

CONTRATO DE MUTUO

Por Daniel Guillermo Alioto

I. CONCEPTO

Vélez Sarsfield, en el Código Civil, aludió a dos clases de préstamos que se distinguen entre sí según la categoría de objetos *acerca de los cuales* versan.

Uno es el *comodato* o *préstamo de uso* de cosas que no pueden ser sustituidas entre sí, esto es, de cosas que no son fungibles y, por excepción, de cosas consumibles que se entregan “como no fungibles”. Así ocurre, en este último caso, si, por ejemplo, se entrega vino en botellas de una partida abundante, no para ser bebido –conforme su destino natural de servir de alimento-, sino para ser lucido en una vitrina por cierto tiempo, o se prestan monedas de oro, no para ser gastadas o para servir de precio -cumpliendo de ese modo la función dineraria de unidad de cambio-, sino para ser exhibidas, *ad pompam vel ostentationem causam* (arts. 2255 y 2260, C.C.).

El otro préstamo tradicional, materia de este capítulo, es el *mutuo* civil y comercial, también llamado *empréstito de consumo* (o de cosas consumibles).

Se contrapone al comodato, ya que el mutuo es el préstamo de cosas consumibles y también fungibles que se transfieren en propiedad por un mutuante a un mutuario, quien al recibirlas queda habilitado a disponerlas hasta que se torna exigible la obligación de restituir una cantidad igual de cosas de la misma especie y calidad al cabo de cierto tiempo (art. 2240 y 2241, C.C.).

Desde un punto de vista lingüístico, el nombre del préstamo de consumo, llamado mutuo, entraña una contracción que indica el fenómeno jurídico implicado en el contrato: derivado del vocablo latino *mutuum*, señala que lo “mío” se hace “tuyo” (*ex eo quod meum est tuum fit*)¹. De tal manera que “la cosa dada por el mutuante pasa a ser de la propiedad del mutuario” (art. 2245, C. Civ.), quien sin embargo queda obligado a restituirla en cumplimiento de la reciprocidad debida.²

¹ Biondi, Biondo, “*La terminología romana como primera dogmática jurídica*” en *Arte y ciencia del derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1953, p. 109.

² Una vez realizado el préstamo de consumo, la conducta debida en reciprocidad se cumple mediante la restitución por el mutuario al mutuante de una cantidad igual a la prestada. La palabra reciprocidad es la forma abstracta del término recíproco. En latín, dicho vocablo “recíproco” denota un movimiento alternativo, como el producido por la marea. Conforme esa idea, puede decirse que el mutuo involucra un movimiento

Es evidente que el fundamento de la transferencia en propiedad se halla inscripto en las mismas cosas prestadas, en la medida en que admiten ser reemplazadas por otras iguales (art. 2324 y nota art. 2241, C.C.), ya sea, en primer lugar, por su propia naturaleza, si son consumibles (por ejemplo y supuesta la determinación de la especie y calidad, un litro de una bebida gaseosa, 100 pesos, una docena de clavos), o, sino, en segundo término, por la intención del mutuante, si se trata de fungibles (un libro, un balón de fútbol nuevo, un modelo de zapatillas a estrenar de cierta marca, etc.).

II. OBJETO

En el apartado anterior se adelantó que el objeto del mutuo es una cantidad de cosas consumibles o fungibles.

En efecto, toda vez que las cosas consumibles se pierden con el primer uso correspondiente a su naturaleza, como ocurre con los alimentos que se destruyen al ser ingeridos o bebidos y con el dinero que, al ser gastado, se extingue civilmente para quien deja de poseerlo (art. 2325, C.C.), se sobrentiende que el mutuario no debe restituir las mismas cosas prestadas y se libera entregando otras equivalentes que las sustituyen.

De ahí se sigue que las cosas que no son consumibles, a saber, las que toleran ser usadas repetida o continuamente sin ser destruidas o deterioradas hasta después de algún tiempo más o menos prolongado, como sucede con una silla cualquiera o con un libro (art. 2325 y 2241, C.C.),³ no pueden ser materia de un préstamo de consumo, salvo que sean aptas para ser consideradas fungibles, siempre y cuando quede entendido que el mutuante aceptará la restitución de otra cantidad de cosas iguales a la prestadas y que no será necesaria la devolución de las mismas. Dichas cosas fungibles pueden medirse (como el aceite), contarse (como el dinero) o pesarse (como los metales),⁴ e individualmente equivalen a otras de la misma especie (art. 2324, C.C.), de tal manera que pueden sustituirse entre sí. En el tratamiento legal del contrato de mutuo, ellas llegan a asimilarse a las cosas consumibles, pues en ambos casos el obligado se libera entregando otras iguales.

alternativo –de uno a otro-: la cantidad de cosas prestadas sale de un patrimonio para incorporarse a otro, “para ser devuelta después” (nota art. 2241).

³ Hay cosas que son consumibles y fungibles a la vez, como el dinero; otras que son fungibles pero no consumibles, como los minerales de una misma especie y calidad; y, además, hay cosas que son consumibles pero no fungibles, como una última botella de un vino de la mejor cosecha que no puede compararse a ningún otro.

⁴ En el derecho romano no existía la categoría de cosas fungibles, no obstante que se aludía a las cosas que se miden, se pesan o se cuentan. Vid, Gayo, Institutas, III, 80. Vélez alude a ellas en la nota del art. 606, citando a Savigny.

El ejemplo propuesto por Vélez en la nota del art. 2241 del Código Civil para mostrar la distinción formal de cosas consumibles y fungibles –correspondientes a los criterios de división establecidos en los artículos 2324 y 2325- es muy claro: “Si yo os presto un Código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolváis, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide a un impresor un Código [...] para devolverle después otro ejemplar igual, el libro es fungible.” Como se ve, las cosas consumibles se extinguen materialmente o se acaban civilmente al ser entregadas, es decir, con ese primer uso, y en forma inexorable, sin que ese efecto pueda ser modificado por voluntad del mutuante. Las cosas fungibles pueden dejar de ser tales -sustituibles entre sí- por la decisión del mutuante, que, en el caso dado, tiene un fundamento *in re* que la justifica –v. gr. las anotaciones de un libro-.⁵

En esa perspectiva en la que gravita la intención para determinar si una cosa es o no es fungible, un mueble sustituible (fungible) por naturaleza puede dejar de serlo por la decisión del mutuante, adoptada según su conveniencia y conformada a una cualidad accidental de la cosa.

Sobre la base de la intención de las partes como criterio para establecer si una cosa fungible deja de serlo con abstracción de la naturaleza del objeto, ha llegado a plantearse que un inmueble podría ser materia de un mutuo. Ese fenómeno -se aduce- podría ocurrir si por voluntad de las partes el inmueble se considera genéricamente y no en su individualidad específica y, por eso, como cosa incierta, podría ser subrogado por otro a los efectos de ser cumplida la obligación de restituir.

Semejante especulación ha sido concebida como una posibilidad racional, alejada de la práctica de los negocios. De tal forma que, conforme ese marco teórico, el mutuo de un inmueble no deja de ser una hipótesis sin base real, una mera posibilidad lógica que no se ajusta a la práctica de las cosas *quae pondere numero mensurave sunt*. En ese sentido, una situación es juzgar que una cosa fungible puede transformarse en no fungible por autoridad de las partes, y otra contraria es considerar un inmueble genéricamente y no en su individualidad, haciéndolo aparecer como si fuera fungible.⁶ Esta última alternativa aquí se desecha por no convenir a la realidad planteada por las mismas cosas que se aprehende en el Código Civil: en él no se propone convertir cosas ciertas en inciertas, sino tan solo

⁵ En una variante del ejemplo dado por Vélez, si el mutuante concede relevancia a una dedicatoria, el libro que la contiene deja de ser una cosa fungible porque le interesa en su individualidad ¡Cuántas veces el prestamista no se lamenta por el valor económico del libro que no recuperó y podría sustituir, sino por el valor afectivo que confiere a la dedicatoria irremplazable! Otros casos: la cantidad de papel moneda entregado con anotación de su numeración para ser devuelto los mismos billetes.

⁶ López de Zavalía, Fernando J., en *Teoría de los contratos*, T. 5, Parte Especial (4), pp. 233-240, admite que la cosa inmueble, de suyo cierta y, como dice, “naturalmente infungible”, pueda ser objeto de un mutuo si las partes la consideran genéricamente y no en su individualidad, sin dejar de reconocer, considerando el comentario de Pont, también citado por Vélez en la nota del art. 2241, que “en la práctica, esto no se vea y sólo valga como hipótesis de gabinete”, en relación con la cual no se encuentran ejemplos.

neutralizar el efecto propio de las fungibles por autoridad de su acreedor, para evitar que pueden ser sustituidas entre sí.

Por lo tanto y en resumen, pueden ser objeto del mutuo las cosas muebles consumibles y las fungibles que se le equiparan al poder ser reemplazadas por el mutuario que extingue la obligación de restituirlas entregando una cantidad igual a la prestada por el mutuante entendiendo que la devolución no se concretará mediante la entrega de la misma cosa que no interesa individualmente –ya que si el mutuante tuviera intención de recuperar exactamente la misma que se prestó debería presumirse la existencia de un contrato de comodato-.

III. CARACTERES

El contrato de mutuo puede ser civil o comercial, gratuito u oneroso y conmutativo o aleatorio. Siempre es real, unilateral, sujeto a un plazo e informal.

De seguidos desarrollaremos estas divisiones, expresadas según los criterios generales de clasificación.

1.- Mutuo civil y comercial

1.1. Criterios de distinción

Si el Código Civil contiene la definición general del mutuo (art. 2240), Vélez Sarsfield reservó al Código de Comercio (art. 558), al que se atuvo sin practicar ninguna modificación, el enunciado de criterios objetivos y subjetivos de su división en civil y comercial.

Así, el artículo 558 del Código de Comercio prescribe: “El mutuo o préstamo está sujeto a las leyes mercantiles, cuando la cosa prestada puede ser considerada género comercial, o destinada a uso comercial, y tiene lugar entre comerciantes, o teniendo por lo menos el deudor esa calidad.”

En consecuencia y de acuerdo con un primer punto de vista objetivo emergente del artículo citado, conviene precisar que son de género comercial todas las cosas fungibles y consumibles que, por ser tales y por definición, pueden ser el objeto un mutuo, tanto civil como mercantil. De manera que la expresión legal “género comercial” no es una verdadera pauta de referencia, en la medida en que no aporta ningún elemento que sirva para diferenciar el mutuo civil y el comercial.

De ahí se desprende que la cuestión deba apreciarse y resolverse sobre la base de otro criterio de distinción principalmente objetivo. Criterio al que se llama finalista, en la medida en que se divide el mutuo civil o comercial según el destino de las cosas prestadas. De acuerdo con ese principio, el mutuo será comercial si las cosas son prestadas para ser usadas comercialmente.⁷

El segundo criterio de distinción del mutuo es subjetivo. Según dice el precepto transcrito, el mutuo es mercantil si son comerciantes las dos partes o al menos el mutuario, quien, por lo tanto, habrá de aplicar el préstamo a su actividad profesional.

Pero puede ocurrir que sólo el mutuante ostente la calidad de comerciante. En ese caso y sustentado en el criterio de discriminación objetivo, el préstamo dado a personas que no son comerciantes se presume mercantil cuando el préstamo es materia de la actividad de quien lo hace, como ocurre con las entidades bancarias o financieras (art. 8, incisos 1º y 3º, C. Com.).⁸

1.2. Competencia

La distinción del mutuo civil y comercial es relevante para determinar la competencia, pues el art. 43 bis del decreto ley 1285/58 de organización de la justicia nacional, texto ordenado por la ley 23.637, asigna al juez comercial todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no fue expresamente atribuido a los jueces de otro fuero.⁹

Sin embargo, dada la importancia práctica del tema, es relevante mencionar que la doctrina judicial morigeró el vigor de las reglas de determinación de la competencia en materia de ejecución hipotecaria. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que los procesos de ejecución hipotecaria deben tramitar en sede civil, pese al carácter mercantil del contrato de mutuo fuente de la deuda reclamada, si la restitución de la suma de dinero prestada fue garantizada con el derecho real de hipoteca. Para hacerlo, de conformidad con el dictamen de la señora procuradora general sustituta al que adhirió, entendió que la pretensión deducida “en el marco de las acciones derivadas de un derecho

⁷ Iriondo, Luis U. “*Mutuo o préstamo de consumo*”, en *El Derecho*, t. 11, p. 279, sumarios 24-26.

⁸ Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Código de Comercio y leyes complementarias*, III, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1969, p. 7; C.N.Civ., Expediente de Superintendencia n° 2386 del 8/7/92, caratulado “Banco del Acuerdo S.A. (liq. B.C.R.A.) c/ Río Abajo S.A. s/ ejecución hipotecaria s/ competencia”; íd., Expediente de Superintendencia n° 2398 del 16/7/92, caratulado “Banco de Italia y Río de la Plata S.A. en liquidación c/ Mendoza, Mario Rubén y otro s/ ej. hipotecaria s/ competencia”.

⁹ Según la organización de la justicia nacional, en la Capital Federal de la República Argentina, se desdobra la materia civil y comercial en dos fueros: la Justicia Nacional en lo Civil y la Justicia Nacional en lo Comercial.

real de garantía, como es la hipoteca” “remite a la consideración de puntos regidos por las leyes civiles”, haciendo caso omiso de la reglas que mandan fijar la competencia por la causa productora de la deuda que se ejecuta.¹⁰

Con todo, cabe resaltar que la ejecución hipotecaria tiene por objeto la cancelación de la obligación personal garantizada con el derecho real de hipoteca, el cual es accesorio del acto jurídico principal, que es el contrato de mutuo. Por ende y en sentido divergente al criterio admitido por la Corte, la ejecución hipotecaria supone el ejercicio de una acción creditoria que deriva de un derecho personal y no de un derecho real (arts. 3108 y 524, C.C.). Si bien no se dice, por esa vía queda neutralizado en la materia específica el principio *accessio cedit principali* (de accesoriedad), en tanto queda en segundo plano la razón de ser de la hipoteca: asegurar el cobro de la obligación incumplida de origen contractual.

De esa manera, si bien por fuerza de los argumentos expresados no debería prevalecer la hipoteca regulada por el Código Civil que accede a un mutuo comercial para fijar la competencia de un juez civil, en la práctica se aceptó el criterio establecido para evitar el dispendio correspondiente a la subsistencia de criterios contradictorios.

2.- Mutuo gratuito y oneroso

2.1. Panorama histórico

Desde los orígenes de la tradición jurídica occidental, la onerosidad o gratuidad del mutuo ha sido fuente de una cuestión planteada y desarrollada primordialmente en torno al préstamo de dinero, por ser el más generalizado. El problema es de la mayor importancia, pues compromete la vigencia de la igualdad propia de la justicia objetiva y remite a la consideración de antecedentes contrarios a toda clase de usura.

2.1.1. La doctrina aristotélica acerca de la usura

¹⁰ C.S.J.N., fallo dictado en los autos caratulados “Banco Exterior S.A. Uruguay c/ Carlos Damm S.A.C.I. y F. s/ ejecución hipotecaria” con fecha 6/10/92, Competencia N° 395-XXIV. El antecedente inmediato del referido pronunciamiento fue dictado por la Corte en el más conocido caso “Sarquis, Pablo V. c/ Alcántara S.A.C.I.E.I. s/ ejecución hipotecaria”, el 5/3/91, Comp. N° 445-XXIII. Esta última decisión fue adoptada a propósito de la derogación del art. 46 del decreto ley 1285/58 por el art. 14 de la ley 23.637. El inciso “h” de esa norma derogada atribuía la competencia en materia de ejecución hipotecaria, cualquiera fuera la naturaleza del mutuo, civil o comercial, a la Justicia Nacional Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, que dejó de existir en cuanto tal, al ser unificada con la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal.

Los primeros y principales fundamentos doctrinales de desestimación de la usura del préstamo de dinero fueron aportados por Aristóteles y pronto se convirtieron en un tópico de la materia. Según el razonamiento aristotélico y las inferencias resultantes de su análisis, el dinero, creado como consecuencia de las necesidades del cambio, para conmensurar el valor de las cosas intercambiadas, a la vez proporcionado al valor del trabajo y demás recursos económicos de quien las produce, sólo tiene un valor representativo de los bienes por el que se cambia.

En otras palabras, la moneda no vale en sí misma, sino tanto como las cosas que pueden ser adquiridas con ella. No tiene un valor intrínseco que confiera justificación al cobro de un precio por su “uso natural” -de cambio-, a diferencia de las cosas que admiten un “valor de uso” independiente del valor de la cosa considerada en sí misma, como sucede, *v. gr.*, con la casa que sirve de cobijo o con el suelo que puede ser cultivado y cosechado.¹¹

A la vez, esa tesis que concibe el dinero en sus funciones de “unidad de cuenta” y de “unidad de cambio”, se engloba en los campos jurídico y político, pues las necesidades de la conmutación son propias de la vida social y no son otras que las correspondientes al contrato, por cuyo intermedio los particulares se asisten recíprocamente intercambiando prestaciones de valor homogéneo para superar privaciones económicas.

De ahí se sigue la gratuidad natural del mutuo: si el dinero prestado por el mutuante no tiene valor de uso, la contraprestación a cargo del mutuario consiste en la restitución de una cantidad igual y no mayor a la recibida. De lo contrario, si el mutuario reembolsa una suma más abundante, esto es, una ganancia que incrementa su patrimonio en la medida del exceso percibido, el fin económico del mutuo queda desnaturalizado. Lejos de constituir un instrumento de cambio idóneo para satisfacer las necesidades del mutuario, se transforma en un vehículo de desigualdad jurídica y política impropia de la justicia correctiva -o conmutativa- (y de la justicia distributiva), tan injustificada e injusta como el desmedro que le causa empobrecerse en idéntica medida al enriquecimiento del mutuante.

Por esa razón y dado que el dinero no tiene potencial reproductivo, la ganancia que genera es un aumento artificial de su cantidad. Tanto es así, dice Aristóteles, que el mutuo lucrativo es la más antinatural de todos los cambios.¹²

2.1.2. La doctrina bíblica acerca de la usura

¹¹ *Política*, I, 9, 1257 b.

¹² *Política*, L. I, 1258 b 5; L. I, 9, 1257 b.

Como una significativa expresión del precepto de amar al prójimo¹³, la *Torah* manda hacer el bien y aún más, llegado el caso, prestar al prójimo sin pedir nada a cambio de la ayuda otorgada.¹⁴

En ese sentido, son numerosos los textos del Antiguo Testamento que se refieren a la prohibición de cobrar intereses.¹⁵ Entre ellos, interesa transcribir la parte del *Levítico* que alude al prójimo necesitado que vive con el fiel de Israel y respeta sus preceptos: “*Si tu hermano se queda en la miseria y no tiene con qué pagarte, tú lo sostendrás como si fuera un extranjero o un huésped, y él vivirá junto a ti. No le exijas ninguna clase de interés: teme a tu Dios y déjalo vivir junto a ti como un hermano. No le prestes dinero a interés, ni le des comida para sacar provecho*”.¹⁶

La doctrina es muy clara; empero, una exégesis de un texto afín del *Deuteronomio*¹⁷ limita el campo de vigencia de esa regla, al distinguir el extranjero que no se encuentra anexado a la nación, a quien no se considera prójimo y en relación con el que, por lo tanto, no juega la prohibición de cobrar usura.¹⁸

En el Nuevo Testamento, el principio vétero-testamentario de interdicción de la usura se extiende sin distinción de personas, al quedar incluido en el ideal cristiano resumido en el evangelio de Lucas: “*amen a sus enemigos, hagan el bien y presten sin esperar nada...*” (“*Date mutuuum nihil inde sperantes*”).¹⁹ En ese mensaje novedoso se pone de manifiesto el amor de caridad que exige la asistencia desinteresada a todo necesitado, tanto prójimo como extranjero, amigo o enemigo.²⁰

2.1.3. La usura del mutuo en el derecho romano

¹³ Lev. 19,18.

¹⁴ Éx. 22, 25-26; Deut. 24, 12-13.

¹⁵ Lev. 25, 35-37; Éx. 22,25; Deut., 23-20; Ezequiel, 22,12; Salmo 14 (15), 5; Salmo 36 (37), 26.

¹⁶ 25, 35-37.

¹⁷ 23, 20.

¹⁸ De “*allí resulta que durante toda la Edad Media el judío ignoró los rigores de la ley prohibitiva de la usura*”: Sombart, Werner, *Los judíos y la vida económica*, Ediciones Cuatro Espadas, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 318.

¹⁹ Lc., 6, 35.

²⁰ Lc. 6, 29.

En concurso con la doctrina aristotélica de la infecundidad del dinero, el mutuo, en el derecho romano, es considerado un negocio jurídico naturalmente gratuito. No supone el empobrecimiento del mutuante y el correlativo enriquecimiento del mutuario, quien queda obligado *ex re* a restituir una cantidad igual a la dada, de la misma especie y calidad.

No obstante el principio, se tolera que las cosas consumibles y, en particular, el dinero prestado por el *faenerator* o usurero puedan producir un *fructus* o rendimiento resultante del préstamo, cuyo alcance es materia de regulaciones constantes.²¹

Ese precio obtenido del préstamo se designa con la voz “usura”, que se relaciona con la palabra *faenus* o *fenus*, derivada del término *fetus*, el cual significa el fruto de un parto,²² a semejanza del producto de la tierra, y tiene la misma raíz latina que *fecundus*.²³ Es por eso que, en el derecho romano, el préstamo con interés se llama *fenus*²⁴ y se dice que “los denarios prestados engendran otros”²⁵ o que el dinero “*pariet usuras*”²⁶ y, por contraposición, se habla de *nummi steriles*.²⁷

2.1.4. La usura en la Edad Media

En la Edad Media convergen las fuentes aristotélicas, romanas y testamentarias que sostienen la gratuidad de los préstamos destinados al consumo y condenan o corrigen las

²¹ Las tasas de interés tienden a ser limitadas por sus consecuencias económicas nocivas (*usurae maximae, fenus licitum, usurae legitimae*). En la República existió el *fenus unciarium*, de alcance impreciso porque no ha logrado establecerse si consistió en una dozava parte mensual o anual del principal. En la época clásica se admitió el *centesimae usurae*, es decir, el interés del 12% anual. Y, en el período justiniano, se aceptó una tasa variable en función de las personas: del 8% con relación a *aliquam licitam negotiationem gerunt*, del 4% con respecto a *illustres* (senadores y altos funcionarios), del 6% para los *ceteri omnes homines* (Cod. Just. 4, 32, 26) y del 12% para los préstamos marítimos y en especie (Cod. Just. 10, 8, 3).

²² El término latino *fetus* se conecta a la palabra griega *tókos*, que, usada por Aristóteles, remite a la idea de parto, nacimiento e hijo, para significar que lo engendrado (*tiktómena*) es de la misma naturaleza que su generador. Apréciase que si la moneda es estéril, su fruto es artificial.

²³ Corominas, Joan, *Breve diccionario etimológico de lengua castellana*, 3ª edición muy revisada y actualizada. Gredos. Madrid. 1973.

²⁴ *Summa Theologica*, II-II, q. 78 a.1 ad 2.

²⁵ Passage, H., en *Dictionnaire de Théologie Catholique* (comencé sous la direction de A. Vacant –E. Mangenot, continué sous celle de É. Amann), t. 15°, Paris-VI, Librairie Letousey et Ané, 1950, p. 2321.

²⁶ Ulp., D. 22.1.33.

²⁷ D. 22.1.7.

prácticas usurarias. A ellas se suman la doctrina de los Padres de la Iglesia y la establecida por los Papas²⁸ y las reglas conciliares.²⁹

De acuerdo con esos antecedentes, la *Admonitio generalis* de Aix-la-Chapelle del año 789 constituyó la primera prohibición secular de la usura,³⁰ renovada poco tiempo después por Lotario, quien la hizo operativa en el mundo franco al autorizar el castigo de los usureros en el capítulo de Orléans (825).

Desde ese momento, el interés del mutuo justificado en el mero valor de uso del dinero prestado estuvo prohibido por la legislación europea vigente hasta la revolución francesa de 1789.

Durante ese extenso período, la condena de la usura por la Iglesia fue invariable. Así, el II° Concilio de Letrán (1139), X° ecuménico, convocado por Inocencio II (1130-43), resume la tradición eclesiástica acerca del mutuo oneroso declarando que la avaricia de los prestamistas es detestada por las leyes divinas y humanas -canon 13-. Esa doctrina es mantenida por Inocencio III (1198-1216) en el IV° Concilio de Letrán. Pedro Lombardo (1100-1160) en *La Summa Sententiarum*, de gran influencia en la escolástica del siglo XIII, incluye la usura en la interdicción del séptimo mandamiento. Una decretal de Alejandro III (1159-81) reafirma que la usura es prohibida por Dios y no puede ser dispensada, y, en la carta *In civitate tua*, se refiere a la encubierta en la compraventa. Urbano III (1185-7) en la *Carta Consuluit nos*, declara que comete usura el comerciante que entrega sus mercaderías por un precio mayor si no se le paga al contado. Inocencio IV (1243-54), conforme el Decreto de Graciano (1140) que recoge la doctrina de los Padres latinos, asienta un principio económico fundamental de la cristiandad medieval: la verdadera fuente de riqueza es el trabajo del espíritu y el cuerpo; de manera que el lucro obtenido en razón del mutuo carece de justificación.

En el siglo XIII, Santo Tomás de Aquino, el mayor representante de la doctrina escolástica, dedica a los problemas de la usura del mutuo de dinero la cuestión 78 del *Tratado de la Justicia* de la IIª IIª de la *Summa Theologica*, de particular importancia no sólo por la profundidad de sus razonamientos, sino también por su influencia en la doctrina

²⁸ V. gr., carta dirigida por el Papa San León a los obispos de las provincias de Italia (444-5), comprendida, más tarde, en la *Dionisia Adriana*, decisiva por su influencia en la legislación carolingia sobre el punto.

²⁹ Concilios de Elvira -can. 20- (vigente en España, año 300), de Arles (314), Ecuménico de Nicea (325) -canon 17-, de Cartago (año 349), II° de Arles (443-452) y de Agde (506). El Concilio de Clichy (año 626) prohíbe la usura a los laicos en general.

³⁰ Los arts. 1-59 contienen el conjunto de las prescripciones antiguas que son tomadas de la *Dionisia Adriana*, entregada por el Papa Adriano a Carlomagno en el viaje de éste a Roma (año 774). Entre esas prescripciones se encuentra la prohibición de la usura en relación con todos, clérigos y laicos.

posterior.³¹ En ella, siguiendo la tesis aristotélica acerca del dinero, combinada a la concepción del mutuo en el derecho romano y a la herencia eclesiástica en la materia, sostiene que la moneda, utilizada según la finalidad que determinó su creación, que es su función principal y normal, tiene un único valor: el de cambio inseparable al de uso. De esa manera, si la moneda no tiene valor de uso hasta el cambio y el cambio agota el uso, para el mutuante deja de tener valor con el préstamo y su privación durante el plazo fijado para la restitución no le produce ningún daño. Por esa razón, el mutuante no puede cobrar un precio que exceda el préstamo, ya que estaría percibiendo una ganancia por el primer uso de una cosa ajena –del mutuario–, que es su gasto. Luego, si esa situación se concretara, el mutuante recibiría dos pagos injustamente: recobraría oportunamente una cosa igual a la consumida y, por demás, percibiría “*el precio del uso, que se llama usura*” (“*pretium usus, quod ´usura´ dicitur*”). Y eso aprovechándose de las circunstancias penosas del mutuario que disminuyen su voluntad.³²

e) Justificación posterior de los intereses compensatorios

La obligación de pagar intereses compensatorios que se adicionan a la restitución del principal compromete directamente el problema de la justicia objetiva. En efecto, si el mutuo es naturalmente gratuito y en él se igualan las cosas con la restitución del préstamo que extingue la deuda, se presenta el problema de determinar, en el mutuo oneroso, el fundamento de la percepción de intereses que supone el cobro de una cantidad extra más allá de la entregada por el mutuante o, si se quiere, de encontrar una justificación que confiera validez a ese rendimiento dinerario que aparece desigual.

Para una correcta comprensión de la cuestión, es preciso no confundir los intereses compensatorios o retributivos que se cobran en razón del mismo préstamo y los intereses moratorios, los cuales se llaman punitivos cuando fueron pactados. Si bien pueden surgir en ocasión del préstamo, la percepción de dichos intereses moratorios no se encuentra en entredicho, ya que su causa no es el mismo mutuo, sino el daño producido al acreedor de la restitución en razón de la *mora solvendi* del deudor.

En consecuencia y establecido que el problema gira en torno a los intereses compensatorios del mutuo, debe recordarse que durante siglos la eficacia de la doctrina aristotélica acerca de la infecundidad del dinero fue inobjetable. Es que, en una economía de base agrícola, de autosuficiencia y subsistencia, las oportunidades de inversión

³¹ Entre otros autores herederos de la concepción aristotélica tomista en materia de usura importa citar a San Antonino de Florencia (1389-1459), a Tomás de Vío -Cardenal Cayetano- (1469-1539), a Francisco de Vitoria, (entre 1483 y 1492-1546) a Martín de Azpilcueta Navarro (1492-1586), a Domingo de Soto (1494-1560), a Luis de Molina (1535-1600). Para un estudio de la obra atinente de esos autores, ver Daniel Guillermo Alioto, *La justicia de los contratos*, Circa Humana Philosophia, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 2009.

³² *S. Theol.*, II-II q. 78 a.1 ad 7.

productiva eran prácticamente nulas y, por tanto, era muy poco probable que el dinero prestado pudiera ser aplicado a un propósito que no fuera la adquisición de bienes de consumo destinados a satisfacer necesidades elementales.

Considerando esa realidad económica que no alcanzaba a tener suficiente dinamismo, se entiende que el pago de intereses desembocara casi invariablemente en el empobrecimiento de un mutuario indigente de libertad disminuida y en un correlativo enriquecimiento del mutuante. Y, en función de ese presupuesto, también llega a comprenderse el sentido de la legislación que en el continente europeo prohibió la usura entre los siglos VIII y XIX, para evitar que el mutuo realizado para superar privaciones del mutuario se convirtiera en un instrumento opuesto al fin determinante de su institución.

Sin embargo, la evolución del proceso económico hizo posible concebir que el pago de los intereses compensatorios del mutuo no siempre comportara una injusticia, en la medida en que se hicieron frecuentes las ocasiones de concreción de inversiones productivas, francamente difundidas desde que el préstamo del ahorro fue canalizado en buena parte a través de los bancos. De ese modo se crearon las condiciones que llevaron a presumir que la privación del ahorro del mutuante es fuente de una desventaja que se compensa con el rédito pagado por el mutuario en virtud de la ventaja correlativa que le reporta el incremento de su aptitud productiva de bienes y servicios hasta la restitución del principal. Bien entendida que tanto la ventaja como la desventaja se calculan según el probable lucro dejado de cobrar por el mutuante en razón de la imposibilidad de invertir la cantidad prestada por la privación sufrida, que es medible en un mercado financiero determinado y se supone mayor en materia mercantil.³³

Es así como en adelante no fue impropio llamar intereses retributivos a la contraprestación correspondiente al dinero prestado; la palabra usura dejó de ser sinónimo de cualquier lucro obtenido por el mutuante y pasó a designar los intereses excesivos contrarios a la igualdad de la justicia conmutativa.

2.2. La cuestión en el Código Civil y el Código de Comercio: remisión

El tema de los intereses en los Códigos Civil y Comercial será tratado en el final de este capítulo, al considerarse la obligación de pagar intereses por el mutuario (apartado VI, 2, 2.2).

³³ Cfr. Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil-Obligaciones*, t. II-A, 2ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, n° 909, nota 58, p. 206.

3.- Naturaleza real del mutuo

3.1. El sistema argentino

A semejanza del comodato y el depósito, el mutuo civil y comercial es un contrato esencialmente real, que sólo se perfecciona con la entrega o, más precisamente, con la tradición de la cosa (art. 2242, 1141 y 1142, C.C.).

Por esa razón, el mero acuerdo consentido por las partes correspondiente a la formación de un mutuo no es suficiente para generar el efecto que sería propio de la convención que lo determina. Es decir, el mutuante no queda obligado a dar las cosas prometidas, y, desde luego, carecería de asidero que el mutuario contrajera la obligación de restituir una cantidad que no fue entregada.

El codificador, en la nota de los artículos 1141 y 1142, pone en evidencia la diferencia básica del sistema argentino con el Código Napoleón: “*En Derecho Francés, las convenciones son obligatorias por el sólo 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 aspecto 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.*”³⁴

Cabe agregar que siguieron esa línea de conferir carácter consensual al contrato real de mutuo, la legislación 1883 y de 1911 que completa el Código Civil Suizo, la ley que modificó el BGB, vigente desde el 2002, y, en América, el Código Civil de Perú de 1984 (arts. 1352 y 1648) y el cubano de 1987.³⁵

En la República Argentina, el Proyecto de Código Civil de 1998 desconoce la categoría de contratos reales aceptada por la legislación vigente y, en consecuencia, establece que el mutuo “es el contrato por el cual el mutuante se compromete a entregar al

³⁴ Una fuente directa del consensualismo del Código Napoleón ha sido la obra Domat. En *Las leyes civiles en su orden natural*, obra arreglada para el uso de los españoles por Villarrubias y Sarda, Barcelona, imp. José Tanlo, 1844, L. I, t., I, secc. I, 5, el autor nombrado considera que el mutuo es una convención onerosa y que la obligación del mutuario es causada por el deber previo del mutuante de entregar una cantidad de cosas (Alioto, Daniel G., “*Las causas del contrato*”, en *Contratos civiles y comerciales, Parte general* (Gabriel de Reina Tartièrre, coord.), Heliasta, 2010, p. 174).

³⁵ Para un reconocimiento del panorama legislativo y de los lugares más relevantes de la evolución de la doctrina francesa sobre el punto, ver Guzmán Brito, Alejandro, “*La consensualización de los contratos reales*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2007, pp. 35-60.

mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie” (art. 1404).

De otro lado, en la doctrina nacional, Borda entiende que el mutuo comercial es consensual sobre la base del art. 559 del Código de Comercio, que dice: “Si nada se ha estipulado acerca del plano y lugar en que deba hacerse la entrega, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del deudor”. Sin embargo, a poco en que se repare que la norma alude al “mutuante” como el destinatario de la “entrega”, parece evidente concluir que se refiere a la restitución de la cosa dada por el mutuario y no a la transferencia del primero al segundo.³⁶

3.2. La promesa de mutuo

Al ser un contrato real, el mero acuerdo correspondiente al préstamo de cosas consumibles o fungibles no produce el mutuo que sólo existe si se transfirió el dinero o una cierta cantidad de una cosa. Por eso, la promesa aceptada de hacer un mutuo, tanto gratuito como oneroso, no confiere acción de cumplimiento contra el promitente (art. 2244, C. C.). El Código Civil no lo establece, pero por la misma razón éste tampoco podría imponer la recepción de la cantidad que es materia del convenio, que, a su vez, es el título de la transferencia.

La única acción admitida es de daños y perjuicios, conectada al incumplimiento de la promesa aceptada de concretar un mutuo oneroso y sujeta a un plazo de caducidad de tres meses contados desde que debió realizarse (art. 2244, C. C.). Si bien el mutuo real no nació, ya que no se verificó la tradición y no existe la obligación restituir causada por ésta, el incumplimiento del compromiso contraído por el promitente origina el derecho a reclamarle el resarcimiento del daño provocado, que cae en la órbita contractual (cfr. arts. 520 y 521, C.C.).

En sentido opuesto, la promesa aceptada de mutuo gratuito –que es una promesa de liberalidad- no es obligatoria y, por tanto, no produce ninguna acción.

4.- Unilateralidad del mutuo

En nuestro sistema de derecho privado, desde el punto de vista de las obligaciones que genera, el mutuo es un contrato unilateral, ya que, perfeccionado con la transferencia de una cantidad de cosas, únicamente queda obligado el mutuario a restituir lo recibido (doctrina arts. 1138 y 2250, C.C.) y, además, a pagar los intereses que se hubiesen pactado.

³⁶ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, contratos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, n° 2081, “c”, p. 641-642.

Borda sostiene que el mutuo es bilateral, “porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuuario la de restituirla en su momento y, eventualmente, la de pagar intereses.”³⁷ Pero esa doctrina conlleva dificultades insalvables: 1º) por ser el mutuo un contrato real y no consensual, el mutuante no queda obligado a entregar la cosa; 2º) la tradición no constituye el cumplimiento del acuerdo y antes de ella no existe mutuo; 3º) la obligación de restituir no es causada por la convención, sino por la tradición de cosas fungibles o consumibles; y 4º) no es coherente contraer la obligación de restituir por el mutuuario antes de recibir la cantidad de cosas fungibles o consumibles.

5.- Sujeción a un plazo

El mutuo es un contrato que se realiza con una finalidad crediticia.³⁸ En él, la restitución del principal y de los accesorios eventuales se sujeta a un plazo, aun indeterminado (doctrina arts. 2240, 2250, C.C. y 559, C. Com.). Sin la voluntad presunta de que la restitución no se producirá de inmediato, sino en un momento posterior a la formación del contrato,³⁹ el préstamo no podría cumplir su función económica, determinada principalmente por la necesidad del mutuuario de obtener bienes consumibles para subvenir sus necesidades perentorias o, en su caso, para destinarlos a un ciclo productivo. Por eso, el mutuo no tendría sentido práctico si la restitución debiera operarse en el mismo momento de la tradición de la cosa por el mutuante. De modo que la obligación de restituir en el mutuo en el que no se ha expresado un plazo no debe entenderse pura.

Ajustado a esa razón, en el mutuo civil el plazo existe pero debe ser determinado judicialmente si las partes no se ponen de acuerdo (arts. 751 y 618, C.C.). Y, en el mutuo comercial, la falta de estipulación del plazo se integra legalmente: el mutuante no puede requerir al mutuuario la restitución antes de transcurrir diez días contados desde la celebración del contrato (art. 559, C. Com.).⁴⁰ Si ese plazo legal terminó, o si el mutuuario renunció a él, no habrá mora hasta el requerimiento.

³⁷ Ob. cit., n° 2081, “a”, p. 639-640. Zavala Rodríguez, Carlos Juan, en *Código de Comercio y leyes complementarias*, III, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1969, pp. 12-13, se atiene al esquema trazado por el codificador acerca del carácter unilateral del mutuo, pero la critica compartiendo el parecer de Borda.

³⁸ Cfr. “*Concepto de contrato. Función y fundamento. Principios del Derecho contractual*”, por Daniel G. Alioto y Gabriel de Reina Tartière, en *Contratos civiles y comerciales, Parte general* (Gabriel de Reina Tartière, coordinador), Heliasta, 2010, p. 10-12.

³⁹ Greco, Roberto, “*La mora del deudor en la reforma de 1968*”, Revista del Notario, número 716, marzo-abril 1971 (año LXXIV).

⁴⁰ La nota del art. 618 del Código Civil refiere que la Partida 5ª, al hablar del préstamo, señala el plazo de diez días.

6.- Conmutabilidad o aleatoriedad

En el contrato conmutativo “las prestaciones de las partes están determinadas con certeza desde el momento de su celebración”⁴¹, por contraposición al aleatorio, en que las ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependen de un acontecimiento incierto (art. 2051, C.C.).

De esa manera y fuera de la hipótesis excepcional de modificación imprevisible del estado de cosas consideradas por las partes al tiempo de materializar el contrato, es inconcebible un mutuo gratuito no conmutativo, pues mutuante y mutuario no pueden no saber perfectamente en qué consiste su prestación, si la tradición es simultánea a la conclusión del contrato y la restitución es de cosas iguales a las prestadas (art. 1141, C.C.).

El mutuo oneroso es normalmente conmutativo y accidentalmente aleatorio⁴². Esta última situación ocurre si los intereses pactados se computan a una tasa variable, a su vez ponderada según la evolución de factores previstos independientes de la potestad de las partes, o la extensión de su curso depende de la duración indeterminada del préstamo.

7.- Informalidad

El mutuo es un contrato no formal. Para concretarlo, la ley no prescribe ninguna solemnidad específica y se rige por el principio de libertad de formas (art. 974, C.C.). Puede ser concertado aun verbalmente (art 2246, C.C.).

IV. PRUEBA

Adecuado al principio general del art. 1193 del Código Civil (t.o. ley 17.711), el mutuo civil y comercial debe ser probado por instrumento público o privado con fecha cierta, si el préstamo supera el valor de diez mil pesos del año 1968 equivalentes a 0,00000001 pesos actuales (art. 2246, C. Civ., t. o. ley 17.940, art. 1°). De donde se sigue que prácticamente no existe contrato de mutuo que no se encuentre alcanzado por la norma citada y, por tanto, no deba ser probado por escrito.⁴³

⁴¹ Salerno, Marcelo Urbano, *Contratos civiles y comerciales*, Oxford University Press, México, 2002, p. 41.

⁴² López de Zavalía, Fernando J., ob. cit., T. 5, Parte Especial (4), pp. 221-222, 5; Mayo, Jorge, en *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, T. 9, p. 988, “d” (Director, Belluscio, Augusto C.- Coordinador, Zannoni, Eduardo A.), Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

⁴³ En juego con el arts. 1191 y 1992, ante la falta de un instrumento privado, se ha decidido que el registro en los propios libros del deudor es demostración plena y concluyente a favor del acreedor de la existencia de un mutuo si no se produjo prueba atendible que lo contradiga (C.N.Com., sala “E”, 28/06/2004, autos “Polakovic, Esteban J. J. s/inc. de rev. en: Universal Cutting S.A. s/conc. prev.”, La Ley del 7/10/2004, 7).

El mutuo formalizado en un instrumento privado prueba la verdad de la fecha que expresa en relación con sus partes (art. 1034, C. Civ.). Tanto en el mutuo civil como comercial, para que ese efecto se extienda a terceros y sucesores a título particular, es necesaria la configuración de alguna de las situaciones previstas en el art. 1035 del Código Civil. Mas en el mutuo comercial la fecha cierta puede ser probada, además, por cualquiera de los medios indicados en el art. 208 del Código de Comercio.⁴⁴

V. COMPARACIÓN CON OTROS CONTRATOS

1.- Con el depósito irregular

Es propio del depósito irregular, en cualquiera de sus variantes (art. 2189, C.C.), la posibilidad de uso de las cosas depositadas por el depositario, quien adquiere su dominio y queda obligado a restituir otro tanto de la cantidad entregada (arts. 2220 y 2221, C.C.). Por tanto, si se considera que el mismo fenómeno de transferencia de la cosa en propiedad se produce en el mutuo, la diferencia con el depósito se determina según la función cumplida por cada contrato. Así, el mutuo realiza una función crediticia y el depósito opera la función de custodia. De ahí sigue el criterio de distinción de cada tipo: si la materialización de un contrato se justifica por la función que cumple, el mutuo interesa principalmente al mutuuario que recibe la cosa y el depósito al depositante que la entrega. Ésa será la indagación primaria que hará el intérprete.

2.- Con la locación de cosas

La locación de cosas es un contrato bilateral, consensual y oneroso. El mutuo es un contrato unilateral, real y puede ser gratuito u oneroso.

En particular, interesa señalar que el mutuo oneroso y la locación de cosas muebles se distinguen en razón de la categoría de bienes que pueden ser su objeto. Mientras el mutuo supone el préstamo de cosas consumibles o fungibles, la cosas muebles susceptibles de ser alquiladas no son fungibles (art. 1499. C.C.).

3.- Con el comodato

De acuerdo con las distinciones adelantadas en el principio de este capítulo (apartado I), la principal diferencia consiste en que el mutuo versa sobre cosas muebles

⁴⁴ Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, T. II, Víctor P. de Zavalía – Editor, Buenos Aires, 1979, p. 106 y sus citas.

consumibles o fungibles y el comodato sobre cosas no fungibles, muebles o inmuebles. En consecuencia, el primer contrato opera la transferencia del dominio de las cosas consumibles o fungibles y el segundo supone la entrega de la cosa para su uso al comodatario que es mero tenedor (arts. 2240, 2245 y 2255, C. Civ.). Además, el préstamo de consumo puede ser gratuito u oneroso, civil o comercial, y el préstamo de uso es un contrato civil gratuito, pese a que puede estar instrumentado por uno comercial, como ocurre en el caso de los envases que se devuelven.⁴⁵

4.- Con la compraventa con pacto de retroventa

En la compraventa con pacto de retroventa el vendedor puede recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo el precio recibido con exceso o disminución (art. 1366, C. C.). Suele ser una operación usuraria en la medida en que encubre un mutuo con intereses. En ese negocio, el capital prestado por lo general es menor al valor de la cosa que garantiza la restitución y ésta queda en cabeza del acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

VI. EFECTOS

1.- Obligaciones del mutuante

1.1. El problema de la obligación de entregar la cosa

Según su naturaleza real y no consensual, el contrato de mutuo se forma con la entrega de la cosa. En consecuencia, antes de materializarse la tradición no existe mutuo y la promesa aceptada de celebrarlo no confiere acción de cumplimiento de una obligación hasta ahí inexistente. La única acción reconocida al futuro mutuario es de resarcimiento de los daños y perjuicios en el caso de incumplimiento de la promesa de un préstamo oneroso (arts. 1141, 2242 y 2244, C.C.). Sobre el punto, corresponde remitirse al análisis efectuado en torno a los caracteres del mutuo y a la promesa de realizarlo.

1.2. Garantía por vicios redhibitorios

El mutuante es responsable de los perjuicios sufridos por el mutuario por causa de la mala calidad o vicios ocultos de la cosa (art. 2247, C. Civ.).

⁴⁵ Por ejemplo, las bebidas gaseosas con botella retornable o los sifones suelen ser entregados en comodato a propósito de la compraventa comercial de su contenido. De acuerdo con la finalidad del negocio, el envase accede al contenido líquido. Confrontar Zavala Rodríguez, Carlos Juan, ob. cit., III, p. 24, números 27 y 28.

Esa obligación de responder se extiende tanto al mutuo oneroso como al gratuito y, en este último, se justifica en el conocimiento del vicio por el mutuante que no previno al mutuario, en concordancia con lo expresamente dispuesto en el comodato en relación con la obligación del comodante de entregar una cosa que no posea defectos ocultos (art. 2286, C. Civ.).⁴⁶

En relación con el mutuo oneroso, parece claro que el mutuario se verá precisado a devolver la cosa defectuosa cuyo uso no resultó posible por el vicio descubierto después de recibida, para extinguir el contrato sin deber intereses. Por consiguiente, en tal caso en que el mutuario no debe intereses ya que no pudo consumir la cosa, se impone la misma solución del mutuo gratuito: el mutuante deberá resarcir los daños y perjuicios causados si conocía o debió conocer el vicio por su oficio u arte y omitió informarlo (doctrina art. 2176, C.C.).

2.- Obligaciones del mutuario

2. 1. Obligación de restituir

Al formarse el contrato, el mutuario contrae la obligación de restituir una cantidad igual de cosas transmitidas, de la misma especie y calidad (arts. 2240 y 2250, C.C.). Esa obligación es causada por la tradición efectuada por el mutante, pues la sola convención es impotente para constreñir la restitución de cosas no entregadas.⁴⁷

La obligación del mutuario no cesa por la pérdida de la cosa, en la medida en que es el dueño de la cosa prestada que puede reemplazar por otra. Rige, en el caso, el principio *res perit domine* (art. 2245, C.C.).

Por eso, si el objeto fungible es sustituible por otro equivalente, el art. 2251 del Código Civil, al disponer que si es imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido el mutuario debe pagar el precio que tiene la cosa o cantidad recibida en el lugar y tiempo en que la obligación debe cumplirse, alcanza un escaso número de situaciones, en las que la dificultad de cumplir es evidente, aún cuando no fuera absoluta.

⁴⁶ Esta solución no es pacífica. Consideran que la garantía por los vicios redhibitorios se difunde al mutuo oneroso y gratuito con el mismo fundamento: Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, 2ª ed. actualizada por Arturo Acuña Anzorena, III, 1957, n° 2515, pp. 555-556; López de Zavalía, Fernando, ob. cit., T. 5, pp. 248-249; Mayo, Jorge, en ob. cit., vol. 9, p. 1001. Por su parte, Borda, G. A., entiende que la garantía es debida en el mutuo oneroso aun por el mutuante que ignora la existencia del vicio oculto.

⁴⁷ Sólo haciendo esa distinción que atiende su estructura real, puede ser compartido “*que el contrato de mutuo causa la obligación del mutuario de restituir las cosas recibidas*” (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, T. III, Rubinzal – Culzoni Editores, p. 380), pues la convención por sí sola no puede ser su fuente.

Verbi gratia, si la restitución es de divisas extranjeras y se prohibió su adquisición, o si se vedó o restringió en grado sumo el comercio del género de cosas a restituir, o si sobrevino una gran escasez de ellas.

Deben tenerse presente los casos de reenvío legal:

- 1) Según el art. 2252, el deber de restituir dinero se encuentra regulado por las disposiciones del Capítulo IV -Título VII “De las obligaciones de dar”, Sección I, Libro II- (arts. 616 a 624, C.C.).
- 2) La restitución de cosas que -constando de número, peso o medida- no son dinero es trata bajo el título “De las obligaciones de dar cantidades de cosas”, correspondiente al Capítulo III -Título VII, Sección I, Libro II- (arts. 606 a 615, C.C.) al que remite el art. 2253.
- 3) El art. 2254 considera la restitución de cosas no consumibles prestadas como fungibles y remite al Capítulo II “De las obligaciones de dar cosas inciertas” no fungibles (art. 601 a 605, C.C.). Por caso, el ya aludido del préstamo de códigos hechos por un librero a otro.

2.2. Obligación de pagar intereses

a) El principio de la gratuidad y el pacto de intereses compensatorios

Si bien el mutuo puede ser gratuito u oneroso (art. 2243, C.C.), el codificador se atuvo a la regla de su gratuidad natural, aun cuando admitió el pacto en contrario teniendo presente que los códigos europeos regularmente “son contrarios a la libertad de convenciones sobre intereses de los capitales” (art. 621, C.C. y su nota).

Según ese principio, el mutuo civil se supone que es gratuito si no se estipularon intereses compensatorios o lucrativos o retributivos (art. 2248, C.C.), en cuyo caso únicamente corren los moratorios propios del incumplimiento de la obligación de restituir el principal (arts. 622 y 509, C.C.). Consecuentemente, dado que el mutuario no debe cumplir intereses compensatorios no pactados anteriores al vencimiento de la obligación de restituir el préstamo, su pago no lleva a entender que se encuentra obligado a solventarlos en adelante (art. 2249, C.C.).

En materia de mutuo mercantil, conforme la regla general de la gratuidad, tampoco es necesario interpretar que corren intereses compensatorios, excepto que fueran dispuestos por la ley o establecidos en el contrato (art. 560, C. Com.). Tanto es así que los réditos pactados sin determinación del tiempo en que empezaron a computarse o de su magnitud, se consideran intereses moratorios que se calculan a la tasa que cobran los bancos públicos (art. 565, enunciado 1º, C. Com.).

No obstante el principio, como los actos comerciales nunca se presumen gratuitos (art. 218, C. Com.), el interés pagado espontáneamente no puede ser repetido o imputado a capital (art. 566, C. Com.) y el deudor debe seguir cumpliendo los compensatorios pactados aún después de vencida la obligación de restituir el capital “por el tiempo que se demore la devolución” (art. 568, C. Com.). A esos preceptos debe añadirse una consideración correspondiente a la práctica en general: en los usos y costumbres comerciales es difícil suponer que no se pacten intereses. Así, por ejemplo, el interés convenido es un componente ineludible de la operación de crédito que se concreta bajo la forma de un mutuo oneroso de dinero dado por las entidades financieras a sus clientes.⁴⁸

Ha de tenerse presente cómo se calcula el interés compensatorio pactado en el mutuo mercantil si se prestan cosas que no son dinero o “especies”, como dice el art. 562 del Código de Comercio empleando un término equivalente. En este caso particular menos frecuente y en defecto de estipulación en contrario, ante el problema de la variación del valor venal de las cosas, los réditos se computan en dinero (art. 563, C. Com.) según el precio que aquéllas tenían al tiempo del vencimiento de la obligación -no de la demanda- y en el lugar en que “debía hacerse la devolución” (art. 562).⁴⁹

b) Intereses moratorios

En la nota del art. 622 del Código Civil, el codificador recuerda que el título del interés moratorio relativo al mutuo civil y mercantil no es intrínseco al préstamo, ya que enjuga el daño producido en razón del incumplimiento por el mutuario de la obligación de restituir el capital.

Vélez usa expresiones disímiles para referirse al resarcimiento del daño moratorio (art. 2248, C.C.). Estrictamente, corresponde hablar de “intereses moratorios” en relación con el dinero prestado. La locución “pérdidas e intereses de la mora” concierne al daño producido por el incumplimiento de la obligación de restituir cantidades de cosas que no son dinero y se encuentra alcanzada por los arts. 519 y siguientes del mismo código.

Dichos intereses moratorios caen en la órbita del art. 622 del Código Civil (reenvío art. 2252, C.C.)⁵⁰ y el art. 565, segunda parte, del Código de Comercio.

⁴⁸ Barreira Delfino, Eduardo, “*Teoría general de la contratación bancaria*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005 – 3, *Contratos bancarios*, Rubinzal –Culzoni Editores, pp. 36 y 78.

⁴⁹ La solución concuerda con el criterio asentado en el art. 2251 del Código Civil para el cálculo del valor de la cosa cuya restitución no es posible.

⁵⁰ Con fecha 20/4/09, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, en los autos caratulados “Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”, dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios “Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios” del 2/8/93 y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI, interno 200 s/ daños y

En el mutuo civil, los intereses moratorios se computan desde el vencimiento de la obligación. En el mutuo comercial no se contempla la mora automática (art. 509, primer enunciado, C. Civ.) y, salvo pacto en contrario, los intereses moratorios corren desde el día de interposición de la demanda judicial, sin obstaculizar su curso la eventual iliquidez del crédito (arts. 560 y 561, C. Com.).

En materia comercial y acerca del cálculo del interés moratorio relativo al incumplimiento de la obligación de restituir dinero o una cosa fungible o consumible, el artículo 564 adopta un criterio semejante al establecido por el artículo 562. Pero si las circunstancias de tiempo y lugar de la restitución permanecieron indeterminadas, el accesorio se debe a la tasa fijada y según el valor que tenía la cosa prestada en el momento y lugar en que se hizo el préstamo (arg. art. 564).

c) Anatocismo

El Código de Comercio contiene reglas particulares acerca de la capitalización de los intereses que deben ser tratadas *hic et nunc*. Su artículo 569 dispone que los intereses vencidos producen nuevos intereses en dos casos básicos: 1°) por convención especial, 2°) por demanda judicial de los intereses adeudados durante el período mínimo de un año.

Compaginados el precepto citado y el artículo 623 del Código Civil según el texto de la ley 23.928 de convertibilidad del austral (art. 11) -que regula el anatocismo en general-, resulta que la convención aludida, al igual que en materia civil, no sólo se refiere al acuerdo de refinanciación posterior de una deuda, sino también a la acumulación de intereses futuros, con la periodicidad acordada y a una tasa variable conformada a la evolución de la tasa de plaza.⁵¹

En defecto de pacto en contrario, en el caso de una demanda judicial la capitalización puede practicarse en la nueva liquidación que el acreedor se ve forzado a practicar como consecuencia de la persistencia del incumplimiento del deudor que fue intimado judicialmente a pagar el monto de la condena que fue materia de una liquidación anterior aprobada (arts. 623, C. C. y 570, C. Com.).

d) Control judicial

perjuicios” del 23/3/04, que establecían la tasa pasiva (que pagan los bancos) para fijar el interés moratorio cuando no se había fijado un interés legal o convencional. Según la actual doctrina, corresponde aplicar la tasa activa (cobrada por los bancos), cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración de significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

⁵¹ Rouillon, Adolfo A. N. (dir.) – Alonso, Daniel F. (coord.), *Código de Comercio comentado y anotado*, I, La Ley 2005, Buenos Aires, p. 1024.

La usura compromete la vigencia de la justicia objetiva en los contratos onerosos en general. Aquella implica una desigualdad que se manifiesta en el contrato con prestaciones recíprocas si los términos del intercambio no tienen valores homogéneos; en el contrato de trabajo en particular, si la contraprestación recibida en reciprocidad por el trabajador es menor a la valía de la prestación cumplida (pues “nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno”); y, en el mutuo, si los intereses calculados resultan ser excesivos.

Por tanto, siempre que se produzca desigualdad de prestaciones en materia de intercambio de mercaderías, de salarios y de intereses sin que verifique una razón práctica-prudencial que valide la desproporción, es preciso evitar o corregir el enriquecimiento de una parte y el correlativo empobrecimiento patrimonial de la otra. De manera que parece evidente, para conseguir esa finalidad, que el principio de equidad entendido como la igualdad propia de cada relación jurídica deba ser el criterio hermenéutico rector de los tribunales.

En ese sentido y en materia de mutuo, se encuentra muy consolidada la idea de reducir los intereses excesivos a pedido de parte. Pero surge enseguida el problema teórico-práctico de la posibilidad de reducción de oficio los intereses compensatorios y punitivos usurarios, acerca del cual pueden formularse dos respuestas contrarias principales.

De un lado, puede sostenerse que la medida de los intereses consentida por las partes involucra una situación que atañe al orden privado de ellas y en relación con la cual los tribunales deben abstenerse de intervenir de oficio, aún cuando aparezca ostensiblemente inicua. Esa posición importa considerar que el interés desmesurado que se adiciona a la prestación principal supone una nulidad relativa que sólo puede ser declarada si media petición de parte⁵².

Pero desde otro punto de vista se plantea que la función cumplida por el contrato, instrumental a la satisfacción de las necesidades económicas de los particulares que convergen a formarlo, rebasa el campo privado y no es indiferente al orden de la convivencia social. De modo que el pago de un interés usurario que produce el empobrecimiento de una parte es contrario a la satisfacción de la necesidad económica justificativa del negocio concertado y llega a concernir a la cosa pública; sobre todo si se tiene presente que el pago de un interés excesivo lesiona el bienestar general con particular intensidad en el circuito financiero de los bancos que canalizan los recursos crediticios y destinan el flujo de dinero al desenvolvimiento de la actividad económica productiva.

Es así como conviene considerar el problema de la usura no sólo en el importante campo del aprovechamiento de un necesitado de voluntad disminuida y en la perspectiva de

⁵² Llambías, J. J. y Posse Sagüier, F., *Código Civil Anotado*. Tomo II-A- vol. 2. Edit. Abeledo Perrot. 2004, comentario art. 656, p. 30- 39.

la moral y buenas costumbres, sino también de la gravedad de un desorden que pudiere causar una especulación financiera a gran escala, producida por el cobro de ganancias financieras desmesuradas con relación al nivel de la producción. Anomalía que, por cierto, posee la aptitud de debilitar la organización política al desmerecer la creación de suficientes condiciones para el desarrollo pleno de los particulares que la integran.

En consecuencia, de acuerdo con la segunda tesis, es fácil concluir que la proyección convencional del interés excesivo lesione la moral pública y el orden público del Estado. Y es por eso que, al tratarse de una nulidad absoluta, los tribunales no puedan permanecer indiferentes al interés desproporcionado y a sus consecuencias nocivas que, llegado el caso, deben corregir de oficio.⁵³

Por lo expuesto, a la vista del problema de la usura y con el fin de evitar la concreción de una desventaja desmesurada para el mutuante, el interés pactado por las partes del mutuo –simple o compuesto (si se capitalizan intereses)- se encuentra sujeto al control del órgano judicial, quien puede cumplir la delicada función de declarar su nulidad de oficio en la medida del exceso, sobre la base de fundamentos normativos plurales: moral y buenas costumbres (art. 953, C.C.), orden público (art. 21, C.C.), causa ilícita (art. 502, C.C.), facultad de morigeración de la cláusula penal desproporcionada (art. 656 párrafo 2º, C.C.), vicio de lesión (art. 954, C.C.) y abuso del derecho (art. 1071, C.C.).⁵⁴

⁵³ El Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, en su art. 723, restringe la facultad de morigeración de oficio en los siguientes términos: “el tribunal sólo tiene facultades para reducir la tasa de los intereses compensatorios y punitivos, o el resultado del anatocismo: a) A pedido de parte, si se configuran los requisitos del artículo 327, o de los artículos 968, inciso e), y 970; b) Si el acreedor es condenado por el delito penal de usura. c) Si lo autoriza expresamente la ley. En caso de reducción, los intereses pagados en exceso se aplican al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.

⁵⁴ C.S.J.N., caso “José Castellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento” del 2/11/2004, en *Fallos*, 327:4734; SCBA, E.D. 36-638, fallo 17:831; S.C.Mendoza, Sala I, “Marotta, Fernando c. Matta, Lilia y otro”, caso del 25/8/88, en J.A., 1989- II-77 y L.L., 1988-E-257, con nota de Lino Palacio; Tomás Casares, 1ª instancia. 12/7/1937, in re “Bordiglia, José (suc.) c. Labat, Lorenzo”; CC y Com. de San Isidro, sala I, del 06/05/2010, “Poggi, Guillermo c/ Ricardo y Devesa, Emilio, publicado en La Ley online AR/JUR/16312/2010; S.C. Buenos Aires, caso “Toderó, Néstor Javier c. SIDES S.A. y Liberty A.R.T. S.A.”, del 21/04/2010, en La Ley online AR/JUR/14906/2010