

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DEL INTERÉS LEGAL EN LOS CONTRATOS DE MUTUO CON
GARANTÍA HIPOTECARIA CELEBRADOS EN LAS COOPERATIVAS DE AHORRO
Y CRÉDITO**

JULIA ENCARNACIÓN CUC SÓN

GUATEMALA, AGOSTO DE 2008.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DEL INTERÉS LEGAL EN LOS CONTRATOS DE MUTUO CON
GARANTÍA HIPOTECARIA CELEBRADOS EN LAS COOPERATIVAS DE AHORRO
Y CRÉDITO.**



Guatemala, agosto de 2008

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II : Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar
Vocal: Lic. Edwin Roberto Peñate Girón
Secretario: Lic. José Eduardo Cojulun Sánchez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal: Lic. Víctor Manuel Castro Navas
Secretario: Lic. Ronan Roca Menendez

Razón: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. La contratación	1
1.1. El negocio jurídico.....	1
1.2. Definición de contratación.....	5
1.3. Principios de la contratación	5
1.3.1. Consensualismo	5
1.3.2. Autonomía de la voluntad	6
1.4. Sistemas de la contratación	8
1.4.1. Sistema de contratación formalista	8
1.4.2. Sistema de contratación consensualista.....	9
1.5. Definición de contrato	11
1.6. Elementos del contrato	11
1.6.1 Elementos esenciales.....	12
1.6.2 Elementos naturales.....	12
1.6.3 Elementos accidentales.....	12
1.7. Clasificación doctrinaria de contrato	13
1.7.1 Contratos unilaterales u bilaterales.....	13
1.7.2 Contratos onerosos y gratuitos.....	13
1.7.3 Contratos reales y consensuales.....	14
1.7.4 Contratos formales reales y consensuales.....	14
1.7.5 Contratos principales y de garantía o accesorios.....	14
1.7.6 Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.....	15
CAPÍTULO II	
2. Cooperativas	17
2.1.1 Antecedentes históricos	17
2.1.2 Primeros pioneros del cooperativismo.....	19
2.1.3 Historia del cooperativismo en Guatemala.....	20

	Pág.
2.1.4 Primeras cooperativas, primeras leyes y otros actos jurídicos en Guatemala.....	20
2.1.5. Definición de cooperativas.....	29
2.1. 6. Características de las cooperativas.....	31
2.1. 7. Principios filosóficos de las cooperativas.....	32
2.1.8. Símbolos del cooperativismo	33
2.1. 9. Fuentes de financiamiento	34
2.1.10 Cooperativas de ahorro y crédito.....	35
2.1.11 Crédito cooperativo.....	37
2.1.12 Cartera crediticia.....	38
2.1.13 Garantía de crédito.....	40
2.1.14. División de las garantías de crédito.....	40
2.1.15 Naturaleza de las garantías de crédito.....	40
CAPÍTULO III	
3. Derechos reales de garantía	43
3.1. Definición de derechos reales de garantía	43
3.2. Definición de hipoteca.....	44
3.3. Rasgos de la hipoteca.....	46
3.4. Naturaleza jurídica de la hipoteca	48
3.5. Características esenciales de la hipoteca	49
3.6. Bienes no hipotecables	54
3.7. Constitución de la hipoteca	55
CAPÍTULO IV	
4. El contrato de mutuo en la legislación guatemalteca.....	57
4.1. Préstamo civil o común	57
4.2. Préstamo mercantil	58
4.3. Contrato de préstamo bancario.....	62
4.3.1. Préstamo de dinero.....	63
4.3.2. Préstamo de títulos	63
4.3.3. Préstamo de firma.....	63

	Pág.
4.3.4. Préstamo en especie	63
4.3.5. Características del préstamo bancario.....	63
4.3.6. Clasificación del préstamo bancario.....	64
4.4. Definición de contrato de mutuo	66
4.5. Naturaleza jurídica del contrato de mutuo.....	68
4.6. Características del contrato de mutuo.....	69
4.7. Elementos del mutuo	72
4.7.1. Elementos personales	72
4.7.2. Elementos reales	73
4.7.3. Elementos formales	73
4.8. Causas de extinción del contrato de mutuo	73
CAPÍTULO V	
5. Consecuencias que se producen al celebrar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria en las Cooperativas de ahorro y crédito	75
5.1. Definición de interés.....	75
5.1.1. Clases de interés	76
5.2. Relación del interés con la deuda principal.....	76
5.2.1. Anatocismo	77
5.3. Tasas de interés en los crédito cooperativos	77
5.4. Morosidad del crédito.....	81
5.4.1. Definición de mora	81
5.4.2. Elementos de la mora	81
5.4.3. Requisitos de la mora	82
5.4.4. Daños y perjuicios resultantes de la mora	87
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	97

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación versa sobre la problemática que ocasionan las altas tasas de interés que se cobran en los contratos de mutuo con garantía hipotecaria celebrados por las Cooperativas de Ahorro y crédito.

Las personas por su escasa preparación e ignorancia muchas veces se ven en la necesidad de realizar préstamos hipotecarios para resolver su problemática en cuanto a construcción de viviendas, para cancelar otra deuda pendiente, etc.. Luego de resolver aparentemente una situación, pasa el tiempo y no cumplen con la obligación adquirida porque la tasa de interés cada vez va aumentando entonces se da el problema de perder el inmueble hipotecado.

Las personas realizan un préstamo y los intereses en muchos casos ascienden hasta 3 ó 4 veces, más el capital, por lo que es urgente que se formulen políticas que fijen una tasa de interés máxima o que se agilicen los mecanismos de cobro para evitar que las personas se conviertan en morosas y que por resolver un problema inmediato tengan que enfrentar otro de índole superior.

Para el desarrollo de la investigación se planteó la hipótesis: El interés legal que en los contratos de mutuo con garantía hipotecaria celebran las cooperativas de ahorro y crédito con los particulares provocan algunas veces pérdidas de sus inmuebles en detrimento de su patrimonio, debido al alto interés que cobran; y al desconocimiento que provoca el hecho de caer en mora. Por lo que se hace necesario que se formulen políticas que fijen una tasa de interés máximo y así poder cumplir con uno de sus fines, que es el servicio social a la población.

Los objetivos definidos para la realización de la investigación fueron:
Determinar si las Cooperativas de ahorro y crédito cobran un interés superior a los

establecidos en la Ley, en los contratos de mutuo que son celebrados con garantía hipotecaria, así como enumerar las clases de contrato de mutuo que realizan las Cooperativas de ahorro y crédito y establecer las causas porque las personas pierden su derecho sobre el bien hipotecado

La investigación se fundamenta en los supuestos siguientes: Uno de los principios de las Cooperativas de ahorro y crédito es el servicio a sus asociados y no perseguir fines de lucro. El interés legal está regulado, pero no hay un porcentaje máximo para el mismo. El incumplimiento o retardo de una obligación hace caer en mora al deudor.

La investigación contiene cinco capítulos que se desarrollan de la siguiente forma; en el capítulo uno lo referente a la contratación, principios, sistemas, el contrato y sus elementos, clasificación doctrinaria de contrato; el capítulo dos comprende todo lo relacionado con las Cooperativas, antecedente históricos, primeros pioneros del cooperativismo, historia del cooperativismo en Guatemala, primeras cooperativas, primeras leyes y actos jurídicos en Guatemala, legislación actual, definición de cooperativas, características de las Cooperativas, principios filosóficos, símbolos, fuentes de financiamiento, Cooperativas de ahorro y crédito, cartera crediticia, garantía de crédito, división de las garantías de crédito, naturaleza de las garantías de crédito; en el capítulo tres se desarrolla la temática de derechos reales de garantía, definición de derechos reales de garantía, definición de hipoteca, rasgos de la hipoteca, naturaleza jurídica de la hipoteca, características esenciales de la hipoteca, bienes no hipotecables, constitución de la hipoteca; el capítulo cuarto contiene lo relacionado al contrato de mutuo, préstamo mercantil, contrato de préstamo bancario, préstamos de dinero, de título, de firma, en especie, características del préstamo bancario, clasificación del préstamo bancario, definición de contrato de mutuo, naturaleza jurídica del contrato de mutuo, características del contrato de mutuo, elementos del mutuo, causas de extinción del contrato de mutuo; en el capítulo cinco se presentan las conse-

cuencias que se producen al celebrar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, definición de interés, clases de interés, relación del interés con la deuda principal, anatocismo, tasas de interés en los créditos cooperativos, morosidad del crédito, elementos de la mora, requisitos de la mora, daños y perjuicios.

La referida investigación se sustentó en la ciencia del derecho civil, sus principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que fueron analizados para incorporarlos al estudio y fundamento de nuestra argumentación

Para el desarrollo del trabajo de investigación se aplicaron los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo, así como las técnicas bibliográficas, documentales entrevistas, observaciones, consultas e información electrónica. Tanto los métodos y técnicas permitieron tener un conocimiento y por ende sensibilizarme en la problemática estudiada y así ejecutar el proceso de investigación, como recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia, y conocer la opinión de las personas que enfrentan esta problemática.

Visitas a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, que tienen centro de documentación, así como la consulta en la Biblioteca universitaria, para la obtención de material cuyos contenidos fuera aportes valiosos para la sustentación de los capítulos.

Se dan recomendaciones a las Cooperativas, para que frenen esa ambición de crecimiento a costa del perjuicio tanto material como moral de sus asociados, sugiriéndoles cobrar un interés justo y equitativo que guarde equilibrio entre el servicio a quien va dirigido y los intereses, tanto corrientes como por mora.

CAPÍTULO I

1. La contratación

1.1. El negocio jurídico

En las fuentes romanas no podemos pretender hallar expresamente formulada una doctrina del negocio jurídico. Urgidos como estaban los romanos de crear un derecho apto para satisfacer sus múltiples necesidades jurídicas, en un momento histórico en que sojuzgaron al mundo de aquellos tiempos, no podían detenerse a meditar sobre todas las cuestiones que implica un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado. Solo les interesaban a los juristas romanos los aspectos concretos de la vida jurídica.

Se puede admitir que en la época clásica se tuvo conciencia del negocio jurídico, pero no fue elaborada su doctrina general como hoy se ha hecho. Estos conceptos previos y condicionantes comprendidos dentro de la doctrina del negocio jurídico no fueron objeto de las sabias meditaciones de los juristas clásicos, atendidos como estaban a la magna labor de crear un derecho positivo.

Fueron ellos, indudablemente, excelsos maestros del derecho, los que armonizaron de modo admirable la teoría y la práctica, los principios y la realidad, lo cual les valió la dirección de la vida jurídica hasta nuestra época, a pesar de los milenios transcurridos. Contemplando las infinitas variedades de los hechos que se presentaban en la vida social, encontraron siempre la norma adecuada y una solución que estimaron justa.

Es preciso avanzar en el tiempo y llegar a los siglos XVIII y XIX para encontrar una elaboración sistemática del derecho privado. Especialmente, a la famosa escuela de los pandectistas alemanes, a quienes les estaba reservada la tarea de crear una doctrina concientemente formulada del negocio jurídico. Las repetidas elaboraciones y

reelaboraciones que se hicieron del derecho romano a través de la edad media y de la edad moderna, con criterios y métodos diversos, debían culminar necesariamente en un sistema. Ésta gloria le cabe a los juristas alemanes del siglo XIX y, por ello, el código germano se caracteriza y distingue de los demás por su carácter científico y por su técnica perfecta, considerándose como el producto más valioso de la ciencia jurídica en ese siglo de intensa renovación espiritual.

Al estudiar la esencia del negocio jurídico observaremos como se le reconoce a la voluntad para poder crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos, no definieron desde luego, el negocio jurídico, pero es posible construir como base de sus principios una definición. Según Manuel Ossorio Definiremos negocio jurídico diciendo: “Es todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho Privado”.¹

A la voluntad interna no puede reconocerse eficacia jurídica, pues de lo contrario se le privaría al derecho de uno de sus efectos o consecuencias más importantes: como es la seguridad o certeza jurídica. Desde luego que también puede consistir en varias declaraciones de voluntad, según la naturaleza del negocio jurídico. Decimos declaración de voluntad individual en el orden privado para excluir las sentencias judiciales o las resoluciones gubernamentales y, en general, a todo lo que corresponda al derecho público.

Algunos autores afirman que es necesario que la declaración de voluntad se dirija a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto, de tal modo que sólo lo querido por el sujeto es lo que se reconoce por el ordenamiento jurídico. Este criterio es indudablemente exagerado porque si fuera cierto se realizaría en la práctica muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que éstos no pueden tenerse siempre a la vista por las personas que intervienen en él.

¹ **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** pág. 637

Concretando podemos señalar como elementos esenciales del negocio jurídico lo que sigue: a) La declaración de la voluntad. b) la capacidad en el sujeto; c) la atribución por el ordenamiento jurídico a esa declaración de resultados jurídicos; d) y que el objeto reporte un interés, sea posible y lícito.

En cuanto al primer requisito ya hemos destacado su importancia señalando la necesidad de que la voluntad se exteriorice. La capacidad tanto de derecho como de hecho es una condición de carácter general a todos los actos jurídicos. Y el requisito que exige que el ordenamiento jurídico reconozca a la declaración de voluntad consecuencias reales, constituye un elemento esencial, ya que si no fuera, así el derecho quedaría a merced de la voluntad humana, y no le fijaría a esta los límites propios de la convivencia social.

El objeto del acto jurídico debe reportar un interés, pues de lo contrario el derecho no lo sancionaría. Los romanos en este sentido establecieron que sin utilidad para alguna de las partes el acto era nulo. Esto puede, principalmente, observarse en materia de constitución de servidumbres.

La licitud del objeto es natural que se exija, pues el derecho no puede amparar nada que sea inmoral o ilícito. La posibilidad del objeto esta íntimamente relacionada con su existencia tanto física como jurídica. Si convenimos la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto. Pero, además, hay imposibilidades jurídicas o sea, cuando existiendo físicamente el objeto el derecho prohíbe que se celebren pactos sobre él. En el derecho romano encontramos muchas cosas fuera del comercio jurídico, como eran, las públicas, las sagradas y las religiosas. En los textos romanos se señala especialmente, que las estipulaciones sobre ellas eran inútiles.

Para el negocio jurídico los autores han ensayado distintas definiciones que en el fondo coinciden en su formulación. Así pues, el negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho y, como tal, capaz

de producir efectos que armonicen con el fin querido en las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho. Otra definición de negocio jurídico de Hilda Rodríguez de Villatoro es la siguiente: “Son actos lícitos, voluntarios, conscientes y libres, constituidos por una o más declaraciones de voluntad, dirigidas de manera deliberada y específica a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones”². Entendemos, por nuestra parte, que el negocio jurídico puede definirse como la manifestación libre y consciente de la voluntad dirigida a lograr fines determinados reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

Dijimos que los romanos no elaboraron una teoría general del negocio jurídico, sino que fue ella obra de la doctrina moderna. Tampoco formularon una clasificación que agrupara a las distintas clases de negocios en forma ordenada. La gran variedad de figuras que pueden presentarse en el libre juego de la voluntad de los particulares, impone la necesidad de ensayar algunas clasificaciones, atendiendo a las características comunes de los distintos tipos de negocios.

Según el número de declaraciones de voluntad que contiene el negocio y su proceso formativo, se distinguen los negocios unilaterales, cuya formación depende de la voluntad de un solo individuo —como el testamento—, de los negocios bilaterales, en los que intervienen dos partes. Por lo menos, cada una de las cuales formula una declaración de voluntad, como los contratos.

La clasificación del negocio jurídico puede ser de la siguiente manera: a) unilateral y bilateral; b) inter vivos y mortis causa; c) oneroso y gratuito; d) solemne y no solemne; e) causal y abstracto.

² **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV**, pág.9

1.2. Definición de contratación

La contratación es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tenga por objeto crear, modificar o extinguir algún derecho, destinado a producir efectos, es decir, a reglar los derechos de las partes. Es un negocio bilateral o multilateral por cuanto requiere el concurso de dos o más voluntades. Constituye el género con respecto a los contratos.

1.3. Principios de la contratación

1.3.1. Consensualismo

Como establece Espín Canovas, Diego: “En el derecho moderno rige el principio según el cual basta el acuerdo de voluntad entre dos o más personas para que nazcan las obligaciones, sin que tenga ya vigencia aquella distinción, del derecho romano, entre el pacto o convención y el contrato. También el derecho germánico era formalista, pues estaba dominado por el simbolismo.”³

Consensualismo: “Es el que indica que los contratos civiles son eminentemente consensuales porque debe existir acuerdo de voluntades de manera libre, consciente en relación al acto externo”.⁴

Frente a ese formalismo de los pueblos antiguos, ya en la edad media se abre paso, aunque trabajosamente, el principio del consensualismo por influjo en buena parte del derecho canónico que consagra la regla pacta non que nuda stant Servando. En Francia, desde mediados del siglo XIII, ciertos juristas del derecho consuetudinario empezaron a afirmar que la fe humana es favorable a la observancia de los simples convenios.

³. **Manual de derecho civil español**, pág. 351

⁴. Rodríguez de Villatoro, Hilda. **Ob. Cit.**, pág. 21

Los códigos modernos proclamaron por tanto el principio de valor y fuerza obligatorio del mero consentimiento, como algo ya consagrado desde hacia tiempo.

Pero el principio del consensualismo si bien sigue imperando como regla general en el derecho actual, se ve en cierto modo limitado por un nacimiento del formalismo. Como dice Planiol y Ripert, citado por Espín Canovas, Diego “desde hace medio siglo la complicación de las relaciones sociales ha originado un indiscutible renacimiento del formalismo”⁵. Sin embargo este formalismo renaciente no impide seguir proclamando como principio general inspirador de la contratación hoy día, el sistema consensualista. Lo que ocurre es que aún dentro del sistema espiritualista o consensualista aceptado por los códigos modernos, se exige a veces, una forma, generalmente la escritura (pública o privada).

En la doctrina moderna se discute la conveniencia de seguir necesariamente el principio consensual o aceptar en mayor o menor medida el viejo sistema formalista alegándose a favor del consensualismo la mayor rapidez en las operaciones de tráfico jurídico y en pro del formalismo, la mayor seguridad y certidumbre de las relaciones jurídicas.

1.3.2. Autonomía de la voluntad

Una de las tradicionales características del derecho de obligaciones es la de la amplitud con que las partes pueden crear y regular sus propios intereses, valiéndose para ello de la figura del contrato, que se convierte así en molde jurídico capaz de recoger cualquier contenido económico. A esta posibilidad de libre estipulación de los intereses privados en el campo de las obligaciones se le denomina principio de la libertad contractual o dogma de la autonomía de la voluntad.

El principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos un amplio

⁵ Ob. Cit. pág. 351

margen de actuación. Éste margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse o dejar de hacerlo, permitiendo la contratación de vínculos sobre las prestaciones más variadas, excepto aquellas que el orden público prohíba, concibiendo un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento con arreglo al cual, en principio, ninguna forma ritual se impone para la exteriorización del mismo; las solemnidades son rigurosas excepciones. En relación con los efectos el principio de la autonomía de la voluntad determina que estos son los queridos por las partes; el ordenamiento jurídico no puede completar la libertad privada ni presumirla para colmar las lagunas; jamás puede sustituirla.

El Código Civil francés denominó “Teoría de la autonomía de la voluntad, la cual consiste en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo al individuo crear, a su arbitrio, los contratos y las obligaciones que libremente decida”.⁶

Pero en la actualidad, el principio de la autonomía de la voluntad ha perdido la omnipotencia que tenía durante todo el siglo XIX y parte del presente, encontrándose en profunda crisis. A ello han contribuido diversas causas. Las principales que pudiéramos denominar son las de orden técnico, que ponen de relieve la falsedad de la igualdad de las partes en el momento de celebración del contrato pues la vida real ha demostrado que lo mismo el obrero en el campo del derecho laboral, que muchas veces el usuario o el consumidor en el campo de la economía, acuden al contrato en condiciones de verdadera inferioridad, frente a la potencia económica que supone el patrono o la empresa, quienes disfrutan de un monopolio de hecho o de derecho. Por eso se produce la crisis en la libertad de conclusión del contrato y en la libertad de fijación del contenido del mismo, surgiendo sectores sobre los que no puede operar la voluntad y situaciones en las cuales la soberanía de ésta se reciente, como en los llamados contratos de adhesión.

⁶ Rodríguez de Villatoro, **Ob. Cit.** pág. 25

Lo anterior no significa que haya de prescindirse del principio de la autonomía de la voluntad. Ésta, necesariamente, tiene que existir, pues es una pieza indispensable de todo régimen que acepte la propiedad privada y la libertad de trabajo.

1.4. Sistemas de contratación

Clemente de Diego, establece en la obra de Puig Peña, Federico, lo siguiente: “El sistema de contratación equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos en una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo; hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a era. Por eso cada país y, en definitiva, cada legislación tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación, definidos como los diferentes criterios con que en cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos”.⁷

1.4.1. Sistema de contratación formalista

Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es este sistema, caracterizado por la exigencia de algunas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos, es propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor religioso, que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento, un matiz civil, del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.

⁷ Compendio de derecho civil español, pág. 331

En el derecho romano no se admitía que la mera voluntad de las partes contratantes bastase, en principio para engendrar una mera obligación. Era necesario que se manifestare a través de las fórmulas solemnes del contrato verbal, por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega en los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos mere voluntate. Las convenciones que no respondiesen a estas *causae civilis* eran pactos nudos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas consecuencias civiles (pactos vestidos) por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*), o por reconocimiento del derecho pretorio (*pacta praetoria*), o de las constituciones imperiales (*pacta legitima*).

El derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.

Pero los inconvenientes de este sistema saltaban a primera vista. El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron las relaciones de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares, y, en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales, como decimos, un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse al principio del consentimiento.

1.4.2. Sistema de contratación consensualista

Este sistema se caracteriza por que sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consiente de las desventajas del sistema anterior.

Los inconvenientes de éste sistema llevado a sus extremos no son pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho que trae consigo la multiplicación de los litigios y la imprecisión de las relaciones. Dice Valverde citado por Puig Peña, que “la forma se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos como la nuestra; la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones.”⁸ Por lo mismo que, la forma es enemiga declarada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho.

Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, si no que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía singularmente de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los contratos confiados sólo a la prueba testifical, se exige que la manifestación de la voluntad quede comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente. Este sistema recibió el favor de la doctrina por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los códigos mas recientes. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos *merae voluntate*; pero en algunas ocasiones se exige alguna determinada forma de prueba, bien *solemnitatis causa*, bien *probationis causa*.

⁸ **Ibid**, pág. 333

1.5 Definición de contrato

El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios. El contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos. El contrato no puede referirse ni a la creación ni a la transmisión de derechos no patrimoniales. En los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no sólo hay derechos personales, sino también reales.

Existen contratos que originan exclusivamente derechos personales, otros que crean derechos reales y personales, y puede haber contratos que exclusivamente tengan el objeto dar nacimiento a derechos reales.

Aunque en la actualidad es claro que el contrato responde a una idea mediante la cual dos partes, prestando el consentimiento, se obligan una respecto de la otra a prestar determinada prestación, una a otorgar el crédito y la otra a garantizar el pago con un bien material.

El contrato también llamado convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, el Código Civil argentino regula que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar, sus derechos. Mientras que el Código Civil español establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

1.6. Elementos del contrato

La visión conjunta de la figura genérica contractual descubre en su estructura dos clases de elementos: unos, de carácter positivo, y otros de marcado sabor negativo. Los elementos positivos se subdividen a su vez en esenciales (*essentialia comuna*) naturales (*naturalia communia*) y accidentales (*accidentalia communia*).

1.6.1. Elementos esenciales: los esenciales son aquellos sin los cuales el contrato no puede darse; forman parte de su existencia e intervienen en su fondo y configuración. Sobre los mismos no puede actuar la autonomía de la voluntad privada. Y éstos a su vez están divididos en *essentialia communia*, que intervienen en toda clase de contratos y *essentialia propria*, que se incluyen sólo en algunos grupos de contratos aislados. A los elementos esenciales comunes hace referencia el Artículo 1251 del Código Civil estableciendo que, el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito. “El consentimiento es elemento esencial de cualquier contrato cum sentiré o sea el acuerdo de voluntad de los contratantes. Objeto es aquello a lo que el deudor se obliga con respecto al acreedor- id- quod – debeteur. El objeto es el origen de la obligación, debe tener los siguientes caracteres, lícito, posible, determinado y que presente interés para el acreedor. Lícito lo que la ley permite y que no sea contrario a la moral ni a las buenas costumbres. Capacidad sólo pueden contratarlas personas capaces”.⁹ Junto a estos elementos hay que considerar como esencial la presencia de una forma determinada, en algunos supuestos exigidos por la ley específicamente el Código Civil (renta vitalicia Artículo 2122, mandato Artículo 1687, constitución de sociedad civil Artículo 1729, donación entre vivos de bienes inmuebles Artículo 1862).

1.6.2. Elementos naturales: son aquellos que acompañan normalmente al contrato, como desprendidos de su índole particular, y la ley presume su existencia. En ello si puede actuar la voluntad de las partes, pudiendo quedar excluidos por el imperativo de la misma.

1.6.3. Elementos accidentales: Son los que no se producen si los contratantes no los incorporan al negocio. Son accesorios al mismo, y al insertarse en ellos, modifican el tipo abstracto del contrato.

⁹ Herrera, Flavio. **Curso de derecho romano**, pág. 48

1.7. Clasificación doctrinaria de contrato

Hay diversas maneras de clasificar los contratos, según se enuncie uno u otro de sus caracteres:

1.7.1. Contratos unilaterales u bilaterales. El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra. El contrato bilateral también llamado sinalagmático es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes. Desde este punto de vista los contratos no son necesariamente bilaterales, pues como ya se dijo pueden imponer obligaciones a cargo de una sola de las partes.

1.7.2. Contratos onerosos y gratuitos. Según que la finalidad de las partes sea la de procurarse recíprocamente un beneficio o equivalencia a través de sus prestaciones o, por el contrario sea la de que una de ellas únicamente procure ese beneficio a la otra, sin equivalencia a correspondencia por parte de ésta, se habla de contratos onerosos o gratuitos respectivamente. Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra. No es exacto que todo contrato bilateral sea oneroso y todo contrato unilateral sea gratuito.

Los contratos onerosos se subdividen en:

Commutativos. Cuando los provechos y gravámenes son cierto y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato, por ejemplo la compraventa o el mutuo con interés, cada parte sabe la ganancia o beneficio que va a obtener.

Aleatorios. Cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término. Por ejemplo el seguro

o renta vitalicia, cada parte puede experimentar una ganancia o una pérdida, según acontecimientos incierto.

1.7.3. Contratos reales y consensuales. Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa por una de las partes a la otra. Y el contrato es consensual, cuando éstos se perfeccionan por el mero acuerdo de voluntades, en oposición a los contratos reales, pues simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo.

1.7.4. Contratos formales reales y consensuales. Según que los contratos se originen por el mero consentimiento o requieran para su válida existencia la entrega previa de una cosa o una determinada forma, se distinguen en formales, reales o consensuales.

Son contratos formales o solemnes aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o documento privada, éste estará afectado de nulidad relativa

El contrato consensual en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y, por lo tanto, puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura. Respecto a la categoría de los contratos reales se integra en aquellos casos en que es preciso, además del consentimiento, la entrega de una cosa, (prenda, mutuo, depósito y comodato)

1.7.5. Contratos principales y contratos de garantía o accesorios. Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal.

Los contratos accesorios siguen la suerte de los principales porque si el contrato principal es nulo. Dicha nulidad afectará también a los contratos accesorios.

1.7.6. Contratos instantáneos y de tracto sucesivo. Los instantáneos son los contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y

Los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado.

CAPÍTULO II

2. Cooperativas

2.1. Antecedentes históricos

La historia del sistema cooperativo se remonta a la práctica de diferentes modalidades de asociación tradicional, especialmente en el ámbito rural y en actividades de carácter agropecuario, tal era el caso, en Latinoamérica, los ayllus de la cultura Inca que comprendió lo que ahora es Perú, Bolivia, Ecuador, parte de Chile y el norte argentino. De igual modo, en las culturas del norte de América como la azteca en México y las juntas en Costa Rica. Este sistema de cooperativismo en épocas pasadas, que se identificaba por la autoayuda, solidaridad y cooperación entre sus integrantes en las diferentes actividades fueron determinantes para iniciar lo que hoy se conoce como los principios del sistema cooperativo.

El cooperativismo, a lo largo de su historia ha sido considerado y definido de múltiples formas: como doctrina política, modo de producción, sin embargo, actualmente se puede afirmar que el cooperativismo es un plan económico que forma parte importante de la vida de muchos países, su desarrollo y difusión indican que podría llegar a modificar hasta la estructura política de las sociedades que las han implantado.

El movimiento cooperativo moderno mundial se afianza en el pueblo de Rochdale condado de Lancashire, Inglaterra, cerca de Manchester, en 1844 un grupo de 28 trabajadores de la industria textil, que vivían en este pueblo, trataron de controlar su destino económico formando una cooperativa llamada Rochdale Equitable Pioneers Society (Sociedad Equitativa de Pioneros de Rochdale).

La idea tuvo su origen a fines del año 1843, en tal época la industria textil se encontraba en su apogeo y proporcionaba una gran actividad en las más importantes

manufacturas de Rochdale. Frente al desamparo de la clase trabajadora algunos tejedores recordaron las ideas de Robert Owen considerado el padre del cooperativismo.

Lejos de tratar de rehuir responsabilidades, el 24 de octubre de 1844 dieron constitución legal a su sociedad. La entidad fue registrada bajo el título: "Rochdale Society of Equitable Pioneers". Por su sencillez y como alternativa de solución para el establecimiento de una nueva forma de vida rápidamente ganó adeptos, además de que las conclusiones formuladas por ellos, revisadas y ampliadas, constituyen los fundamentos del cooperativismo.

Una de las conclusiones a que llegaron los obreros textiles de Rochdale, al integrar la primera cooperativa de consumo es; el incentivo de lucro es el origen y la razón de ser de los intermediarios, y debe sustituirse por una noción de servicio mutuo o cooperación entre los consumidores. La esencia que encierra esta conclusión es que la clase consumidora, permanente y universal, está siempre a merced de la acción de los intermediarios, cuyo móvil principal es el lucro; por lo tanto, la clase trabajadora tiene el derecho y el deber de defenderse, y la mejor forma de haberlo es con solidaridad.

Estos valores son puestos en práctica a través de los siete principios Rochdale, que originalmente establecieron los pioneros de Rochdale para las sociedades cooperativas y son:

- a) libre ingreso y libre retiro
- b) control democrático
- c) neutralidad política, racial y religiosa
- d) ventas al contado
- e) devolución de excedentes
- f) interés limitado sobre el capital
- g) educación continua.

Así, las cooperativas más antiguas son las de consumo, y su objetivo central es suministrar a los miembros de la misma, a precios módicos, los Artículos que requieren para la satisfacción de sus necesidades. Pero es necesario indicar que el movimiento cooperativo no se limita a este ámbito, ya que también se han desarrollado diferentes clases de cooperativas de acuerdo a las necesidades del hombre.

La corriente religiosa de la iglesia católica tuvo su importancia en el desarrollo del sistema cooperativo a partir de las encíclicas Rerum Novarum, Quadragesimo Anno y Populorum Progressio, que buscaron mecanismos cooperativos para solucionar los problemas que afectaban a grandes capas de la población, encontrando en el cooperativismo una posible solución. Esta acción fué importante en los países de América Central y los de la Región Andina.

La corriente estatal de Latinoamérica que se inició con medidas legislativas y de impacto inicial muy significativas, que creaban un marco legal para el funcionamiento de las cooperativas. A partir de los años de 1950 y 1960 se brindó a través del Programa Alianza para el Progreso, un fuerte impulso al cooperativismo como inductor de progreso económico y social permitiendo además, que los Estados instituyeran oficinas especiales para la promoción, desarrollo y registro de cooperativas, canalizando así muchos de sus recursos y prestaciones hacia el cooperativismo.

En la actualidad existen organizaciones a nivel mundial que incentivan el cooperativismo, tal es el caso de la Alianza Internacional de Cooperativas (ACI)

2.1.2. Primeros pioneros del cooperativismo

A Robert Owen se le ha conocido como El Padre de la Cooperación, pues formó varias colonias de cooperativistas, fue un industrial inglés que impulsó el establecimiento de proveedurías en sus fábricas, que eran principalmente cooperativistas de consumo, pues en ellas los trabajadores podían aprovisionarse de

los artículos de primera necesidad a precios relativamente bajos en comparación con los precios del mercado.

William King (1786-1855) Promovió las primeras cooperativas en Inglaterra, siguiendo las experiencias de Robert Owen, fundando la primera cooperativa de consumo. También inició la publicación del periódico el cooperador, donde daba a conocer su pensamiento, sus ideas económicas, sociales, filosóficas y morales. Antes del año 1830 había contribuido en la organización de más de 300 cooperativas y participó activamente en el Congreso cooperativo que se celebró en Londres en 1831

2.1.3. Historia del cooperativismo en Guatemala

En Guatemala la forma de cooperación llamada Trabajic sac Comunal, Paq uch, ku samuj y ka chak, sólo queda en algunos lugares de Alta Verapaz, Quiché y Chimaltenango, respectivamente. Se supone que la implantaron los antiguos mayas, y, también viene de muchos años antes de Cristo. El trabajic Sac Comunal consiste en que grupos de amigos contribuyen en trabajos agrícolas, construcción de casas, tamascales y otras obras, con el único compromiso de parte de la familia beneficiada de proporcionar comida y un poco de “cusha” o “boj” (licor) al final de la faena.

2.1.4. Primeras cooperativas, primeras leyes y otros actos jurídicos en Guatemala,

En Guatemala el cooperativismo es producto de una influencia exógeno, es decir, que la idea vino de Europa y Asia. Fué hasta los años 1975-80 cuando se produjo la influencia endógena, de adentro hacia fuera; es cuando el cooperativismo tipo regional de FECOAR se exporta a Bolivia y Honduras por exitoso. En Guatemala el cooperativismo es el resultado de acciones jurídicas forzosas, impuestas. Situación que se demuestra por lo siguiente:

El 28 de enero de 1903, el Presidente Manuel Estrada Cabrera, emite el Decreto 630. “Primera Ley de Sociedades Cooperativas”, con el objeto de buscar el

mejoramiento de las condiciones de vida de la clase trabajadora, para procurar su bienestar y contribuir al progreso de la nación, por medio de la previsión y el ahorro.

Siendo hasta el año 1946 cuando se formaron las primeras dos cooperativas de ahorro y crédito en Chiquimulilla, Santa Rosa, Sanarate, El Progreso. Más tarde, otras 60 nuevas cooperativas de diferente tipo se constituyen en el área urbana con las acciones del Primer Departamento de Fomento Cooperativo, creado por el gobierno del Doctor Juan José Arévalo Bermejo.

La intención es buena, Estrada Cabrera recibe noticias sobre el desarrollo del cooperativismo en Europa, pero desafortunadamente en el referido Decreto 630, no se define con claridad la naturaleza jurídica de la asociación cooperativa. No se determina la mecánica ni las condiciones para constituir una cooperativa. Tampoco existió la institución responsable del fomento y reconocimiento de personalidad jurídica.

Por otra parte, las pocas organizaciones formadas con el Decreto 630, únicamente prestaban servicios sociales dentro de un ámbito cerrado, generalmente entre los gremios de obreros y de artesanos. Su actividad la hacían en forma aislada, por lo tanto, no llegó a considerarse en ningún momento como un movimiento organizado. Además las sociedades mercantiles poderosas de la época se aprovecharon de los beneficio del mencionado Decreto, cuyo trastorno político era frenar el crecimiento de los gremios obreros (sindicatos) por medio de la figura cooperativa.

El Presidente Manuel Estrada Cabrera, el 21 de noviembre de 1906 emite el Decreto Gubernativo No 669 "Ley Protectora para Obreros", en cuyo espíritu se dispone que el pago de indemnizaciones a que hubiese lugar en cada fábrica o taller, debería crearse una Caja Cooperativa de Socorro y también que podrían formarse cooperativas entre patronos y obreros de una misma industria,

Años más tarde, se emite el Decreto Legislativo No 1406, “Ley de Instituciones de Crédito”. Con el se posibilita el establecimiento de cajas agrícolas, las cuales podrían integrarse originalmente con siete personas que se comprometieran a asumir obligaciones de contribuir con los gastos de funcionamiento.

Los asociados a la cooperativa, obviamente eran mancomunada y solidariamente responsables y debían cumplir con sus aportaciones. Todas estas disposiciones, al parecer bien intencionadas, venían a confundir las verdaderas normas del naciente derecho cooperativo y su doctrina aplicable.

El Presidente Jorge Ubico, en 1939 colocó a disposición de los pequeños agricultores organizados un financiamiento (se supone que en cooperativas). Se trata del acuerdo 1545, “Ley de Crédito Agrícola”, en el cual se creaba un crédito individual.

Durante el período presidencial del Doctor Juan José Arévalo Bermejo, el 15 de marzo de 1945 se da sin lugar a dudas el momento histórico más trascendental para el movimiento cooperativo guatemalteco, por cuanto que, con la nueva Constitución de la República, todas aquellas normas sueltas y dispersas anteriormente, se elevan a la categoría y rango de normas constitucionales.

Con esa coyuntura, se establecen las bases para la formación de cooperativas desde el punto de vista formal y legal. En ese sentido, el Artículo 94 de la Constitución de la República disponía que “El estado proporcionará a las colectividades y cooperativas agrícolas instrucción técnica, dirección administrativa, maquinaria y capital”.

El Artículo 100 de la misma Constitución de 1945 preceptuaba: “Se declara de urgente utilidad social el establecimiento de sociedades cooperativas de producción, así como la legislación que las organice y fomente”.

En los gobiernos de Estrada Cabrera y Jorge Ubico, el fomento del cooperativismo se da como buena voluntad del gobierno, en cambio con Juan José Arévalo es una obligación del Estado.

El 26 de abril de 1945, el Presidente Juan José Arévalo Bermejo, emite el Decreto Ejecutivo No 93, que responsabiliza al Ministerio de Economía y Trabajo, del fomento, expansión y control del cooperativismo de ahorro y crédito, producción, consumo y otros tipos. Con el nuevo Decreto, se amplía la cobertura en beneficio del universo cooperativo.

Este mismo año (1945) el 1 de agosto, el congreso de la República emite el Decreto No 146. “Creación del Departamento de Fomento Cooperativo”, adscrito al Crédito Hipotecario Nacional, por lo tanto, le quitan aquellas funciones al Ministerio de Economía y Trabajo. El nuevo departamento vino a ser lo que actualmente se conoce como Instituto Nacional de Cooperativas, INACOP.

En el año 1949 el Doctor Juan José Arévalo Bermejo, sugiere al congreso la emisión de la Ley General de Cooperativas.

La cual queda plasmada en el cuerpo normativo del Decreto No. 643 emitido con fecha 13 de julio del mismo año con base en la Constitución de 1945, es la ley que los cooperativistas esperaban con insistencia y ansiedad, entre los aspectos sobresalientes de esta ley tutelar están:

- a) Define a la cooperativa como asociación de personas y no de capitales y su naturaleza jurídica,
- b) Prohíbe a las asociaciones participar en actos políticos y religiosos;
- c) Norma las características que deben reunir las cooperativas para definir su naturaleza jurídica.
- d) Se establecen los contenidos mínimos para la elaboración de estatutos;

- e) Se norman con claridad las funciones de cada uno de los órganos y gobierno de la Asociación: y
- f) Se establecen los incentivos, exoneraciones, franquicias postales y telegráficas, etc.

La vigencia de esta ley fué de 46 años, hasta 1978. Sin embargo, a la altura de la década de 1960-70, su aplicación resultaba obsoleta, debido a los cambios operados en la dinámica del movimiento.

El 7 de octubre de 1953, en tiempo el Presidente coronel Jacobo Arbenz Guzmán, mediante Decreto Legislativo No 1014, se acuerda derogar el Decreto 146 y con éste cancelar las atribuciones y personalidad jurídica del Departamento de Fomento Cooperativo, adscrito al Crédito Hipotecario Nacional. Se trasladan las actividades y obligaciones a una nueva y pequeña sección del Ministerio de Economía y Trabajo, porque no podían dar muerte a las 62 cooperativas organizadas por aquel departamento en tanto que sus bienes fueron trasladados al Banco Nacional Agrario, recién creado en esa fecha (BANDESA) y al Instituto de Fomento de la Producción- INFOP.

El 27 de febrero de 1956, período del Presidente Coronel Carlos Castillo Armas, surge el Decreto Presidencial No 560, con el cual se faculta a la Superintendencia de Bancos para asumir las funciones del ex Departamento de Fomento Cooperativo, siendo estas: La fiscalización y asesoría, pero excluyendo el fomento y promoción de cooperativas.

El 16 de octubre de 1956, siempre durante el Gobierno de Castillo Armas, se emitió el Decreto Legislativo No. 1117 que crea el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, separándolo del Ministerio de Economía, quedando el mismo como encargado del trámite de reconocimiento de personalidad jurídica de cooperativas hasta 1978.

El 23 de junio de 1959, período del presidente General Miguel Ydígoras Fuentes, por medio del Decreto Legislativo No 1295, se diferencian, las cooperativas agrícolas de

las no agrícolas: Establecen las atribuciones al Ministerio de Economía y Agricultura así:

- a) El fomento, la expansión, asesoramiento y control de sistemas cooperativos de crédito, producción, consumo y transporte, le corresponden al Ministerio de Economía.
- b) Las asociaciones cooperativas agrícolas y pecuarias y sus derivadas estarán tuteladas por el Ministerio de Agricultura.

Con el Decreto en referencia, nace una forma de especialización jurídica, la cual no funcionó ya que provocó competencia interministerial, anarquía y ocasionalmente ambas instituciones alegaban competencia o incompetencia, dependiendo de los intereses en juego.

El 8 de febrero de 1960, siempre durante el Gobierno de Ydígoras Fuentes, se emite el Acuerdo Gubernativo que crea la Sección de Cooperativas del Ministerio de Agricultura.

Este acuerdo expresamente, establece: “Son atribuciones de la Sección de Cooperativas, promover el fomento, expansión, asesoramiento y control de Cooperativas Agrícolas, pecuarias y sus derivados”.

También tiene dentro de sus funciones la divulgación y asesoría permanente de todas las cooperativas agrícolas del país. Además de participar directamente en la gestión de reconocimiento de personalidad jurídicas de las mismas. El 7 de junio de 1961, el presidente Ydígoras Fuentes dispone un nuevo acuerdo, mediante el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas.

Entre los aspectos regulados están los siguientes:

- a) Define los conceptos de las cooperativas agrícolas y de las pecuarias;
- b) Se establece el número mínimo de 15 asociados;
- c) Establece los mecanismos y procedimientos para la formación de las cooperativas, así como los trámites para el reconocimiento de la personalidad jurídica; y
- d) Fija con claridad las funciones de fiscalización y control. Además, incluye la nomenclatura contable que debe ser aplicada por todas las cooperativas.

Durante el período del Presidente Ydígoras Fuentes, se rescata el movimiento cooperativo

El 15 de septiembre de 1965, siendo jefe de Gobierno el Coronel Enrique Peralta Azurdia, se promulga la nueva Constitución, la cual contiene entre sus más relevantes prescripciones, las siguientes:

- a) En el título primero que se relaciona con garantías constitucionales, establece que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos;
- b) Expresa que los habitantes de la República tienen derecho de asociarse libremente para los distintos fines de la vida humana, con el objeto de promover, ejercer y proteger sus derechos e intereses, especialmente los que establece la constitución Artículo 64, y:
- c) En el capítulo V, “Régimen Económico y Social”, Artículo 124, inciso 4°, se establece la obligación del Estado de “Fomentar y proteger la creación y funcionamiento de cooperativas y proporcionarles la ayuda técnica y financiero necesarias”.

El 19 de mayo de 1966 durante el gobierno del Doctor Julio César Méndez Montenegro, se establece el Departamento de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Orientación obrera, para promover y fomentar cooperativas en el país.

A los 14 días del mes de diciembre de 1966, el Congreso emite el Decreto No. 1653, que norma la adjudicación de las fincas rústicas propiedad de la Nación para ser entregadas en forma cooperativa a los colonos y trabajadores permanentes en ellas. Estas fincas expropiadas a ciudadanos alemanes durante la Segunda Guerra Mundial por el General Jorge Ubico, fueron entregados por Jacobo Arbenz Guzmán en forma de parcelas.

La adjudicación sería en propiedad y gratuita bajo la asesoría del Instituto Nacional de Transformación Agraria- INTA-, con la prohibición de ser enajenada o vendida por un período de 30 años.

Los derechos de asociados dentro de la cooperativa se consideraron indivisibles, inembargables, salvo caso de sucesión intestada.

De 1970 a 1978, siendo Presidentes Carlos Manuel Arana Osorio y Kjell *Eugenio* Laugerud García, se dan acontecimientos, como los siguientes

- a) Se exonera a las cooperativas del pago de honorarios por la publicación de sus estatutos en Diario Oficial.
- b) Se crea el Centro de Capacitación de Cooperativas- CENCACOOB-, dentro de la Dirección General de Servicios Agrícolas del Ministerio de Agricultura.
- c) Se pone a funcionar la Coordinadora Nacional de cooperativas CONACO,
- d) En el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola –BANDESA- se crea la Sección y luego departamento de Crédito Cooperativo.

e) Surgen nuevas federaciones cooperativas y se fortalecen.

El 7 de diciembre de 1978, finales del Gobierno de Laugerud García y principios del Gobierno del General Fernando Romero Lucas García, nace del Congreso de la República el Decreto 82-78 y con ello la “Ley General de Cooperativas”.

Con esta ley ordinaria se le da vida al Instituto Nacional de Cooperativas – INACOP- y a la Inspección General de Cooperativas – INGECOP –

El 17 de junio de 1979, siempre durante el Gobierno del Presidente Lucas García, se emite el Reglamento de Aplicación del Decreto No. 82-78, fundamento en el contenido del Artículo 62°.

El 31 de mayo de 1985 la Asamblea Nacional Constituyente decreta y promulga la nueva constitución. La carta Magna, dentro del contexto y su cuerpo de normas primarias fundamentales sustenta lo siguiente:

- a) Dentro de las obligaciones del Estado el Artículo 119°, inciso e), expresa literalmente “Fomentar y Proteger la creación y funcionamiento de cooperativas, proporcionarles la ayuda técnica y financiera necesaria”.
- b) El Artículo 67°, Se refiere a la protección de tierras y cooperativas agrícolas indígenas. Esta norma debería encontrarse en la Ley de Cooperativas y no encontrarse en nuestra ley fundamental de conformidad con la técnica jurídica, Y
- c) El Artículo 34° establece la libertad de Asociación.

Durante el gobierno del Licenciado Marco Vinicio Cerezo Arévalo. Surge la Gran Unión de Cooperativas no federadas de Guatemala, -GUACONOFE- . La cual es nuevo modelo de integración como producto necesario y nacido del interior del movimiento cooperativo. Así mismo se emite el Acuerdo Gubernativo 105-89 mediante el cual el Ministerio de Desarrollo deberá coordinarse con INACOP.

El 6 de mayo de 1991, el Presidente Ingeniero Jorge Antonio Serrano Elías, emite el Acuerdo No. 129-91 con el cual establece el PACTO SOCIAL, allí incluye la participación de GUCONOFE, CONFECOOP, CACIF, SINDICATOS Y GOBIERNO, con fecha 10 de abril de ese mismo año, Jorge Serrano crea la Comisión Nacional de Crédito Popular, mediante el Acuerdo Gubernativo No 157-91

LEGISLACIÓN ACTUAL

Se encuentra vigente el Decreto 82-78, Ley General de Cooperativas, y un Reglamento de la Ley General de Cooperativas. Acuerdo Gubernativo Número 7-79 del Ministerio de Economía.

2.1.5. Definición de cooperativas

Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se reúnen de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática sin fines de lucro.

“La naturaleza jurídica de esta figura es: entidad u organizacional titular de una empresa para ejecutar proyectos económicos; la integran personas naturales individuales y no por capitales; con personalidad jurídica, privada, apolítica y sin sectarismos religiosos ni de sexo, con patrimonio propio; lucra pero no es ese su fin; el gobierno se rige por el estatuto, con duración indefinida. Es de responsabilidad limitada.”¹⁰

La Ley General de Cooperativas y su reglamento Decreto 82-78 que en sus considerados establece que el Decreto 643 Ley General de Cooperativas fue emitido hace 28 años de acuerdo a las necesidades de esa época, que teniendo a la fecha la experiencia necesaria en el desarrollo y actividades de las organizaciones cooperativas,

¹⁰ Benítez, Dimitri Antonio. **Las cooperativas en el contexto de materialismo histórico y su dialéctica.** pág. 4

procede una regulación que se adapte a la dinámica de su crecimiento y a su proyección en el campo social y económico, y que por mandato constitucional, es obligación fundamental del Estado, Fomentar y proteger la creación y funcionamiento de cooperativas, así como se hace necesaria la creación de un organismo especializado que centralice, oriente, fiscalice y coordine a las asociaciones cooperativas y que asuma responsabilidad de autorización y registro de dichas organizaciones consideradas de utilidad social. Y en su Artículo 2 establece: Naturaleza de las cooperativas. Las cooperativas debidamente constituidas, son asociaciones titulares de una empresa económica al servicio de sus asociados, que se rige en su organización y funcionamiento por las disposiciones de la presente ley. Tendrán personalidad jurídica propia y distinta de la de sus asociados, al estar inscritas en el Registro de Cooperativas.

Entonces podemos definir a la cooperativa con los elementos siguientes:

- a) Tiene una sede, lugar que se designa en el instrumento en que consta su creación. Artículo 38 del Código Civil; el estatuto también reputa sucursales o agencias en cualquier parte de la república;
- b) Tiene una membresía, es el conjunto de personas miembros de una cooperativa.
- c) Ostenta personalidad jurídica reconocida por el Estado con fundamento en una norma ordinaria. Se gobierna con normas reglamentarias del estatuto.

2.1.6. Características de las cooperativas

Para poder establecer una caracterización de las cooperativas debemos establecer las diferencias que existen en comparación con las sociedades mercantiles. El cuadro siguiente trata de mostrar estas diferencias.

Elementos	Empresas mercantiles	Cooperativas
Titulares	Accionistas – socios	Asociados
Objetivo	Maximizar los beneficios en relación al capital aportado	Brindar servicios y/o productos a sus asociados sin discriminación alguna
Control y dirección	En función del capital invertidos	En función de los asociados (un hombre un voto)
Poder de decisión	A cargo de los propietarios y en relación al capital integrado.	Se basa en el principio de igualdad, Todos los asociados poseen los mismos derechos a opinar y votar.
Capital	Fijo, por lo tanto generalmente no puede disminuir del monto constituido	Variable, de acuerdo al ingreso e egreso de los asociados, si un asociado se retira se le reintegra el valor de las cuotas sociales integradas
Condiciones de ingreso	Restringida al capital	Libre sujeta a aprobación del resto de los asociados
Ganancia o excedentes	Se invierte y se reparte entre sus accionistas en proporción al capital invertido	Se capitaliza o se distribuye entre los asociados en proporción a las operaciones realizadas o servicios prestados por los asociados. Principio de equidad
Equilibrio empresarial	Ingreso marginal es igual al costo marginal	Ingreso marginal es igual al costo marginal

2.1.7. Principios filosóficos de las cooperativas

- a) Adhesión voluntaria y abierta: Las cooperativas son organizaciones voluntarias, abiertas a todas las personas capaces de utilizar sus y dispuestas a aceptar las responsabilidades de ser socio, sin discriminación social, política, religiosa, racial o de sexo.
- b) Gestión democrática por parte de los socios: Las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Las personas elegidas para representar y gestionar las cooperativas son responsables ante los socios. En las cooperativas de primer grado, los socios tienen iguales derechos de voto (un socio, un voto), y las cooperativas de otros grados están también organizadas de forma democrática.
- c) Participación económica de los socios: los socios contribuyen al capital de sus cooperativas y lo gestionan de forma democrática. Por lo menos parte de ese capital normalmente es propiedad común de la cooperativa. Normalmente, los socios reciben una compensación, si la hay, limitada sobre el capital entregado como condición para los socios asignan los excedentes para todos o alguno de los siguientes fines: el desarrollo de su cooperativa posiblemente mediante el establecimiento de reservas, de las cuales una parte por lo menos serían irrepartible; beneficiando a los socios en proporción a sus operaciones con la cooperativa; y el apoyo de otras actividades aprobadas por los socios.
- d) Autonomía e independencia: las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, gestionadas por sus socios. Si firman acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, debe ser en los términos que aseguren el control democrático por parte de sus socios y mantengan su autonomía cooperativa.

- e) Educación, formación e información: las cooperativas proporcionan educación y formación a los socios, a los representantes elegidos, a los directivos y a los empleados para que puedan contribuir de forma eficaz al desarrollo de sus cooperativas. Ellas informan al gran público, especialmente a los jóvenes y a los líderes de opinión, de la naturaleza y beneficios de la cooperación.
- f) Cooperación entre cooperativas: las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales.
- g) Interés por la comunidad: las cooperativas trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades mediante políticas aprobadas por sus socios.

2.1.8. Símbolos del cooperativismo

Los dos pinos del cooperativismo; éste símbolo nació en los Estados Unidos en el año 1920, y posteriormente fué aceptado en el resto del mundo.

Cada uno de los elementos del emblema, tiene su significado, a modo de síntesis explicamos los siguientes:

El pino: el árbol del pino, se consideraba en la antigüedad como símbolo de inmortalidad, perseverancia y de fecundidad, era respetado por su capacidad de supervivencia en las tierras menos féculdas y la sorprendente capacidad de multiplicación.

El círculo: representa la vida eterna, porque un horizonte final, además representa la idea del mundo, que todo lo contiene y todo lo abarca.

El verde oscuro de los árboles: representa el principio vital de la naturaleza como recurso primario de la vida y además de la esperanza.

El amarillo-oro: representa el sol, fuente permanente de energía y calor.

Un círculo que abraza dos árboles del pino: indica la unión del movimiento, la inmortalidad de sus principios, es la fecundidad de sus seguidores. Todo esto marcó en la trayectoria ascendente de los árboles del pino para los que se proyectan en lo alto, intentando crecer cada vez más.

La bandera, es otro símbolo internacional del cooperativismo, está formado por 7 franjas horizontales cada uno y con color distinto simbolizando el arco iris.

El arco iris significa paz, los siete colores representan además los 7 principios del cooperativismo como pilares en los cuales descansa el movimiento cooperativo, libre de toda clase de impurezas

Bajo los símbolos del cooperativismo se forman los ideales, se emprende la acción y finalmente, el espíritu de lucha a muerte por una causa justa, como lo es el mantenimiento de la equidad y de la justicia.

2.1. 9. Fuentes de financiamiento

Las fuentes de financiamiento consisten en fondos que consiguen las cooperativas con garantías o sin garantías específicas, dentro de las fuentes de financiamiento por su origen podemos mencionar:

- a) fuentes propias o internas:
 - i. aportaciones de los asociados;
 - ii. depósitos de ahorro de los asociados (corrientes y a plazo fijo);
 - iii. intereses sobre los préstamos (corrientes y por mora);

- iv. aportaciones extraordinarias que se fijen mediante acuerdos de la junta directiva aprobados por la asamblea general;
- v. las reservas de posporcentajes que se fijen en los estatutos.

b) fuentes no propias o externas:

- i. préstamos concedidos por la federación nacional de cooperativas de ahorro y crédito y servicios varios de Guatemala, responsabilidad limitada –FENACOAC-;
- ii. préstamos otorgados por instituciones públicas o privadas;
- iii. donativos y subvenciones que obtuvieren de entidades públicas o privadas;
- iv. otras fuentes de desarrollo.

2.1.10. Cooperativas de ahorro y crédito

Friedrich Wilhelm Raiffeisen, nació el 30 de marzo de 1818 y falleció el 11 de marzo de 1888, este hombre dejó un legado a la humanidad con una rica experiencia en cooperativismo de ahorro y crédito.

Raiffeisen impulsó al sistema cooperativo de ahorro y crédito, basado en los principios de auto ayuda, auto responsabilidad y auto administración, en su tiempo fundó varias cooperativas en su país natal, y aquellos principios e ideas aun continúan vigentes en más de 100 países del mundo, con alrededor de 300 millones de socios, en más de 700.000 cooperativas.

El inicio de la industrialización en el siglo XX, dio lugar a una economía libre e independiente, apareciendo en los sectores pobres, prestamistas inescrupulosos que agudizaban la miseria, ante esta situación Raiffeisen, fundó en 1846, la asociación para la obtención de pan y frutas. Después de que consideró que solamente la autoayuda sería el medio más eficiente, fundó en 1864 la asociación de crédito de Heddesdorf.

Actualmente el sistema cooperativo de ahorro y crédito ha demostrado una evolución continua y sostenida, a través de las organizaciones: a nivel nacional forman la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito (FECOAC), a nivel Latinoamericano, la Confederación Latinoamericana de Cooperativas de Ahorro y Crédito (COLAC), y a nivel mundial, la Organización Mundial de Cooperativas de Ahorro y Crédito (WOCCU).

“Una cooperativa de ahorro y crédito, es la que se ha creado para formar capitales a través de la estimulación del ahorro, y facilitar dinero a tasas reducidas a sus propios miembros, para establecer pequeñas industrias, comercios, empresas de servicios, etc. “¹¹

Es una empresa socio-económico de fondo social variable y responsabilidad limitada, en la cual sus miembros pueden ahorrar cómodamente, y obtener créditos a un interés inferior al bancario.

“Cooperativa de crédito: Es la que actúa como un banco pero con unas condiciones de préstamo y de interés más favorables para sus miembros”¹²

Actualmente las definiciones anteriores ya no se ajustan al sistema de cooperativas de ahorro y crédito federadas; pues con el sentido expansionista y de autofinanciamiento que las mismas han ido desarrollando, muchas de ellas cobran un interés sobre el capital prestado al mismo nivel que el interés bancario y hay algunas que hasta lo superan; se ha perdido la filosofía de que las cooperativas son asociaciones de personas y no de asociaciones de capitales; además, se acostumbraba educar al asociado en el otorgamiento del crédito, lo cual ahora escasas cooperativas lo hacen.

¹¹ Instituto Guatemalteco de estudios sociales y políticos. **La administración cooperativa**, pág. 5

¹² **Diccionario ilustrado océano**, pág. 301

2.1.11. Crédito cooperativo

La palabra crédito tiene una connotación latina, viene de creditum, de credere, que es igual a creer, confiar.

También se dice en el sentido de la opinión de que goza una persona cuando se espera que satisfaga puntualmente los compromisos contraídos o las promesas formuladas.

“Crédito: del latín creditum, de credere, creer, confiar, Asenso, admisión de lo dicho a otro, En lo jurídico, El nombre de crédito no sólo se aplica al desarrollo que tiene el acreedor para exigir del deudor la cantidad prestada y los intereses convenidos, sino también al documento con que se justifica ese derecho. Integra siempre un derecho potencial, reconocido por ley o aceptada en principio por el obligado, precisamente por serlo, por constituir, una firme expectativa jurídica, una dilación”¹³

El diccionario ilustrado de la lengua española, lo define así: “crédito: deuda que tiene uno a su favor, reputación.”¹⁴

El diccionario enciclopédico Larousse nos dice que Crédito es: “ Confianza, creencia otorgada a una cosa o a una persona, digna de fe. Préstamo concedido por un banco. Cantidad que puede cobrar uno como acreedor”¹⁵

Como podemos apreciar, el concepto de crédito es bastante amplio; lo mismo puede referirse al prestigio que puede gozar una persona como responsable y cumplida con sus compromisos, como al propio documento que respalda al acreedor frente al deudor para exigir de éste el cumplimiento de una obligación, entendiéndose también como crédito, el derecho del acreedor de exigir al deudor el valor prestado.

¹³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. pág. 406

¹⁴ **Ob. Cit.**, pág. 163

¹⁵ **Ob. Cit.**, pág. 185

En cuanto al concepto de crédito cooperativo, diremos que: es la credibilidad de que goza la institución cooperativa frente a sus asociados y viceversa, para que ésta pueda proporcionar a los mismos los distintos servicios consistentes en préstamos dinerarios, mercancías u otros, con la obligación de su pago por parte del asociado y mediante la formalización legal de dichos servicios.

2.1.12 Cartera crediticia

En general se entiende por cartera crediticia de una cooperativa, el monto total de fondos concedidos en préstamos o sea el monto total de lo que deben los asociados a la cooperativa.

En otras palabras, podemos decir que la cartera crediticia concentra las inversiones que realizan las cooperativas en operaciones activas de crédito.

De los conceptos apuntados deducimos que la cartera crediticia está integrada por préstamos y por lo tanto, para proceder a su clasificación tenemos que recurrir a agrupar las operaciones de crédito que la forman, pudiéndolo hacer desde diferentes puntos de vista, como se presenta a continuación:

Clasificación de las operaciones crediticias por su plazo:

- a) de corto término:
agrupa a los préstamos concedidos a un plazo no mayor de un año.
- b) de mediano término:
comprende los créditos concedidos a más de un año o hasta cinco años.
- c) de largo término:
concentra a todos los préstamos otorgados a más de cinco años plazo.

La importancia que tiene efectuar debidamente y en forma integral el análisis de la cartera crediticia de una cooperativa es obvia, ya que su estudio e interpretación

constituye una base objetiva que no sólo permite juzgar sobre la sanidad financiera y grado de eficacia con que se ha venido administrando, si no que sirve de instrumento a la administración para poder calificar la política crediticia que ha venido aplicando la institución.

El análisis de la cartera crediticia ofrece información que pone al alcance de quienes tienen la responsabilidad y el poder de decisión, los elementos de juicio necesarios para adoptar las medidas tendientes a superar deficiencias que sean detectadas; entre esas medidas pueden mencionarse: perfeccionar las técnicas y procedimientos para analizar y evaluar la solicitud de éste crédito, mejorar la administración y control de la cartera crediticia, dinamizar los procedimientos de cobro, etc.

Para poder tener la información que se necesita para efectuar el análisis integral de la cartera crediticia se requiere que la administración planifique previamente que los registros contables y estadísticos que se lleven, permitan contar fácilmente con esa información, sin que pudiera ser un pretexto que el número de operaciones que se realiza es grande, ya que de lo contrario se incurriría en omisiones o deficiencias que podrían deformar la situación real de la cartera crediticia a determinada fecha.

También se debe observar que del estudio del análisis integral de la cartera crediticia, se pueden determinar las causas a priori de la mora que afecta la cartera, y sirve de base para tomar otras medidas complementarias para establecer las causas fundamentales de tal situación, tales como una revisión individual o por muestreo de los expedientes de los créditos en cuestión.

Investigados los años 2003 y 2004 al 31 de diciembre de cada año, el movimiento cooperativo de ahorro y crédito federado en cuanto al monto de préstamos concedidos y la morosidad de los mismos, se dio como sigue:

Concepto	2003	2004	Incremento
Préstamos concedidos	Q.1,415,775,235	Q.1,860,461,290	Q.444,686,055

Fuente: Fenacoac

El rango porcentual de morosos es el siguiente: en el año 2003 el 7.09%, en el año 2004 el 5.59%.

2.1.13. Garantía de crédito

“Cuando no se es parte principal, la firma agregada al documento mercantil en el modo y forma prescrita por las leyes, y según la clase de documento, ha de considerarse como garantía de crédito o solvencia, con el efecto para el garante, de ser fiador solidario.”¹⁶

2.1.14. División de las garantías de crédito

La garantía puede ser legal si se haya establecida por la ley, o convencional, si nace por acuerdo de las partes; directas, si el garante es el principal obligado e indirectas si recae en tercero la obligación; formal cuando recae sobre un bien inmueble o mueble; y, simple cuando recae en la persona o sea la fianza o fiduciaria.

2.1.15. Naturaleza de las garantías de crédito

Las garantías por su naturaleza, pueden ser personales, cuando el que responde por una obligación como su nombre lo indica es una persona, comúnmente conocida como fiduciaria; pignoratícia, cuando se responde por la obligación con lo que se conoce como prenda o bien mueble; e hipotecaria, cuando lo que respalda la obligación es un bien inmueble; según que la seguridad se base en el crédito de una persona, en un objeto dado en prenda o en un bien hipotecado.

¹⁶ Cabanellas, **Ob. Cit.** pág. 461

Las cooperativas de ahorro y crédito para garantizar los créditos utilizan las garantías más comunes que en nuestro medio son la fianza fiduciaria, la prenda y la hipoteca, las que también pueden darse en forma mixta.

CAPÍTULO III

3. Derechos reales de garantía

3.1 Definición de derechos reales de garantía

“Son derechos que surgen a la vida jurídica en razón de otro derecho, cuyo cumplimiento garantizan. Se llaman así estos derechos por que van encaminados a asegurar o garantizar un crédito, y tienen una condición jurídica, cual es la de ser derechos accesorios, que se constituyen siempre en relación de dependencia de una obligación principal.”¹⁷

La previsión de un posible incumplimiento por parte del deudor de una obligación hizo pensar a los titulares del crédito sobre la conveniencia de conseguir un mayor refuerzo del vínculo, obteniendo con ello un mejor aseguramiento de sus intereses. A primera vista parece lógico que este refuerzo de su situación lo consiguieran los acreedores, aceptando de los deudores el ofrecimiento de cosas de valor, en garantía de su conducta de cumplimiento. Pero los autores, sin embargo, han hecho observar, con razón, que no fueron esas garantías reales las primeramente utilizadas por aquellos. Pues pensando, dicen, en el escaso valor de los bienes muebles y en la consideración general que los inmuebles todavía tenían de ser elemento de la copropiedad familiar. Se comprenderá fácilmente como las garantías reales entraron tarde en el mundo del tráfico.

Fueron, pues, no cabe duda, las personales las primeras garantías que aparecen en la historia de la obligación, lo cual, por otra parte, parece confirmarlo aquella estrecha solidaridad del grupo familiar amplio, de la cual surgió a su vez un sentimiento de responsabilidad entre los componentes que facilitaban grandemente la idea de la fianza.

¹⁷ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 341

Ahora bien: andando en el tiempo esta forma de garantía va perdiendo importancia y valor. Ya que, la disociación del grupo familiar, la individualización de la propiedad inmueble, el nacimiento del principio individualista en la responsabilidad, el comienzo del desarrollo de la riqueza mueble y otros acontecimientos históricos jurídicos de trascendencia fueron determinando el auge de las garantías reales y el desplazamiento de las personales, asentadas sólo en el sentimiento de confianza tan fácil de quebrantarse y perderse. He aquí, pues, por que cuando empieza a florecer el tráfico empiezan a si mismo a recibir esplendor las diversas formas de la garantía real, primero en la forma simplista y manual de la prenda, y después en la más perfecta y avanzada de la hipoteca, con las otras figuras convergentes a estas principales que completan el cuadro del sistema.

Algunos autores niegan que los denominados derechos reales de garantía sean en realidad derechos reales aduciendo, para basar su aserto, que no otorgan a la persona a cuyo favor se constituyen, un derecho de inmediata eficacia sobre la cosa.

En nuestros días asistimos, sin embargo, a un pequeño nuevo resurgir de la garantía personal a través, sobre todo, de las operaciones bancarias; pero, de todas formas, siempre el primer lugar de las instituciones de protección lo ocupan las garantías reales; estando, entre ellas, la hipoteca la gran figura alrededor de la cual se ha elaborado todo un sistema jurídico de enorme relieve e importancia.

3.2. Definición de hipoteca

Varias han sido las definiciones que de la hipoteca han dado los tratadistas, acusando cada una de ellas el punto de vista de su autor en orden al requisito que el mismo ha considerado como esencial. Unos se fijan en el pensamiento fundamental de la garantía sin la desposesión de la cosa; otros se fijan en la fase final concerniente a la realización del valor; otros enlazan el gravamen con la accesoriedad; otros, con la inscripción en el registro, y otros, finalmente, prefieren dar una definición amplia que cobije todos los anteriores caracteres. En este sentido quizá sea la más aceptable sea

la siguiente definición de Bianchi citado por Puig Peña, quien establece que: "La hipoteca es un derecho real perteneciente, en fuerza de la inscripción y desde el momento de esta, al acreedor, sobre los inmuebles del deudor o de un tercero, en virtud de cuyo derecho, no obstante conservar el deudor o el tercero la posesión de la cosa hipotecada y la facultad de suponer de ella, el acreedor adquiere la facultad de perseguirla, cualquiera que sea la mano en que se encuentre, a fin de ser pagado con el precio de la misma, con la preferencia correspondiente al grado de su inscripción"¹⁸.

Doctrinariamente "La hipoteca es un procedimiento normal de obtener crédito para quien siendo propietario de bienes inmuebles, los ofrece en garantía de la devolución de un préstamo o del cumplimiento de una obligación"¹⁹

Según el Diccionario de derecho usual de Guillermo Cabanellas: "la palabra hipoteca es de origen griego, significa gramaticalmente suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De esta que hipoteca venga a significar lo mismo que sostener, apoyar y asegurar una obligación."²⁰

Hipoteca: "Es aquel contrato accesorio unilateral por virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente inmuebles pertenecientes al deudor o a tercera persona o derechos reales impuestos sobre los mismos de tal modo que, cuando la prestación haya sido vencida y no satisfecha oportunamente por el deudor, el acreedor puede enajenarla y hacerse pago con su importe".²¹

Hipoteca "finca que garantiza el pago de un empréstito. Derecho real, que grava bienes inmuebles, respalda para el pago de una deuda"²²

¹⁸ **Ob. Cit.** pág. 623

¹⁹ Vázquez Ortíz, Carlos. **Los bienes y demás derechos reales y derechos de sucesiones**, pág. 120

²⁰ **Ob. Cit.** pág. 590

²¹ Puig Peña, **Ob. Cit.** pág 279

²² García Pelayo, Ramón. **Diccionario enciclopédico Larousse**, pág 368

La fuerte garantía que, pese a guerras, naufragios y otras contingencias desfavorables, ofrecen los buques, llevaron a convertirlos en objeto de hipoteca; pero, al tropezarse con el obstáculo clásico de que ellas sólo recaía sobre inmuebles, se recurrió a la inocente ficción de suponerlos bienes inmuebles tan sólo a los efectos hipotecarios. En el derecho histórico, la función de la garantía hipotecaria era muy específica, según se desprende de lo determinado en las fuentes romanas y en el mismo derecho posterior. A través, en efecto, del curso histórico de la hipoteca se observa que la finalidad primordial de la misma era provocar la incautación posesoria de los bienes mediante una *missio in possessionem* concedida al acreedor in-pagado frente al deudor incumplidor de sus deberes. Esta técnica continua; como decimos en los derechos posteriores, y llega incluso a la fase del movimiento jurídico lindante con la codificación. Fue ya casi en nuestros días cuando se formula concretamente la finalidad valorativa de la hipoteca llegándose incluso a estampar enérgicas declaraciones legales de repulsa contra el primitivo criterio de la incautación.

Por último, nuestro Código Civil en el Artículo 822 la define: la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

3.3. Rasgos de la hipoteca

Se considera a la hipoteca el derecho real de garantía más importante. Hermosa institución que ha tenido la virtud de suscitar a su alrededor un ingente cuerpo de doctrina de tal intensidad técnica, que ha venido a constituir una verdadera ciencia: la ciencia del derecho hipotecario, cada día más pujante y de alcance tan singular, que es de esperar de ella un porvenir particularmente espléndido. Son muchos y muy preclaros, en efecto, los tratadistas que se dedican a esta disciplina hasta hace poco casi abandonada; y el interés mostrado por esa enseñanza general ha trascendido a los legisladores que se aprestan a formular sus leyes con la mejor configuración técnica, de acuerdo con aquel desarrollo dogmático del instituto. Y es que, en realidad, la hipoteca cumple y satisface las más exigentes necesidades del crédito comercial.

Confiemos en que la institución siga teniendo vida propia, sirviendo ese fundamental destino, si bien hemos de pedir también que el desarrollo de la misma vaya eliminando el excesivo lastre capitalista que ahora tiene y que posiblemente constituya el principal reparo que hasta ahora se le puede formular.

La hipoteca supone, finalmente, que del inmueble gravado se hace la reserva formal, de una determinada cantidad con las que puede hacerse pago el acreedor, con carácter exclusivo, instando para ello la venta de la finca en el caso de que la prestación haya sido cencida y no satisfecha.

Esta ultima circunstancia hace referencia al momento supremo de la hipoteca; es decir, a la actualización de su función principal de garantía en orden al crédito subyacente, lo cual no obsta claro está, para que en el gravamen hipotecario puedan verse otros efectos cardinales aún antes de procederse a la ejecución de los bienes, como serían, por ejemplo, el de exigir la conservación de la cosa hipotecada con el fin de que no disminuya de valor, la ampliación de la garantía de determinados supuesto, etc. pero estos son efectos que pudiéramos denominar de orden secundario en relación con el principal a que nos referimos, integrado por esa reserva y extracción de valor que el acreedor verifica en el supuesto del incumplimiento.

El Código Civil establece en el Artículo 830 la hipoteca se extiende:

- 1) a las accesiones naturales y mejoras;
- 2) a los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados;
- 3) a los derechos del deudor en los excesos de la superficie del inmueble;
- 4) a las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados, concedidas o debidas al propietario por seguros, expropiación forzosa o daños y perjuicios; y
- 5) a las servidumbre y demás derechos reales a favor del inmueble.

En cuanto a la prescripción de la hipoteca el Artículo 856 del mismo cuerpo legal establece: Que la obligación garantizada con hipoteca prescribirá a los diez años contados desde el vencimiento de la obligación o de la fecha en que se tuviere como vencido en virtud de lo estipulado.

3.4. Naturaleza jurídica de la hipoteca

La hipoteca es un derecho real en virtud de que el titular de un derecho de esta naturaleza, tiene la facultad de perseguir o de hacer valer su acción frente a cualquier poseedor o tenedor del bien objeto hipotecado. Tiene como se decía en el derecho tradicional un señorío sobre la cosa, una inmediatividad, haciendo valer su derecho “erga homnes”. De todos es sabida la discusión tan apasionante que las doctrinas sostuvieron entre sí, citando entre ellas, a la doctrina clásica o tradicional, la personalista, la intermedia o ecléctica, esta última consolidó sus principios tomando aspectos de las dos primeras teorías citadas, y por último las escuelas intermedias. El problema se circunscribió en estas teorías a encontrar la concepción de los “derechos reales”, estas discusiones deben quedar para la doctrina pues su estudio implica un trabajo especial, el valor que les damos es meramente histórico.

En la actualidad entendemos por estos derechos, esa sujeción en que se encuentra una cosa al inmediato cumplimiento de una obligación. Y es una garantía en virtud de que asegura una o varias obligaciones, y que en caso de incumplimiento responde la garantía hipotecaria, y el acreedor puede solicitar en la vía judicial el remate, para hacerse pago con su producto. El titular de un derecho hipotecario tiene un derecho preferencial, y de persecución sobre la cosa dada en garantía. Podemos decir que frente a los derechos reales de garantía, se oponen los derechos reales de goce, estos atribuyen a su titular un disfrute o aprovechamiento más o menos amplio sobre la cosa; por ejemplo la propiedad pertenece a esta clasificación, y las limitaciones a que está sujeta son las contempladas en la sustantividad del Código Civil. En los de garantía por incumplimiento responde la garantía y el acreedor puede solicitar en la vía judicial el remate, para hacerse pago con su producto. Es decir, que los de garantía

atribuyen un poder de disposición para asegurar una obligación, y otorgan la facultad a su titular para promover su venta, en caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo.

La hipoteca, como derecho real de garantía desempeña un papel de gran importancia en la práctica, tanto por los créditos que garantiza, como por la índole de garantía que presenta. En otras palabras el acreedor puede estar seguro de que su crédito está bien garantizado, y el deudor por otra parte también es favorecido por que si bien ha dado en garantía una finca que es de su propiedad sigue disfrutando de ella mientras no se ponga en estado de insolvencia. Es necesario para el buen funcionamiento de la hipoteca un adecuado régimen hipotecario, para que esa libertad de crédito funcione en la forma deseada.

En nuestro ordenamiento jurídico se consideran únicamente como derechos reales de garantía los contenidos en el libro segundo título quinto del Código Civil que contiene a la hipoteca, y la prenda en sus diversas modalidades, sobre esta última figura se han escrito interesantes tesis que ponen en relieve su especial funcionamiento e importancia en la práctica.

En la doctrina existen dos sistemas para determinar los derechos reales, se habla así de un sistema que permite el ingreso de nuevos derechos reales además de los contenidos en una legislación; este es el llamado “numerus apertus”; el segundo sistema por el contrario no permite si no los contenidos en determinada legislación, por ejemplo nuestra legislación civil considera como derechos reales de garantía únicamente la hipoteca y la prenda.

3.5. Características esenciales de la hipoteca

Para el Licenciado Brañas son características relevantes de la hipoteca las siguientes:

“a) Afecta únicamente a los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aún por pacto expreso.

b) La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor, para promover la venta judicial del bien grabado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla.

c) La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación.

d) Quien hipotecare un bien sobre el cual tuviere un derecho eventual limitado, o sujeto a condiciones suspensivas, rescisorias o resolutorias, que consten en el registro de la propiedad, lo hace con las condiciones o limitaciones a que está sujeto ese derecho aunque así no se exprese. La hipoteca surtirá efectos contra terceros desde su inscripción en el registro, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse.

e) La constitución y aceptación de la hipoteca deben ser expresas.”²³

Para la doctrina extranjera la hipoteca tiene los siguientes caracteres esenciales:

a) Convencionalidad: la hipoteca reconoce una única fuente: el contrato o la convención. Dicha convención debe ser expresa.

b) Especialidad: este carácter juega un doble aspecto: en cuanto al crédito y en cuanto al objeto. En cuanto al crédito: la especialidad en cuanto al crédito se traducirá no sólo en la expresión de su monto en una suma de dinero cierta y determinada, o el valor estimativo, en su caso, sino que, además, será necesaria su correcta individualización a través de la enunciación de sus elementos: sujetos, objeto y causa. Ese monto representa el máximo por el que va a responder el inmueble. En

²³ Ob. Cit., pág. 344

cuanto al objeto: el inmueble o los inmuebles sobre los que recae la hipoteca deben también estar perfectamente determinados.

- c) Publicidad: Esta característica de la publicidad se consigue a través de la institución del registro, ya que entre uno de los objetivos del registro es la publicidad, dar seguridad al tráfico mercantil, y garantía a los derechos reales inscritos. A diferencia de la clandestinidad en el derecho romano que desconoció esa seguridad y garantía que hoy conocemos. Entre nosotros se perfeccionó la publicidad con el establecimiento del Registro General de la Propiedad Inmueble incluido así con esta denominación en el primer Código Civil que data de 1877, época de la codificación del régimen liberal y a partir de esta fecha se ha venido tecnificando; sus libros y documentos, todas las actuaciones pueden ser consultadas por cualquier persona que tenga intereses, es lo que en la doctrina se le llama publicidad formal. Así mismo, se acentúa más la publicidad al revisar el Artículo 1148 del actual Código Civil, cuyo contenido es el siguiente: “Únicamente perjudicará a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el registro. Por tercero se entiende el que no ha intervenido como parte en el acto o contrato. Los títulos o anotados surtirán efectos contra tercero y aún contra los acreedores singularmente privilegiados, desde la fecha de su entrega al registro”. Una hipoteca que no accedido al registro no confiere a su titular ni *ius preferendi* ni *ius persecuendi*.
- d) Indivisibilidad: el gravamen se extiende a todo el inmueble y cada parte del mismo, garantizando el pago de todo el crédito y cada parte de éste. Esta característica de la indivisibilidad de la hipoteca, ha devenido a través de los tres códigos que han regido nuestra vida civil, y así se ha sostenido este principio, aún cuando la obligación o el crédito se reduzca.

Aún cuando fueren varias fincas hipotecadas, el gravamen se mantiene dividiéndose éste y todas ellas responden conjuntamente del pago de un crédito al cual garantiza. Sin embargo en éste aspecto, la ley faculta a los interesados para que puedan asignar a cada finca la cantidad o parte del gravamen que debe garantizar. El

Artículo 827 del Código Civil vigente, en su parte conducente: "...es este caso, el acreedor no podrá ejercer su derecho en perjuicio de tercero sobre las fincas hipotecadas, si no por la cantidad que a cada una de ellas se le hubiere asignado; pero podrá ejercerlo sobre las mismas fincas no mediando perjuicio de tercero, por la cantidad de alguna de ellas no hubiere alcanzado a cubrir". Otro aspecto importante es que aún cuando la finca hipotecada se divida, la indivisibilidad de la hipoteca se mantiene. Si el deudor a pagado mas del cincuenta por ciento de la deuda y siempre que el valor de los inmuebles que continúen gravados guarde una justa relación con el saldo deudor puede el deudor pedir al acreedor la reducción de la garantía mediante la liberación del gravamen hipotecario que pesa sobre alguna o varias fincas. En este caso pues, se habla de reducción del gravamen, que en nada afecta la división del gravamen.

La indivisibilidad de la hipoteca es independiente de la divisibilidad o indivisibilidad del crédito. El acreedor no está obligado a cancelarle la hipoteca mientras no haya sido totalmente satisfecho su crédito. El pago hecho por un codeudor o el pago efectuado a un coacreedor, en proporción a sus respectivas cuotas, deja subsistente la hipoteca por el todo. Sigue gravado en su totalidad.

e)Accesoriedad: Son pocos los civilistas que discuten si efectivamente, la hipoteca es accesoria o por el contrario es independiente de una obligación. La mayoría de estos están de acuerdo en considerar la hipoteca como dependiente o accesoria de una obligación. Los que hacen depender la hipoteca de una obligación, la sujetan a ella, y no pueden concebirla por si sola independiente de la existencia de una obligación. Por otro lado hay una tendencia especial con los germanos, a negar este carácter, y así consideran la hipoteca con autonomía propia, e independiente de la existencia de un crédito. Por otra parte de habla de una independencia relativa de la hipoteca respecto del derecho de crédito, y para el efecto se argumenta que por ejemplo en las obligaciones futuras garantizadas con hipoteca, la obligación no ha nacido; otro ejemplo lo seria la hipoteca que garantiza una cuenta corriente tal como lo establece el Artículo 857 del Código Civil, vigente.

En lo particular me adhiero con la mayoría de los tratadistas que conciben la hipoteca como accesoria de una obligación, pues aquella, su función primordial es la de ser una garantía de una o varias obligaciones; y extinguida la obligación se extingue la hipoteca, decimos pues, que en la práctica la hipoteca se constituye para garantía y seguridad si se quiere, de una obligación.

- f) **Carácter real:** Esta característica resulta, por la sujeción en que se encuentran las cosas al cumplimiento de una obligación y de la eficacia erga homines. Es decir que el acreedor puede hacer valer su derecho frente a los demás. Esta característica es propia de la hipoteca, y consecuencia de ella es el derecho de persecución que tiene el acreedor hipotecario, frente al sujeto pasivo de perseguir el inmueble de cualquier detentador que lo posea y por cualquier título que lo hay adquirido. Este derecho real de hipoteca, lo faculta incluso en caso de insolvencia en caso del deudor a la venta del inmueble para hacerse pago con su producto.

- g) **No desplazamiento:** Al no desplazamiento posesorio de la cosa ofrecida en garantía va ligada la publicidad formal. (ésta no es más que la inscripción registral que se exige al constituirse una hipoteca); mientras que la publicidad material es la que se observa en la prenda propiamente dicha, cuando se entrega la cosa al acreedor o a tercera persona. El no desplazamiento en la hipoteca, trae como consecuencia la necesidad de inscribir este derecho en un registro especial, el cual debe estar perfectamente organizado, para esta función. Hay que tener presente que el Código Civil vigente en su Artículo 1125, trae la inscripción de bienes muebles que pueden identificarse son susceptibles de inscripción en el registro. Esta inscripción se hace con la presentación del testimonio de la escritura pública documento o copia legalizada, así lo considera el citado Código Civil en su Artículo 1214, y la indicada forma de constitución del gravamen viene a ser una excepción dentro de la constitución de la hipoteca inmobiliaria que debe constar en escritura pública.

3.6. Bienes no hipotecables

El dominio de los bienes son de poder público, de propiedad privada o de propiedad de los particulares. Los bienes de dominio de poder público pertenecen al estado, a los municipios, los mismos son para uso público común o de uso especial.

Los bienes de pertenencia estatal o municipal, no pueden hipotecarse, ya que son inalienables e imprescriptibles. Pueden sí, darse en aprovechamientos especiales, necesitándose para el efecto de concesiones otorgadas para el estado. Los bienes que constituyen patrimonio del estado, de los municipios y de entidades descentralizadas, están sujetos a leyes especiales, por lo tanto no pueden enajenarse y en consecuencia hipotecarse.

El Artículo 838 del Código Civil Decreto Ley 106 establece que no podrán hipotecarse:

- a) el inmueble destinado a patrimonio familiar.
- b) los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, pero esta no podrá exceder del término de cinco años. Para los menores de edad dicho término se cuenta desde que cumplan la mayoría de edad.

Por otro lado los inmuebles que integran el patrimonio familiar no podrán gravarse con derecho real alguno, salvo el de hipoteca. Procede también como caso excepcional, cuando el patrimonio se ha garantizado con hipoteca legal o voluntaria, con previa autorización de las autoridades correspondientes.

Asimismo, dispone el Código que la hipoteca del edificio o parte del edificio construido en suelo ajeno, no afecta a los derechos del propietario del suelo.

3.7. Constitución de la hipoteca

Para constituir una hipoteca, es requisito esencial, que el bien inmueble pertenezca en propiedad al hipotecante, y que tenga la libre disposición de sus bienes, puede así mismo una tercera persona hipotecar sus propios bienes en garantía de deuda ajena. Algunos autores consideran que en este último caso estamos en presencia de la figura similar del hipotecante por deuda ajena, llamada mas comúnmente en la terminología hipotecaria, “fiador real”. Este fiador no debe considerarse como un deudor en su acepción pura, pues no existe una responsabilidad personal, tan solo debe responder con el bien hipotecado. Esta figura es similar a la fianza, y que ambas difieren por el beneficio de exclusión pues, e la fianza ordinaria de carácter civil el fiador goza de este beneficio, no puede compelerse a pagar a su acreedor, sin previa excusión de los bienes del deudor, por supuesto que este beneficio no tiene lugar cuando se renuncia a ella, por ejemplo en los siguientes casos: Cuando hay solidaridad entre fiador y deudor; cuando se renuncia a ella; y en caso de quiebra o cesión de bienes del deudor. Artículo 2107 del actual Código Civil.

El fiador real al contrario no goza de este beneficio únicamente debe esperar que el acreedor dirija la acción contra su patrimonio afectado por la hipoteca en caso de insolvencia del deudor.

La constitución de hipoteca se celebra en escritura pública tanto esta como la aceptación deben ser expresas, de esta manera el documento en que se establece la hipoteca es considerado como un contrato “ad solemnitatem” y por afectar derechos reales debe inscribirse en el registro.

Para la constitución de la hipoteca se requiere además, de los elementos formales citados, otros que afectan el fondo del asunto y que tienen que ver con la licitud del negocio, así encontramos que es indispensable en todo negocio jurídico: La capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, Artículo 1251 del vigente Código Civil. Tales requisitos deben

condicionarse al contrato de hipoteca para que tenga validez. Este contrato es a la vez bilateral, pues exige que tanto la constitución como la aceptación deban ser expresas, constar en el instrumento público.

La inscripción en el registro constituye otro requisito, que se traduce por la publicidad formal sin este requisito los efectos que debiera producir frente a terceros no nacen a la vida jurídica, obligando únicamente a las partes constituyentes. Otra consecuencia que se deriva de tal situación consiste en que al ejercitar la acción hipotecaria ante cualquier tribunal, el documento que la contiene es rechazado, por ser un documento sujeto a inscripción en el registro y el mismo debe estar razonado por el registrador respectivo.

CAPÍTULO IV

4. El Contrato de mutuo en la legislación guatemalteca

4.1. Préstamo civil o común

“Las normas generales del derecho civil son las que rigen esta institución. Los juristas romanos, atendiendo sobre todo en la diversa naturaleza de las cosas objeto del préstamo, rubricaron de diverso modo las operaciones que sobre esta convención versaban. Si lo prestado era una cosa específica, la cual después de usada debía ser devuelta, se daba lugar al comodato; pero si era dinero o cosas fungibles que de momento entraban en el dominio del accipiens teniendo solo que devolver otro tanto se daba el contrato de mutuo”²⁴

Préstamo es un término genérico que reúne dos especies de contrato, las cuales tienen de común que se perfeccionan o concluyen por la entrega de un objeto, el cual ha de ser restituido en especie o en género. Estas dos modalidades se denominan comodato, y mutuo o simple préstamo, o lo que es igual, préstamo de uso conocido en nuestra legislación como contrato de comodato y préstamo de consumo también denominado mutuo.

Ambas especies del préstamo pertenecen a la categoría de los contratos reales, es decir, que se requiere en ellos la entrega de la cosa para su perfección, sin que baste el mero consentimiento, puesto que si este no va acompañado de la tradición o entrega del objeto, existirá un contrato de promesa, pero no de préstamo.

En el comodato, por ser un contrato de propia amistad o complacencia, se puede reclamar la cosa aun antes del plazo convenido, en el caso especial de la urgente necesidad de ella por parte del comodante; en cambio en el mutuo ha de esperar, por regla general, a que termine el plazo establecido para reclamar la cantidad prestada.

²⁴ Herrera, Flavio. **Ob. Cit.** pág. 48

Además de esta diferencia, hay otras no menos importantes entre el comodato y el mutuo. El comodato es esencialmente gratuito, el segundo puede no serlo; en el comodato no se transmite el dominio, si no el uso, y en el préstamo hay una verdadera transmisión.

El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.

Un sector de la doctrina, fundamentalmente la doctrina clásica, habla de un mutuo genérico que es el contrato de préstamo, como ya fue mencionado con anterioridad, dividido en dos especies el contrato de préstamo de consumo que el que en realidad configura técnicamente el contrato de mutuo; y el contrato de préstamo de uso que viene a configurar lo que en la estimativa de nuestro Código Civil y en la doctrina moderna se llama comodato.

4.2. Préstamo mercantil

“Para que el préstamo se considere mercantil se requiere un elemento subjetivo: que los contratantes sean comerciantes o que al menos el deudor lo sea; y un elemento objetivo que se contraiga en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas a este”²⁵ (Artículo 457 inciso 1º. Y 2º. Del Decreto Gubernativo No. 2946, Código de Comercio derogado). Faltando una de ambas condiciones el préstamo será ordinario y se regirá por las leyes comunes. Vásquez Martínez tomando como base la definición legal del préstamo civil contenida en el código respectivo, y las condiciones de comercialidad que tiene el Código de comercio dice que el contrato de préstamo mercantil, “es el contrato celebrado entre comerciantes, o en que al menos el deudor lo sea, por el que uno (prestamista o mutuante), entrega a otro (prestatarario o mutuario), dinero u otras cosas

²⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil I**, pág.189

fungibles destinadas a actos de comercio, con la obligación de devolver igual cantidad de la misma especie y calidad”²⁶

En igual forma pronunciaba el Código de Comercio derogado (Decreto Gubernativo 2946), que también dedicaba el título VI al “Préstamo y rédito de las cosas prestadas”, cuyas normas estaban contenidas en los Artículos del 457 al 468, sin ninguna alteración en su contenido con relación al Código de 1877, y en consecuencia, sus caracteres , jurídicos, según la legislación derogada, consistían en que era un contrato real, unilateral, traslativo de dominio, generalmente oneroso, mercantil por conexión, típico y nominado. Por razón de ser unilateral genera únicamente obligaciones para el prestatario o mutuario, siendo estas las obligación de restitución, que es la principal que adquiere el prestatario. La devolución debe hacerse en igual cantidad de la misma especie y calidad (Artículo 1942 del Código Civil Decreto 106) en el lugar y tiempo convenido, y si éste fuera indeterminado se entenderá que el plazo es de seis meses si es dinero lo prestado y si fueren productos agrícolas, la próxima cosecha (Artículo 1950 del Código Civil). En el caso de determinación del plazo, los préstamos mercantiles sólo serían exigibles, diez días, después de reclamada la restitución (Art. 459 del Código de Comercio derogado). Si hubiere duda en la determinación, el plazo lo fijará un juez prudencialmente, teniendo en consideración los términos del contrato, la naturaleza de la operación a que fuere destinado el préstamo y las circunstancias personales de los contratantes (Artículo 460 del Código de Comercio derogado).

El Código de Comercio de 1877 en sus títulos VI, VII y VIII, regulaba “los prestamos y réditos de las cosas prestadas”, junto con las fianzas y depósitos mercantiles y en ellos se expresan las circunstancias que deben concurrir para que puedan calificarse de comerciales y sujetarse por consiguiente a las prescripciones del Código. El préstamo entonces, no será mercantil, si los contrayentes no son comerciantes y si la cosa o cantidad prestada no se destina a actos de comercio. El Artículo 376 de este Código señala que para que los préstamos se tengan por

²⁶ **Ibid.** pág. 191

mercantiles es necesario: a) que versen entre personas calificadas de comerciantes con arreglo al propio Código o que al menos el deudor sea comerciante; b) que se contraigan en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinarán a actos de comercio y no para necesidades ajenas a este. Faltando cualquiera de las dos condiciones indicadas el préstamo se considerará ordinario y se regirá por las leyes comunes.

El pago de intereses es convencional y se estipula en cantidades determinadas en dinero, aún cuando el préstamo consiste en mercaderías de cualquier especie, en cuyo caso se estiman las mercaderías por el precio corriente en el día y lugar de la restitución (Artículo 381).

Si el préstamo fuere de dinero cumple el deudor con devolver igual cantidad numérica con arreglo al valor que tenga la moneda al hacerse la devolución (Artículo 461 del Código de Comercio); en los préstamos de cosas fungibles que no sean dinero la restitución se hará “en igual cantidad del mismo género y calidad, aunque el precio de ellos haya bajado o subido”²⁷ (Artículo 1942 del Código Civil), salvo que las cosas fueran apreciadas al tiempo del contrato, en cuyo caso la obligación del prestatario es la de satisfacer el valor que se les dio, con independencia de la fluctuación del precio (Artículo 1953 del Código Civil), y si no es posible restituir en género, podrá pagar el valor que la cosa tenga el día en que debiera ser devuelta.

En cuanto a la obligación de pagar intereses, salvo pacto en contrario, el prestatario tiene obligación de pagarlos al prestamista y pueden, desde luego, pactar sobre su monto y a falta de convenio se presume que han aceptado el interés legal o sea el seis por ciento anual (Artículo 1947 del Código Civil). Los intereses se estipulan en cantidades de dinero, aún cuando el préstamo consista en cosas que no sean dinero y para el efecto, las mercaderías se estimarán en el precio corriente el día y lugar en que haya de restituirse (Artículo 192 del Código de Comercio). Lo relacionado con intereses moratorios, (intereses que se han dejado de cumplir o pagar) en caso de

²⁷ **Ibid.** pág. 192

incumplimiento de la obligación de restitución por parte del prestatario, está obligado a pagar intereses o réditos a partir de la fecha en que haya sido requerido de la restitución y a razón del monto legal (Artículo 458 del Código de Comercio).

Los intereses sobre intereses y sub capitalización (anatocismo o usura libre) están prohibidos (Artículo 466 del Código de Comercio y 1949 del Código Civil), excepto las instituciones bancarias que en ese aspecto están sujetas a lo que disponga la junta monetaria.

El contrato de préstamo mercantil se extingue por cumplimiento del plazo pactado, o del legal en caso de indeterminación o del que haya fijado el juzgado en caso de duda y por pago anticipado cuando se trate de dinero, en cuyo caso deben de cubrirse intereses por todo el tiempo que falte para el vencimiento del plazo (Artículo 1956 del Código Civil).

Los casos de terminación del contrato de préstamo mercantil, son los de la resolución cuando se combino en la restitución por cuotas o a plazos y se incumple en una o más, y también si el pago de intereses se ha pactado para plazos determinados y no se pagan en su oportunidad. El efecto del incumplimiento de ambos casos, implica la resolución del contrato y surge por consiguiente la obligación de restituir inmediatamente.

Al entrar en vigor el Decreto 2-70 del Congreso de la República que derogó al Decreto Gubernativo 2946 este tipo de contrato cayó en desuso puesto que ya no fue objeto de formación jurídica; y siendo que conforme lo normado en el Artículo 694 del Código vigente (Decreto 2-70) sólo a falta de disposiciones en el mismo, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil indiscutiblemente al tratar de préstamo mercantil tendrá que regirse por lo dispuesto por el préstamo ordinario, civil o común.

4.3. Contrato de préstamo bancario

Este contrato tiene las mismas características del préstamo mercantil ya analizado en la sección anterior, con la variante de que no le son aplicables las notas que para conceder mercantilidad al mismo establecía el Código de Comercio anterior, sin que entre, desde luego, dentro de los contratos que deben clasificarse de mercantiles, por la intervención de un sujeto que, como los bancos, se dedican a la actividad de conceder préstamos con profesionalidad, según explica Garriguez citado por Vásquez Martínez. “El préstamo bancario, de acuerdo a lo anterior, es un contrato consensual (que se perfecciona por el mero consentimiento) y es bilateral por que genera obligaciones recíprocas de las partes, lo cual constituye una alteración de la doctrina tradicional que considera al préstamo como contrato real y unilateral, ya que la práctica le da las características contrarias”²⁸.

El contrato de préstamos bancarios corresponde a las operaciones activas, o sea aquellas que realiza el banco proporcionando capital siendo por lo tanto el banco el acreedor y el cliente el deudor.

Su concepto es el de ser un contrato activo bancario por medio del cual el prestamista, que en este caso es el banco, proporciona dinero o concede su capacidad crediticia a un determinado cliente llamado prestatario, a cambio de una retribución convenida y obligándose este último a la devolución de bienes y valores prestados.

De este concepto, se infiere que puede haber préstamo de dinero, de títulos, de firma y de especie.

²⁸ **Ibid.** pág. 271

4.3.1. Préstamo de dinero

Es el contrato por el que un banco transmite una suma de dinero a una persona (prestatario), para que la use por un tiempo determinado en la obligación de restituirla y de pagar los intereses convenidos.

4.3.2. Préstamo de títulos

Es aquel en que la cosa objeto del contrato, la constituyen títulos. El prestatario adquiere la propiedad de estos títulos y el prestamista no puede reivindicarlos.

4.3.3. Préstamo de firma

Es el contrato mediante el cual el banco garantiza el cumplimiento de un contrato o las posibles responsabilidades de su cliente. Entre ellos, el contrato de fianza por el cual el banco concede este tipo de garantía, y el contrato de aval, que obliga al banco a suscribir como avalista una letra de cambio.

4.3.4. Préstamo en especie

Cuando el banco con una promesa en blanco de hacer el préstamo original, se obliga a prestar muchos valores no especificando cual ha de prestar, se esta ante este tipo de préstamo bancario.

4.3.5. Características del préstamo bancario

Las características del préstamo bancario son las siguientes:

- a) es bancario, por que las operaciones las realizan los bancos;

- b) es principal pues su existencia no depende de otro contrato si no que tiene autonomía propia;
- c) es conmutativo, puesto que se conocen sus consecuencias y efectos;
- d) es de adhesión ya que el banco a través de formularios o minutas, impone sus condiciones al cliente;
- e) es bilateral, por que contiene obligaciones recíprocas (es la diferencia esencial con el préstamo civil común);
- f) es consensual, por que se perfecciona con el consenso de voluntades lo cual lo diferencia con el préstamo civil y mercantil, que son reales, pues en el préstamo bancario, no importa la entrega del bien si no sólo el acuerdo de voluntades;
- g) es atípico e innominado, por cuanto ni el Código de Comercio ni la Ley de Bancos regula el alcance de dicha figura y no le afectan las normas generales de la contratación; y
- h) es innominado, por que en la ley no tiene nombre aunque o tenga en la doctrina.

4.3.6 .Clasificación del préstamo bancario

Por su plazo, puede ser a plazo determinado o indeterminado; por la forma de garantía, o cobertura: préstamo bancario a descubierto y préstamo bancario a cubierto. El primero será cuando proporciona el crédito con la firma del cliente; el segundo cuando lo proporciona con garantía personal fiduciaria, real o mixta. A este respecto es importante hacer alusión a Ley de Bancos (Artículo 51), que señala que “ los créditos que conceden los bancos deberán ser respaldados por una adecuada garantía fiduciaria, hipotecaria, prendaria, o una combinación de éstas u otras garantías mobiliarias, de conformidad con la ley”. Significa ello, que en todos los contratos en que se conceda crédito, habrá que tener presente lo relativo a la garantía, al monto y al

plazo, a la capacidad de cumplimiento del deudor, a que los fondos deben entregarse al deudor en forma adecuada para la finalidad del crédito, etc., de acuerdo al Artículo 52 de la Ley de Bancos.

En todas las operaciones del préstamo bancario opera el elemento confianza, pero no la confianza subjetiva, si no la objetiva, que se proyecta sobre el patrimonio, sobre el análisis, selección y evaluación del crédito y el estudio del mercado. La importancia de este contrato consiste en que puede destinarse a la agricultura, al comercio, al la industria, a la inversión; y se diferencia con la apertura de crédito, en que esta es una operación bancaria previa, general y cubierta, o sea que el banco dará crédito a una persona en forma amplia, es una promesa en blanco; en cambio en. Préstamo bancario se restringe a cada operación en sí, es un contrato autónomo.

La forma en que nuestra legislación establece la comercialidad del préstamo, plantea el problema de si el préstamo bancario tiene o no naturaleza mercantil cuando no se reúnan las demás condiciones.

Infortunadamente no se cuenta con jurisprudencia al respecto y cabe por ello basarse únicamente a los preceptos legales. El Artículo 1º. del Código de Comercio (ya derogado), refuta negocios mercantiles, además de las letras de cambio, cartas ordenes de crédito, pagarés y libranzas, a las demás operaciones de carácter bancario, aún cuando no sean comerciantes lo libradores, endosantes, aceptantes o tenedores de dichos documentos u operaciones que procedan o emanen de un contrato mercantil, de donde es obvio que fuera de esas operaciones enumeradas no puede considerarse otra y se puede afirmar que no tienen naturaleza mercantil el préstamo bancario si no reúne las condiciones específicamente establecidas en el Código de Comercio. Aun cuando estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto 2-70 del Congreso de la República, éste, en su Artículo 12 establece que los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone el Código de Comercio, en lo que no

contravenga sus leyes y disposiciones especiales; y la autorización para constituirse u operar, se regirá por la leyes especiales aplicables a cada caso lo cual significa que continúa teniendo vigencia la afirmación del Licenciado Vásquez Martínez en el sentido que el préstamo bancario no tiene naturaleza mercantil.

En cuanto a la tasa de interés de este tipo de préstamos, los bancos no pueden exceder de aquella que fije como máximo la Junta Monetaria y se aplica únicamente por los saldos a cargo de estos y por el tiempo en que tales saldos estuvieren vigentes. No obstante, los bancos podrán retener, en operaciones de descuento, los intereses correspondientes a un período máximo de dos meses, sin que en este caso pueda reclamar el deudor la devolución de intereses, aún cuando cancele su obligación antes de dicho plazo. Los bancos podrán cargar a sus deudores solamente a aquellas comisiones, tasas o recargos que previamente acuerde la junta monetaria, con el propósito de evitar a través de tales cargos se alteren las tasas máximas de interés que dicha junta fije de acuerdo con la Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

4.4. Definición de contrato de mutuo

La definición de esta figura contractual, no ha variado sustancialmente, pues desde el derecho romano ha sido el contrato, mediante el cual una persona transfiere a otra la propiedad de cosas en género, que la segunda se compromete a restituir en cierto plazo y en igual cantidad y calidad. A la primera se le llamo mutuante o “trandens”; a la segunda mutuario o “accipiens”, y para que se constituyera el mutuo se necesitaban tres condiciones: a) la transferencia de la propiedad de las cosas prestadas por que quien las recibía debía consumirlas, de donde se origina el nombre de préstamo de consumo que se da al mutuo, y de cuya condición se deduce que para formar el contrato el que daba las cosas debía ser propietario y capaz de alinear; b) era necesario que las cosas prestadas pudieran contarse, pesarse o medirse, como el dinero, las especies, etc.;y c)que quien las recibiera (accipiens), se comprometiera a devolverlas, no en especie si no en género, es decir, restituiría no las mismas cosas que recibió si no equivalentes.

En el mismo sentido se expresa Puig Peña, citado por Hilda Rodríguez de Villatoro, “para quien el préstamo mutuo es aquel contrato en virtud del cual una persona recibe de otra cierta cantidad de dinero u otras cosas fungibles, a condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, de cuya definición, se desprende, al igual que en el derecho romano, que el mutuo lleva incita una triple operación: a) la entrega de las cosas fungibles al prestatario, lo cual hace al contrato rigurosamente real, aunque no es absolutamente necesaria la entrega material de las cosas ya que es posible suponer esa entrega por que “la declaración en escritura de préstamo de tener al prestatario por recibida con anterioridad la suma prestada, equivale al hecho de la entrega quedando perfeccionado el contrato”; b) la transmisión de la propiedad, que significa que le contrato de mutuo se traspase la propiedad de las cosas y consecuentemente, corresponde al prestatario la pérdida o deterioro de la cosa, y es nulo todo contrato en que se entregue cosa ajena; y , c) el convenio de devolución de otro tanto de la misma especie y calidad, ya que la simple entrega sin convenio podrá ser otro contrato (compra venta, por ejemplo), pero no será mutuo por que este requiere un convenio de devolución. Según la jurisprudencia del tribunal supremo de España, el documento en que simplemente se ha reconocido haber recibido una cantidad de dinero, no es suficiente para fundamentar un contrato de mutuo, por que en el no va implícita la obligación de devolverla”²⁹.

Basado en lo anterior, encuentro que la definición que ofrece Guillermo Cabanellas encuadra perfectamente en este concepto, ya que explica que “mutuo significa recíproco, correspondencia, igualdad entre las partes; que es un contrato real, en que una de las partes, el mutuante o prestamista, transmite a la otra el mutuario o prestatario, la propiedad de una suma de dinero, o de otras cosas fungibles (como granos, caldos, etc.,) con la obligación de devolver igual cantidad, especie y calidad, con abono de interés tan solo si se ha pactado”³⁰

²⁹ **Ob. Cit.** pág. 212

³⁰ **Ob. Cit.** pág.762

El Código Civil en el Artículo 1942 establece: por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero y otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.

Como se expuso anteriormente, este contrato es una variedad del préstamo en general y se denomina para distinguirlo del comodato, préstamo de consumo o consumación. En el se dan en préstamo las cosas fungibles, las cuales han de devolverse al mutuante o prestamista, no en especie, si no en genero, es decir, otro tanto de la misma calidad. La utilidad de este contrato es tan evidente, que le consideramos necesario en la vida social puesto que por el se conceden al prestatario medios de que carece, a base del crédito o confianza de la persona de este o mediante garantías de carácter real. Sin el no sería posible la vida moderna tanto civil como mercantil, ya que el crédito constituye en la actualidad la palanca mas poderosa para la realización de las grandes empresas de todo género, y da facilidades para el desenvolvimiento de los pequeños negocios e industrias de todas las clases.

4.5. Naturaleza jurídica del contrato de mutuo

De acuerdo con su concepto, ya expuesto, el contrato de mutuo es traslativo de dominio, ya que produce la salida de determinadas cosas de la esfera jurídica de una persona (mutuante) para ser transferida a la de otra persona (mutuario). Así lo ha reconocido la legislación patria en los diferentes códigos que la han normado (Artículos 1907 del Código Civil de 1877 y 1933; 1943 del Decreto Ley 106).

Pero debe entenderse que esta transferencia de la propiedad no es la misma que la realizada en la compraventa, por que en el mutuo el traslado de la propiedad es medio para el consumo (Artículo 1943 del Decreto Ley 106) y no fin de la relación jurídica creada; en otras palabras, en la compraventa y otros contratos como la permuta y la donación, la traslación del dominio es el fin del contrato, el objetivo del mismo; en el contrato de mutuo, en cambio, es un medio para otro fin distinto que es el consumo, o sea que el mutuante transfiere el dominio al mutuario para que este pueda usar y

consumir los bienes que se le ha dado a mutuo. Es por ello, que sólo son objeto del mismo las cosas fungibles, ya que no se devuelve la misma cosa si no otra pero de la misma calidad y especie.

La naturaleza jurídica del préstamo de consumo o mutuo no resulta evidenciada en la definición del Código Civil citada anteriormente, ya que se omite la transmisión de la propiedad que de la cosa prestada se hace al que la recibe o prestatario. Por esto dan más idea de la naturaleza traslativa del mutuo otras definiciones, como la que expresa Giorgi, citado por Puig Peña quien establece que “ hay préstamo de consumo cuando la propiedad de la cosa prestada es transferida al prestatario el cual, después de haberla enajenado o consumido ha de restituir, para liberarse, otra de la misma naturaleza”³¹.

4.6. Características del contrato de mutuo

Los caracteres jurídicos de este contrato son:

- a) Es un contrato principal, por que vive con independencia de otro contrato anterior o posterior.
- b) Es real, puesto que se perfecciona por la entrega de la cosa, aquí no opera el consentimiento con toda la fuerza vinculante de los contratos consensuales si no que se requiere la entrega material de la cosa objeto de la obligación; por consiguiente, si se celebra un contrato en el cual no se entregue la cosa en el instante mismo de su celebración, si no que se pacta una entrega futura, no será un contrato de mutuo si no un contrato de promesa de mutuo.

La legislación de 1877 y 1933, reflejaba exactamente esta característica en forma expresa en el Artículo 1902 de ambas; el Código Civil vigente (Decreto Ley 106) en cambio, si bien la admite tácitamente puesto que tal característica debe ir incita en el

³¹ Ob. Cit. pág.125

contrato para que pueda llamarse mutuo, varió su redacción y ya no se refiere a la institución enmarcándola como uno contrato real, indudablemente porque de su propia naturaleza se infiere su ubicación dentro de la sistemática de su clasificación.

- c) Es unilateral, por que el préstamo de mutuo no produce otra obligación que la de prestarlo y de devolver la cosa al prestamista. De él emergen obligaciones sólo a cargo de uno de los contratantes. En efecto, el mutuario, o sea la persona que recibe las cosas o mutuo, queda obligado a devolver una cantidad igual de la misma especie y calidad de la recibida; y, cuando las cosas objeto del mutuo no consisten en dinero, si no en otras cosas fungibles, se deberá devolver igual cantidad del mismo género y calidad aunque el precio de ellas haya bajado o subido.

Puig Peña se pregunta si efectivamente es rigurosamente un contrato unilateral el mutuo; y dice que tradicionalmente a sido considerado así; “teniendo en cuenta que sólo produce obligaciones para el mutuario, pues las obligaciones que tiene el mutuante (responder de evicción sobre todo en la hipótesis del préstamo a interés, no tiene una derivación exactamente desprendible del contrato, si no de los principios generales de la contratación, es decir que si bien el mutuo es unilateral, también puede surgir ciertas obligaciones a cargo del mutuante, con lo que no se convierte en bilateral el contrato si no que sigue siendo unilateral, pero pueden devenir ciertas responsabilidades que son a cargo del mutuante.”³²

Tanto la legislación anterior como la vigente, se contraen estrictamente a que el mutuante debe responder de los daños y perjuicios que sufra el mutuario por vicios ocultos de la cosa dada en mutuo. Esto tiene como presupuestos que el mutuante haya conocido esos vicios o defectos ocultos y no hayan prevenido ni dado aviso al mutuario, lo cual es lógico, ya que si sabía de esos vicios ocultos y no lo advirtió actuó con dolo, y el dolo siempre se sanciona en el derecho civil con la obligación de pagar daños y perjuicios; aquí la ley trata de centrar un poco lo que son vicios ocultos, diciendo que no se reputan tales los que el mutuario haya podido conocer por el mismo. Sólo si el

³² **Ibid.** pág.129

mutuante ignoraba esos vicios ocultos no está obligado a pagar daños y perjuicios, si no sólo a sufrir la reducción proporcional de la cosa.

Modernamente si se ha sostenido que, tratándose de préstamo a interés, el contrato de mutuo se transforma en bilateral, porque a la obligación del prestatario de pagar intereses corresponde la del mutuante de entregar la cosa y abstenerse de reclamarla hasta que se cumpla el término. Esto es rechazado por la doctrina que se atiene a la tesis tradicional de la unilateralidad del mutuo.

- d) Es contrato traslativo de propiedad, pero entiéndase bien que esta transferencia de la propiedad no es la misma que la realizada en la compraventa, por que en el préstamo el traslado de la propiedad es medio para el consumo y no es fin de la relación jurídica creada.
- e) Este carácter de traslativo de la propiedad le diferencia del arrendamiento de cosas, con el que algún autor como Acollas confunde el mutuo con interés, por que el arrendamiento, sea cualquiera su forma o modalidad, nunca traslada la propiedad, si no el uso de las cosas y de un modo temporal, mientras que el mutuo si.
- f) Es oneroso, esto significa que ambas partes se gravan en beneficio común, pues si bien es cierto que ambas reciben beneficios, también lo es que ambas soportan cargas y responsabilidades. La onerosidad se contrae al mutuo en dinero: Así lo dice el Artículo 1942 del Decreto Ley 106, refiriéndose a que, en tales cosas, siempre se pagarán intereses, salvo que las partes pacten lo contrario.
- g) Es, por último, gratuito el préstamo simple, toda vez que en éste el prestatario nada da en cambio del favor que recibe del prestamista y oneroso el préstamo con interés, que bien sean los réditos estipulados en pacto especial o sean contratados por un pacto agregado, siempre resultará que el prestatario tiene que devolver, además de la cantidad prestada, el equivalente de la utilidad del préstamo representado por los intereses.

4.7. Elementos del mutuo

En el derecho romano, la res, era el elemento esencial para la formación del contrato, y consistía en la tradición, es decir en la traslación de propiedad del mutuante al mutuario, esta noción de res se extendió en la época clásica, y se fue admitiendo que existiría cuando la tradición en vez de ser material y directa fuere ficticia e indirecta; por ejemplo cuando la accipiens autorizaba a su mandatario a retener a título de préstamo una suma que éste debía entregarle en ejecución del mandato. Esta noción de tradición simbólica, se extendió a casos como cuando el tradens autorizaba al depositario a retener los fondos en calidad de préstamo.

En la época actual la mayoría de autores coinciden en señalar como elementos del contrato de mutuo, los personales, reales y formales.

4.7.1. Elementos personales

Son dos: el que da el préstamo (mutuante), sin que ello indique la actividad usuaria, es el sujeto activo del contrato de mutuo o préstamo simple; y el que lo recibe (mutuario), quien debe devolver la cosa dada en préstamo en igual especie y calidad; éste, como adquiere la propiedad de la cosa y está obligado a transmitirla de otra igual, debe tener capacidad para enajenar. La capacidad es de absoluta importancia en los sujetos del contrato ya que siéndolo de enajenación, tendrá que regirse por los principios generales de la contratación.

Volviendo al derecho romano y por el mismo motivo de que el mutuo supone una enajenación, era indispensable que el mutuante fuera propietario de la cosa que prestaba y que además fuera capaz para enajenar; y que el mutuario por su parte poseyera como condiciones, capacidad general para obligarse y capacidad especial para obligarse por mutuo.

4.7.2. Elementos reales

Sólo pueden ser objeto del mutuo el dinero y las cosas fungibles, puesto que únicamente en ellas encontramos el efecto típico que este contrato produce, o sea que el mutuario se haga dueño de las cosas mismas para consumirlas aunque con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Los Códigos Civiles anteriores normaban por separado el préstamo en monedas de oro o plata sin embargo el Código Civil vigente al dar el concepto legal de mutuo incluye ambas posibilidades, al decir que mediante dicho contrato, una persona entrega a otra “dinero u otras cosas fungibles”, o sea que es más explícito que los anteriores.

4.7.3. Elementos formales

No existen formalidades especiales para la celebración del contrato de mutuo, excepto la que se refiere a la cuantía de préstamo, en cuyo caso se estará a las formalidades generales de la contratación, o sea que cuando el valor del contrato exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito; y si se tratare de contratos mercantiles, cuando exceda de mil quetzales, como lo establece el Artículo 1575 del Código Civil.

4.8. Causas de extinción del contrato de mutuo

La doctrina de las causas generales de la extinción de las obligaciones, es aplicable al contrato de mutuo con algunas variantes.

Puig Peña dice “independientemente de la extinción por cumplimiento, el mutuo termina por confusión si el deudor resulta sucesor del acreedor en la cantidad debida; por condonación de la deuda, realizada por el prestamista; por compensación y por novación extintiva”.³³ En cambio no actúa como causa de extinción la pérdida de la

³³ **Ibid.** pág. 377

cosa debida porque el mutuario es deudor de género, y tampoco la muerte del mismo. Explica como causa importante de extinción, la derivada del ejercicio de la acción de nulidad cuando se trata de préstamo usurario.

El Código Civil vigente únicamente regula como causas de extinción, la compensación, la novación, la remisión, la confusión y la prescripción extintiva.

La compensación se da cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho (Artículo 1469 del Código Civil).

La novación, cuando deudor y acreedor alteran sustancialmente la obligación sustituyéndola por otra (Artículo 1478 del Código Civil).

La remisión de la deuda hecha por el acreedor y aceptada por el deudor (Artículo 1489 del Código Civil).

Habrà confusión cuando se reúne en una misma persona la calidad de acreedor y deudor (Artículo 1495 del Código Civil); y

La prescripción extintiva opera cuando es ejercitada como acción o excepción por el deudor (Artículo 1501 del Código Civil).

CAPÍTULO V

5. Consecuencias que se producen al celebrar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria en las Cooperativas de ahorro y crédito.

5.1. Definición de interés

Se le llama “interés a una cantidad de cosas fungibles que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización del mismo”³⁴, de modo que por interés entendemos corrientemente el rédito que produce el dinero, en relación a la cantidad a que asciende y al tiempo que se desplaza de la utilización de su titular, el interés puede consistir, por tanto , en cualquier cosa fungible; sin embargo, en el lenguaje usual se entiende por interés el rédito del capital que ha de ser satisfecho precisamente en dinero.

De la definición anterior se derivan diferencias que separan esta prestación de otras análogas, a saber:

Como rendimiento de una obligación de capital, se distingue de la amortización, pues ésta no es rédito, si no parte del capital aunque suela vencer al mismo tiempo que los intereses; de la renta porque ésta no presupone una obligación de capital, por lo que la obligación del deudor se reduce al pago de la deuda; del precio de arrendamiento, porque éste se debe a cambio, no de una suma de dinero, sino del uso de cosa específica, y de los dividendos de una sociedad, porque, éstos son fruto no de un crédito en dinero, sino de la condición de miembro de una sociedad.

Como crédito de un capital en proporción al tiempo que dure su disfrute, se distingue: del descuento o deducción que hace el acreedor al entregar el capital, si no guarda relación con el tiempo, como ocurre cuando al hacerse efectivo un préstamo de

³⁴ Puig Peña, **Ob. Cit.** pág.59

100, por ejemplo, además de los intereses se calcula con el nombre de provisión un diez por ciento que se descuenta de la cantidad prestada, o cuando se embarga un empréstito al curso de 95. el capital adecuado, tanto en uno como en otro caso, es 95 y la tasa de interés más alta, realmente de la del 4 0 5 por ciento de la suma nominal; del recargo, que a veces se impone al deudor al devolver el capital, pues aunque constituya un beneficio para el acreedor por el capital, no lo es en proporción al tiempo de duración de la obligación principal.

5.1.1. Clases de intereses

Atendiendo a su origen, los intereses pueden ser convencionales o legales, según que tengan por causa la voluntad de las partes o la ley. Los intereses voluntarios o convencionales nacen principalmente del contrato de mutuo, y dependiendo de la cuantía del préstamo, ya que en nuestro derecho rige la libertad de estipulación de intereses. Respecto de los intereses legales, proceden en el caso de no haber pactado el porcentaje en el contrato, como lo establece el Artículo 1946 del Código Civil: salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal.

5.2. Relación de interés con la deuda principal

La principal característica de la deuda de interés se deriva de su relación con la deuda de capital, de la cual es su rendimiento, pues ello lleva consigo el carácter de accesoriedad de la deuda de interés, que se manifiesta en su nacimiento, vida y extinción. Para que pueda existir una deuda de interés es preciso que exista una obligación de capital o crédito principal. La deuda de interés, por otra parte, se va produciendo proporcionalmente al tiempo de duración del crédito principal, por lo que en los intereses convencionales suelen establecerse plazos de vencimiento, no pudiendo reclamarse hasta que expiren o venzan dichos plazos. La relación de dependencia de los intereses respecto a la deuda principal se manifiesta también durante la vida del crédito, pues generalmente, al cederse éste, se ceden los intereses ya devengados y la

garantía prendaria se extiende a los intereses, así como la hipotecaria, si bien con limitaciones. Finalmente también la extinción de la deuda principal se refleja en la de intereses, pues implica su extinción. Respecto a los intereses ya devengados éstos se extinguen por las causas normales de extinción de los derechos, pero además, por esa accesoriadad, se extinguen por la prescripción del crédito principal, además de por su propia prescripción.

5.2.1. Anatocismo

La ley no solamente puede prohibir los intereses, establecer limitaciones a los mismo y fijar la tasa legal según el sistema restrictivo o permisivo que impere, si no que también puede prohibir que los intereses devengados y no pagados sean capitalizados para que a su vez produzcan nuevos intereses, a lo que se denomina anatocismo. En el derecho romano estuvo siempre prohibido el anatocismo al igual que en nuestra legislación, siguiendo un criterio restrictivo establece nuestro Código Civil en el Artículo 1949: queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria.

5.3. Tasas de interés en los créditos cooperativos

Nuestro Código Civil permite los préstamos con interés sin la imposición de una tasa máxima; al respecto se dictan las normas siguientes:

El Artículo 1948 del Código Civil establece lo siguiente: “las partes pueden acordar el interés que les parezca. Cuando la tasa de interés pactada sea manifiestamente desproporcionada con relación al interés corriente en el e mercado, el juez podrá reducirlo equitativamente, tomando en cuenta la tasa indicada en el Artículo 1947 y las circunstancias del caso.”

De acuerdo a la norma legal anteriormente citada, el interés fijado entre las partes de común acuerdo es el llamado convencional; a falta de convenio sobre el

interés que devengará el crédito, el Artículo 1946 del mismo cuerpo legal indica: “salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio, se presumirá que las partes aceptaron el interés legal.”; estableciéndose este interés legal en el Artículo 1947 del Código Civil que establece: “el interés legal es igual al promedio ponderado de las tasas de interés activas publicadas de los bancos del sistema al día anterior a la fecha de su fijación, reducido en dos puntos porcentuales. En defecto de su publicación o en caso de duda o discrepancia se solicitará informe a la Superintendencia de Bancos el cual tendrá carácter definitivo”. Pero tampoco puede abusarse de la necesidad del deudor, (en este caso del asociado) al solicitar un préstamo; ya que como se indica en el Artículo 1948 ya transcrito, no hay limitación en el cobro de interés, al respecto en la exposición de motivos del Código Civil se indica: “se ratifica el precepto, por lo tanto, de que en cuanto a fijación del interés, las partes tienen un límite que es la moral y las leyes de orden público.”

Las cooperativas encuestadas en relación a la forma de cobro de los intereses, dio el siguiente resultado:

a) Tasa de interés corriente que aplican:

El 56% cobra una tasa comprendida en el rango del 18 al 26% anual; y el 44% cobran el 27% en adelante anual.

b) Tasa de interés como recargo por mora:

el 36% recargan por mora entre el 3 al 10%; el 29% del 10 al 30%; el 28% del 30 al 59% y el 7% del 60% a más anual.

c) Sobre si cobra la cooperativa recargos por mora también sobre los intereses atrasados:

El 69% de las cooperativas si lo cobran, frente al 31% que dijeron no cobrar.

d) Preguntadas si los recargos por mora los cobran sólo sobre las cuotas atrasadas o sobre el saldo total del capital adeudado:

El 92% de cooperativas contestaron que cobran recargos por mora sobre cuotas atrasadas; frente al 8% que dijeron hacerlo sobre el saldo total del capital adeudado.

De acuerdo a éstas encuestas sobre el cobro de intereses por las cooperativas tanto corriente como por mora, es de hacer notar que el interés que las cooperativas cobran a sus asociados se equipara y a veces supera a la tasa que el sistema bancario o algunas financieras cobra; lo cual considero no es compatible con la procedencia del capital de las cooperativas, ya que lo que le dio origen fueron sus propios asociados, a quienes por este hecho y por la razón de ser de las mismas debe guardárseles cierta consideración en la tasa de interés que les cobran en la concesión de préstamos.

Es también de analizar que el cobro de intereses como recargo por mora, debería hacerse solo por el capital atrasado en pago, no así por los intereses corrientes atrasados; ya que este (el interés corriente) es un rédito sobre el capital prestado y pagado en el tiempo convenido; y los intereses por mora no son mas que una indemnización por el retraso en el cumplimiento del pago del capital en tiempo.

El Artículo 1435 del Código Civil estipula: “si la obligación consiste en el pago de una suma de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicio, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal hasta el efectivo pago...”

El tratadista Guillermo Cabanellas nos da como concepto de capital el siguiente: “la cantidad de dinero que produce intereses o rentas.”³⁵

Esta definición nos separa durante el capital y los intereses; lo que produce intereses es la cantidad de dinero prestada como capital y no los intereses produciendo intereses.

En cuanto a los intereses el mismo tratadista indica: “provecho, beneficio, utilidad, ganancia, lucro o réditos de un capital”;³⁶ no se dice lucro o réditos que producen los intereses si no los que produce el capital.

³⁵ **Ob. Cit.** pág. 57

³⁶ **Ibid.** pág. 769

El hecho de capitalizar los intereses con el fin de cobrar intereses por mora, es algo prohibitivo por la ley ya que según el Artículo 1949 del Código Civil establece: “queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúa a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria,” es una norma imperativa; entendiéndose por capitalización el hecho de “adicionar los intereses vencidos al capital que los devenga, para calcular los réditos interiores sobre tal suma.”

El hecho de capitalizar los intereses devengados y no pagados para que a su vez produzcan nuevos intereses se le conoce como ya se desarrolló anteriormente “anatocismo”, lo cual significa la acumulación y reunión de intereses con la suma principal, para formar con aquellos y éste un capital que, a su vez, produzca intereses.

Una de las cooperativas encuestadas también utiliza una clausula en sus contratos de mutuo la cual denomina clausula incentivo, y que consiste en que se pacta un interés por ejemplo del 25% anual; y si el asociado anticipa sus pagos o lo hace en forma puntual, obtiene un beneficio de que el interés baja al 19% anual.

Las cooperativas siempre aceptan el pago anticipado a la fecha convenida, sin que por ello exijan el pago de los intereses del principal pactados a determinado plazo; al efecto el Artículo 1956 del Código Civil regula: “el deudor de una suma de dinero puede anticipar el pago pero cubriendo los intereses respectivos por todo el tiempo que falte para el vencimiento del plazo”. Lo que como ya se indicó las cooperativas no lo aplican.

En cuanto al pago del capital en relación con los intereses el Artículo 1403 del mismo cuerpo legal establece: “el pago del capital supone el de los intereses, salvo que se hubiere aceptado el pago con la reserva expresa correspondiente”; o sea se acepta el pago al capital y se reserva el derecho al pago de los intereses adeudados.

Y finalmente en cuanto a la aplicación del pago en relación al capital, intereses y gastos, el Artículo 1407 del Código Civil estipula: “el que debe capital e intereses no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni estos antes que a los gastos”.

5.4. Morosidad del crédito

5.4.1. Definición de mora

Según el diccionario de Guillermo Cabanellas se define a la mora: “dilación, retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación. Demora en la obligación exigible. Más estrictamente, esa misma dilación cuando es culpable o se refiere a cantidad de dinero líquida y vencida”.³⁷

Mientras que el civilista Diego Espín Cánovas la define así: “el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, que no impide su ulterior cumplimiento por no hacer imposible la prestación.”³⁸

Aplicando estas definiciones a la mora en el crédito cooperativo podemos decir que es el incumplimiento por el asociado en el pago de las amortizaciones del préstamo recibido de la cooperativa en el modo y forma pactados en el contrato.

5.4.2. Elementos de la mora

a) Elemento subjetivo:

Lo constituye la culpabilidad en el retraso, la que en sentido amplio puede ser intencionada o sea dolosa; y en sentido estricto la constituida por pura negligencia o sea la culposa.

³⁷ **Ob. Cit.**, pág. 454

³⁸ **Ob. Cit.**, pág.206

En cuanto al cumplimiento de la obligación, el Artículo 1423 del Código Civil establece: “el incumplimiento de la obligación por el deudor se presume por culpa suya mientras no pruebe lo contrario.”

b) Elemento objetivo:

Este elemento lo constituye el retraso no impositivo de cumplimiento.

5.4.3. Requisitos de la mora

Para que la mora se tipifique como tal, deben de existir los siguientes requisitos:

a) Retraso en el cumplimiento:

Se refiere a que la obligación debe consistir en dar o hacer para que haya retraso, ya que en las obligaciones de no hacer o no dar no existe retraso (Artículo 1319 del Código Civil).

b) La culpa en el retraso:

Según el Artículo 1424 de Código Civil “la culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar”.

Para que el deudor caiga en mora éste debe tener culpa en el retraso; ya que al tenor del Artículo 1426 del Código Civil, por caso fortuito o fuerza mayor el deudor no es responsable de la falta de cumplimiento de la obligación; a no ser que en ese momento éste hubiera estado ya en mora.

c) Interpelación o constitución en mora:

Para que el deudor se constituya en mora, se requiere que el acreedor le interpele o intimide exigiendo el cumplimiento de la obligación dependiendo de la actitud del deudor, se dan los efectos del requerimiento.

El Artículo 1428 del Código Civil establece: “el deudor de una obligación exigible se constituye en mora por la interpelación del acreedor”.

El requerimiento para constituir en mora al deudor según el Artículo 1430 del Código Civil debe ser judicial o notarial; y finaliza este Artículo indicando: La notificación de demanda de pago equivale al requerimiento.

También no se hace necesario requerir de pago 1º. “cuando la ley o pacto lo declaren expresamente...Artículo 1431 del Código Civil.

Tal es el caso en las cooperativas de ahorro y crédito federadas, que estipula la cláusula de vencimiento del plazo y por ende del contrato por incumplimiento del deudor.

La obligación debe cumplirse en el tiempo establecido, y cuando siendo posible cumplirla se retarde el cumplimiento de ella, entonces el simple retardo da lugar a la mora o demora, que origina el derecho de resolución. Ahora bien; para que este retardo pueda denominarse mora es preciso que reúna algunas circunstancias.

“En primer lugar, es requisito esencial de la mora, que la prestación debida no haya sido hecha el día del cumplimiento de la obligación, di había posibilidad de ejecutarla”³⁹.

³⁹ Espín Canovas, **Ob. Cit.** pág. 207

En segundo término, se requiere que el incumplimiento, o mejor el retardo de la ejecución, sea injusto, es decir imputable. En efecto, la mora es un modo de la injuria contractual, ya que ésta puede consistir o en el incumplimiento de la obligación o en el retraso para cumplirla. Pero este retraso, para que constituya mora, gira sobre dos supuesto: 1º. Que toda mora es culpa al existir en ella una presunción culposa; requiere pues que el retraso sea culpable, imputable, de modo que si se demostrare que el retardo había ocurrido no obstante la diligencia debida del deudor, la mora, en realidad, no existe y no origina responsabilidad. 2º. La mora supone retardo imputable pero exige otro supuesto, y es que sea posible aún el cumplimiento de la obligación, por que si esto no existiera, entonces estaríamos no en el caso de la mora si no en el del incumplimiento absoluto de la obligación, la cual es hipótesis jurídica muy distinta que la de la simple mora, pues mientras ésta permite lo que se llama purgación, el incumplimiento no.

Del concepto expuesto de la mora se deduce, que si puede hablarse de ella en las obligaciones de dar y hacer, no se concibe en las de no hacer, por lo mismo que consistiendo éstas en abstenciones, la realización de hechos positivos implica contravenciones a la ley o a la obligación, pero no actos morosos.

La mora puede ser del deudor, que es la más frecuente y la más importante y se llama mora solvendi, pero puede ser también del acreedor, denominándose entonces mora accipiendi.

Además de las condiciones generales expuestas sobre la mora, son necesarios varios requisitos y condiciones para que se de la mora solvendi.

En primer lugar, se requiere que el deblío sea cierto en el quid o en el quantum. En las obligaciones condicionales el deudor no puede ser moroso hasta que la condición se cumpla. Tampoco se da la mora en las deudas ilíquidas; por eso dice la máxima in illiquidis o in liquidandis non fit mora. Si no hay certeza de la deuda, si la prestación no está aún determinada, lo primero es determinarla para que se incurra en

mora; pero no hay que confundir esto con la responsabilidad que contrae el deudor si estaba obligado a liquidar y no liquida, o si estaba obligado a realizar un hecho para determinar la cosa debida y no la realiza, pues en estos casos incurre en otra responsabilidad.

Otro requisito esencial es la realización de un acto de constitución de mora, y al llegar aquí, es necesario distinguir la mora ex re, o sea aquella mora en la que se incurre ipso jure, y la mora ex persona en la que es necesario un acto constitutivo de ella procedente del acreedor o de su representante.

La mora ex re tiene lugar: 1º. Cuando el incumplimiento de la obligación se deriva del dolo, porque existiendo dolo es deudor de mala fe, y es principio o regla que el que debe de mala fe es moroso desde que verifico la adquisición, sin necesidad de interpelación alguna. 2º. Cuando la obligación venza en tiempo determinado (dies a quo), en este caso se aplica por la doctrina la máxima dies interpellat pro homine, el día interpela o reclama por el hombre, o lo que es igual, que llegado el día, si el deudor no cumple la obligación, incurre en mora ipso jure.

La mora ex persona, tiene lugar en el derecho moderno en las obligaciones de tiempo indeterminado, o mejor, de día incierto, y en ellas, para que el deudor incurra en mora, es necesario la intimación o interpelación, del acreedor o de su representante legal dirigida al deudor o su representante esta reclamación, pues es requisito indispensable para que se de esta clase de mora; condición para que produzca efecto es también, que se pida o reclame lo que se debe y no más, ni antes del tiempo del vencimiento; para decirlo de una vez, es necesario que la intimación sea precisa y no prematura, y además es circunstancia esencial de la interpelación, que se haga con la forma determinada en la ley.

“Efectos de la mora solvendi. La mora produce dos principales efectos: uno referente a la indemnización de daños y perjuicios, y otro relativo a los riesgos y pérdidas de la cosa debida. El acreedor tiene derecho a pedir indemnización de daños y

perjuicios y es claro que si se estipulase la cláusula penal, sería exigible esta por el hecho de la mora. Como hemos dicho que la mora es una variedad de la culpa de igual modo que lo que en la culpa ocurre el deudor responde no sólo de cualquier perjuicio causado en la cosa obligada si no también del caso fortuito. La ley establece, pues, una presunción en contra del deudor moroso; pero esta presunción, dice la doctrina, es de las llamadas *juris tantum*, de modo que si el deudor demuestra que la cosa hubiera sufrido el caso fortuito aunque se encontrase en poder del acreedor, supuesto el incumpliendo de la obligación, entonces no respondería de los efectos del caso.

Purgación de la mora. Por tal se entiende el remedio jurídico que tiene por fin cancelar en todo o en parte los efectos de la mora. Cesan los efectos de la mora en primer lugar, por la renuncia, la cual puede ser expresa o tácita.

La renuncia tácita, resulta siempre de un acto del acreedor incompatible con la voluntad de aprovecharse de ello, pero en la duda de tal incompatibilidad se excluirá la renuncia, o al menos se restringirán los efectos producidos por esos actos incompatibles.

Puede ocurrir también, que la mora cese por prescripción, pues la negligencia del acreedor puede ser de tal naturaleza, que desaparezca la obligación principal y cese también la morosidad en el cumplimiento. Del mismo modo que en la culpa puede hablarse aquí de la compensación, si el deudor y acreedor han incurrido en la mora que les fuese imputable.

Mora del acreedor. La mora accipiendi tiene lugar, cuando el deudor ofrece el pago y el acreedor sin justa causa no le recibe. Puede ocurrir también, que el acreedor tenga que presentarse en el domicilio del deudor para cobrar la deuda y no se presente; en tal caso, el acreedor ha incurrido en retraso o retardo, pero para que incurra en mora, es necesario que proceda la oferta real y el depósito de la cosa debida; no basta, pues, la resistencia del acreedor.

Los efectos de esta mora que la doctrina señala son concretados por un autor muy competente en los siguientes:

1º. Disminuye la responsabilidad culpable del deudor restringiéndola solo a la culpa lata y al dolo.

2º. Obliga al acreedor al resarcimiento de daños.

3º. Exonera al deudor del riesgo y del peligro y lo endosa al acreedor, sea que por naturaleza de la obligación hiciera antes cargo al deudor, sea que el deudor lo soportase por efecto de la mora colectiva.

4º. Suspende el curso de los intereses moratorios debidos por el deudor.”⁴⁰

5.4.4. Daños y perjuicios resultantes de la mora

“Se llama daños y perjuicios a la suma que debe pagarse cuando se lesiona un derecho en el incumplimiento de la obligación por causas imputable (dolo, culpa)”⁴¹

Incumplida la obligación, o no siendo posible su cumplimiento o cuando la prestación no puede conseguirse en forma específica o en el tiempo y el modo convenidos, se convierte la obligación en otra equivalente, cual es, la indemnización de daños y perjuicios, por lo que el dolo, la culpa y la mora, vienen a producir el efecto común a todos ellos de resarcir los daños; es, pues, la obligación de indemnizar, una consecuencia del incumplimiento de la obligación. Para que tenga lugar esta obligación equivalente de indemnizar, se requiere:

1º. La existencia del incumplimiento en los términos y alcance expuestos anteriormente, o retardo en él.

⁴⁰ Valverde y Valverde, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. pág.110

⁴¹ Herrera, Flavio. **Ob. Cit.** pág. 199

2º. Que tal incumplimiento, sea producido por dolo, o por culpa no excusable, comprendiendo en el término de culpa, la mora o demora.

3º. Es necesario el concurso de daño resarcible.

Los tres requisitos son precisos y fácilmente explicables. Si la obligación de indemnizar es una obligación accesoria y equivalente, que como consecuencia del incumplimiento toma existencia en el derecho, se justifica plenamente el primer requisito. El segundo, es natural deducción del principio moral y jurídico de responde de las consecuencias de nuestras acciones voluntarias, realizadas con voluntad directa e indirecta, y el tercero es de tal evidencia, que no necesita otra explicación que decir que si no se ha causado daño a otra, no hay por que repararle.

¿Pero que se entiende por daño derivado del incumplimiento de la obligación? Descartado por ahora el daño moral que se produce tan sólo cuando se ve la culpa aquiliana, debe entenderse por daño a tales efectos, la disminución efectiva del patrimonio, la diferencia entre el valor actual del patrimonio del acreedor, y el que hubiera tenido de haberse la obligación cumplida. Pero por tal diferencia de valor, debe estimarse, no sólo la disminución de una parte del patrimonio (damnum, en sentido estricto, daño positivo, damnum emergens), si no también la falta de aumento de patrimonio, que con el exacto cumplimiento de la obligación se hubiera conseguido (daño negativo o *lucrum cessans*).

El derecho moderno, prescindiendo de distinciones más o menos útiles ha fijado en los códigos el concepto de daño resarcible, distinguiendo entre el incumplimiento de la obligación derivado del dolo, y el incumplimiento originado por otras causas. En el primer caso, serán daños resarcibles todos los que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. Esto quiere decir, que en el incumplimiento derivado del dolo, el deudor responde de los daños que son consecuencia necesaria del incumplimiento, pero no de los originados de otras consecuencias no necesarias o de mera ocasión, y menos de los procedentes del acreedor; en suma, se excluyen los

daños ulteriores que se deriven de nuevas causas, siempre que éstos no sean de efecto inmediato y directo del incumplimiento de la obligación. Según Pothier citado por Calixto Valverde después de decir que es “al deudor a quién no se puede argüir de dolo no se le tasan los daños imprevisto, cuando ha incurrido en dolo se le imputan los daños e intereses sufridos tanto en relación a la cosa objeto del contrato, cuanto en relación a los demás bienes, por que el que está en dolo se obliga velit, nolit, a la reparación de todo daño que pueda derivar del dolo.”⁴²

Claro es, que la determinación a priori de las consecuencias que son inmediatas y directas no es posible, por que la existencia de nuevas causas que han originado hechos que son consecuencia necesaria del incumplimiento, es una cuestión de hecho, si bien autores como Giorgi como lo cita Calixto Valverde entienden que” para intentar hallar en la medida que sea posible un criterio para averiguar las nuevas causas, bastará considerar que la nueva causa surge cuando para llegar desde el incumplimiento a los daños en litigio, se requiere una serie prolongada de actos o de eventos, que no sean todos efecto necesario del incumplimiento de la obligación. Tal es la doctrina referente a los daños motivados por el incumplimiento de las obligaciones por razón de dolo. Si el incumplimiento no se deriva del dolo, si no de la culpa o de la morosidad, el derecho moderno declara, que el deudor no está obligado a resarcir otros daños que los que hayan sido previstos o que hayan podido preverse en el momento del contrato. Pothier fue el que inspiró la doctrina del derecho moderno respecto al resarcimiento de daños, y distinguió entre el deudor de mala fe (dolo) y el deudor de buena fe (culpa).”⁴³

En este último caso, el deudor no está obligado a resarcir todos los daños que sean consecuencia del incumplimiento si no sólo los previstos o los que pudieran preverse; falta de previsión o de previsibilidad, que implica desde luego un juicio de hecho que apreciarán los tribunales según los casos, como es v. gr., la ganancia dejada de obtener por incumplimiento culpable del deudor, que es solamente la que pudo

⁴² **Ob. Cit.**, pág. 118

⁴³ **Ibid.**, pág. 14

preverse o se previó al tiempo de constituirse la obligación, por que el derecho presume, y con razón, que nadie quiso tomar a su cargo cuando contrató, mayores responsabilidades que los riesgos naturales del negocio que se debieron y pudieron tener en cuenta al perfeccionarlo. No hay por que, según esta regla, distinguir, como lo hacían los antiguos, entre daños intrínsecos (circa rem) y extrínsecos, diciendo, como algunos, que solo los primeros eran reclamables. En el derecho moderno ambos son reclamables, cuando reúnen las circunstancias de exigibilidad antes dichas.

Del concepto del daño se deduce una consecuencia muy importante, y es “que la prueba del daño incumbe al acreedor”. Parece paradójico que siendo la obligación incumplida el acreedor tenga necesidad de probar el daño, cuando lo lógico sería que se presumiera a su favor. Y, sin embargo, no es así; más para aclarar este asunto, es necesario distinguir el daño in genere y el daño in specie. El derecho antiguo y moderno, establece, como una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, el deber de indemnizar el daño in genere al acreedor, y señala, por lo tanto, a favor de este una presunción. Pero a cargo de este queda la obligación de la prueba específica del daño, en el juicio de liquidación correspondiente. Claro es, que la prueba es más rigurosa cuando el acreedor pide daños emergentes actuales; y el derecho exigirá menos, cuando se trate de lucro cesante, por que en este último caso no siempre la prueba podrá ser directa, y el juez tendrá que contentarse en algún caso con presunciones.

En cuanto a los daños y perjuicios que el retraso en el pago cause al acreedor; el Artículo 1433 del Código Civil regula: “establecida legalmente la situación de mora, el deudor está obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes del retardo, y corren a cu cargo todos los riesgos de la cosa”.

Y el Artículo 1434 de mismo cuerpo legal nos da un concepto de daños y perjuicios como sigue: “los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir,

deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

Las cooperativas de ahorro y crédito federadas para resarcirse de los daños y perjuicios que la situación en mora del deudor les podría ocasionar, fijan determinada tasa de interés como recargo por mora; enmarcándose así lo establecido por el Artículo 1435 del Código Civil que regula: “si la obligación consiste en el pago de una suma de dinero y el deudor incurre en mora la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio en el interés legal hasta el efectivo pago”.

Cabe señalar en este apartado, que algunas cooperativas no sólo acumulan los intereses corrientes al capital atrasado en pago para cobrar los intereses en mora sobre la suma de estos; si no que además las hay quienes cobran la mora sobre el saldo total del capital pendiente de pago y no sólo sobre el capital vencido, por lo que se considera que con ello está violando dos normas legales:

El Artículo 1949 del Código Civil que regula: “queda prohibida la capitalización de intereses...” y,

El Artículo 1616 del Código Civil que se refiere al enriquecimiento sin causa y que establece: “la persona que sin causa legítima se enriquece en perjuicio de otra, está obligada a indemnizarla en la medida de su enriquecimiento indebido”.

Si se desea ampliar más el contenido legal sobre la culpa, la mora y los daños y perjuicios, consúltese de los Artículos 1424 al 1435 del Código Civil.

CONCLUSIONES

1. Regularmente, se define a las Cooperativas de ahorro y crédito como asociaciones de personas que ahorran en común y se prestan dinero mutuamente a un interés bajo; esta definición aún está vigente ya que los principios que las conformaron no han variado, pero el crecimiento que han tenido las mismas se ha debido a la quiebra de varios bancos y esto ha generado fortalecimiento del sistema cooperativo de ahorro y crédito, así mismo se da exageración en el cobro de altos intereses en estas instituciones, causando perjuicio a sus asociados que celebran contratos de mutuo con garantía hipotecaria..
2. La hipoteca es una garantía sólida para la cooperativa en el otorgamiento del crédito, ya que es un gravamen que sujeta directamente los bienes sobre los que se impone cualquiera que sea su poseedor al cumplirse la obligación por la que fue constituida.
3. Las Cooperativas cobran los intereses por mora, no sólo sobre el capital atrasado en pago si no también sobre los intereses atrasados, lo cual no es procedente, toda vez que los intereses corrientes son un rédito sobre el capital prestado y pagado en tiempo y los intereses por mora son una indemnización por el retraso en el cumplimiento de pago del capital. también hay cooperativas que hasta se atreven a cobrar intereses por mora sobre el saldo total del capital prestado (aún no vencido), estas dos acciones violan el Artículo 1,616 del Código Civil, el cual se refiere al enriquecimiento sin causa legítima con perjuicio del deudor (o sea el asociado).

RECOMENDACIONES

1. Que el personal administrativo a nivel direccional de las Cooperativas, revisen sus políticas del interés que cobran a sus asociados, principalmente lo de recargo por mora y lo hagan sobre una tasa justa que ayude verdaderamente al asociado en vez de perjudicarlo, ya que cuando cae en estado de morosidad, por la forma ilegal en que calculan el monto de intereses, el mismo se ve cada vez más imposibilitado de poder ponerse al día.
2. Que la Inspección General de Cooperativas realice como órgano fiscalizador de las Cooperativas de ahorro y crédito federadas, revisiones profundas en cuanto al enriquecimiento indebido que algunas cooperativas tienen a costa de sus asociados.
3. Es de vital importancia la necesidad de que el Congreso de la República regule en una legislación específica el interés legal máximo por contratos de mutuo con garantía hipotecaria que celebran las Cooperativas con sus asociados; el Código Civil en el Artículo 1,946 establece que: Salvo pacto en contrario, el deudor pagará intereses al acreedor y, a falta de convenio se presumirá que las partes aceptaron el interés legal. El citado Artículo no establece específicamente un porcentaje de interés límite, quedando los asociados sometidos a las disposiciones de estas entidades.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 5ª. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2004.
- BENITEZ, Dimitri Antonio. **Lecciones de cooperativismo**. .1ª Ed. Guatemala. 1991.
- BENITEZ, Dimitri Antonio. **Las cooperativas en el contexto del materialismo histórico y su dialéctica**. 2ª Ed. Guatemala. 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español, común y foral**. Madrid, España: Ed. Instituto Editorial Reus, 1962.
- CASTELLANOS ROMERO, Rosa Lidia. **El tratamiento del crédito en cooperativas de ahorro y crédito de primer grado federadas**. Guatemala: Ed. Centro de impresiones gráficas, 1997.
- Diccionario ilustrado de la lengua española**. Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S. A., 1966..
- Diccionario ilustrado de lengua española**. **Océano**. Ed. Milenio. Barcelona, España. 2006.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1975.

FLORES JUAREZ, Juan Francisco. **Los derechos reales en la legislación guatemalteca**. Guatemala: Ed. Ediciones Mayte, 1978.

FENACOAC. **Folleto ¿sabe que es una cooperativa de ahorro y crédito?**. Guatemala: (s.e.), (s.f.).

GARCIA PELAYO, Ramón. **Diccionario enciclopédico Larousse**. 5ª. ed. México. . Ed. Larousse.

HERRERA, Flavio. **Curso de derecho romano**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1966.

IGESP Instituto Guatemalteco de Estudios Sociales y Políticos. **Folleto La Historia del cooperativismo**. Primera lección.

Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito. **Manual Básico para cooperativas de ahorro y crédito**. 2ª Ed.; Cochabamba, Bolivia. Ed; Federación Nacional de cooperativas de ahorro y crédito de Bolivia, 1982.

MORALES SANDOVAL, Edgar Rolando. **La usura en el contrato de mutuo**. Guatemala: Ed. Impresos Industriales, 1973.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 21ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1994.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1957.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª ed.; Madrid, España. Ed. Ediciones Pirámide, S. A. 1976.

RODRIGUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho Civil IV.** 4ª ed. Guatemala, Ed. Estudiantil Feniz. 1992.

SAMAYOA RODRIGUEZ, Ana Beatriz. **Las cooperativas de ahorro y crédito en Guatemala, organización y sistematización contable.** Guatemala: Ed. Ediciones Mayte, 1989.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español.** 12ª. ed.; Valladolid, España: Ed. Talleres Tipográficos Cuesta, 1932.

VASQUEZ ORTIZ, Carlos. **Los bienes y demás derechos reales y derechos de Sucesiones.** (s..l..i.) (s.e.) (s.f.).

VASQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **Derecho mercantil I.** 2ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1989.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley número 106, 1964.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1970.

Código de Trabajo. Congreso de la República. Decreto número 1441, 1961.

Ley General de Cooperativas. Congreso de la República. Decreto número 82-78.
1978.

Reglamento de la Ley General de Cooperativas. Acuerdo Gubernativo número 7-79,
1979.

Ley de Bancos y Grupos Financieros y sus reglamentos. Congreso de la República
Decreto número 19-2002.

