

CONTRATO DE MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO¹

1.- Regulación, definición legal y partes del contrato.

Se regula el contrato de mutuo en el Título XXXI del Libro IV del CC., arts. 2196 a 2209. Asimismo, cuando recae en una suma de dinero, se reglamenta en la Ley N° 18.010.

Dispone el CC. en el art. 2196 que:

“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”.

Cabe consignar las siguientes observaciones al concepto de la ley:

- a. El mutuo es una variante del contrato de préstamo, en este caso, “de consumo”.
- b. El contrato nace al verificarse la entrega a otro de ciertas cosas.
- c. Lo que se entrega ha de ser “cierta cantidad”. Debe existir certeza acerca del número, peso o volumen de las cosas que se entregan.
- d. Las cosas deben ser “fungibles”, es decir, susceptibles de ser reemplazadas por otras que tengan idéntico poder liberatorio, que puedan proporcionarnos la misma utilidad.
- e. Las cosas se reciben para ser consumidas, material o jurídicamente. En consecuencia, el mutuo sólo puede recaer sobre cosas muebles.
- f. El mutuario recibe estas cosas “con cargo de restituir otras tantas”. No devuelve entonces las mismas cosas, porque las consumirá, sino “otras tantas”, es decir, en el mismo número, o peso o volumen.
- g. Las cosas que se restituyen han de serlo “del mismo género y calidad”. Deben devolverse cosas que presenten características comunes a las que se entregaron, dotadas de propiedades similares y de un valor semejante.

Cabe precisar, sin embargo, en relación a la definición transcrita, que el mutuo recae usualmente sobre cosas consumibles antes que sobre cosas fungibles. De ahí que se hable de un “préstamo de consumo”. El Código también incurre en esta imprecisión en otras materias, como acontece al definir el usufructo (art. 764)². En verdad, podríamos concluir que las cosas objeto de un contrato de mutuo, ordinariamente han de ser, al mismo tiempo, consumibles y también fungibles. Con todo, podría ocurrir que pueda recaer el mutuo sobre cosas fungibles pero objetivamente no consumibles, cuando por ejemplo se prestan doscientas sillas a un establecimiento educacional, obligándose el mutuario a restituir otras sillas, iguales, pero nuevas. No se trata en este caso de un comodato o de un arrendamiento, pues entonces habría que restituir las mismas sillas. Desde este punto de vista, admitimos que la definición de Bello acierta, pues las cosas objeto de un mutuo nunca pueden dejar de ser fungibles, pues si

¹ Fecha de última modificación: 1 de febrero de 2022.

² La alusión, en el art. 2196, al carácter fungible de las cosas que se prestan, y la omisión de su carácter consumible, se explica por el tenor del art. 575 del CC., que trata de manera más bien promiscua ambos conceptos: “Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. / A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. / Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

no lo fueran, no existirían otras tantas que restituir. A la inversa, bien podría ocurrir, como en el ejemplo propuesto, que las cosas objeto del mutuo no sean consumibles.

Las partes del contrato se denominan “mutuante”, la una, y “mutuario”, la otra. El primero, llamado también prestamista, es aquel que presta cierta cantidad de cosas fungibles, y el segundo, signado igualmente como prestatario, es quien las recibe con la obligación de restituir otras tantas, del mismo género y calidad. El primero será el acreedor y el segundo el deudor.

2.- Características del contrato de mutuo.

El contrato de mutuo puede ser real o consensual, unilateral o bilateral, gratuito u oneroso, translaticio de dominio, principal, típico o nominado, impersonal y de ejecución diferida.

a) Es un contrato real o consensual³.

Al efecto, debemos distinguir:

a.1. Contrato de mutuo regido por el CC.

Es un contrato real. Se perfecciona con la tradición de la cosa (arts. 1443 y 2197). Nos encontramos ante una excepción a la teoría general del contrato, pues de ordinario, de este sólo nacen derechos personales y no reales. En el caso del mutuo, cuando es un contrato real, este hace las veces de título y de modo de adquirir.

Esta tradición no constituye, sin embargo, “pago”, pues el mutuante nada le debe al mutuario.

a.2. Contrato de mutuo que corresponde a una operación de crédito de dinero.

Puede ser un contrato real o consensual (art. 1 de la Ley N° 18.010). En el primer caso, la tradición, al igual que en el mutuo civil, no constituye pago. En el segundo caso, sí, pues el mutuante previamente se obliga a transferirle al mutuario una determinada suma de dinero.

Respecto de la prueba de la existencia del contrato y de la obligación del mutuario, rigen en el mutuo, a diferencia del comodato y del depósito necesario, las reglas generales que excluyen la prueba de testigos, si la cosa que se entrega vale más de dos unidades tributarias mensuales (arts. 1709 y 1710 del CC.).

Con todo, lo anterior opera tratándose de un contrato de mutuo civil, pero no mercantil, pues respecto a este no se contempla una restricción semejante.

En efecto, el art. 128 del Código de Comercio dispone que:

³ Como señala correctamente Solange Doyharcabal, en un caso el mutuo necesariamente será un contrato solemne: se trata del mutuo hipotecario regulado en la Ley General de Bancos. En efecto, cuando el mutuo tiene la forma de un mutuo hipotecario endosable o de un mutuo hipotecario en letras de crédito, necesariamente deberán otorgarse por escritura pública (arts. 69 y 91 de la citada ley). Pero se comprende que, en estos casos, tendrán dicho carácter habida cuenta que se exige por la ley que estén garantizados con una hipoteca: Doyharcabal Casse, Solange, “Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XIX, Valparaíso, 1998, pp. 204 y 205. Pero además de la hipótesis planteada por la profesora Doyharcabal, existe otro caso en el propio CC.: el contemplado en el art. 1610 N° 6, en las normas del pago con subrogación legal. Conforme al precepto, el préstamo que un tercero le hace al deudor, debe constar en escritura pública.

“La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública”.

Pero, para encontrarnos ante un mutuo regido por el Código de Comercio, debe ser este de naturaleza mercantil para ambas partes contratantes. De esta manera, si estamos ante un “acto mixto”, mercantil para el acreedor y civil para el deudor, regirán las normas aplicables al último y, por ende, la prueba de testigos estará excluida.

Lo mismo cabe señalar en lo que concierne al plazo de prescripción de la acción del acreedor: si se trata de un mutuo civil, regirán las reglas del CC. y, por tanto, la acción ordinaria prescribirá en cinco años, contados desde que la obligación se hizo exigible (art. 2515 del CC.). En cambio, si se trata de un mutuo mercantil, la acción prescribirá en el plazo de cuatro años, conforme a lo dispuesto en el art. 822 del Código de Comercio, que dispone:

“Las acciones que procedan de las obligaciones de que trata el presente Libro y que no tengan señalado un plazo especial de prescripción, durarán cuatro años. / Las prescripciones establecidas en este Código corren contra toda clase de personas”.

La entrega de la cosa, al igual que en el comodato, puede ser también ficta o simbólica.

Como han concluido de manera consistente nuestros tribunales, si se establece como hecho de la causa que no se entregó por el mutuante la cantidad de las cosas que fueron objeto del contrato, este carece de causa, sólo tiene la apariencia de tal. Es un contrato fingido, simulado y está sancionado por el art. 471, N° 2 del Código Penal. De esta manera, no habiéndose acreditado la entrega de la cantidad de dinero que se demanda, carece de causa la obligación de restituirla.

Ahora bien, ¿puede desvirtuarse por el mutuario la declaración que ha formulado en el contrato, en orden a haber recibido en mutuo una suma de dinero? Se desprende de diversas sentencias que dicha declaración no impide probar que la entrega no acaeció, entendiéndose que la carga probatoria la tiene el mutuario, presumiéndose que sí hubo tradición. Con todo, no será admisible la prueba de testigos, considerando lo establecido en el art. 1709, inc. 2° del CC.: “No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato”.

b) Es un contrato unilateral o bilateral.

Tratándose del mutuo regido por el CC., el único que se obliga, por regla general, es el mutuario, a restituir la cosa. Pero a diferencia del comodatario y del depositario, no se obliga a conservar la cosa, pues se hace dueño de la misma. Excepcionalmente, podría resultar obligado el mutuante, en el caso previsto en el art. 2203, al que aludiremos más adelante.

En el caso del mutuo de dinero regido por la Ley N° 18.010, el contrato puede ser unilateral o bilateral, según si el mutuante entrega la suma de dinero al momento de contratar (en cuyo caso el contrato será unilateral –pues se obligará sólo el mutuario- y además real) o se obliga a proporcionar la suma de dinero en un cierto plazo (en cuyo caso el contrato será bilateral y además consensual).

c) Puede ser a título gratuito u oneroso.

Si el mutuo recae sobre cosas fungibles que no sean dinero, la gratuidad será un elemento de la naturaleza del contrato (art. 2198). La ley sólo obliga restituir igual cantidad de las cosas prestadas, siendo indiferente que el precio de ellas haya subido o bajado en el tiempo que medió entre la tradición y la restitución. En consecuencia, las partes deberán estipular expresamente que el mutuario, además de restituir, deberá pagar una suma por el préstamo. Dicha suma se denomina intereses⁴.

En cambio, si el mutuo recae sobre dinero, se entenderá oneroso, a menos de pactar las partes la gratuidad. En efecto, en las operaciones de crédito de dinero, regidas por la Ley N° 18.010, se presume el pago de intereses.

d) Es un título translativo de dominio.

Así se desprende de los arts. 2197, 675 y 703 del CC. El mutuo es el único contrato real que transfiere el dominio (sin perjuicio de los casos excepcionales del depósito irregular y de la prenda de dinero). La entrega es, al mismo tiempo, contrato o título y modo de adquirir, en este caso la tradición.

Pero como habíamos indicado, la tradición no supone pago, si se trata del mutuo regulado en el CC. Respecto del mutuo en dinero regulado en la Ley N° 18.010, constituirá pago, siempre que estemos ante un contrato consensual, mientras que no lo será si se trata de un contrato real.

e) Es un contrato principal.

El mutuo no requiere de ningún otro contrato para producir sus efectos y, por el contrario, suele ocurrir que junto a él, las partes celebren un contrato accesorio, con el fin de asegurar el cumplimiento del primero.

En verdad, bien podríamos afirmar que el mutuo es el contrato principal por antonomasia.

f) Es un contrato típico o nominado.

El contrato, como se expresó, se encuentra regulado en el Título XXXI del Libro IV del CC., arts. 2196 a 2209, y en la Ley N° 18.010, que establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.

⁴ Como refiere Guzmán Brito, en el Derecho romano, el mutuo, al igual que en nuestros días el mutuo regido por el CC., era un acto gratuito. Esto significaba que no era obligación del mutuario pagar un “precio” por el uso, esto es, por la disposición de la cantidad de dinero o de otros fungibles que recibía en préstamo. Pero las partes podían establecer un precio, que recibía el nombre de “usuras” (usurae). Tal era el término técnico del Derecho romano para designar lo que hoy llamamos “intereses”. El capital solía denominarse sors (= “suerte”) o caput, y el mutuo con intereses se llamaba fenus, como si los intereses fuesen engendrados por el capital. La palabra usurae deriva del verbo utor = “usar”, porque justamente se refiere a un precio por el uso de los fungibles de que se trata. Por su lado, fenus viene de fetus = “fértil”: Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Tomo I, Santiago de Chile, LegalPublishing Thomson Reuters, 2013, 2ª edición, p. 819. Como vemos, la palabra usura no tenía, inicialmente, la connotación negativa que tiene en nuestros días, esto es, “interés excesivo en un préstamo” (3ª entrada, *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*, 22ª edición). El artículo 21 de la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), referido al “Derecho a la propiedad privada”, dispone en su N° 3: “Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

g) Es un contrato impersonal.

A diferencia de los contratos de comodato y de depósito, que son “intuitu personae”, el contrato de mutuo es de aquellos que se denominan “impersonales”, pues no se celebra en consideración a determinada persona. La identidad del otro contratante no es el motivo determinante para celebrar el contrato.

h) Es un contrato de ejecución diferida.

La obligación del mutuario se cumple en un cierto plazo, normalmente convenido por las partes, de una vez o en cuotas sucesivas. En efecto, podemos distinguir dos categorías de contratos de ejecución diferida: la primera es aquella en que las obligaciones se cumplen en el plazo convenido, en un solo acto, quedando liberadas las partes (por ejemplo, cuando celebrado que sea el mutuo, acuerdan los contratantes que lo adeudado se pagará treinta días después); la segunda es aquella en que las obligaciones se irán cumpliendo en distintos plazos, hasta que al cumplirse la última de ellas, se extinga la relación jurídica (al celebrar el mutuo, las partes convienen que la cantidad debida se pagará en un cierto número de cuotas). En la primera categoría, las obligaciones se cumplen *uno actu*; en la segunda categoría, en diversos actos (aunque en ambas, se cumplen en un plazo y no al momento mismo de celebrar el contrato, pues si así fuere, se trataría de un contrato de ejecución instantánea).

En el evento de no estipularse plazo para el pago, el mutuante, según se verá, podrá exigirlo transcurridos que sean diez días, contados desde que se hizo el préstamo.

4.- Cosas que pueden ser objeto de mutuo.

Conforme a lo expresado, debe tratarse de cosas muebles fungibles y, usualmente, de cosas al mismo tiempo consumibles y fungibles. Son consumibles aquellas que se destruyen con su primer uso. Son fungibles aquellas cosas que objetiva o subjetivamente pueden ser reemplazadas por otras. La consumibilidad depende de la naturaleza de las cosas. La fungibilidad puede responder tanto de la naturaleza de las cosas o de la voluntad de las partes.

En todo caso, el legislador distingue entre cosas fungibles (y consumibles) que no son dinero, caso en el cual se aplicarán las normas del CC., y el mutuo sobre dinero, que se regirá por la Ley N° 18.010.

5.- Partes contratantes en el mutuo.

a) Mutuante.

Es aquel que otorga el préstamo y por ello se le llama también prestamista. Es el acreedor del contrato, cuando estamos ante un contrato real (mutuo del CC. y eventualmente mutuo de la Ley N° 18.010) o acreedor y deudor al mismo tiempo, si el contrato fuere consensual (eventualmente, mutuo de la Ley N° 18.010).

Dos requisitos debe reunir el mutuante:

- Debe tener la capacidad y la facultad de enajenar: si estamos ante un título translativo de dominio, es lógico que el tradente tenga la capacidad y la facultad para disponer de la cosa. Si el mutuante no tiene capacidad y facultad de enajenar, el contrato adolece de un vicio de

nulidad (art. 2202, inc. 1º). Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en los arts. 670 (definición de tradición), 1464 (objeto ilícito en la enajenación) y 1575 (en el pago). Así, por ejemplo, no podría darse en mutuo la suma de dinero sobre la cual se hubiere decretado una medida precautoria de celebrar actos o contratos y de enajenar.

- Debe ser dueño de la cosa dada en mutuo: si el mutuante no es dueño, el contrato y la tradición son válidos, pero esta última no producirá su efecto natural, cual es de transferir el dominio, y el mutuario no se hará, por tanto, dueño de la cosa dada en mutuo. Además, el dueño podrá interponer la acción reivindicatoria, pues para él, el mutuo le es inoponible (art. 2202, inc. 1º). La reivindicación de las especies será posible “mientras conste su identidad”, es decir, mientras no se hayan confundido con otras cosas de la misma especie o se hayan consumido. Si desaparece la identidad, cabe distinguir según si quien recibió las cosas estaba de buena fe o de mala fe (art. 2202, inc. 2º):

- i) El mutuario recibió de buena fe: será obligado al pago sólo después de expirar el término previsto en el art. 2200, esto es, transcurridos diez días posteriores a la entrega; además, sólo deberá pagar los intereses estipulados (por ende, si nada se estipuló, no se pagarán);

- ii) El mutuario recibió de mala fe: será obligado al pago inmediato; y con el máximo de intereses que la ley permite estipular (es decir, debe pagar intereses correspondientes a la tasa máxima convencional, y no los intereses corrientes).

Entendemos que estará de buena fe el mutuario, cuando desconocía la circunstancia de ser ajenas al mutuante las cosas entregadas, y de mala fe si sabía que las cosas no le pertenecían al mutuante. Puesto que la buena fe se presume (art. 707 del CC.), será el reivindicante quien deberá probar la mala fe del mutuario, conforme a las reglas generales.

b) Mutuario.

Es aquel que recibe el préstamo y, por eso, se le denomina también prestatario. Es el deudor del contrato, cuando estamos ante un contrato real (mutuo del CC. y eventualmente mutuo de la Ley N° 18.010) o acreedor y deudor al mismo tiempo, si el contrato fuere consensual (eventualmente, mutuo de la Ley N° 18.010).

La ley sólo le exige que sea capaz de obligarse, conforme a las reglas generales. Si no lo es, el contrato será nulo.

Respecto del menor adulto, titular de peculio profesional o industrial, se ha entendido, conforme al tenor del art. 260 del CC., que para tomar dinero a interés, requiere autorización escrita del padre o madre titulares de la patria potestad o del curador adjunto, en su caso. De no ser así, obligará al aludido patrimonio especial sólo hasta concurrencia del beneficio que haya reportado del contrato⁵. A contrario sensu, si toma dinero en préstamo, estipulándose que el capital no devengará intereses, el menor que fuere titular de un peculio profesional o industrial, podría actuar por sí solo.

c) Intervención de mandatarios.

Para que un mandatario pueda celebrar un contrato de mutuo, usualmente se exige que en su mandato consten las facultades de “contratar préstamos” o “contratar empréstitos de toda clase” y “suscribir pagarés” o “suscribir los instrumentos que den cuenta del contrato

⁵ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición actualizada, año 2007, reimpresión en 2010, p. 483.

de mutuo”, todo lo anterior, para que pueda actuar como mutuuario. A su vez, para que pueda dar en mutuo dinero u otros bienes fungibles de su mandante, suelen emplearse las fórmulas “otorgar préstamos” o “dar en mutuo dinero u otros bienes fungibles del mandante”. Eventualmente, el mandato podría restringir las facultades del mandatario, en cuanto se le faculta para celebrar contratos de mutuo, en calidad de mutuuario o de mutuante, sólo con determinadas personas jurídicas o naturales y hasta por ciertos montos y por determinados plazos. Puede ocurrir también que el mandato se haya conferido a dos o más apoderados (situación usual en sociedades), caso en el cual debe revisarse si los apoderados pueden actuar de manera individual o conjuntamente dos o más de ellos.

El CC., con todo, en las normas del mandato, establece una serie de restricciones a los mandatarios, que dicen relación con la celebración de contratos de mutuo, que devengan intereses. Por ende, regirán siempre cuando se trata de un mutuo de dinero (a menos que se pactare lo contrario) y cuando se estipulare que la cantidad prestada devengará intereses, si se trata de un mutuo de cosas fungibles que no sean dinero. Disponen estas normas:

- Encargado el mandatario de tomar dinero prestado (vale decir, recibirlo en calidad de mutuuario), podrá prestarlo él mismo (actuando entonces el mandatario por sí, como mutuante, y en representación de su mandante, como mutuuario), al interés designado por el mandante (art. 2145, primera parte).
- En el caso anterior, si el mandante no designó el interés, podrá autocontratar el mandatario al interés corriente (art. 2145, segunda parte).
- Si el mandatario ha sido facultado para dar en préstamo una suma de dinero a interés, no podrá tomarlo para sí (es decir, autocontratar), sin aprobación del mandante. La expresión “aprobación” (en lugar de “autorización”) sugiere que el mandatario podría celebrar el contrato de mutuo consigo mismo, actuando en las dos calidades de mutuante y mutuuario, y después obtener la venia del mandante (art. 2145, última parte). Si el mandatario tomare el dinero para sí en calidad de mutuuario sin haber obtenido la aprobación, el acto sería inoponible al mandante, según Stitckin. Otros, en cambio, estiman que el acto adolecería de nulidad relativa, pues no se trata de un acto prohibido por la ley, sino que permitido bajo ciertas condiciones exigidas en consideración de la calidad de la persona que lo ejecuta (art. 1682). Por consiguiente, sólo puede alegarla el mandante y sus herederos o cesionarios (art. 1684) y se sana por la ratificación expresa o tácita y por la prescripción de cuatro años, que se cuenta en todo caso desde la ejecución del acto y no se suspende⁶.
- Si el mandatario tuviere en su poder dineros de su mandante (por cualquier causa), no podrá prestarlos, sino con su expresa autorización (art. 2146, inc. 1°).
- En el caso anterior, habiendo sido autorizado a colocarlos o prestarlos a un cierto interés, y en definitiva los coloca a un interés mayor que aquel designado por el mandante, el exceso deberá abonárselo íntegramente, salvo que se le haya autorizado para apropiarse el exceso (art. 2146, inc. 2°).

6.- Clases de mutuo.

6.1. Mutuo de cosa consumible y fungible que no sea dinero.

a) Aspectos generales.

⁶ Stitckin Branover, David, *El Mandato Civil*, 5ª edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 352 y 353.

Se le aplican las normas del CC. El único obligado es el mutuario, quien debe restituir igual cantidad de las cosas, del mismo género y calidad (arts. 2196, 2198 y 2205).

Si no es posible restituir cosas de la misma naturaleza, el mutuario restituirá lo que valgan en el tiempo y lugar en que haya debido hacerse el pago (art. 2198).

Este contrato es por naturaleza gratuito. Para pagar intereses, sea en dinero o en otras cosas fungibles⁷, deberá mediar pacto expreso de las partes (art. 2205). Con todo, si el deudor pagare intereses no estipulados, el acreedor podrá retenerlos. Dispone al efecto el art. 2208: “Si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital”, lo que ha hecho decir a algunos que estaríamos ante un caso de obligación natural, distinto de aquellos señalados en el art. 1470.

¿Por qué el art. 2208 permite al mutuante retener intereses pagados por el mutuario sin que este hubiere tenido la obligación de enterarlos? Una explicación podría ser que si se pagan, ello probablemente obedecerá a un acuerdo de las partes, en tal sentido, después de celebrado el contrato. También podría explicarse la norma en la justicia o conmutatividad del contrato: lo razonable es que un contrato sea oneroso, que reporte utilidad para ambas partes y lo excepcional es que sea gratuito. Por ende, los intereses pagados, aunque no pactados, representan una legítima ganancia para el prestamista o mutuante, que en condiciones normales, obtendría en esta clase de contratos.

Leopoldo Urrutia consigna que, en la regla del art. 2208, “Hay una presunción de derecho de que se han estipulado intereses. Es una regla contraria a la del art. 2297, por la cual se puede repetir lo que se ha pagado por error de derecho”⁸.

En cuanto al monto de los intereses, habría que distinguir entre los llamados intereses “por el uso” y los intereses “penales”. Los primeros, se devengan durante la vigencia del crédito. Los segundos, por la mora del deudor⁹. Respecto de los intereses “por el uso”, dispone el art. 2206 del CC.: “El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente”. De esta manera, si los intereses fueren excesivos, se reducirán al interés corriente. La norma guarda armonía con las disposiciones de la Ley N° 18.010, a las que aludiremos más adelante. A su vez, el art. 1544 del CC. se refiere a los intereses penales, específicamente a la que se ha llamado “cláusula penal enorme”. Esta disposición, que establece la sanción que opera por haber pactado intereses penales excesivos, contempla una fórmula distinta a la del art. 2206 y, a diferencia de este, no guarda congruencia con lo dispuesto en la Ley N° 18.010. Explicaremos el punto más adelante.

Cabe consignar que estando en mora el deudor, de conformidad con lo previsto en el art. 1559, regla 3ª del CC., los intereses “atrasados”, es decir los penales, no producirán interés. La solución, según veremos, es otra en las operaciones de crédito de dinero (art. 9° de la Ley N° 18.010). De esta manera, si se trata de un mutuo regido por el CC., al cual se le aplica el art. 1559, regla 3ª, no operará el anatocismo, por el solo ministerio de la ley. Ello, en el silencio de las partes. Pero considerando que el art. 1559, regla 3ª, sólo se refiere a los

⁷ Por ejemplo, el dueño de una estación de servicio presta al dueño de otro establecimiento similar, diez mil litros de bencina de cierto octanaje, obligándose el segundo a restituir once mil litros en cierto plazo.

⁸ Dávila, Óscar y Cañas, Rafael, *Explicaciones de Código Civil. (clase de Don Leopoldo Urrutia). De las obligaciones en general y de los contratos*, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1907, p. 344.

⁹ Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Tomo I, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, N° 365, p. 397.

intereses penales, se pregunta la doctrina si los contratantes pueden o no pactar anatocismo. Abeliuk contesta afirmativamente, expresando que habiéndose derogado en el año 1981 el art. 2210 del CC. (que impedía el anatocismo), no hay en el Código precepto alguno que prohíba en la actualidad el anatocismo. Así, en virtud del principio de la libertad contractual, sería lícito pactar intereses de intereses¹⁰.

b) Época de la restitución.

Puede ser fijada por las partes o en el silencio de ellas, por la ley. En el primer caso, habrá que atender al contrato. En el segundo caso, la ley suple la voluntad de las partes, estableciendo que sólo se puede exigir la restitución al cabo de diez días, contados desde la entrega (art. 2200). Podríamos afirmar que se trata de un plazo dentro del cual el mutuario puede consumir las cosas. Por cierto, dado que se trata de un término legal o no convencional, transcurrido el mismo el mutuario no estará en mora. Sólo lo estará, una vez que el mutuante lo haya reconvenido judicialmente (art. 1551, N° 3). Así lo señala también Leopoldo Urrutia: “Después de estos diez días, el deudor no está retardado ni menos constituido en mora, sino precede requerimiento”.

El art. 2201 establece una curiosa regla, relativa a la restitución de lo que se debe:

“Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término”.

Aunque la cláusula no es usual precisamente, de estipularse, no debemos creer que el cumplimiento del deudor será a su entera voluntad y cuando le plazca. Si así fuere, estaríamos ante una cláusula que adolecería de nulidad, pues se trataría de una condición meramente potestativa suspensiva del deudor, que la ley proscribire (art. 1478, inc. 1°). Si transcurre un plazo razonable para pagar y ello no ocurre, el acreedor podrá solicitar al juez que fije un plazo al deudor para hacerlo (estamos ante uno de los excepcionales casos en que la ley faculta al juez para fijar un plazo).

c) Lugar en que se debe restituir.

El mutuario debe pagar lo que debe en el lugar convenido en la convención (art. 1587). A falta de estipulación, pagará en su domicilio, pues lo que debe es una obligación de género (art. 1588, inc. 2°).

d) Forma de hacer la restitución.

Se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sin atender al precio de ellas al tiempo de la restitución, el cual puede haber variado.

Si no se puede llevar a cabo la restitución en los términos señalados, el acreedor podrá exigir al mutuario que pague lo que valgan las cosas en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago.

El mutuario deberá restituir la cantidad de cosas fungibles y consumibles adeudadas de una sola vez, sin que pueda forzar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba (art. 1591), a menos que las partes hubieren estipulado que el servicio de la deuda se hará en un cierto número de cuotas, que suelen pactarse con periodicidad mensual, trimestral, etcétera.

¹⁰ Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Tomo I, N° 369, p. 405.

Si se hubieren estipulado intereses y el mutuante declara haber recibido íntegramente una cantidad idéntica a lo que dio en mutuo, se presumirán también pagados los primeros. Señala al efecto el art. 2209: “Si se han estipulado intereses y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados”. Pero no cualquiera declaración será idónea para los efectos indicados, sino sólo aquella que conste en una “carta de pago”, es decir, en un recibo otorgado por el acreedor, dando cuenta de haber recibido todo lo que se le adeudaba.

e) Obligaciones eventuales del mutuante.

Igual que acontece en el comodato y en el depósito, eventualmente pueden nacer obligaciones para el mutuante, siendo responsable de los perjuicios que se ocasionen al mutuario:

1º Por la mala calidad; o

2º Por los vicios ocultos de la cosa prestada.

Así, por ejemplo, si el préstamo consistió en diez mil litros de bencina de cierto octanaje, pero esta era defectuosa y daña el motor del vehículo del mutuario; o cuando un industrial panadero presta a otro empresario del mismo rubro cincuenta sacos de harina, pero esta se encontraba descompuesta.

Leopoldo Urrutia señala que “Esta responsabilidad, de la misma manera que el comodato, no desnaturaliza el contrato de mutuo, nace del dolo o culpa y, por consiguiente, es aquiliana”¹¹.

Para que nazca esta obligación del mutuante -advierde el art. 2203-, es imprescindible que se cumplan “las condiciones expresadas en el artículo 2192”, es decir, operando los mismos requisitos previstos en esta última norma, contenida en el comodato, a saber:

1º Que la mala calidad o condición haya sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar los perjuicios;

2º Que dicha mala calidad o condición haya sido conocida y no declarada por el mutuante¹²;

y

3º Que el mutuario no haya podido con mediano cuidado conocer esta mala calidad o precaver los perjuicios¹³.

El mutuante, entonces, no necesariamente responderá por la mala calidad de la cosa o por los vicios ocultos de que adolezca. Será necesario que se cumplan estos tres requisitos copulativos.

Si los vicios ocultos eran de tal magnitud que, de saberlos, el mutuario no habría contratado, se podrá exigir que se deje sin efecto el contrato (art. 2203). El CC. alude a la “rescisión” del contrato, pero en verdad se trata más bien de la terminación del contrato. El mutuario tendrá derecho a pedir que se declare el término del contrato, forzándose al mutuante a recibir de manos del mutuario una cantidad idéntica de cosas fungibles y consumibles, del mismo género y calidad. En tal caso, el mutuario quedará liberado del pago de los intereses que se hubieren estipulado para el período que mediere entre la terminación anticipada del contrato y el plazo de término originalmente convenido¹⁴.

¹¹ Dávila, Óscar y Cañas, Rafael, ob. cit., p. 344.

¹² A diferencia del contrato de compraventa, donde la ley no plantea una exigencia similar.

¹³ Al igual que acontece con el contrato de compraventa (art. 1861 del CC.).

¹⁴ En la hipótesis del art. 2203, no corresponde tampoco afirmar –como alguna vez lo hicimos–, que el mutuario

6.2. Mutuo sobre dinero.

a) Aspectos generales.

La Ley N° 18.010 del 27 de junio de 1981, regula de manera orgánica a todas las operaciones de crédito de dinero y, entre ellas, el mutuo de dinero.

Persigue la Ley N° 18.010:

1° Salvaguardar el principio de la autonomía de la voluntad (lo que se manifiesta en proteger los pactos que establezcan el pago de reajustes e intereses, por ejemplo);

2° Salvaguardar el debido equilibrio entre acreedor y deudor, que para algunos, habría morigerado el CC., toda vez que se entendía que el mutuo regulado en dicho Código favorecería exageradamente al deudor, en perjuicio del acreedor (por ejemplo, al prohibir en el CC. el anatocismo¹⁵, o sea el interés sobre interés, en el art. 2210, hoy derogado).

b) Concepto de operaciones de crédito de dinero.

Son aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención. Constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente (art. 1, de la Ley N° 18.010).

c) Características del mutuo de dinero.

c.1) Es un contrato naturalmente oneroso.

A diferencia del CC., que establece la gratuidad del mutuo (hoy circunscrito al préstamo de cosas fungibles que no consistan en dinero), el mutuo de dinero es oneroso, según el art. 12 de la Ley N° 18.010, ya que no se presume la gratuidad. En el silencio de las partes, debe el mutuuario pagar intereses.

c.2) Las operaciones de crédito de dinero no son reajustables, salvo pacto expreso de las partes. Por ende, la suma adeudada es nominal, de no mediar estipulación en contrario que contemple la reajustabilidad. Las partes, en principio, pueden convenir libremente el sistema de reajustabilidad. Si se hubiere pactado alguno de los sistemas de reajuste autorizados por el Banco Central y este se derogare o modificare, los contratos vigentes continuarán rigiéndose por el sistema convenido, salvo que las partes acuerden sustituirlo por otro. Son tales sistemas, por ejemplo, la variación del Índice de Precios al Consumidor, o la Unidad de Fomento.

podrá pedir la resolución del contrato. Hemos terminado por adherir a la tesis de Abeliuk, en orden a que “En general, la resolución no puede tener lugar en los contratos unilaterales, y normalmente se traducirá en una anticipación de la cumplimiento de la obligación, una especie de caducidad del plazo por el incumplimiento”: Abeliuk Manasevich, René, ob. cit., Tomo I, p. 512. La tesis contraria, la sustenta entre nosotros Luis Claro Solar (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo X, N° 158).

¹⁵ Durante la época del Derecho romano, entre otros controles introducidos para impedir los abusos de los acreedores, se consagró la fórmula “los intereses devengados no producen intereses” (*usurae usurarum*), figura que Cicerón denominará con la palabra de origen griego anatocismus: Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 820 y 821.

Se entiende por reajuste toda suma que el acreedor reciba o tenga derecho a recibir por sobre el capital y los intereses.

El art. 3° de la Ley N° 18.010 dispone respecto de los reajustes lo siguiente:

“Art. 3°- En las operaciones de crédito de dinero en moneda nacional en que no tenga la calidad de parte alguna empresa bancaria, caja de compensación de asignación familiar, compañía de seguros o cooperativa de ahorro y crédito, o cualquier otra institución colocadora de fondos por medio de operaciones de crédito de dinero de manera masiva, según se define en el artículo 31 de esta ley, podrá convenirse libremente cualquier forma de reajuste. Si se hubiere pactado alguno de los sistemas de reajuste autorizados por el Banco Central de Chile y este se derogare o modificare, los contratos vigentes continuarán rigiéndose por el sistema convenido, salvo que las partes acuerden sustituirlo por otro”.

Obsérvese que el precepto transcrito formula un distingo, según si se trata de una operación de crédito de dinero en moneda nacional en que no tengan la calidad de parte un banco, caja de compensación de asignación familiar, compañía de seguros o cooperativa de ahorro y crédito o cualquier otra institución colocadora de fondos por medio de operaciones de crédito de dinero de manera masiva, o si se trata de una operación de esa índole en que intervenga alguna de estas entidades. En el primer caso, las partes contratantes podrán convenir libremente cualquier forma de reajuste. En el segundo caso, el reajuste deberá convenirse de conformidad a lo que hubiere autorizado el **Banco Central**, conforme a lo previsto en el art. 35, N° 9 de la Ley N° 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco central de Chile, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de octubre de 1989.

No debemos confundir la reajustabilidad con los intereses. La reajustabilidad es la forma utilizada para que la moneda no se desvalorice o deprecie, por inflación u otra causa. Cuando se reajusta un capital, el acreedor no obtiene una ganancia, sino que se evita que sufra una pérdida. Reajustar no es más que actualizar el valor del dinero al tiempo presente. El interés es el valor que se paga por el uso del dinero; es la ganancia legítima que obtiene el acreedor por prestar una suma de dinero.

c.3) Es un contrato real o consensual. Dispone el art. 1 de la Ley N° 18.010 que son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes “entrega” (en cuyo caso el contrato será real) “o se obliga a entregar” (en cuyo caso el contrato será consensual) una cantidad de dinero.

c.4) Es un contrato unilateral o bilateral. Si el contrato es real, será al mismo tiempo unilateral, pues sólo se obligará el mutuuario. Si el contrato es consensual, será al mismo tiempo bilateral, pues ambas partes resultarán obligadas.

d) Los intereses en las operaciones de crédito de dinero.

d.1) Concepto.

Desde un punto de vista doctrinario, es el precio por el uso del dinero. El Diccionario de la Lengua Española lo define como “Provecho, utilidad, ganancia” y de manera más precisa para nuestros efectos, como el “Lucro producido por el capital”. Desde un punto de vista jurídico, es el beneficio o utilidad del mutuante, como precio por el préstamo que otorga al mutuuario. Constituye por tanto un fruto civil.

Conforme al art. 647, inc. 2° del CC., los intereses podrían encontrarse en dos estados: “pendientes”, mientras se deben, y “percibidos”, desde que se cobran. En realidad, mejor sería señalar que están “pendientes” mientras no se han hecho exigibles, “devengados” desde que sí lo están pero aún no se pagan y “percibidos” desde que se han pagado (y no sólo desde

que se cobran). Así, suponiendo que estamos a 1 de agosto, si mi deudor me ha pagado intereses correspondientes a los meses de enero a mayo, están “percibidos”; si me debe en la actualidad los intereses correspondientes a los meses de junio y julio, están “devengados”; y los intereses correspondientes a los meses de agosto en adelante, están “pendientes” (lo anterior, sin perjuicio de que se pacte una cláusula de caducidad del plazo o “de aceleración”, en cuyo caso todas las cuotas quedarán “devengadas” si el acreedor ejerce la facultad que le confiere dicha cláusula).

Los intereses se devengan día por día, según expresa el art. 790 del CC., en las normas del usufructo: “Los frutos civiles pertenecen al usufructuario día por día”. Lo mismo señala el art. 11, inc. 2° de la Ley N° 18.010, agregando el inc. 3° que “Para los efectos de esta ley, los plazos de meses son de 30 días, y los de años, de 360 días”.

En las operaciones de crédito de dinero no reajustables, distingue la ley entre “interés” y “tasa de interés”. **Constituye interés** toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital (art. 2, inc. 1° de la Ley N° 18.010). Agrega la ley que se entiende por **tasa de interés** de una operación de crédito de dinero no reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inc. y el capital (inc. 1° citado).

En las operaciones de crédito de dinero reajustables, se formula el mismo distingo anterior, señalándose que constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado (art. 2, inc. 2° de la Ley N° 18.010). A su vez, se reitera que se entiende por **tasa de interés** de una operación de crédito de dinero reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inc. y el capital (inc. 1° citado)

Los intereses, entonces, vienen a ser el resultado de aplicar al capital, la tasa de interés respectiva.

Tienen importancia también los intereses para admitir o no el pago anticipado de la suma prestada. En teoría, si se deben intereses, no se admitiría el pago anticipado del capital, privando al acreedor de su derecho a percibir los intereses. Sin embargo, veremos que la Ley N° 18.010 sí lo permite en ciertas circunstancias, aunque facultando en tal caso al acreedor para percibir parte de los intereses futuros, considerados el tiempo en que el deudor soluciona su obligación.

d.2) Clases de tasas de interés.

La Ley N° 18.010 establece dos clases de tasas de interés: la tasa de interés corriente y la tasa de interés convencional. Aunque usualmente se alude –y aludimos- a intereses corrientes y convencionales, en rigor, lo que se clasifica de esta manera son las tasas aplicables al capital.

● **La tasa de interés corriente:** es el promedio ponderado por montos de las tasas cobradas por los bancos establecidos en Chile, en las operaciones que realicen en el país, con exclusión de las comprendidas en el art. 5° de la ley. Estas operaciones excluidas son las siguientes: i) las que se pacten con instituciones o empresas bancarias o financieras, extranjeras o internacionales; ii) las que se pacten o expresen en moneda extranjera para operaciones de comercio exterior; iii) las operaciones que el Banco Central de Chile efectúe con las instituciones financieras; y iv) aquellas en que el deudor sea un banco o una sociedad financiera. Estas cuatro operaciones de crédito de dinero, no serán consideradas para determinar el promedio de la tasa de interés.

Corresponde a la **Comisión para el Mercado Financiero** determinar las tasas de interés corriente, pudiendo distinguir al hacerlo:

- i) entre operaciones en moneda nacional, reajustables o no reajustables;
- ii) entre operaciones en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas;
- iii) según el monto de los créditos.

No se podrán establecer más de dos límites para este efecto, o según los plazos a que se hayan pactado tales operaciones. Cada vez que la citada Comisión para el Mercado Financiero establezca límites nuevos o modifique los existentes deberá, mediante resolución fundada, caracterizar los **segmentos de créditos** considerados, especificando el volumen, tasas de interés corriente y tasas de interés habituales de operaciones efectivas y sustitutas, entre otros aspectos relevantes. Al crear o modificar un límite, la Comisión podrá usar como referencia para establecer la tasa de interés corriente de cada segmento nuevo o modificado, la tasa de una o un conjunto de operaciones financieras que, combinadas, logren un perfil de pagos similar al que tendrían las operaciones del segmento nuevo o modificado. En caso de usar tal referencia, deberá hacerlo por un plazo máximo de doce meses prorrogable por una sola vez (art. 6, inc. 1º).

Los promedios se establecerán en relación con las operaciones efectuadas durante cada mes calendario y las tasas resultantes se publicarán en la página web de la Comisión para el Mercado Financiero y en el Diario Oficial durante la primera quincena del mes siguiente, para tener vigencia hasta el día anterior a la próxima publicación (art. 6, inc. 2º).

• **La tasa de interés convencional:** es aquella estipulada por las partes. Estas pueden estipular la cantidad de interés sobre el capital, sea este reajustado o no. Esta facultad se encuentra limitada por la ley sin embargo (salvo en los cuatro casos señalados en el art. 5), disponiéndose que no podrá estipularse una tasa de interés que exceda el producto del capital respectivo y la cifra mayor entre:

- i) 1,5 veces la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención, según determine la Comisión para el Mercado Financiero para cada tipo de operación de crédito de dinero, y,
- ii) La tasa de interés corriente que rija al momento de la convención incrementada en dos puntos porcentuales anuales, ya sea que se pacte tasa fija o variable.

Este límite de interés se denomina **interés máximo convencional** (art. 6, inc. final).

Como puede observarse, el interés máximo convencional para operaciones de crédito de dinero, no difiere de lo preceptuado en el art. 2206 del CC., aplicable al interés máximo convencional tratándose de mutuos que no consisten en dinero, pues en este último precepto, el interés pactado no puede exceder en una mitad, al interés corriente vigente al tiempo de la convención.

Nótese que la ley admite dos posibilidades para calcular el interés máximo convencional. La primera corresponde a la que tradicionalmente ha regido en el país: 1,5 veces la tasa de interés corriente; la segunda establece que dicho interés máximo convencional corresponderá a la tasa de interés corriente incrementada en dos puntos porcentuales anuales. El inc. final del art. 6º, al referirse a estas dos posibilidades, lo hace aludiendo a la “cifra mayor” que resulte de aplicar una u otra alternativa. En la práctica, continuará rigiendo en la mayoría de los casos la primera fórmula y excepcionalmente la segunda, en aquellos períodos en que la tasa de interés corriente fuere muy baja¹⁶. De esta

¹⁶ A modo ejemplar, la Comisión para el Mercado Financiero fijó las siguientes tasas anuales, para el período del 15 de enero de 2022 al 14 de febrero de 2022 (Diario Oficial de fecha 15 de enero de 2022): “En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6º y 6º bis de la ley N° 18.010, que ‘Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero que indica’. Esta Comisión ha determinado los

manera, a partir del cuadro expuesto en la nota precedente, visualicemos dos ejemplos, aplicando la primera alternativa, es decir, 1,5 del interés corriente: i) si se trata de una operación reajutable en moneda nacional cuyo capital asciende a 2.000 unidades de fomento, pagadera a 18 meses, siendo el interés corriente anual del 3.99%, el interés máximo convencional anual será del 5.99% (el 50% de 3.99 es 1.995%; luego, sumando 1.995 a

promedios de los intereses cobrados por los bancos en sus operaciones efectuadas durante el mes de diciembre de 2021”.

Seguidamente, se indica “el interés corriente, expresado en forma lineal anual, que regirá desde la fecha de publicación de este certificado en el Diario Oficial y hasta el día anterior de la próxima publicación”, y luego, se expresa “el interés máximo convencional expresado en forma lineal anual para el mismo período”.

Las tasas son las siguientes:

Operaciones no reajustables en moneda nacional de menos de 90 días:

Inferiores o iguales al equivalente de 5.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
29,54%	44,31%

Superiores al equivalente de 5.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
6,48%	9,72%

Operaciones no reajustables en moneda nacional 90 días o más:

Inferiores o iguales al equivalente de 50 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
32,83%	37,66%

Inferiores o iguales al equivalente de 200 unidades de fomento y superiores al equivalente de 50 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
26,25%	30,66%

Inferiores o iguales al equivalente de 5.000 unidades de fomento y superiores al equivalente de 200 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
16,66%	24,99%

Superiores al equivalente de 5.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
6,67%	10,01%

Operaciones reajustables en moneda nacional:

Menores a un año:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
2,40%	4,40%

De un año o más. Inferiores o iguales al equivalente de 2.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
4,60%	6,90%

De un año o más. Superiores al equivalente de 2.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
4,02%	6,03%

Operaciones expresadas en moneda extranjera:

Inferiores o iguales al equivalente de 2.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
5,04%	7,56%

Superiores al equivalente de 2.000 unidades de fomento:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
2,47%	4,47%

Operaciones cuyo mecanismo de pago consista en la deducción de las respectivas cuotas directamente de la pensión del deudor:

Interés corriente	Interés Máximo Convencional
No aplica	23,66%.

3.99=5.99%); ii) si se trata de una operación no reajutable en moneda nacional a 90 días o más, cuyo capital fuere de 6.000 unidades de fomento, a pagar en 24 meses, siendo el interés corriente anual del 5.56%, el interés máximo convencional anual será del 8.34% (el 50% de 5.56% es 2.78%; luego, sumando 2.78% a 5.56%=8.34%). Nótese que, en el primer ejemplo, el aumento anual llega exactamente a los 2 puntos porcentuales (de 3.99% a 5.99%). En cambio, en el segundo caso, el aumento anual llega a 2.78% (de 5.56% a 8.34%). No debe creerse, por ende, que la segunda alternativa que establece el inc. final del art. 6° -dos puntos porcentuales anuales-, opere como un límite que debe siempre prevalecer por sobre la primera regla, pues si así fuere, el interés máximo convencional, en el segundo ejemplo, debiera ser de 7.56% (5.56% más 2%). Los dos puntos porcentuales anuales no operan entonces como un máximo, sino como un mínimo que podrían convenir las partes, en aquellos períodos de intereses corrientes muy bajos. Así, por ejemplo, si el interés corriente fuere, en el segundo ejemplo, de un 1.5%, aplicando la primera alternativa, el interés máximo convencional ascendería a 2.25% (1.5% + 0.75%=2.25%). Sin embargo, como la norma autoriza, en la segunda alternativa, adicionar hasta 2 puntos porcentuales anuales, dicho interés máximo convencional podría elevarse hasta 3.5% (1.5% + 2%=3.5%). Esta conclusión puede constatarse del cuadro que hemos insertado en la mencionada nota: obsérvese que tratándose de operaciones reajutables en moneda nacional menores a un año o más, la Comisión para el Mercado Financiero señala como interés corriente anual 2,40%, y como interés máximo convencional, 4,40%. En este caso, se aplicó la segunda alternativa de adicionar dos puntos porcentuales anuales, y no la primera, que habría arrojado como resultado una tasa de 3,6% (2,40% dividido por dos=1,2%; 2,40% + 1,2%=3,6%).

De vulnerarse el límite legal, se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán automáticamente al interés corriente que rija al tiempo de la convención o al momento en que se devenguen los respectivos intereses, en el caso de las operaciones a que se refiere el inc. 1° del art. 6° ter, es decir aquellas que corresponden a tarjetas de crédito (art. 8 de la Ley N° 18.010), sin perjuicio del delito de usura sancionado en el art. 472 del Código Penal. Agrega el art. 8° que en todo caso, cuando corresponda devolver intereses en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 18.010, las cantidades percibidas en exceso deberán reajutarse “en la forma señalada en el artículo 3°, inciso primero” (en realidad, dicho art. tiene un solo inc. y tampoco señala “la forma” en que ha de operar el reajuste).

En lo que concierne a **los intereses penales**, el art. 1544 del CC., en las normas “De las obligaciones con cláusula penal”, trata de la llamada por la doctrina “cláusula penal enorme”, cuando la pena consiste en una suma de dinero. Dispone este precepto que, tratándose de un mutuo, se podrá rebajar la pena “en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular”. La norma, como vemos, no es del todo concordante con la del art. 8° de la Ley N° 18.010. En efecto, en el caso del art. 1544, el interés excesivo estipulado debe rebajarse **al máximo convencional**; en cambio, en el caso del art. 8° de la Ley N° 18.010, la sanción consiste en rebajar el interés pactado, si resultare excesivo, **al interés corriente**. ¿Cómo resolver esta incongruencia? Habría que distinguir: si se trata de un mutuo de dinero, regido por ende por la Ley N° 18.010, no cabe duda de que debemos aplicar lo previsto en el art. 8° de este cuerpo legal: el interés quedará reducido al corriente. Lo mismo ocurrirá si se trata de obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles, conforme lo dispone el art. 26° de la Ley N° 18.010, que aplica lo dispuesto en el art. 8° del mismo cuerpo legal, a dicha hipótesis¹⁷. ¿Qué ocurre si se

¹⁷ Así, por ejemplo, tras celebrar un contrato de compraventa de un inmueble, las partes podrían estipular que

trata de cualquiera otra obligación? Tal sería el caso, por ejemplo, de un mutuo que recae en cosas fungibles que no sean dinero, y que se rige por ende por el CC. En estos casos, se ha estimado que la sanción, para el evento de haber estipulado que la suma de dinero representativa de la pena devengará un interés que excede al máximo convencional, consistirá en rebajar dicho interés, pero no al interés corriente, sino que al referido máximo convencional. Obsérvese que la solución difiere de aquella prevista en el art. 2206 del CC., respecto de los intereses “por el uso”, o sea, aquellos que no tienen la connotación de intereses penales, pues como se dijo, si los primeros resultaren excesivos, se reducen al interés corriente, no al máximo convencional. Así lo expresa René Abeliuk, después de aludir a los arts. 2206 y 1544: “O sea, que el solo Código hace una distinción fundamental siempre referida al mutuo, entre el interés por el uso y el penal. Ambos están sujetos al mismo límite: 50% por encima del corriente, pero la sanción es diferente; en los primeros, en caso de exceso, se rebajan al corriente, y en la cláusula penal al máximo que la ley permite estipular. Esta diferenciación se justifica habitualmente diciendo que el deudor puede librarse por su propia voluntad de pagar intereses penales, pero no de los otros. Le basta para lo primero con cumplir oportunamente la obligación”¹⁸.

El interés penal exige una cláusula expresa en virtud del cual se hubiese pactado. En caso contrario, el acreedor sólo podrá exigir al deudor moroso el pago de intereses corrientes. Dispone el art. 16 de la Ley N° 18.010: “El deudor de una operación de crédito de dinero que retarda el cumplimiento de su obligación, debe intereses corrientes desde la fecha del retardo y a las tasas que rijan durante ese retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior. / El interés moratorio a que se refiere el inciso anterior no podrá aplicarse conjunta ni adicionalmente, sobre un mismo monto, con ningún otro interés. Asimismo, este interés sólo podrá cobrarse sobre aquella parte del capital que se encuentre efectivamente vencida y no podrá ser capitalizada para el cálculo de intereses de ningún tipo”.

El interés máximo convencional al que alude el art. 6°, podríamos calificarlo como “general”, pues los arts. 6° bis y 6° ter establecen intereses máximos convencionales “especiales”, para las siguientes operaciones:

i) **Operaciones de crédito de dinero denominadas en moneda nacional no reajutable, por montos iguales o inferiores a 200 Unidades de Fomento**, por plazos mayores o iguales a 90 días, y que no correspondan a aquellas exceptuadas por el art. 5°: no podrá estipularse un interés cuya tasa exceda a la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención para las operaciones de crédito de dinero denominadas en moneda nacional no reajutable por montos mayores a 200 e inferiores a 5.000 Unidades de Fomento y por plazos mayores o iguales a 90 días, incrementada en un término aditivo cuyo valor será de 14 puntos

el saldo de precio, ascendente a cien millones de pesos, pagadero en el plazo de un año, devengará un interés del 10% mensual. A todas luces, dicho interés convencional superará el “máximo convencional” contemplado en la Ley N° 18.010. ¿Era razonable plantear que en este caso, puesto que no se trataba de una operación de crédito de dinero, no regirían las normas de la Ley N° 18.010 y, por tanto el comprador habría de pagar más del doble del saldo de precio originalmente adeudado? Al legislador le pareció que ello era inaceptable, resolviendo la cuestión en el art. 26 de la Ley N° 18.010, al que haremos referencia más adelante. No podía ser de otra manera, pues una solución diversa pugnaría con la lógica, la equidad contractual y el principio de la unidad del ordenamiento jurídico. El comprador, en el caso planteado, podrá exigir que se rebaje de dicho saldo de precio, todo aquello que exceda del interés corriente que regía a la fecha de la escritura pública de compraventa, si la tasa convenida hubiere superado la “máxima convencional”.

¹⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Tomo I, N° 366, ob. cit., pp. 397 y 398.

porcentuales sobre base anual, en las operaciones superiores a 50 Unidades de Fomento, y de 21 puntos porcentuales sobre base anual, en aquellas operaciones por montos iguales o inferiores a 50 Unidades de Fomento (art. 6 bis, inc. 1°).

Se denomina segmento a cada agrupación de operaciones originada en la distinción por monto establecida en el inc. 1° del art. 6 bis. La Comisión deberá determinar y publicar la tasa de interés corriente de cada uno de los segmentos señalados y del conjunto de ellos (art. 6 bis, inc. 2°).

La Comisión deberá publicar **trimestralmente la tasa de interés promedio ponderado por montos**, de aquellas operaciones comprendidas en este caso, cuyo mecanismo de pago consista en la deducción de las respectivas cuotas o del capital, más los reajustes e intereses que correspondan en su caso, **directamente de la remuneración del deudor o de la pensión que este tenga derecho a percibir**, ya sea en virtud de descuento legal o convencional (art. 6 bis inc. 3°).

ii) En las operaciones de crédito de dinero cuyo mecanismo de pago consista en la deducción de las respectivas cuotas o del capital, más los reajustes e intereses que correspondan en su caso, **directamente de la pensión que tenga derecho a percibir el deudor**, el interés máximo convencional que podrá estipularse será la tasa de interés corriente para operaciones en moneda nacional no reajutable por montos mayores a 200 e inferiores a 5.000 Unidades de Fomento y por plazos iguales o mayores a 90 días, incrementada en 7 puntos porcentuales sobre base anual. Deberán sujetarse a lo dispuesto en esta norma, aquellas operaciones cuyo pago sea realizado mediante deducciones efectuadas al amparo de lo prescrito en la Ley N° 18.833 (que establece el estatuto general para las cajas de compensación de asignación familiar) y aquellas cuyo origen sea meramente convencional, ya sea:

- Por existir entre la entidad pagadora de pensión y la entidad otorgante del crédito un convenio para efectuar las referidas deducciones y siempre que el descuento haya sido autorizado por el pensionado; y
- Por ser la misma entidad pagadora de la pensión la que actúa en calidad de acreedor en la respectiva operación de crédito de dinero (art. 6 bis, inc. final).

iii) La tasa máxima convencional a aplicar a los **créditos que se originen en la utilización de tarjetas de crédito** mediante una línea de crédito previamente pactada se establecerá en función del monto máximo autorizado para dichas operaciones en la convención que les dio origen y del tiempo que se hubiere pactado en ella para hacer uso de la línea rotativa o refundida, según sea el caso, y corresponderá a aquella vigente al momento a partir del cual se devenguen los respectivos intereses. Para efectos de determinar la tasa máxima convencional a aplicar en estos créditos, se entenderá que las modificaciones en el tiempo pactado o en el cupo autorizado para la respectiva línea de crédito que se realicen a la convención que da origen al crédito, o las renovaciones que se hicieren a esta, constituyen una nueva convención. Las reglas anteriores se aplicarán igualmente a **las líneas de crédito que acceden a una cuenta corriente bancaria** (art. 6 ter).

d.3) El anatocismo.

El anatocismo o cobro de intereses sobre intereses, se permite expresamente en la Ley N° 18.010. Su art. 9 autoriza capitalizar los intereses, siempre que se trate de períodos no inferiores a 30 días. Así, por ejemplo, si la tasa de interés es de un 3% mensual y se adeudan \$ 100.000.-, a 30 días, al vencimiento y en caso de no pagarse ni el capital ni los intereses, se deberán \$ 103.000.- por concepto de capital, calculándose ahora la tasa sobre el capital así incrementado.

Aún más, la ley capitaliza los intereses impagos en el silencio de las partes, pues el último inc. del art. 9 establece que los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario.

d.4) Síntesis de las reglas acerca del interés:

- Sólo pueden pactarse en dinero (en materia civil, en cambio, pueden pagarse en dinero o en especie);
- Se devengan día a día.
- Pueden pagarse intereses sobre intereses.
- Se presumen por la ley. Si nada se pacta, se entenderá que rigen los intereses corrientes.
- El interés corriente, determinado por la Comisión para el Mercado Financiero, puede **diferenciarse** entre operaciones en moneda nacional (reajustables o no reajustables), en moneda extranjera y según el monto de los créditos.
- El interés máximo convencional también se diferencia entre uno “general” y tres “especiales”.

e) Presunciones de pago en las operaciones de crédito de dinero.

Se encuentran establecidas en los arts. 17 y 18 de la Ley N° 18.010.

- Art. 17: si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y reajustes, en su caso. La norma es similar a las del art. 1595, inc. 2° y 2209 del CC.;
- Art. 18: el recibo por los intereses correspondientes a los tres últimos períodos consecutivos de pago, hace presumir que los intereses correspondientes a los períodos anteriores, han sido pagados. Igual presunción opera respecto del capital, cuando este se debe pagar en cuotas. La norma es similar a la del art. 1570 del CC.

f) Restitución, en las operaciones de crédito de dinero sin plazo.

Dispone al efecto el art. 13 de la Ley N° 18.010, que en las operaciones de crédito de dinero sin plazo sólo podrá exigirse el pago después de diez días contados desde la entrega. Esta regla no será aplicable a los documentos u obligaciones a la vista o que de cualquiera otra manera expresan ser pagaderos a su presentación.

g) Pago anticipado de la suma prestada.

Permite la ley al deudor de una operación de crédito de dinero, pagar antes del vencimiento del plazo estipulado, **aun contra la voluntad del acreedor**¹⁹, y siempre que se trate de una obligación cuyo capital no supere el equivalente a 5.000 unidades de fomento, en los siguientes casos:

- Si se trata de operaciones no reajustables: deberá pagar el capital y los intereses estipulados, que correrían hasta la fecha del pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, a falta de acuerdo, no podrá exceder el valor de un mes de intereses calculados sobre el capital que se prepaga. No se podrá convenir una comisión que exceda el valor de un mes de intereses calculados sobre dicho capital;

¹⁹ Se altera, por ende, el principio de la fuerza obligatoria del contrato.

- Si se trata de operaciones reajustables: deberá pagar el capital y los intereses estipulados, que correrían hasta la fecha del pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, a falta de acuerdo, no podrá exceder el valor de un mes y medio de intereses calculados sobre el capital que se prepaga. No se podrá convenir una comisión que exceda el valor de tres meses de intereses calculados sobre dicho capital.
- En cualquiera de los dos casos anteriores, será necesario que el pago anticipado no sea inferior al 10% del saldo de la obligación, pues en caso contrario, se requerirá del consentimiento del acreedor²⁰.

La ley impide, en todo caso, que el deudor renuncie a la facultad de pagar anticipadamente lo adeudado (art. 10 de la Ley N° 18.010, precepto que modifica al art. 2204 del CC., que impide pagar anticipadamente, cuando se pactaron intereses).

Fuera de los casos señalados, será necesario contar con el consentimiento del acreedor, para proceder a un pago anticipado de la obligación. Por ende, así ocurrirá:

- Si se trata de obligaciones superiores a 5.000 unidades de fomento;
- Si se prepaga un porcentaje inferior al 10% de la deuda.

h) Aplicación de algunas normas de la Ley N° 18.010, a los contratos de compraventa.

El art. 26 de la Ley N° 18.010 dispone que lo dispuesto en los arts. 2°, 8° y 10° del mismo cuerpo legal, será también aplicable a las obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles. Esto significa que si en este último contrato quedare un saldo de precio a pagar en determinado plazo, regirán a su respecto las siguientes normas:

- Se entenderá por “interés”, aquel definido en el art. 2°. Ahora bien, tratándose del contrato de compraventa, para que un saldo de precio devengue intereses es necesario que las partes así lo hayan estipulado, pues el principio general en el CC. es el del nominalismo. Lo mismo cabe señalar respecto del reajuste (aunque usualmente, el saldo de precio suele pactarse en Unidades de Fomento).
- En un contrato de compraventa, se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención (art. 8°).
- Si el comprador pagare anticipadamente el saldo de precio, regirán las normas del art. 10° (en una compraventa, en todo caso, ello incidirá solamente en no pagar los intereses pactados por todo el plazo sino los calculados hasta la fecha de pago efectivo, pues en tal contrato no es usual que las partes hubieren estipulado además una comisión en caso de prepago por el comprador, como sí ocurre en los mutuos convenidos con un banco).

A su vez, el art. 30, al cual aludiremos en el literal que sigue, también será aplicable a un contrato de compraventa, si el saldo de precio debía pagarse en dos o más cuotas.

i) Normas acerca de la caducidad del plazo en las obligaciones de dinero, cuando en ellas se incluya “cláusula de aceleración”.

La llamada “cláusula de aceleración”, que le permite al acreedor exigir el pago íntegro de la obligación, ante la mora de una o más de las cuotas en que se hubiere dividido su

²⁰ La Ley N° 20.715 rebajó este porcentaje del 25% al 20%. Posteriormente, la Ley N° 21.398 rebajó el porcentaje del 20% al 10%.

servicio, es de común ocurrencia en el contrato de mutuo, u otros contratos en que se estipule el pago de lo que se debe en un cierto número de cuotas (por ejemplo, en un contrato de compraventa en el que el saldo de precio debe pagarse en varias cuotas). Opera como una advertencia al deudor, en cuanto de antemano se le previene acerca de las graves consecuencias que para él puede tener dejar de pagar una cualquiera de las cuotas de la obligación (pago fraccionado que, por lo demás, constituye una excepción al principio del pago íntegro y unitario, consagrado en el art. 1591 del CC.). Asimismo, tiene evidentes beneficios procesales, pues de no existir la cláusula, el acreedor sólo podría demandar el pago de las cuotas morosas al tiempo de interponer su libelo, y respecto de las futuras, volver a demandar cuando hubiere expirado el plazo convenido para su pago. Aunque en ocasiones la cláusula pudiere estimarse abusiva, la verdad es que tiene su fundamento en la constatación de que la obligación es unitaria, es una sola, sin perjuicio que el acreedor haya tolerado que su deudor la satisfaga por parcialidades. Pero esa tolerancia desaparece, cuando el obligado no guarda fidelidad a la ley del contrato, incurriendo en mora en el pago de una cualquiera de las parcialidades convenidas. En tal caso, entonces, se justifica que el acreedor pueda exigir el pago íntegro de todo lo que se le debe.

Regula la materia el art. 30, aplicable a las operaciones de crédito de dinero o a las operaciones de dinero a que se refiere el art. 26 (saldos de precio en contratos de compraventa), y siempre que reúnan los siguientes requisitos copulativos:

- Tengan vencimiento en dos o más cuotas; y
- Contengan cláusula de aceleración.

Dichas operaciones **deberán liquidarse** al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio, conforme a las siguientes reglas:

- Las obligaciones no reajustables considerarán el capital inicial o el remanente al cual se añadirán los intereses corrientes o convencionales según sea el caso y las costas hasta el instante del pago o de la reprogramación.
- Las obligaciones reajustables considerarán el capital al momento de contraer la obligación y este o su remanente se pagará debidamente actualizado según la reajustabilidad pactada en su equivalente en moneda corriente al instante del pago o reprogramación, más los intereses y costas a que se refiere el caso anterior.
- En caso de prepago, este se ajustará a lo previsto en el art. 10.
- En ciertas operaciones de crédito de dinero, se establece una limitación a la facultad de los contratantes para pactar una “cláusula de aceleración”, para el caso de que el deudor no pague una o más cuotas; dicha limitación consiste en que el acreedor no podrá en caso alguno hacer exigible la obligación en forma anticipada, sino una vez cumplidos **sesenta días corridos** desde que el deudor incurra en mora o simple retardo en el pago. Esta limitación regirá en las siguientes operaciones de crédito de dinero:

i) aquellas cuyo capital sea igual o inferior a 200 Unidades de Fomento.

ii) aquellas que cuenten con garantía hipotecaria de vivienda cuyo capital sea igual o inferior a 2.000 Unidades de Fomento.

Todo pacto en contravención a esta disposición se tendrá por no escrito. A su vez, concordante con lo anterior, los derechos que en el art. 30 se establecen en favor del deudor, son irrenunciables.

Cabe indicar que hay opiniones divergentes acerca del cómputo del plazo de prescripción de la acción ejecutiva, cuando en el documento que da cuenta del mutuo, las partes han estipulado una cláusula de aceleración. La jurisprudencia mayoritaria distingue según si la cláusula está redactada en términos imperativos para las partes o facultativos para

el acreedor. En el primer caso, el plazo de la prescripción de la acción ejecutiva se contará desde que el deudor incurre en mora de una cualquiera de las cuotas en que se divide el servicio de la obligación. Por ende, es el vencimiento de la primera cuota impaga, el que marca el inicio del cómputo de la prescripción para todas las demás cuotas, aun aquellas que no han vencido todavía, pues ya se hicieron exigibles por efecto de la aludida cláusula. En el segundo caso, la aceleración de las cuotas aún no vencidas, se producirá sólo una vez que el acreedor ejerza la facultad que le confiere la cláusula en cuestión, lo que acaecerá, en opinión de la mayoría, en el momento en que presenta su demanda. De esta manera, a partir de la fecha de ingreso de la demanda, deberá computarse el plazo de prescripción de la acción ejecutiva, respecto de las cuotas que no se encontraban vencidas a la misma data. Empero, dentro de las opiniones minoritarias, cabe visualizar dos posiciones, una favorable al deudor y otra que beneficia al acreedor. En efecto, una corriente jurisprudencial minoritaria sostiene que, de existir cláusula de aceleración, el cómputo del plazo de prescripción de la acción ejecutiva siempre ha de iniciarse desde el momento en que el deudor deja de pagar una cualquiera de las cuotas de la obligación, sin que corresponda entrar a distinguir si la cláusula en cuestión se redactó en términos imperativos o facultativos. O dicho de otro modo: para esta corriente, la cláusula siempre sería imperativa. Esta opinión, evidentemente, es pro deudor. Otra corriente ha postulado que el plazo de prescripción de la acción ejecutiva sólo debe contarse desde que se produzca el vencimiento de la última de las cuotas en que se haya dividido el servicio de la deuda. Este planteamiento es notoriamente favorable al acreedor²¹.

7.- Diferencias entre el mutuo regulado en el Código Civil y el regulado en la Ley N° 18.010.

a) En cuanto a las normas que los regulan.

b) En cuanto al objeto del contrato.

En un caso, recae sobre cosas muebles consumibles y fungibles que no sean dinero; en el otro, sobre una suma de dinero.

c) En cuanto a los intereses.

- En un caso, deben pactarse (elemento accidental); en el otro, se deben en el silencio de los contratantes (elemento de la naturaleza).
- En un caso, si se pagan intereses no pactados, estaremos ante una obligación natural; en el otro caso, los intereses pagados siempre corresponderán al cumplimiento de una obligación civil.
- En un caso, pueden corresponder a dinero u otra cosa; en el otro caso, sólo dinero.

d) En cuanto al anatocismo.

En un caso, no procede, salvo que se pacte expresamente; en el otro, opera por el solo ministerio de la ley, salvo que se pacte algo distinto.

²¹ Un buen resumen de las diversas tendencias de la jurisprudencia acerca de la cláusula de aceleración y la prescripción de la acción ejecutiva, encontramos en el trabajo “La cláusula de aceleración”, de José Miguel Lecaros Sánchez publicado en el N° 3 de la revista *Ars Boni et Aequi*, Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins, año 2007, pp. 197-209.

e) En cuanto a la posibilidad de prepagar.

En un caso, es improcedente, rigiendo la ley del contrato; en el otro, se admite en ciertos casos.

f) En cuanto a su carácter real o consensual.

El contrato de mutuo del Código Civil siempre será un contrato real. El contrato de mutuo regulado en la Ley N° 18.010 puede ser real o consensual.

g) En cuanto a su carácter unilateral o bilateral.

El contrato de mutuo del Código Civil siempre será unilateral. El contrato de mutuo regido por la Ley N° 18.010, puede ser unilateral o bilateral.

8.- Diferencias entre el mutuo y otras figuras jurídicas.

8.1. Mutuo y comodato.

a) En cuanto al objeto del contrato.

El mutuo tiene por objeto cosas fungibles y consumibles, mientras que el comodato tiene por objeto cosas no consumibles;

b) En cuanto al carácter gratuito u oneroso del contrato.

El mutuo puede ser gratuito u oneroso. El comodato es, por esencia, gratuito.

c) En cuanto a la clase de título.

El mutuo es un título translaticio de dominio. El comodato es un título de mera tenencia.

d) En cuanto a la naturaleza de las cosas que deben restituirse.

El mutuario se obliga a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad. El comodatario se obliga a devolver la misma cosa recibida. El mutuario tiene, por ende, una obligación de género, mientras que el comodatario debe una especie o cuerpo cierto.

e) En cuanto a los efectos de la muerte de una de las partes.

En el mutuo, la muerte de una de las partes no extingue el contrato, ocupando el lugar del contratante fallecido sus herederos. En el comodato, la muerte del comodatario, por regla general, extingue el contrato.

f) En cuanto a la posibilidad de que opere compensación legal.

La obligación del mutuario podría extinguirse por compensación legal, si el mutuante le adeudare, recíprocamente, cosas fungibles del mismo género y calidad o dinero. El comodatario no puede alegar dicho modo de extinguir.

8.2. Mutuo y arrendamiento de cosa.

a) En cuanto a la calidad en que se recibe la cosa.

El mutuario se hace dueño de la cosa recibida. El arrendatario nunca deja de ser mero tenedor.

b) En cuanto a la clase de obligación que se contrae.

La obligación del mutuario es de género. La obligación del arrendatario consiste en devolver la misma cosa dada en arrendamiento.

c) En cuanto al riesgo por la pérdida de la cosa.

En el mutuo, el riesgo es del mutuario, pues la pérdida de la cosa no lo exonera de su obligación de restituir, ya que el género no perece. En el arrendamiento, el riesgo recae en el arrendador.

d) En cuanto a su carácter real o consensual.

El mutuo es un contrato real, por regla general. El arrendamiento es un contrato consensual, por regla general.

8.3. Mutuo y cuasiusufructo.

a) En cuanto a su fuente.

El mutuo es siempre un contrato. El cuasiusufructo puede tener su origen en un contrato o en un testamento.

b) En cuanto a la obligación de rendir caución para recibir la cosa.

En el mutuo, el mutuario no debe rendir caución para recibir la cosa. El cuasiusufructuario, como usufructuario que es, debe rendir caución.

c) En cuanto a la transmisión de los derechos.

Los derechos y obligaciones que emanan del contrato de mutuo, se transmiten a los herederos de las partes. En el cuasiusufructo, los derechos y obligaciones del cuasiusufructuario se extinguen con su muerte.

9.- Extinción del contrato de mutuo.

Expira el contrato de mutuo, principalmente, por las siguientes causales:

a) Por el pago de lo que se debe.

El mutuario quedará liberado de la obligación, cuando pague íntegramente lo que debe, restituyendo un número idéntico de cosas del mismo género y calidad, si se trata de un mutuo que no recae en dinero, o pagando el capital, reajustes, intereses y gastos, cuando corresponda, si se trata de un mutuo de dinero. Respecto de esta segunda clase de mutuo, hemos visto que el mutuario podrá prepagar lo que debe, caso en el cual quedará liberado sin tener que pagar la totalidad de los intereses pactados.

b) Por novación de la deuda.

Al novarse la obligación emanada del mutuo, se extinguirá el contrato, originándose una nueva relación jurídica, entre las mismas partes (si la novación fuere por cambio de objeto o por cambio de causa) o entre el acreedor o el deudor y un tercero (si la novación fuere subjetiva).

c) Por dación en pago.

En virtud de esta convención, las partes podrán acordar la extinción de la obligación emanada del contrato de mutuo, ejecutando el mutuario una prestación a favor del mutuante, diversa a la originalmente estipulada (por ejemplo, en lugar de pagar el mutuario una suma de dinero y sus intereses, transfiere al acreedor el dominio de una especie determinada).

d) Por caducidad del plazo, al operar una cláusula de “aceleración”.

Si las partes convienen que la obligación se hará exigible en su totalidad, en el evento de que el mutuario no pague una o más de las cuotas en que se ha dividido el servicio de la deuda, el contrato se extinguirá, quedando facultado el acreedor para exigir el pago de todo lo que se le deba.

Según ya lo comentamos, la mayoría ha entendido que si la cláusula se redacta en términos imperativos (ante el no pago de una o más de las cuotas, la obligación se hará exigible en su integridad), el contrato expira con la mora de una cuota y, por ende, comienza a correr el plazo de prescripción de la acción del acreedor para reclamar el pago. A su vez, si la cláusula se redacta en términos facultativos (ante el no pago de una o más de las cuotas, el acreedor quedará facultado para exigir el pago íntegro de la obligación), el contrato debiéramos entenderlo extinguido al manifestar el mutuante su voluntad de acelerar la deuda, lo que ocurrirá en el momento en que interpone su demanda, momento a partir del cual se iniciará el cómputo de la prescripción de la acción para cobrar lo que se le adeuda. Advertimos, con todo, que una línea jurisprudencial concluye que siempre se entenderá extinguido el contrato y acelerada toda la deuda, con el incumplimiento de la obligación de pagar una cuota, cualesquiera que sean los términos en que se redacta la cláusula. Esta doctrina, sin duda, es desfavorable al acreedor, pues el plazo de prescripción de la acción para cobrar todas las cuotas –ahora aceleradas-, comienza en el momento en que no se pagó una de ellas.

e) Por ejercer el mutuario el derecho que se le confiere en el artículo 2203 del Código Civil.

Conforme se expuso, el mutuario tendrá derecho a solicitar que se declare el término el contrato, si la cosa prestada contiene vicios de tal magnitud, que de haberlos conocido, el mutuario no habría contratado.

f) Por remisión de la deuda.

El acreedor o mutuante podrá condonar la deuda de manera expresa o tácita, conforme a las reglas previstas en los arts. 1652 a 1654 del CC.

g) Por compensación.

A diferencia de lo que ocurre tratándose del comodato y del depósito, es perfectamente posible que el mutuo se extinga en virtud de la compensación, cuando las partes fueren, recíproca y personalmente, deudoras una de la otra. En tal caso, las deudas se extinguirán recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, cumpliéndose los presupuestos exigidos por la ley.

h) Por confusión.

Si se reúnen en un mismo individuo las calidades de mutuante y mutuario, se extinguirá el contrato de mutuo y la obligación de él emanada.

Así, por ejemplo, el padre le presta a su hijo una suma de dinero. Si al fallecimiento del primero, el segundo fuere su único heredero, se extinguirá el mutuo y la obligación respectiva. Si existieren más herederos, la obligación derivada del mutuo sólo se extinguirá parcialmente, teniendo derecho los restantes herederos a cobrar su parte en el crédito.

i) Por la declaración de nulidad del contrato.

Declarada la nulidad del contrato de mutuo, el mutuario debe restituir lo que hubiere recibido del mutuante, y este, a su vez, debe restituir al primero lo que hubiere recibido por concepto de intereses (art. 1687 del CC.).

En nuestra opinión, si el mutuario fuere un incapaz, no regirá, por regla general, lo previsto en el inc. 1º del art. 1688, en cuanto a que el que contrató con el incapaz, “no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica con ello la persona incapaz”. Ello, porque la entrega de las cosas fungibles hecha por el mutuante al mutuario, no supone, tratándose del mutuo regido por el CC., un “pago” o un “gasto”. Por ende, declarada la nulidad, el mutuante estará en condiciones de exigir, al representante legal del incapaz, la restitución de lo que se hubiere dado al incapaz. En cambio, tratándose del mutuo de dinero, cuando el contrato fuere consensual, sí habrá “pago” del mutuante y, en tal caso, podrá operar el art. 1688.