

MUTUO

Fabio Isaac Arriagada

Agradecimiento:

En primer lugar, quiero agradecer al Maestro Haroldo Ramón Gavernet, por la oportunidad que me ha dado, de colaborar con este breve ensayo en la revista que dirige y gira en torno al Instituto de Cultura Clásica; por la deferencia, haciéndome sentir muy honrado en su oportunidad, gracias a la invitación que me hiciera, para exponer el tema que aquí trato. También mis felicitaciones por el significado de la divulgación científica y repercusión favorable, que ha venido teniendo en nuestra querida ciudad de La Plata, en el país, en el mundo y en la comunidad educativa toda. Por último, agradezco a las autoridades de la UCALP, que hace posible en estos tiempos su más amplia difusión.

Sumario: I. Introducción. II. Conceptualización del mutuo; III. Evolución histórica del mutuo, desde el punto de vista de la utilidad económico-social; IV. Sobre la polémica desatada en torno a la naturaleza. ¿Contrato real o consensual? V. El tema de los intereses; VI. Sobre la cultura del dinero y el elogio al enriquecimiento; VII. Las preocupaciones y soluciones de los romanos y la influencia cristiana; VIII. Breve introducción al tema yuxtapuesto de las *stipulationes* romanas a los pagarés de consumo. IX. Precisiones en torno a la regulación del mutuo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; X. Colofón.

Resumen: Desde el particularizado análisis del instituto, intentaremos, partiendo del estudio histórico, describir el problema y dirigir una nueva mirada sobre el tema prediseñado por el nuevo enfoque ius civilista, que ubica al mutuo entre los contratos consensuales.

Nos preguntamos si será el mutuo un contrato para el préstamo de bienes que serán utilizados o consumidos por el prestatario, a reembolsar con bienes de una cantidad y calidad equivalentes

Veremos si a través del relevamiento de fuentes documentales y autorizadas opiniones, se justifica la actual clasificación, y si, como creemos, responden primero a la idiosincrasia de los sujetos contratantes y segundo, a la situación económica de la época, por la que se atraviesa.

Palabra clave: mutuo; pagaré de consumo; contrato consensual; usura.

Abstract: From the particularized analysis of the institute, we will try, starting from the historical study, to describe the problem and direct a new look on the subject pre-designed by the new ius civilista approach, which places mutual among consensual contracts.

We are wondering a contract for the loan of goods which will be used or consumed by the borrower, to be repaid with goods of an equivalent quantity and quality

We will see if, through the survey of documentary sources and authoritative opinions, the current classification is justified, and if, as we believe, they respond first to the idiosyncrasy of the contracting parties and secondly, to the economic situation of the time, which is going through.

Keywords: mutuum; consumer promissory note; consensual contract; usury.

I. Introducción.

El hombre moderno, de vasta imaginación y de una insaciable necesidad materialista, viene transitado en estos tiempos, situaciones y vivencias, que influyeron sobre los aspectos económicos y sociales, poniendo en crisis al contrato de mutuo tal como lo concibieron los romanos.

Las rentas, tantas veces mal empleadas, originaron no pocas legislaciones protectoras de la parte más débil.

La vigencia del pagaré de consumo, como instrumento del mutuo, ha hecho que sea, de los contratos más utilizados, a la hora de requerir, una herramienta sencilla, para una rápida financiación.

En el mismo sentido, le ha garantizado al acreedor, el inmediato recupero de su dinero.

Desde el particularizado análisis del instituto, intentaremos, partiendo del estudio histórico, describir el problema y dirigir una nueva mirada sobre el tema prediseñado por el nuevo enfoque ius civilista, que ubica al mutuo entre los contratos consensuales.

Veremos, si a través del relevamiento de fuentes documentales y autorizadas opiniones, se justifica, la actual clasificación, y si, como creemos, responde primero, a la idiosincrasia de los sujetos contratantes y segundo, a la situación económica de la época, por la que se atraviesa.

Observamos que, al suprimirse la categoría de contratos reales (contenida en los arts. 1140 a 1143 del Código Civil derogado), qué, dicho sea de paso, exigía para el perfeccionamiento del contrato, qué se hiciera entrega de la cosa, el contrato nace, con el consentimiento.

Por tanto, deja de ser un contrato unilateral, para clasificarse, cómo bilateral. Y con un criterio lógico, se impone cómo características del objeto, que se trate de cosas fungibles, eliminando la categoría de consumibles a estos efectos.

Fue desde la época clásica, que los romanos, se preocuparon por esto, establecieron reglas claras, que tendían a evitar, los abusos en estas cuestiones. Mucho más tarde, el constitucionalismo social, que viene a luchar contra un liberalismo despiadado, también hace lo suyo.

Finalmente, creemos, que fué la Iglesia, a través del Evangelio y de claras y contundentes Encíclicas, que intentan abrirle los ojos al hombre moderno, en procura, de la protección de parte más débil del contrato de mutuo.

Por último, y previo a las conclusiones a las que arribaremos, dirigiremos el trabajo, a las diferencias que advertimos en la regulación de los intereses, en las distinciones cualitativas

y en la especie de que se trata, tomando como principal referencia, por actual y conveniente, al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

II. Conceptualización del mutuo.

Tradicionalmente se definió el contrato de mutuo, como el préstamo de cosas consumibles o fungibles de una persona, denominada mutuante, a otra persona, denominada mutuario, que está autorizada a consumir o utilizar los objetos recibidos, y luego debe devolver al mutuante una cantidad igual de cosas de misma especie y calidad.

Otra definición dice que habrá contrato de mutuo, cuando un sujeto llamado mutuante, transfiere a otro sujeto llamado mutuario la propiedad de una cierta cantidad de dinero o de otra cosa fungible, y el mutuario se obliga a restituir, al vencimiento del plazo, no la misma cosa, pero sí el “*eiusdem generis et quialitatis*”, (del mismo tipo y calidad): se concebían indudablemente entre los contratos de carácter real.

El art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba: “Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.”¹

De conformidad con la nueva definición adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1525, regula que: “Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”.

¹ La cita de Vélez, teien su fuente en el derecho romano en I, 3, 14 y D. 12, 1,2 PAULO, Comentario al Edicto libro XXVII.

III. Evolución histórica del mutuo, desde el punto de vista de la utilidad económico-social:

Se pueden distinguir claramente, cuatro etapas evolutivas, que hacen a la evolución del instituto en trato, atendiendo a la necesidad social y económica de cada época.

- a) Parecería que fue en la órbita de la agricultura y el pastoreo que surge el mutuum, como una necesidad de prestar semillas, alimentos agrícolas o pequeñas sumas de dinero para superar momentos de dificultad.
- b) En las relaciones comerciales del S. III a. C., se empleó el mutuum como contrato “iuris Gentium”, quedando abierto a que lo puedan utilizar los extranjeros (peregrini).
- c) Sancionado con una acción de derecho estricto, la “condictio”, que le permitía al actor, la repetición de cuanto había dado: por lo tanto, el mutuo era para los romanos, un contrato, naturalmente gratuito.
- d) Como “usurae”, de hecho, para generar intereses, era necesario unir el mutuo con otro contrato que es la “stipulatio usurarum”.
- e) Sin embargo, para superar la necesidad de la “donación” (traditio), es decir la transferencia física de la cosa, elaboraron acuerdos tendientes a valorar más “el acuerdo” de mutuo.

Ahora bien, con estos ejemplos mínimos, queda clara la utilidad económica en cada una de las relaciones intersubjetivas habidas de las relaciones humana, en las que el mutuum aparece como herramienta indispensable para el desarrollo y productivo desde el punto de vista socio cultural de los pueblos en general y del romano en particular.

IV. Sobre la polémica desatada en torno a la naturaleza ¿Contrato real o consensual?

Primeramente, deberemos develar, si para el perfeccionamiento del contrato de mutuo, bastará prometer o habrá que entregar alguna cosa.

Atendiendo a los antecedentes, de lo que podría interpretarse, como práctica del consensualismo, en contratos a los que hoy llamaríamos integrados o conexos.

Podríamos dar como ejemplos, que aparecen en la jurisprudencia romana: a) el mandatorio: que se retiene sumas anteriormente poseídas en base al mandato. Como otra forma de traditio brevimanu y delegatio solvendi; b) La imputación de la misma, dación a persona diferente al actor efectivo de la traditio (relevancia de la conventio para determinar el locus solutionis,); c) el caso de los “mutua cum stipulatione” en el que el mutuo venía contenido en un contrato verbal de stipulatio, con el cual a menudo el mutuario prometía la restitución del capital y los intereses al mismo tiempo, entonces, procedía la restitución de una suma de dinero, que todavía no recibió en mutuo “non numerata pecunia”; d) el caso del contrato a través del cual se concedía al (futuro) mutuario una cosa material (ej. un vestido) a fin de que la vendiera y retuviera para sí, en calidad de mutuo aquello que hubiera recibido. Y por último e) el caso de la denominada “stipulatio de mutuo dando” y de mutuo accipiendo por el cual el stipulante y el promitente se obligaban recíprocamente a dar y recibir una suma a título de mutuo.

Ahora bien, a partir de la nueva definición del mutuo, del art. 1525 del CCyCN, que hemos dado más arriba, es notable, que se ha optado por la idea de que el contrato queda configurado o plasmado consensualmente; esto es, ya no se lo trata más como un contrato real.

La palabra “compromete” supone compromiso o, sencillamente, contracción de una obligación, por lo que el contrato quedaría sellado con la simple asunción de tal empeño.

Observe, que del art. 1141 del Código Civil de Vélez (derogado), se desprende que: “Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito y la constitución de prenda y de anticresis”.

Las notas de los arts. 1141 y 1142 del viejo Código Civil resultan muy ilustrativas:

“En Derecho francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes, al cual se hubiese obligado. Bajo este respecto el Derecho francés difiere esencialmente del Derecho romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria. Sin embargo, por el Código francés, el comodato, el mutuo, el depósito y la prenda no existen como tales, sino por la entrega de la cosa que forma el objeto, mas por esto, esos contratos no constituyen contratos reales, pues que la simple promesa seguida de aceptación de entregar una cosa a título de comodato, de depósito, de mutuo, o de prenda, es civilmente obligatoria. Véase AUBRY y RAU, § 340; ZACHARIAE, § 610, nota 5ª.”

Empero, si bien la tradición de la cosa prestada aparece imprescindible en la regulación del Código Civil de Vélez, desde hace mucho, se presenta la idea de que esa exigencia es simplemente de forma y no ad substantia, sino que constituiría una presunción que admitiría prueba en contrario.

Es que la práctica del comercio había admitido la llamada “promesa de mutuo”, lo cual tornó abstracto el debate antes referido, dando al contrato un contorno eminentemente consensual².

Como hemos visto desde antaño, los romanos, también concedían a la “promesa” los efectos propios de los contratos, porque ellos, abrevaban directamente de la realidad.

La doctrina y la jurisprudencia, más moderna, ya concedían a la promesa los efectos propio del contrato, porque para permitir tal equiparación, se había superado la valla del art.

² Ejemplo de ello es el denominado “convenio de asistencia financiera” por el cual los mutuantes prometen conceder al mutuario una línea de crédito, bajo ciertas y determinadas circunstancias y al solo requerimiento de éste último.

2244 del Código velleziano, en cuanto frente a la desatención de la promesa, sólo permitía reclamar el resarcimiento de los perjuicios; pues, por aplicación a contrario del art. 559 del Código de Comercio (también derogado), fue considerado válido el reclamo del mutuario que perseguía el cumplimiento de la promesa esto es la efectiva dación del préstamo.

V. El tema de los intereses

Trataremos muy brevemente el tema de los intereses, ya que a continuación lo haremos con un poco más de detenimiento, al tratar de la preocupación de los romanos por este tema, pero principiaremos, recordando las épocas históricas y los guarismos establecidos, a fin de evitar que superen, un determinado estándar de aprovechamiento del dinero.

En la época clásica, el interés era del 12 % anual (1% mensual).

Época de la roma-cristiana: a) Se prohibió el establecimiento de intereses por parte de los senadores; b) Se fijó una tasa general del 6% anual.

En la época del emperador Alejandro Severo, se fijó el 6% de interés anual.

Y por último en la época del emperador Justiniano, se estableció el 6% anual.

Una disposición muy interesante fue que en su totalidad no podía exceder el mutuo del capital, y en caso contrario podrían ser repetidos en exceso como indebidos (D.12.6.26.1).

Igualmente se prohibía que los intereses vencidos y no pagados se capitalizaran, devengando de este modo nuevos intereses (este sería el caso del anatocismo).

Por último recordemos también que fue al mutuo con usurae estipulados, a los que se denominaba “fenus”.

Estos intereses significan, no el precio pagado por el capital, sino el precio del uso y una compensación por el riesgo que puede correr el mutuante por la insolvencia del mutuario (sortis periculum).

Entonces, tenemos que el mutuo, siempre que esté acompañado de una estipulación, es un negocio “rei et verebis”, que en el común de los casos, debe tener un interés.

VI. Sobre la cultura del dinero y el elogio al enriquecimiento

Sería un error, continuar con el análisis del mutuo, sin adentrarnos después de lo dicho en la mentalidad del romano clásico; para ello, recurriremos a autores de la literatura clásica, quienes, con finas pinceladas, nos muestran el rostro de aquella la época.

"Todos los seres humanos son iguales en humanidad, incluso los esclavos, pero los que poseen un patrimonio son más iguales que los otros. El patrimonio juega en la economía antigua un papel tan central como entre nosotros la firma, la sociedad anónima; pero, si se ha de entenderlo bien, hay que renunciar a ciertas ideas que serían más adecuadas a propósito de nuestro Antiguo Régimen. En Roma, andar metido en negocios no era en absoluto rebajarse, la usura y el comercio no eran atributo exclusivo de una clase o de un orden especializados, burguesía, libertos o caballeros; la nobleza y los notables no eran todos ellos propietarios absentistas, no señores ociosos; la autarquía, que no era más que un mito filosófico, no era en modo alguno el propósito de su gestión, y no se limitaban a explotar superficialmente sus tierras a fin de sacar de ellas con qué sostener su rango; lo que querían era aumentar su patrimonio, ganar dinero por todos los medios." (Aries & Duby, 1991, pág. 139).

La explicación más clara, reside en que, en aquella época, el jefe de empresa, era el padre de familia, y la familia quiere decir casa y patrimonio, por todo ello la economía, pertenecía a la vida privada, que no es exactamente el caso actual, cuando se habla con la legitimidad del capitalismo anónimo, por ejemplo.

Hay entre nosotros, actores económicos que son personas jurídicas, denominadas firmas o sociedades, y por lo tanto, máquinas anónimas que producen dinero y personas privadas que deciden sobre la utilización de esos recursos.

Entre ellos y para que se entiendan, en Roma, los actores económicos, eran las mismas personas privadas, los *paterfamilias*.

“Obremos como un padre de familia excelente”, escribe Séneca a Lucilio en tono proverbial: “Acrecentemos lo que hemos recibido en herencia; que la sucesión se traspase de mi a mis herederos”. Dilapidar el propio patrimonio, equivalía a aniquilar la dinastía a que se pertenece.

La pasión de lucro de los romanos hacía que se deba tener el dinero en movimiento; colonos, sistemáticamente endeudados, libertos, que no podían poner al día sus cuentas, es más, semejante método, favorecía la idea de que una deuda era un vínculo de clientela y que el deudor que pretende devolveré lo que debe, es un infiel, que aspira a separarse de su bienhechor.

Como dijimos anteriormente, había que tener el dinero, en movimiento; se grava con intereses cualquier cosa: se prestaba a interés entre amigos, entre familiares (no hacerlo se tenía como un mérito); por ejemplo, un yerno, le cobraba intereses a su suegro, si se retrasaba en el pago de la dote convenida.

La usura, formaba parte de la vida cotidiana de todo el mundo. Los usureros de la época no eran banqueros, sino nobles y senadores. Cualquier padre de familia guardaba en casa un cofre que se llamaba *kalendarium* y que mantenía efectivamente un calendario de vencimientos, títulos de créditos y la suma de dinero, que destinada a prestarse a interés, aguardaba, a que alguien las solicitara: “Destinar una suma de dinero al préstamo a interés” era inclusive “meterla en el *kalendarium*”. Cada uno tenía su propia estrategia en la materia; prestar una cantidad grande o pequeña del patrimonio, prestar poco o mucho a unos pocos deudores importantes.

Sin perjuicio, claro está, de la conciencia que se tenía en cuanto a las profesiones y otras fuentes de ganancias, cuáles “propias del hombre innoble” decía Cicerón: “se nos han transmitido las reglas siguientes: en primer lugar, son mal vistas las profesiones y oficios que incurren en el odio de los hombres, como los recaudadores de impuestos y la de los usureros” (Cicerón, Sobre los deberes, ed. Altaya 1994, pág. 76).

Eran tan prácticos los romanos, que les calzaba al dedillo aquello de “haz lo que te digo mas no lo yo haga”. Marco Tulio, era un conocido prestamista.

VII. Las preocupaciones y soluciones de los romanos y la influencia cristiana

Sin dudas que la preocupación de los romanos por este tema, viene ya desde la época clásica. Establecieron reglas claras, que tendían a evitar, los abusos en estas cuestiones, como el modo en el que se imputaría e pago de las intereses y el pago indebido³, o aquella de que los intereses nunca podían superar el doble del monto que figuraba como capital (*nec supra duplum*), y si lo superaban , y ya se hubiera pagado, se podía repetir lo cobrado en exceso (Ulpiano, D. 12.6.26.1⁴; C.4.32.10⁵; Novela, 121.2⁶), y también, la regla de prohibir el

³ “Si una persona pagó, no el capital, sino los intereses indebidos, no podrá repetir, si los pagó de un capital que debía. Pero si pagó más de la tasa legal, estableció por rescripto de emperador Septimio Severo, de consagrada memoria, (y es el derecho que aplicamos) que no se puede ciertamente repetir, sino que debe imputarse al capital, y si luego pagó el capital, puede reclamarse el capital como indebido. En consecuencia, si hubiera sido pagado antes el capital, los intereses pagados por encima de la tasa legal serán repetidos como capital indebido, ¿Qué decir si se pagaron a la vez? Puede decirse que también en este caso procede la repetición”(D. 12.26)

⁴ “No pueden ser objeto de estipulación, ni exigirse, los intereses o intereses de los intereses que excedan del doble del capital y, si se pagan, pueden repetirse, al igual que los intereses de los intereses futuros”.

⁵ “El mismo Augusto a DONATO.- Los intereses pagados por plazos no le aprovechan al deudor para el cómputo del duplum. Porque no se exigen intereses excediendo del importe del capital siempre y cuando al tiempo del pago excede de ese cómputo la suma de los intereses”.

⁶ De que los pagos parciales de intereses sean computados hasta el duplum. “Así, pues, como ya nuestras leyes no quieran que se pague nada más del duplum, y difieren de las anteriores solamente en esto, en que aquellas hacen subsistir ciertamente las deudas hasta el duplo, si no se hubiere hecho ningún pago, pero nosotros admitimos que también los pagos parciales extingan las deudas, que llegan hasta el duplum, mandamos que con arreglo a esto se haga la computación, y que, si aquellos pagan cuanto falta para mil áureos, recobren también la escritura de préstamo de seiscientos áureos á intereses, de surte que no se exija ya deuda por esta causa” El Emperador Justiniano, Augusto a Arsilio, Presidente de Tarsis.

anatocismo, es decir el cobrar intereses de intereses, capitalizándolos (Marciano, D. 22.1.29⁷; Ulpiano, D. 12.6.26.1⁸).

Pero, la influencia del cristianismo y de los preceptos del Evangelio, en la tradición jurídica pagana y a veces arcaica de los romanos, sobre esta materia, fue por demás importante.

Tal es así, que sentados los nuevos principios de *fides, pietas, humanitas, bonum et aequum*, los preceptos de los evangelios, se ensamblan para constituir una unidad, con el mismo significado, que expresa los mismos ideales, que al fin y al cabo forjan la nueva conciencia del pueblo, que es la fuente perenne del derecho.

Dice Riccobono:

“Es el triunfo de la misión evangélica. Los elementos formales del derecho, ya desgastados, como sabemos, caen todos “por falta de sostén” y asumen absoluta prevalencia los sustanciales: el comportamiento honesto, la verdad, la realidad de la vida, la fraternidad entre todos los hombres, la caridad, la ayuda mutua combate todo egoísmo” (Riccobono, 1954, pág. 87).

La ética cristiana, ejerció en materia de comercio y obligaciones, su acción en puntos principales sobre la obra justiniana⁹.

Riccobono¹⁰, recuerda a Eusebio, que dice:

⁷ “Se admite que si alguien hubiera estipulado intereses más allá de la medida legalmente establecida, o intereses de los intereses, lo añadido ilícitamente se tiene por no puesto y se pueden reclamar los intereses ilícitos” (Marciano; Instituta, libro XIV)

⁸ “Pero no pueden ni comprenderse en estipulación, ni ser exigidos, intereses sobre el duplo, ni intereses de intereses; y se repiten los pagados, así como los intereses de futuros intereses”.

⁹ Podríamos aseverar que la primera gran posición del modernismo en relación a la usura fue la que emitió Benedicto XIV con su encíclica *Vix Pervenit* a los obispos de Italia, el Uno de noviembre de 1745, donde después de varios lustros, el magisterio no había nombrado las “acechanzas de la usura” contra el pueblo campesino y explotado de la Europa post feudal. Después de la encíclica *Vix Pervenit*, contra la usura, el Santo Oficio en 1830 declaró que no había que inquietar a los penitentes con los “bienes externos”. El Código de Derecho Canónico de 1917 (c.1543) dice “No es de suyo ilícito estipular el interés legal, siempre que no conste que es excesivo, y aun uno mas alto, si hay titulo justo y proporcionado que lo cohoneste”. Es decir hay un evidente viraje en la posición eclesial en cuanto al interés como tal, pero en cuanto a la usura no. El Código de derecho canónico de 1982 omite este canon 8. Explicándose este hecho porque en los últimos tiempos todo capital es potencialmente productivo, y por tanto los antiguos “títulos extrínsecos” (daño emergente, ganancia cesante, peligro del capital y permiso legal) han pasado a ser “intrínsecos” por lo que toda actividad industrializada puede servir en beneficio de la sociedad.

“los cristianos no rehúyen el comercio, pero tampoco tienen la pasión de enriquecerse. Teretuliano (Apol., 42,3) proclama que aquellos expulsan de su corazón la codicia, San Ambrosio (Off., 3,9,57) prohíbe la actividad que pueda acarrear daño a otros; por ello dirá Valentiniano en una constitución (Cod. Th., 13,1) dirigida a los cristianos: “el verdadero culto de los cristianos es ayudar a los pobres y necesitados”. (Riccobono, 1954, pág. 94)

Como lo venimos señalando, este imperativo ético, respecto de las relaciones de los negocios, es realizado en muchas decisiones y preceptos jurídicos. Es precisamente una nota característica, de la codificación, la protección al más débil, a las mujeres y a los deudores frente al capitalista.

El derecho de Roma, por otra parte, renovado totalmente a partir del siglo VI, sobre el fundamento de la *fides* y del *bonum et aequum*, refleja fielmente la naturaleza de los hombres y de las cosas, permaneciendo inalterado a pesar del cambio de los tiempos.

El Papa Benedicto XIV dijo que:

“el que quiera, pues, atender a su conciencia es necesario que averigüe antes diligentemente si verdaderamente concurre con el préstamo otro justo título, si verdaderamente se da otro contrato justo fuera del préstamo, por cuya causa quede libre e inmune de toda mancha el lucro que pretende”.

En igual sentido se expresa la encíclica *Populorum Progressio* de SS Paulo VI, Sobre el desarrollo de los pueblos, señala:

“...la renta disponible no es cosa que queda abandonada al libre capricho de los hombres; y que las especulaciones egoístas deben ser eliminadas. Desde luego no se podría admitir que ciudadanos, provistos de rentas abundantes, provenientes de los recursos y de la actividad nacional, las transfiriesen en parte considerable al extranjero, por puro provecho personal, sin preocuparse del daño evidente que con ello infringirían a la propia patria” (Paulo VI, 1967).

Observamos aquí, la definitiva separación entre interés y usura, suponiendo que la usura es la “mala intención desde el origen de ganar más de lo necesario” y del interés como una remuneración de un instrumento dedicado a satisfacer necesidades convenientes. Pero, siempre

¹⁰ Para Riccobono, “Fue la obra prodigiosa de los juristas, de los magistrados y del pueblo (...) Por ello diremos que la obra de Justiniano, profundamente compenetrada de la ética cristiana, lleva en sí toda nuestra historia, toda nuestra cultura y civilización modernas. Ella es inmortal, porque pasado y presente están hechos en realidad de una sola sustancia, humana y divina” (Riccobono, 1954, pág. 94).

examinando los -fines- del prestamista (la intención) y la cantidad, para no caer en cuestiones inmorales.

VIII. Breve introducción al tema yuxtapuesto de las *stipulationes* romanas a los pagarés de consumo.

Sin perjuicio que el tema del acápite merece una más amplia consideración, hemos de señalar que existe un emparentamiento necesario, entre el mutuo y la estipulaciones, esto es a través de los denominados “pagarés de consumo”.

La asombrosa incidencia, que ha tenido la constitucionalización del derecho del consumidor (art. 42 de la Constitución Nacional), la ley especial 24.240 y e tratamiento en el Código Civil y Comercial, exige la realización de un trabajo jurisdiccional, con sentido humanitario, ante el sobreendeudamiento del consumidor. Tan común en estas épocas en las que el aumento de la inflación y la desvalorización monetaria, arrastran a la ruina a familias enteras.

En los “pagarés de consumo”, comienza a observarse, alguna semejanza, con las *stipulationes* romanas. Estas se perfeccionaban mediante un acto oral, con la pregunta por parte del acreedor (*stipulator*) y la respuesta afirmativa y congruente por parte del deudor (*promissor*), mientras que ahora la forma es escrita, tal cual luce en el documento respectivo.

Dice DI PIETRO (2004-368), “Aquí no estamos propiamente ante un “contrato” sino ante una forma, la más sencilla, para hacer nacer una obligación, o reconocer la existencia de una ya contraída. Por ello es que se la suele utilizar para poder formalizar un mutuo, volviendo a la misma técnica romana del uso del acto “*re et verbis*”. Ello, se reconoce fácilmente en el modelo común de “pagaré”, en el cuál quien lo firma admite que pagará una suma determinada, que allí se especifica, “por igual cantidad recibida con anterioridad”.

En la jurisdicción, es el juez quien integra el contrato y realiza un dialogo de fuentes, reduciendo incluso los intereses y/o declarando la nulidad de las cláusulas abusivas, por librar pagarés de consumo, en fraude a la ley; v.g. por no encontrarse especificado, si en la obligación subyacente se han resguardado debidamente los derechos del consumidor y/o usuario.

IX. Precisiones en torno a la regulación del mutuo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la facultad de los jueces.

El texto del Código Civil velezano, no contenía una normativa que facultara al juez a reducir los intereses excesivos.

El art. 771 del CCCN señala la facultad de los jueces en este sentido:

“Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos”.

En el derecho romano, recordamos el párrafo del Digesto de Justiniano D.12.6.26pr, rescripto del emperador Alejandro Severo:

“si paso intereses por más de lo permitido en las leyes, ciertamente no pueden ser repetidos, sino que se han de aplicar al capital; y si después pagó el capital, puede repetir el capital como no debido “

Como adelantamos, el CCCN., regula al MUTUO como contrato consensual, en el art. 1525

“Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie”.

Recordemos, además, que el mutuante puede no entregar si la situación del mutuario torna incierta la restitución. Excepto en este último supuesto, si el mutuante no entrega la cosa entonces el mutuario puede pedir el cumplimiento o la resolución.

Entonces el mutuo es “oneroso”, excepto pacto en contrario.

Con respecto a la regulación de los intereses en el CCCN podemos decir que, si es dinero, se deben intereses compensatorios (en la misma moneda prestada) y si son otras cosas fungibles, entonces los intereses se liquidan en dinero.

En definitiva, se suprimió en el código la categoría de contratos reales. Solo se establecen dos categorías de contratos de préstamos: mutuo y comodato

El problema radicaba en que, al ser real, no teníamos contrato de mutuo hasta que no se producía la entrega de la cosa. También es por eso por ello, por ejemplo, que se reguló “la promesa de mutuo” en el art. 2244 del Código Civil de Vélez.

Ahora, en cambio, por el art. 971 del CCCN., queda perfeccionado, cuando existe consentimiento, es decir “aceptación de una oferta”.

“«Formación del consentimiento». Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo”.

Cosas fungibles: El art. 232 del CCYC señala: Son aquellas en que cada individuo de la especie, equivale a otro individuo de la misma especie y, en consecuencia, puede ser sustituido por otro individuo de la misma especie.

Con respecto a la transferencia de la propiedad de la cosa, creemos que al ser consensual, el contrato de mutuo revestirá el carácter de título para la transmisión de la propiedad, requiriéndose para que este opere, el modo, que consistirá en la tradición posesoria.

Como consecuencia del efecto traslativo de la propiedad, el mutuante debe ser propietario de la cosa, y si no reviste tal carácter al momento de la celebración, deberá adquirirlo al momento de cumplir su obligación.

Por último al igual que lo establecía el Código velezano y el derecho romano, la transmisión de la propiedad, hace que asuma los riesgos de la cosa, ya que la pérdida, por culpa o caso fortuito, no lo eximirá de su obligación de restituir (*res perit domino*)

Si tenemos que clasificar al contrato de mutuo, diremos además que es bilateral, es gratuito u oneroso (según se pacte o no intereses y el art. 1527 establece expresamente la presunción de onerosidad), es conmutativo, nominado, no formal, de efecto diferido ya que se presume la existencia de un plazo entre la celebración y el cumplimiento.

Finalmente, el art. 1526 del CCCN., trata expresamente sobre la tutela preventiva del mutuante y las facultades del mutuario, esto es, el cumplimiento forzado y la resolución del contrato. Mientras que el art. 1527 trata sobre la onerosidad del mismo.

X. Colofón. Una clasificación superada.

Por ello, y a modo de cierre de lo aquí analizado, tenemos que, la clasificación en torno al carácter real o consensual del mutuo, ha perdido utilidad.

Anteriormente, hemos analizado como, en el comportamiento de los seres humanos, radicó la utilización del instituto, en sus diferentes épocas.

Otrora el art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba: Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

La nueva legislación, como dijimos con anterioridad, apoyada en el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1525, regula que: Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Vemos aquí, una diferencia, que resulta de comparar ambos códigos. El que la nueva legislación consagra el carácter consensual del contrato de mutuo, mientras que la anterior lo ubicaba entre los contratos real, aunque claro está, preveía la promesa de mutuo, que era eminentemente consensual.

Ejemplo de ello es el art. 2244 del Código Civil de Vélez: La promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses.

Ahora bien, era y es esencial en el mutuo que se trate de cosas fungibles, ya que, a diferencia del comodato en el que se compromete a la devolución de la misma cosa prestada, en el mutuo, se debe devolver otras cosas de la misma identidad.

Por último, las cosas que se entregan producto de la utilización del contrato de mutuo, lo hacen en carácter de propiedad.

Quisiéramos no dejar de recordar, por lo avanzado de sus saberes, que sobre el tema, ya se había expresado, mucho antes de la reforma al CCCN., con acertadas conclusiones el maestro Di Pietro, esto es:

“que mientras que en el espíritu de la Parte general de los contratos se siguen considerando estas distintas situaciones como que se tratara de un contrato entre partes iguales ante la ley y libres de expresar su consentimiento, de tal modo que lo convenido debe ser cumplido, la realidad práctica en que se mueven estos préstamos significa un ámbito muy distinto” (Di Pietro, 2004).

Y como si fuera poco, va más allá en sus desenlaces, ya que deja de lado la definición legal del art. 1137 del Código Civil de Vélez, porque dice que se trata de negocios creditorios, pero no estrictamente de “contratos”. Y el maestro se pregunta: “¿Podemos hablar aquí de la convención como la base y el fundamento, en consecuencia, decir que estamos en presencia de un contrato? Se responde, que resulta más apropiado decir, que se trata de “negocios obligacionales”, a los cuales no hay que darles el mismo tratamiento de los contratos con obligaciones recíprocas, y respecto de los cuales corresponde un tratamiento jurídico apropiado con el análisis concreto y particularizado de cada especie de estos “prestamos”, que por su especificidad tiene un funcionamiento propio”.

Por ello, creemos que Di Pietro, quien fuera además de un exquisito profesor de derecho romano, un reconocido juez de la Cámara Nacional de Apelaciones, que conocía muy bien el tema, seguramente por su carácter de ius perito, adelantándose a lo que fue la sanción de la nueva codificación en materia Civil y Comercial, observó que el mutuo exigía un nuevo tratamiento y que no es casualidad, que hoy se le dé al mismo, el carácter de “contrato consensual” y no de contrato real.