades mercantiles, a la luz de la reforma de la Ley de la materia, que permite a las sociedades, realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social, podrán celebrar el contrato de préstamo previsto en el Código de Comercio;

c) Otras personas morales, como las asociaciones religiosas, con fundamento en el artículo 8º, fracción II, y en la fracción IV del artículo 9º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, podrían celebrar el contrato de mutuo como mutuarias o bien, como mutuantes siempre que fuera sin interés, pues conforme a dichos numerales les está prohibido perseguir fines de lucro;

d) ¿Qué hay de las instituciones de asistencia privada? El artículo 45, frac. VIII de la ley de la materia, prohíbe a los patronatos gravar o enajenar los bienes de la Institución, o comprometerlos en operaciones de préstamos, salvo en caso de necesidad o evidente utilidad, previa la aprobación de la Junta de Asistencia Privada;

e) Las asociaciones civiles, en vista de que su finalidad no debe ser preponderantemente económica y si su objeto social prevé la celebración de toda clase de contratos acordes con su naturaleza, podrían celebrar el contrato de mutuo simple como mutuantes o como mutuarias; mas tratándose del mutuo con interés podrían celebrarlo como mutuantes si éste es de tipo compensatorio, pero no, si el interés que estipulen fuera lucrativo (Art. 2670 CCDF).

f) Dejé al último el caso de los menores de edad por ser un tema especial a considerar y me gustaría tratarlo empezando por el pupilo por existir una amplia regulación de la tutela que supera a la de la patria potestad. Asimismo será menester distinguir dar en mutuo y recibir en mutuo. En cuanto al pupilo, existe una prohibición expresa para el tutor en el artículo 575 del Código Civil no pudiendo éste sin autorización judicial recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, con hipoteca o sin ella. Siguiendo las reglas brindadas por el maestro Borja Soriano, recibir dinero en préstamo a nombre del pupilo sería un acto de dominio. Ahora bien, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dispone en su artículo 921 que para recibir dinero prestado a nombre del menor o incapacitado, necesita el tutor de la conformidad del curador, la del Consejo de Tutelas y finalmente la autorización judicial. Este último artículo, por hallarse en el Código Procesal y definir un procedimiento, prevalecerá en la vida práctica sobre lo dispuesto en el Código Civil que sólo exige la autorización judicial. *La conclusión*

es que el pupilo sí puede recibir dinero en préstamo, siempre y cuando medie la autorización judicial. Me permito hacer notar que tanto el mencionado artículo del Código sustantivo como el del Código Adjetivo hacen mención a *dinero prestado*, o sea, autorizan el mutuo de dinero convirtiendo al pupilo en deudor. ¿Qué hay de los otros bienes fungibles? Al no haber letra expresa de la ley, debemos recurrir a las reglas supletorias para descubrir si recibir en mutuo bienes fungibles distintos del dinero es un acto de administración o de dominio, y al efecto me resalta lo dispuesto por el artículo 579 del CCDF que obliga al tutor a admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado. Este dispositivo admite que el menor adquiera bienes, pero sin contraprestación alguna, lo cual, a mi ver, no se surte en la especie tratándose del mutuo de otras cosas fungibles que no sean dinero, pues recibir en mutuo no equivale a enriquecimiento del mutuuario al habersele transmitido la propiedad de las cosas mutuadas, sino que adquiere una deuda, consistente en devolver otro tanto de la misma especie y calidad, es decir, nace en su patrimonio un crédito a su cargo. De lo anterior se desprende que su patrimonio no se está conservando, sino se está gravando con una obligación que habrá de cumplir en su momento él mismo si ya es mayor de edad o si finalmente adquirió la capacidad para gobernarse, o habrá de cumplir su tutor, si los eventos anteriores no han tenido lugar. Otro artículo del mismo Código que refuerza lo anterior es el propio artículo 575, pues limita la recepción de dinero aún sin constitución de hipoteca y la sujeta a autorización judicial, lo que implica que el legislador protege la no gravación del patrimonio del menor. La conclusión a mi ver sería que el pupilo NO PUEDE CELEBRAR EL CONTRATO DE MUTUO EN CALIDAD DE MUTUARIO CUANDO LOS BIENES FUNGIBLES SEAN DISTINTOS DEL DINERO.

¿Podrá el pupilo celebrar el contrato de mutuo como mutuante? También aquí debemos distinguir si lo que da en mutuo es dinero o si son otros bienes fungibles. Paso a explicar mi opinión. Originalmente decía textualmente el artículo 557 del Código Civil para el Distrito Federal que el dinero sobrante, se refiere al que sobre de una negociación después de cubiertas las cuentas de la tutela, y otros efectivos más que le “caigan” al pupilo, serán impuestos por el tutor bajo su más estricta responsabilidad sobre segura hipoteca. Lo anterior no es más que la autorización al tutor de dar DINERO prestado, eso sí, sobre segura hipoteca, y para ello no requiere autorización judicial, es más, está obligado a actuar dentro de un plazo perentorio. Estamos pues ante un acto de administración. En el año 2000 sobrevino un cambio en el texto de dicho numeral, que a mi ver sólo es de matiz, pues ahora la ley obliga al tutor a *invertir* el dinero sobrante dentro del mes siguiente a su obtención, también bajo su más estricta responsabilidad. En mi concepto, el verbo *invertir* no obliga al tutor a recurrir a una Institución de Crédito, pues tal no es el mandato del artículo, sino que invertirlo,

siguiendo la definición del diccionario de la Real Academia, sería en la acepción que nos interesa, “colocar un caudal” y lo mismo puede colocarse en un banco que con un particular, con quien el pupilo, por conducto de su tutor estaría celebrando el contrato de mutuo, como mutuante. La conclusión sería que el Código da a esta actividad el tratamiento de un acto de administración y consecuentemente EL PUPILO SÍ PUEDE CELEBRAR EL MUTUO CON CARÁCTER DE MUTUANTE, pero a mi ver, cuando la cosa dada en mutuo sea sólo DINERO CON INTERESES, pues a ese bien se refiere la ley. Creo que el pupilo no podrá celebrar el contrato de mutuo como mutuante, sin autorización judicial, tratándose de otros bienes fungibles distintos al dinero, pues los artículos 561, 564, 565, todos del Código Civil de nuestra Entidad, impiden al tutor extraer bienes del patrimonio del pupilo, salvo que cuente con dicha autorización. La conclusión es que siendo un acto de dominio, EL PUPILO SÍ PUEDE CELEBRAR EL CONTRATO DE MUTUO COMO MUTUANTE CUANDO LOS BIENES DADOS EN MUTUO SEAN DISTINTOS AL DINERO, SI SU TUTOR CUENTA CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

g) Agotado el punto sobre la capacidad del pupilo, toca ver la del hijo sujeto a patria potestad. El legislador no estableció para los sujetos a patria potestad, como sí para los pupilos, la limitación expresa de recibir dinero prestado sin autorización judicial, de donde surge la pregunta: ¿podrían los padres en ejercicio de la patria potestad recibir dinero prestado a nombre de su menor hijo sin contar con tal autorización? Yo diría que no, pues en donde existe la misma razón debe prevalecer la misma disposición, por lo que no podría el sujeto a patria potestad ser mutuario sin autorización judicial. En cuanto al carácter de mutuante pasa lo mismo que con el pupilo, o sea, si se trata de DINERO, el menor puede ser MUTUANTE CON INTERÉS sin que se requiera la autorización judicial, y diría yo, sólo del remanente de una enajenación de inmueble o de mueble precioso, lo que afirmo con base en el artículo 437 del CCDF, que ordena al que ejerce la patria potestad imponer sobre segura hipoteca ese sobrante. Yo extendería tal autorización a todo dinero que obtuviera el sujeto a patria potestad, por analogía a lo establecido para el pupilo en precepto análogo (557 CCDF). Si los bienes que han de darse en mutuo por el sujeto a patria potestad, o sea, de aquellos cuya propiedad se transferirá al mutuario, son distintos del dinero, tendrían los que ejercen dicha patria potestad que contar con la autorización judicial, según el artículo 436 del CCDF al estarles prohibido enajenar bienes del patrimonio de sus hijos sin ese requisito.

Un artículo expreso ubicado dentro del articulado del mutuo, el 2392 del CCDF, refuerza mi postura, pues prescribe la validez de las deudas contraídas por un menor para procurarse los alimentos que necesite cuando su representante legítimo se encuentre ausente, o sea, la ley lo autoriza a convertirse en mutuario sin autorización judicial sólo con ese motivo. Esta norma es especial para el caso

previsto. Varios autores opinan, y yo con ellos, que con dicha facultad no se está habilitando al menor para celebrar el contrato de mutuo, sino se está respondiendo al principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, con lo cual el legislador apoya al menor necesitado de alimentos por un lado, y por el otro, protege al mutuante, quien viendo la necesidad del menor y la ausencia de su representante legal, hace desembolsos para ese fin, muy probablemente con fundamento en la solidaridad humana. Para que este supuesto se dé, deben concurrir las circunstancias apuntadas por el legislador, esto es, que el menor necesite alimentos y que su representante legítimo se encuentre ausente, lo que no quiere decir que haya desaparecido y no se sepa su paradero, sino simplemente que no esté presente para cumplir con la provisión de alimentos que el menor requiere. *A contrario sensu*, si no se surten dichos elementos, el contrato de mutuo celebrado por el menor será nulo. ¿Quién pagará las cantidades erogadas por el mutuante por este concepto? Es evidente que el representante legítimo es el responsable, esto si regresa; de no ser así, creo que el propio menor, cuando fuere mayor de edad y pudiere pagar, tendría qué hacerlo. Alguno de los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana así lo prevé.

VIII. MUTUO CON INTERÉS

La palabra “interés” es equívoca y tiene varios significados: desde el punto de vista económico, el interés es el costo del dinero en el curso del tiempo y desde el punto de vista jurídico, se habla del interés jurídicamente tutelado del derecho penal, del superior interés del menor, etc., mas el que nos interesa es el contemplado desde el punto de vista patrimonial civil, para el cual el interés es el provecho, rendimiento o utilidad que se obtiene del capital; es el beneficio económico que se logra de cualquier clase de inversión, o más ampliamente, es la compensación en dinero o en cualquier valor que recibe un acreedor accesoriamente al cumplimiento de una obligación. Su naturaleza es la de un fruto civil que se produce día por día y pertenece al acreedor en esta proporción luego que le es debido, aunque no lo haya recibido. (Arts. 893 y 816 CCDF). Nuestro código no define el concepto de frutos. La definición más aceptada por la doctrina es que se entiende por fruto una cosa accesoría producida por otra principal o madre, según su naturaleza, normalmente con periodicidad y sin alteración de su sustancia. Recuérdese que el concepto de interés nació en la Edad Media, después de superar el viejo criterio del cristianismo en el sentido de que el dinero es estéril, el cual evolucionó hasta considerar que el dinero es una mercancía que puede ser alquilada o vendida como cualquier otra. Al privarse el acreedor de su

uso debe gratificársele, surgiendo los conceptos de daño emergente y lucro cesante, que deben ser reparados.

La doctrina reconoce diversos tipos de interés, a saber:

- El compensatorio, que es el exigible por el daño emergente o el lucro cesante y que se paga al acreedor para compensarlo de las pérdidas que sufre en sus bienes o de las ganancias de que ha de verse privado;
- El punitivo o moratorio, que es el que se exige como pena por la tardanza del deudor en la satisfacción de su deuda; y
- El lucrativo, que es el que se le exige a la persona a quien se presta dinero o cualquier otra cosa fungible, con vistas de obtener una ganancia en razón del préstamo.

También se habla del interés bruto, aquél que se recibe antes de hacerle deducciones y de interés neto, que sería aquél que pasa ya limpio a los bolsillos del acreedor.

Ahora bien, el mutuo sólo será con interés si se pacta expresamente, pues por naturaleza es un contrato gratuito. De no especificarse la tasa a la que estará sujeto, que sería el interés *convencional*, se estaría entonces al interés *legal*, que en nuestra Entidad Federativa es de 9% anual en materia civil, según indica el artículo 2395 del Código; en cambio en materia mercantil deberán las partes estar-se al interés pactado, hallándose establecido en el Código de Comercio *sólo el interés moratorio* a falta de estipulación expresa, según lo dispuesto por el artículo 362 de dicho Ordenamiento, lo que recalco ya que es común escuchar que el interés legal en materia mercantil es el 6%. Para fijar la tasa de interés debe atenderse al monto de lo mutuado y al plazo estipulado. La propia ley indica que el interés convencional puede ser mayor o menor al legal. De haberse pactado un interés superior al legal nuestro CCDF introdujo mecanismos protectores del deudor, en los artículos 2395 y 2396.

El legislador también cuidó al deudor del llamado pacto de “anatocismo”, palabra que proviene del griego *toxus*, que significa producto o interés, aunque nuestra ley no alude a él con ese nombre, consistente éste en que desde un principio mutuante y mutuario convienen en que los intereses se capitalicen para causar nuevos intereses. De celebrarse este pacto, sería nulo absoluto. Este convenio es diverso de aquél que pueden celebrar las partes cuando ya se han causado los intereses, pues en este caso el legislador permite dicha capitalización, según indica el artículo 2397 del CCDF. En materia mercantil, el artículo 363 del Código de Comercio tampoco permite que los intereses vencidos y no pagados devenguen intereses, facultando no obstante a las partes a capitalizarlos. En este tema tiene relevancia lo dispuesto por el artículo 2094 del CCDF, pues ordena

que las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados, salvo convenio en contrario. En mi concepto la redacción del citado artículo 2397 del CCDF deja qué desear, pues dice que las partes no pueden convenir de antemano la capitalización de intereses, lo que *a contrario sensu* da a entender que después sí, pero no se especifica cuándo es ese después. La redacción del Código de Comercio es más feliz, pues estipula claramente que “*los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*” pudiendo los contratantes capitalizarlos, lo que significa en mi criterio que primero deben existir intereses no cubiertos y luego sobrevenir el acuerdo de la partes para capitalizarlos. Haciendo comparación de esta disposición en los Códigos Civiles de los Estados de la República Mexicana, sólo los estados de Coahuila, Guerrero y Quintana Roo hacen alusión expresa al pacto de “anatocismo”. Las demás legislaciones dicen lo mismo que la del Distrito Federal, ya comentada.

IX. OTROS ORDENAMIENTOS QUE RIGEN ESTA MATERIA

La Ley Federal de Protección al Consumidor ha incluido disposiciones relativas a los intereses, preferentemente en mi concepto para ventas a crédito en las que se cargan éstos, pero como incluye también la prestación de servicios, en vista de que está considerado el mutuo como una variedad de ésta, quedaría incluido en dichas disposiciones. Estas normas protectoras indican que el interés debe calcularse una vez que se ha restado el enganche; que sólo se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, y que los intereses se causarán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito y se pagarán sólo por períodos vencidos (Arts. 67, 68 y 69). No debemos perder de vista que esta ley se aplica a la relación entre proveedores y consumidores (Art. 1°) y que por proveedores se entienden aquellas personas físicas o morales en términos de Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrecen, distribuyen, venden, arriendan o conceden el uso o disfrute de bienes, productos y servicios (Art. 2°, frac. II). Como consecuencia de lo anterior, si el mutuo con interés no ha sido celebrado por un proveedor en los términos de esa ley, no serán aplicables sus reglas a dicho caso.

Antes de finalizar los aspectos que he querido resaltar acerca de este interesante contrato, debe tenerse presente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17, frac. XII, inciso A, subinciso e) de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la celebración de este contrato ante notario, si no es realizado por instituciones del sistema financiero

mexicano o por un organismo público de vivienda, se considera actividad vulnerable y siempre será objeto de aviso a la Unidad de Inteligencia Financiera.

CONCLUSIONES:

1. El consentimiento tácito sólo opera en el contrato de mutuo cuando la “*datio*” tiene un significado unívoco.
2. En los contratos de mutuo de dinero prácticamente nunca se devuelve otro tanto de la misma calidad ni a veces de la misma especie.
3. Fuera de quienes tienen capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos y sus obligaciones, debe distinguirse al analizar dicho elemento de validez para otorgar el contrato de mutuo, si se da o si se recibe en mutuo.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928
- CÓDIGOS CIVILES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA
- CODIGO DE COMERCIO DE 1889
- IGLESIAS, Juan, Derecho Romano - Historia e Instituciones, 11ª. edición, Ed. Ariel, S.A., Barcelona, 1993.
- PETIT, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido de la 9ª. edición francesa, Ed. Nacional, México, 1963
- LOZANO NORIEGA, Francisco, Cuarto curso de Derecho Civil – Contratos, 6ª. edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1994.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, de los Contratos Civiles, 15ª. edición, Ed. Porrúa, México, 1997.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 13ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2012.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 6ª. edición, Ed. Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1987.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil – Contratos, 3ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2007.
- BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 14ª. ed. Ed. Porrúa, México, 1995.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, Teoría General de las Obligaciones, 1ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2005.

- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, de los Contratos Civiles, 2ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2012.
- CHIRINO CASTILLO, Joel, Contratos, 2ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2011.
- FIGUEROA LUIS, Mauricio, Contratos Civiles, 1ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2007.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil – IV – Contratos, 24ª. edición, Ed. Porrúa, México, 1996.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, 7ª. edición, Ed. Mc Graw Hill, México, 2008.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles, 12ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2008.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., Contratos Civiles, 1ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2007.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, 2ª. edición, Ed. Harla, México, 1983.
- DE LA PEZA MUÑOZ CANO, José Luis, De las Obligaciones, 5ª. edición, Ed. Porrúa, México, 2009.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Ed. Porrúa, UNAM, 3ª. edición, México, 1989.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, 14ª. edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979.
- DICCIONARIO ILUSTRADO LATINO-ESPAÑOL – Español-Latino, 20ª- edición, Ed. Bibio-
graf, S.A., Barcelona, 1995