

CONTRATO DE MUTUO BAJO EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Gustavo Carlos Liendo¹

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2019

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2019

Resumen

El presente trabajo analiza los conceptos básicos de los contratos en general, su evolución, la voluntad como requisito esencial para su validez, luego de lo cual ingresa en el contrato de mutuo en particular, la garantía hipotecaria, el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero nacional o extranjero dentro del contrato de mutuo, las causas que permiten la alteración de las condiciones originarias en un contrato de mutuo, el pago como cumplimiento del contrato de mutuo y de extinción de la obligación derivada del mismo, además de las otras formas que también extinguen la obligación en los contratos en general y del mutuo en particular, todo ello, conforme lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación.

¹ Abogado de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho con orientación en Derecho Privado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Docente de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado y del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado y la Maestría en Derecho Empresario de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Autor de diferentes artículos de doctrina.

Abstract

The present work analyzes the basic concepts of the contracts in general, their evolution, the will as an essential requirement for their validity, after which enters into the contract of mutual in particular, the mortgage guarantee, the regime of the obligations of giving sums of national or foreign currency within the contract of mutual, the causes that allow the alteration of the original conditions in a contract of mutual, the payment as fulfillment of the contract of mutual and extinction of the obligation derived from it, in addition to the other forms that also conclude the obligation in contracts in general and the mutual in particular, all this, as established by the Civil and Commercial Code of the Nation.

Resumo

O presente trabalho analisa os conceitos básicos dos contratos em geral, a sua evolução, a vontade como requisito essencial para a sua validade, após o que entra no contrato de mútuo em particular, a garantia hipotecária, o regime das obrigações de dar somas de dinheiro nacional ou estrangeiro dentro do contrato de mútuo, as causas que permitem a alteração das condições originais em um contrato de mútuo, o pagamento como cumprimento do contrato de mútuo e extinção da obrigação derivada dele, além das outras formas que também extinguem a obrigação nos contratos em geral e no mútuo em particular, udo isso, conforme estabelecido pelo Código Civil e Comercial da Nação.

Palabras clave

Contrato de mutuo, Código Civil y Comercial de la Nación, Obligación de dar sumas de dinero, Obligación de dar cosas.

Keywords

Contract of Mutual, Civil and Commercial Code of the Nation, Obligation to give sums of money, Obligation to give things.

Palavras chave

Contrato de mútuo, Código Civil e Comercial da Nação, obrigação de dar somas de dinheiro, obrigação de dar coisas

1. Introducción

En forma preliminar desarrollaremos conceptos básicos del contrato en general, pero no incluiremos cuestiones relativas a los subcontratos y los contratos conexos que se regulan en los artículos 1069 al 1075 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), porque ello extendería en forma manifiesta e inconducente nuestro trabajo y sin ninguna utilidad para el tratamiento del contrato de mutuo.

Habiendo realizado esta necesaria y previa aclaración, iniciamos esta introducción sobre los contratos en general, diciendo que el régimen del Código de Vélez definía a las convenciones hechas en los contratos, como la ley misma para las partes, y dicha posición era coherente, porque en aquellos tiempos, tenía gran preponderancia la autonomía de la voluntad al momento de contratar y – consecuentemente- se entendía que una vez que se arribaba a un acuerdo, el mismo debía ser cumplido por los contratantes, previendo para el caso de incumplimiento, la reparación del daño, más allá de la ejecución del mismo, que también se podía accionar.

Corresponde entender que los contratos siempre han sido considerados importantes dinamizadores de las relaciones económicas y en donde el respeto que los firmantes hagan de ellos asegura la convivencia en paz de la comunidad, y de ahí la necesidad de protegerlos por parte de la legislación imperante para cada tiempo.

Dentro de ese contexto, resaltamos que los contratos tradicionalmente se clasifican como nominados e innominados, entendiendo por los primeros a los que se encuentran previstos dentro del ordenamiento legal y –por contradicción- los innominados, los que no lo están.

Resulta de interés, mencionar que Hariri (2011) sostiene sobre esta clasificación que:

Téngase en cuenta que el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución, también, bajo el aspecto técnico. (p.462)

Justamente por ello, Hariri (2011) expresa, que no podemos encerrarnos en una enumeración de los contratos, porque la vida nos enseña que aparecen otras modalidades de contratos, como producto de la voluntad y de la creación del hombre.

También corresponde tener presente que la voluntad forma parte sustantiva de la existencia de los contratos, y ella solo se encuentra presente cuando hay discernimiento, intención y libertad.

Por lo tanto, ante la ausencia de –por lo menos- alguno de estos tres elementos, se afecta la voluntad y por ello, la existencia misma del contrato que haya sufrido dicha anomalía.

2. La Interpretación de los contratos

El otro elemento de interés en relación con los contratos en general y del mutuos en particular, se refiere a las reglas aplicables para su correcta interpretación, las cuales podemos dividir en primer término, entre la denominada teoría de la voluntad íntima, expuesta por la doctrina francesa, también conocida como de la voluntad real y que tan bien fuera expuesta por Savigny, la cual pretende conocer la verdadera intención de las partes al momento de contratar, pero, en relación con esta postura, Borda (2011), nos enseña: “Lo primero que debe señalarse es que aquello verdaderamente querido por los contratantes, en la medida en que no sea expresado, resultará inaccesible para terceros, con la consiguiente inseguridad jurídica que se genera.” (p. 487)

Coincidimos con la reflexión de Borda (2011), cuando dice que siguiendo esta doctrina, no solamente se podría llegar a facilitar el obrar desaprensivo de quien actúa de manera dolosa y con mala fe, sino que también, se podría estar premiando a quien hubiera obrado de buena fe, pero sin que haya prestado demasiada atención al texto firmado, esto es, con una conducta negligente, que en síntesis significaría que no preste demasiada atención a las divergencias que pudieran existir entre lo manifestado y su voluntad íntima.

A esta teoría, se le opone la que se conoce como de la declaración de la voluntad, sostenida por la escuela alemana, en la cual se resalta lo que las partes han expresado al momento de contratar, buscando de ese modo, apuntalar la seguridad jurídica y también buscando con ello, una forma de proteger la confianza depositada en la palabra empeñada.

En relación con esta escuela, Borda (2011), ubica a Danz como su más importante expositor y también menciona a Planiol y Ripert, toda vez que éstos dos últimos pensadores, justificaron el hecho de dejar de lado la voluntad íntima en la llamada seguridad dinámica, esto es, en la necesidad de hacer producir efectos a las

situaciones aparentes, de manera de garantizar a los contratantes, que lo escrito debe respetarse, aun cuando no responda exactamente a lo querido.

Corresponde dejar en claro, que la teoría de la declaración de la voluntad incluye tanto la declaración, como la voluntad, y si esta última estuviese viciada por error, dolo o violencia, el contrato, obviamente, no tendría validez.

Asimismo, y en relación con las reglas de interpretación de los contratos, también se han desarrollado las llamadas teorías eclécticas, que se ubican en un lugar intermedio entre las dos anteriores ya explicadas, es decir que toman ciertas enseñanzas de ambas escuelas, para tratar de interpretar de la forma más certera posible a los contratos.

Dentro de estas teorías eclécticas, podemos mencionar a la de la responsabilidad, la cual sostiene que, si existen diferencias entre la voluntad íntima y lo declarado en el contrato, debe prevalecer la primera al momento de tener que interpretar el contrato.

También corresponde destacar a la teoría de la confianza, que tiene su origen en Italia, y defiende la posición antagónica a la que se explicara anteriormente, es decir que, ante la discrepancia, prevalece lo que se haya declarado en el contrato, salvo que el destinatario hubiese actuado culposamente, esto es, sabiendo o debiendo saber que no había correspondencia entre lo declarado y la verdadera voluntad.

Siempre dentro de las teorías eclécticas, se encuentran la de la imputabilidad, sostenida por Ruggiero, la cual se inclina por establecer la interpretación contractual, siguiendo los parámetros de buena o mala fe (Borda, 2011).

Continuando con esta enumeración, están la teoría de las declaraciones recepticia y no recepticia, es decir, que, para su interpretación, esta escuela tendrá presente lo declarado y lo que se haya querido, pero claro está que eso querido debe tener por lo menos alguna manifestación, aunque sea incompleta; y la última de estas teorías de interpretación de los contratos es la de la voluntad común, que sostuvo Spota y que busca focalizar la voluntad común, es decir, lo querido por ambas partes.

Pero más allá de las diferentes teorías que han pretendido establecer las reglas de interpretación de los contratos, coincidimos con Borda (2011) en el sentido de entender que el criterio rector en materia de interpretación de los contratos, es el principio general de buena fe, al que deben subordinarse todas las demás reglas interpretativas y así lo ha entendido el CCyC, toda vez que ya desde su parte preliminar establece a la buena fe como un principio fundamental en materia de contratos y de los actos jurídicos en general.

Específicamente el CCyC regla a la interpretación de los contratos en sus artículos 1061 al 1068 y en ellos expresamente privilegia a la intención de las partes y a la buena fe, ponderando la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado, y el orden público por el otro, estableciéndose criterios para resolver esa relación y aplicando la interpretación restrictiva cuando así se encuentre previsto en la ley o por convención, salvo en el caso de los contratos por adhesión y en los de consumo, el sentido de las palabras, la interpretación contextual, las fuentes de interpretación, como auxiliar y para el supuesto de ser necesario, el principio de conservación del contrato, la protección de la confianza y de la lealtad que las partes se deben recíprocamente, y los principios de interpretación que deben aplicarse en los contratos gratuitos y en los onerosos, cuando pese a todo, persistan las dudas.

En cuanto al régimen de interpretación de los contratos que sigue nuestro CCyC, Varela (2015), expresa:

Para los demás casos se debe tomar en consideración las circunstancias en que el contrato se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; la conducta de las partes, incluso la posterior a la celebración del contrato; la naturaleza y finalidad del contrato; el sentido que comúnmente se dé a tales cláusulas y expresiones en la actividad a la que corresponda su objeto. También se precisa el significado que debe dársele a las palabras del contrato, la interpretación conforme al conjunto del acto, el principio de conservación, el principio de apariencia, y el de coherencia. Se consagran principios clásicos de la hermenéutica contractual. En este sentido cabe resaltar la norma que sostiene: la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes

se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. (p. 14)

3. La crisis del contrato

Habiendo concluido con esta somera mención relativa a las reglas de interpretación de los contratos, pasamos a desarrollar los cambios que ha sufrido desde hace bastante tiempo la definición que el código de Vélez les otorgaba a los contratos en su artículo 1197, en realidad, se trata de una importante alteración, la cual en general, se explica bajo la figura de que ha nacido un nuevo paradigma.

Así, diferentes autores entendieron que el instituto del contrato estaba en crisis, porque los principios que lo sustentaban bajo la concepción de Vélez habían sufrido importantes condicionamientos que mermaban el principio de la amplia autonomía que ese código les reconocía a las partes al momento de contratar.

Efectivamente, la autonomía de la voluntad estaba sufriendo importantes embates y paulatinamente el contrato fue dejando de ser el producto de un acuerdo entre dos partes, para transformarse en un documento que contenía cada vez menos componentes de la voluntad de los contratantes, y más regulación legal de tipo imperativa.

De este modo y en forma creciente, aún bajo la vigencia del código de Vélez, la autonomía de la voluntad comenzaba a ceder ante las disposiciones legales que buscaban preservar el orden público y las buenas costumbres, conforme con lo que ya disponía el artículo 21 de dicho código y con la irrupción de la reforma de la ley 17.711, el derecho argentino incorporó la lesión como vicio propio de los actos jurídicos en su artículo 954, y la doctrina de la imprevisión indicada en la segunda parte del 1198, además de la teoría del abuso del derecho previsto en el artículo 1071 de dicho ordenamiento legal.

Toda esta limitación a la libre contratación que fue recibiendo nuestro ordenamiento, fue íntegramente acogida por el Código Civil y Comercial de la Nación,

desde su misma parte preliminar, efectivamente, ya en su artículo 10 se establece el principio rector del abuso del derecho, su artículo 12 establece que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

A estas previsiones generales, se le deben adicionar las reglas que establece el CCyC, en relación con la lesión y sus soluciones, conforme lo indica el artículo 332 y de la teoría de la Imprevisión, que se encuentra replicada sin mayores cambios a la versión de la ley 17.711 dentro del artículo 1091 del nuevo ordenamiento legal.

Luego de haber realizado estas primeras aclaraciones, concluimos este punto, expresamos que el CCyC, en sus artículos 966 al 970, clasifica a los contratos entre a título oneroso y a título gratuito, conmutativos y aleatorios, contratos formales, y nominados e innominados.

Por otro lado, diferencia a los contratos, entre los paritarios o de negociación individual, que son aquellos que tienen mayor primacía la voluntad de las partes, los contratos de adhesión, mediante los cuales uno de los contratantes adhiere a las cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra y los de consumo, que se identifican porque una de las partes surge como notoriamente más débil al momento de contratar y por ello el CCyC y las leyes especiales le brindan al débil una mayor protección legal.

4. El contrato de mutuo

Habiendo desarrollado en los puntos anteriores temas generales a los contratos, pasamos a tratar en este punto al contrato de mutuo, el cual se encuentra regulado en el Libro Tercero, Derechos Personales, Título IV, Contratos en Particular, Capítulo 20, Mutuo, artículos 1525 al 1532 del CCyC.

Como primera cuestión, corresponde destacar que el CCyC regula y unifica contratos que se encontraban previstos en el Código Civil y en el Código de Comercio,

como sucedía con la compraventa, la permuta, el contrato de suministro, la locación, el mandato, el mutuo, el comodato, la donación, la fianza, los contratos de renta vitalicia, entre otros.

Asimismo, ha eliminado la distinción que el código de Vélez hacía entre contratos reales y consensuales, lo cual ubica al mutuo dentro de los contratos consensuales, y lo mismo le sucede al comodato, en estos dos contratos queda por lo tanto establecida la bilateralidad, la cual era discutida durante la vigencia del código civil de Vélez, porque en forma mayoritaria la doctrina se inclinaba por entenderlo como unilateral, salvo Borda, quien en soledad lo ubicaba como bilateral.

Más allá que esta discusión ha quedado superada, corresponde aclarar que esa caracterización no cambia la causa de la obligación de restituir la misma cantidad de cosas en el mutuo.

En cuanto a la definición del contrato de mutuo, el artículo 1525 del CCyC lo hace del siguiente modo:

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.

De la propia definición de este artículo se comprende que estamos en presencia de un contrato que obliga al mutuante a entregar en propiedad una determinada cantidad de cosas fungibles al mutuario, las cuales y por sus propias características, posibilita su consumo o agotamiento, y en donde el mutuario se encuentra obligado a restituir, dentro del plazo que hubiesen acordado las partes, la misma cantidad de cosas de igual calidad y cantidad.

Por lo explicado, este contrato solo puede tener como objeto a las cosas fungibles, las cuales se encuentran definidas en el artículo 232 del CCyC del siguiente modo:

Cosas fungibles. Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

De acuerdo con lo expuesto, el mutuante sólo puede exigirle al mutuario que le devuelva otro individuo de la misma especie, en la misma cantidad y calidad, más allá de sus intereses, si correspondiesen.

Así y en relación con esta cuestión, Lamber (2015), sostiene que las cosas consumibles, según el artículo 231 del CCyC son “aquellas cuya existencia termina con el primer uso”, y el artículo 232 del mismo cuerpo legal define a las cosas fungibles como aquellas en las que “todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y puede sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad”.

Por tanto, la naturaleza del mutuo está determinada por el compromiso del mutuante a entregar al mutuario en propiedad (dado que la cosa dada ya no se devuelve en su propio ser) una determinada cantidad de cosas fungibles, y el mutuario se obliga a devolver, no la misma cosa, sino igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Lo explicado se encuentra expresamente dispuesto por el artículo 766 del CCyC, es decir, que, si la cosa entregada al mutuario es trigo, éste deberá restituir al mutuante la misma cantidad de trigo y de la misma especie y calidad, diferente es el caso, si el objeto del mutuo es moneda de curso legal o extranjera, porque en esos supuestos, la regla general que debe ser aplicada es la del artículo 765 del CCyC.

En cuanto a las características del mutuo, se trata de un contrato nominado porque se encuentra expresamente regulado dentro del CCyC, es bilateral visto que requiere la participación y asunción de obligaciones de ambas partes (art. 966 del CCyC), además el CCyC ha revertido la regla general relativa a la gratuidad u onerosidad, porque ahora la onerosidad para este tipo de contratos es lo preceptuado, más allá que las partes pueden pactar su gratuidad (art. 1527 CCyC).

Asimismo, es conmutativo, toda vez que ambas partes conocen desde un principio sus contraprestaciones en forma cierta, es decir, la relación existente entre los beneficios y sacrificios que las partes asumen en ese contrato. No es formal ya que el CCyC no dispone solemnidad especial para su validez y es de ejecución diferida debido a que el mutuario se obliga a restituir igual cantidad y calidad de cosas para un momento posterior a la de la celebración del contrato.

También corresponde resaltar que este tipo de contratos se pueden celebrar como paritarios, aunque lo más usual es que sean de adhesión conforme lo prevé el artículo 984 y concordantes del CCyC y/o de consumo (1092, 1093 y 1408 del CCyC).

Consecuentemente, y más allá de las características explicadas, estamos en presencia de un contrato donde el mutuante se encuentra obligado a entregar la cosa prometida, salvo que, con posterioridad a la firma del contrato surgiese un cambio en la situación del mutuario que tornase incierta la restitución, a cuyo fin corresponde tener presente la previsión del artículo 1526 del CCyC, el cual dispone:

El mutuante puede no entregar la cantidad prometida si, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución. Excepto este supuesto, si el mutuante no entrega la cantidad prometida en el plazo pactado o, en su defecto, ante el simple requerimiento, el mutuario puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

Este artículo del CCyC establece un cambio importante para este contrato, porque el código de Vélez definía al mutuo como real, toda vez que para que existiese, el mutuante debía entregar la cosa, consiguientemente, bajo el régimen anterior, el mutuario no podía exigir el cumplimiento de la cantidad de cosa prometida porque el contrato no se había iniciado, de ahí que la doctrina mayoritariamente ubicaba a este contrato como unilateral, visto que solo una vez que se entregaba la cosa comenzaba el contrato, y por ello, el único obligado era el mutuario, pero como ya hemos referenciado, esta regla ha cambiado a partir de la vigencia del CCyC, porque ahora estamos en presencia de un contrato consensual.

En ese sentido y al momento de analizar al CCyC cuando aún era un proyecto, Alioto (2012) explica:

Como una aplicación del criterio general de desestimar la categoría de contratos reales que ya había sido anticipado en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, el actual Proyecto de reforma confiere carácter consensual al mutuo y al comodato. Esa modificación se alinea a la legislación de 1883 y 1911 que completa el Código Civil Suizo, a la ley que modificó el BGB, vigente desde el 2002 y, en América, al Código Civil de Perú de 1984 (arts. 1352 y 1648) y cubano de 1987. Y es contraria al Código Italiano de 1942, al portugués de 1996, al de Bolivia de 1975, al de Paraguay de 1987, al de Quebec de 1991 y al de Brasil de 2001. De esa manera, el Proyecto se aparta de la tradición romana que había continuado Vélez Sarsfield en los contratos de depósito, mutuo civil y comercial y comodato, que hasta el presente solo se perfeccionan con la entrega (arts. 2242, 2256, 1141 y 1142, C.C.). Por esa razón, en el Código Civil vigente el mero acuerdo consentido por las partes correspondiente a la formación de un mutuo y de un comodato no es suficiente para generar el efecto que sería propio de la convención que lo determina. Es decir, el mutuante y el comodante no quedan obligados a dar las cosas prometidas, y, desde luego, carecería de asidero que el mutuario y el comodatario contrajeran la obligación de restituir una cantidad que no fue entregada. (p. 461)

De esta forma y como ya hemos indicado al momento de referirnos a las características del contrato de mutuo, el artículo 1527 del CCyC dispone como regla general a la onerosidad, de acuerdo con la siguiente redacción:

El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario.
Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada.
Si el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios, el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario.
Los intereses se deben por trimestre vencido, o con cada amortización total o parcial de lo prestado que ocurra antes de un trimestre, excepto estipulación distinta.

Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuuario voluntariamente son irrepetibles.
El recibo de intereses por un período, sin condición ni reserva, hace presumir el pago de los anteriores.

Ya hemos adelantado que el CCyC ha alterado el principio de gratuidad que sostenía el código de Vélez para el contrato de mutuo, porque al normarlo tanto para el ámbito civil como para el comercial, ha dispuesto que la regla general es que se lo presuma como oneroso, salvo pacto en contrario.

Este cambio de criterio normativo simplemente ha sincerado el uso y costumbre que rige desde hace tiempo para este tipo de contrato, más allá que en su origen el principio era la gratuidad y en ese aspecto, Castillo (2006) expresa:

El contrato de mutuo se reguló en el derecho griego y en el derecho romano como un préstamo de consumo. Originalmente fue considerado gratuito dado que sólo se practicaba por lazos de amistad y sólo cuando se impuso una contraprestación al contrato, éste se convirtió en un acto jurídico reglamentado por el derecho de gentes. Su práctica común se inicia al fin de la república como consecuencia de la escasez de dinero resentida por los romanos. Posteriormente el préstamo marítimo propició la práctica comercial de este contrato. Aunado a la crisis económica el interés subió en forma considerable. Ante este nuevo fenómeno se fue acrecentando la necesidad de proteger al mutuuario contra las acciones usureras de quienes practicaban el préstamo y por primera vez fue fijada una tasa máxima legal del 1% mensual. –En la época de Justiniano este porcentaje fue reducido al cincuenta por ciento. Posteriormente, bajo el imperio bizantino y la influencia cristiana, el mutuum con interés fue prohibido totalmente al considerarse como un pecado. La prohibición del interés en el mutuum subsistió desde la época de Carlomagno hasta la revolución francesa (p. 69)

Destacamos que el código de Vélez adoptó los principios del Derecho Romano, y por ello lo consideraba gratuito, y, por lo tanto, caracterizado como contrato unilateral y perfeccionado por la tradición traslativa de la propiedad de una cantidad de cosas que se pesan, cuentan o miden por parte del prestamista (mutuante) al prestatario

(mutuario), quien quedaba obligado a restituir al primero en el plazo señalado, una cantidad exactamente igual de cosas de idéntica naturaleza e igual calidad.

Naturalmente, la evolución de la actividad económica obligó a que este tipo de contrato torne hacia su habitual onerosidad, porque el uso de las cosas fungibles, incluyendo el dinero, tienen un costo y consecuentemente el devengamiento de una renta debe ser tenida presente por parte de la ley, aunque con las excepciones pertinentes, como pueden ser los préstamos entre parientes, amigos, etc.

En cuanto al plazo y lugar de restitución del mutuo, el artículo 1528 del CCyC dispone:

Plazo y lugar de restitución. Si nada se ha estipulado acerca del plazo y lugar para la restitución de lo prestado, el mutuario debe restituirlo dentro de los diez días de requerirlo el mutuante, excepto lo que surja de los usos, y en el lugar establecido en el artículo 874.

Todo contrato de mutuo usualmente establece el plazo dentro del cual debe ser restituida la cosa fungible al mutuante y el lugar, pero para el supuesto que no lo hubiesen previsto, la ley de forma supletoria dispone un plazo de 10 días contados desde el momento que el mutuante lo requiera y establece que deberá hacerlo en el lugar que indica el artículo 874 del CCyC, es decir en el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación y para el supuesto que el deudor se mude, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior e igual opción le corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

Resaltamos que el mencionado artículo 874, en su parte final aclara que esta regla no se aplica a las obligaciones: a) de dar cosa cierta; en este caso, el lugar de pago es donde la cosa se encuentra habitualmente; b) de obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo; en este supuesto, lugar de pago es donde debe cumplirse la prestación principal.

Resulta importante señalar dos cuestiones, la primera es que la regla de cancelación de la obligación en el domicilio del deudor resulta congruente con lo que

dispone el artículo 36 de la ley 24.240, que se integra con el artículo 15 de la ley 26.361 para las relaciones de consumo, visto que dicha normativa prevé que el deudor de una relación de consumo sólo puede ser demandado en la jurisdicción correspondiente a su domicilio, la segunda es que las previsiones del artículo 1528 sigue los mismos principios generales que se encuentran establecidos en el artículo 867 del CCyC para que el pago tenga efecto extintivo en toda obligación, nos referimos a que deben cumplir con los requisitos de puntualidad y localización, además de los de identidad e integridad.

Justamente y en relación al incumplimiento del mutuario, el artículo 1529 del CCyC lo trata en los siguientes términos:

La falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución. Si el mutuo es gratuito, después del incumplimiento, se deben intereses moratorios. Si el mutuo es oneroso a falta de convención sobre intereses moratorios, rige lo dispuesto para las obligaciones de dar sumas de dinero.

Esta previsión deja en claro que ante el incumplimiento de la obligación del pago del capital o de sus intereses por parte del mutuario, el mutuante tiene el derecho de resolver el contrato y de exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, con más los intereses adeudados hasta que se produzca su restitución y dispone que si se hubiese pactado el mutuo gratuito, su incumplimiento genera el devengamiento de intereses moratorios, y aclara que si estuviésemos en presencia de un mutuo oneroso pero sin convención expresa sobre los intereses, deberemos regirnos por lo dispuesto para las obligaciones de dar sumas de dinero, es decir, por las previsiones regladas dentro de los artículos 767, 768, 769 y 770 del CCyC.

En relación con la renta en el contrato de mutuo, resulta importante destacar que el CCyC divide a los tipos de intereses según su finalidad en compensatorios, los cuales son regidos por el artículo 767 del CCyC, y que son aquellos que obtiene el

dueño por prestar su dinero y no poder disponer de él durante cierto tiempo, en moratorios, previstos en el artículo 768 del CCyC, que son los que se adeudan a partir del ingreso en mora del deudor, los punitorios, que son los moratorios que hayan sido pactados por los contratantes, conforme lo prevé el artículo 769 del CCyC y el artículo 770 dispone que no proceden intereses sobre intereses, salvo las expresas excepciones que se disponen en esa misma norma.

La responsabilidad por la mala calidad o vicio de la cosa, cuando ésta no sea dinero, se encuentra dispuesta en el artículo 1530 del CCyC, del siguiente modo:

Si la cantidad prestada no es dinero, el mutuante responde por los daños causados por la mala calidad o el vicio de la cosa prestada; si el mutuo es gratuito, responde sólo si conoce la mala calidad o el vicio y no advierte al mutuario.

El artículo en estudio aplica al mutuo las mismas responsabilidades que se encuentran previstas de forma general para todo vicio oculto, conforme lo indican los artículos 1051 a 1058 del CCyC, aclarando que, si se trata de un contrato gratuito, la responsabilidad solo existe si el mutuante conocía la mala calidad o el vicio y no se lo advierte al mutuario.

Cuestión aparte es la exclusión que hace el mencionado artículo al dinero, la cual entendemos poco feliz, porque si bien busca darle una mayor precisión que la que contenía el artículo 2247 del Código de Vélez, la realidad es que no compartimos esta exclusión, porque también puede existir entrega de dinero de diferente calidad, como podrían ser billetes de diferentes importes incluidos dentro de uno o más fajos y que puedan pasar desapercibidos en el momento de la tradición, o que contengan tal grado de deterioro o rotura, que terminen siendo no aceptados por el comercio en general, y por ello, entendemos que el dinero debería estar incluido dentro de la responsabilidad que fija el artículo 1051 y concordantes del CCyC.

El artículo 1531 del CCyC determina que las reglas establecidas en este capítulo se aplican, aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas referidas al cobro de

intereses sobre una parte de las utilidades, o si se calcula una tasa variable de acuerdo con esas eventuales utilidades, o si la renta e inclusive el capital prestado solo puede ser percibido si existen utilidades o si el mutuuario debe darles un destino determinado a los fondos recibidos.

Específicamente, el artículo 1531 del CCyC ordena:

Las reglas de este Capítulo se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que:

- a) la tasa de interés consiste en una parte o un porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos;
- b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades o ingresos resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuuario;
- c) el mutuuario debe dar a los fondos un destino determinado.

Aclaremos que el Código de Vélez no contenía una disposición referida a las reglas interpretativas para calificar al contrato de mutuo, y en ese sentido, Negri (2015) explica:

La norma proviene del Proyecto de 1998. En el art. 1409 se titula como “Cláusulas válidas” y al comienzo dice lo siguiente: “El préstamo de dinero no pierde su calidad aunque contenga las estipulaciones siguientes ...”. Luego el contenido es casi idéntico. (pp. 650, 651).

Finalmente, el artículo 1532 del CCyC dispone las normas supletorias que se aplican al contrato de mutuo, conforme lo siguiente: “Se aplican al mutuo las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso.”

Más allá de la regulación normativa del mutuo que hemos desarrollado, entendemos de interés resaltar que la acción directa prevista en el artículo 736 del CCyC es procedente para estos contratos, nos referimos a la acción que puede ejercer un acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del

propio crédito, la cual siempre tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva, además de que únicamente procede en los casos expresamente previstos por la ley, y en donde el artículo 737 regla los requisitos que deben ser cumplidos para poder ser ejercida, y el artículo 738 dispone los efectos que dicha acción produce.

5. El Contrato de mutuo con garantía hipotecaria

Dentro del régimen del CCyC, el contrato de mutuo puede ser garantizado en forma personal o real, en este último caso, será con prenda si el bien es mueble o con hipoteca si la garantía se constituyese sobre un inmueble, en ambos supuestos, pertenecientes al deudor o a un tercero, y el préstamo puede estar pactado en dinero de curso legal o en moneda extranjera.

Nos referiremos en este punto, únicamente al contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

En ese sentido, Lamber (2015), refiere que el contrato de mutuo con la garantía real pactada en moneda extranjera ha vuelto a tener la consabida diferencia interpretativa que mereciera en nuestro derecho durante el siglo y medio de vigencia del Código de Vélez.

Es decir, que, si era moneda extranjera, no tenía curso legal en la República y, por tanto, no se regía por el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, sino de dar cantidades de cosas. Pero con el tiempo, y tras la sanción de la Ley 23.928, quedaron ambas situaciones equiparadas bajo un mismo régimen, es decir, como obligaciones de dar sumas de dinero, pero ahora, desde la vigencia del CCyC, vuelven a separarse.

En cuanto a la moneda extranjera, parte de la doctrina sostiene que no estamos en presencia de dinero, cuando éste se encuentra fuera de los límites de su soberanía, y por ello se lo considera como mercadería; no obstante, puede tener el carácter de dar sumas de dinero, si así se lo atribuye normativamente, como sucediera con la Ley

23.928 del año 1991, que modificó los artículos 617, 619 y 623 del Código de Vélez, hasta la actual reforma del Código Civil y Comercial.

La moneda deja de ser entonces obligación de dar suma de dinero y retorna al criterio de dar cantidades de cosas. En mérito a ello, y ante la futura interpretación de las nuevas normas, conviene recordar los artículos 607 y 608 del Código de Vélez por cuanto –como dice el primero de ellos– el deudor debe dar, en lugar y tiempo propios, una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad, que concuerda con la referida actualmente a las obligaciones de dar dinero. Allí, el artículo 766 del CCyC, establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, más allá de la obligación facultativa que la última parte del art. 765 del CCyC le concede al deudor de moneda extranjera.

Además de que el pago requiere, para poder extinguir la obligación, los principios de identidad, integridad, puntualidad y localización del pago (art. 867), y en particular, la de no dar el deudor ni recibir el acreedor una prestación distinta a la debida (art. 868).

Asimismo, Lamber (2015), asevera que, con cita de Savigny, Luis De Gásperi, diferencia respecto del dinero el valor nominal del valor metálico y del valor corriente. Define el valor nominal como el atribuido a cada pieza de moneda por voluntad del Estado emisor, que, según su forma, puede serlo por la simple amonedación o por una notificación pública hecha por ley.

Luego de estas aclaraciones, relativas al contrato de mutuo, ingresamos en el desarrollo de la garantía hipotecaria, porque es usual que se la integre al contrato de mutuo como accesoria y en garantía del pago, especialmente cuando el objeto del mutuo es de significación, por lo tanto, la función de la hipoteca es garantizar un derecho creditorio, y ello significa que la suerte de la hipoteca está ligada a la obligación a la que accede. En consecuencia, si ésta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio.

En ese aspecto, el CCyC define a la hipoteca en el artículo 2205 del siguiente modo:

Concepto. La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

Resulta de interés mencionar que el carácter de la convencionalidad de los derechos reales en general y de la hipoteca en particular, está plasmado en el artículo 2185 del CCyC que dispone "(...) los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo".

Además, la hipoteca se caracteriza por la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, conforme lo establecen los artículos 2188 y 2189 del CCyC, correspondiendo aclarar que la ley 27.271 reemplazó el texto original del último de estos artículos por el siguiente:

Artículo 2189: Especialidad en cuanto al crédito: En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose los sujetos, el objeto y la causa.

El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito.

Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia.

Por otro lado, todo otro detalle o cuestión que haga a la identificación y condiciones de la hipoteca tiene que ver con su accesoriidad.

Consecuentemente, además de la especialidad de objeto y crédito, el otro carácter esencial de los derechos reales con función de garantía, como es la hipoteca, es la accesoriidad, conforme lo indica el artículo 1889 del CCyC, toda vez que establece la accesoriidad de los derechos reales de garantía a uno o varios créditos.

Remarcamos, que el contrato de mutuo además de poder ser garantizado con el derecho real de hipoteca, también podría serlo con una fianza o con un aval de un tercero, o con el derecho real de prenda, en este último supuesto, si el bien dado en garantía fuese una cosa mueble.

Más allá de las otras garantías posibles que pueden constituirse en los contratos de mutuo, la realidad es que la garantía hipotecaria en este tipo de contratos es la más usual cuando el objeto del mutuo es por un valor importante.

Concluimos este punto diciendo que la ejecución de la garantía hipotecaria tiene expedita la vía ejecutiva para el caso de incumplimiento del pago, ejecución que puede ser judicial o extrajudicial, esta última, conforme con las previsiones de la ley 24.441.

6. Causas que permiten la alteración del contrato de mutuo (Teoría de la Imprevisión, abuso de derecho, enriquecimiento sin causa)

Dentro de este capítulo, tiene importancia incluir un análisis sobre la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa.

La importancia de estos tres institutos radica en que todos ellos son usualmente invocados en los contratos de mutuo y ello se debe a que pueden habilitar, desde morigerar los efectos de un contrato y, consecuentemente, de sus obligaciones, hasta producir su resolución o rescisión.

En el caso de la teoría de la imprevisión, a partir de la reforma del Código Civil

llevada adelante por mérito de la ley 17.711, se encuentra habilitada la injerencia de los jueces sobre los contratos, quienes, a pedido de parte, pueden disponer la resolución de los mismos, cuando se presentan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, extraños al proceder de las partes, y posteriores a la celebración del contrato, que tornan la prestación a cargo de una de las partes excesivamente onerosa.

Se trató de la incorporación de una previsión que pretendió amalgamar dentro de la dinámica contractual, los principios de la buena fe, la equivalencia de las prestaciones, cuando se presentan los elementos de la imprevisión y el ejercicio regular de los derechos.

Efectivamente, en relación con esta reforma y la introducción de la teoría de la imprevisión, Garrido Cordobera (2011), al explicar el concepto que el liberalismo le otorga al contrato y a su validez, expresa:

En la concepción liberal, la libertad implica la libertad de contratar o no, la elección de con quién hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido, si a ello le sumamos la fuerza que se le reconoce a la autonomía de la voluntad, el respeto a la palabra empeñada y la seguridad jurídica, arribamos al resultado de que los contratos no pueden ser revisados o morigerados salvo pacto expreso de las partes.

En la Argentina es clásico el trabajo y las enseñanzas del Prof. Marco Aurelio Risolía, quien veía con disfavor la intervención de ciertos institutos morigeradores, que ya contaban con varios adeptos antes de la reforma de 1968. (II. Análisis crítico de la autonomía de la voluntad, parr. 5)

En el caso del abuso del derecho, que el código de Vélez lo preveía en el artículo 954, según ley 17.711, ahora el CCyC lo tiene ubicado en su título preliminar, visto que lo ha incluido en su artículo 10, lo cual deja en claro que nuestro ordenamiento, en la actualidad, le da un papel preponderante.

Es interesante resaltar que, naturalmente, quien ejerce su derecho, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico y de ese modo fue entendido por el derecho romano, visto el principio en latín que dice “*neminem laedit qui suo iure utitur*”, esto es

que a nadie daña quien ejercita su derecho.

Si bien ello parece ser lo más sensato, en la práctica esa protección puede terminar desvirtuando al mismo objeto principista de la ley.

Efectivamente, pensemos en el clásico ejemplo del propietario que levanta un muro dentro de su finca, con el único fin de privar de luz a su vecino, o tal vez, buscando poder comprarle a menor precio la propiedad o simplemente con el objeto de molestarlo.

Justamente por esos supuestos, el derecho avanzó con el concepto de limitar el ejercicio del derecho cuando éste es abusivo y perjudica a un tercero.

Actualmente, nuestro CCyC expresamente establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, y por ello faculta a los jueces para que ordenen lo que sea necesario, para evitarlo.

El tercer concepto es el del enriquecimiento sin causa, el cual, ya había sido tratado por Vélez en las notas de los artículos 499 y 784 del código civil.

Al tratar las obligaciones en general, el código de Vélez preveía que no hay obligación sin causa y explicaba en la nota respectiva que el código francés y los demás códigos que lo habían tomado como modelo confundían las causas de los contratos con las causas de las obligaciones, y explicaba que las obligaciones no nacen solo de los contratos y de los cuasicontratos, sino también de los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos y de las relaciones de familia.

También el artículo 784 del código de Vélez trata el enriquecimiento sin causa, habilitando la acción de repetición a todo aquel, que por error de hecho o de derecho, se hubiese creído deudor, y hubiera entregado alguna cosa o cantidad en pago de lo que no debía.

La reforma de la ley 17.711 introduce dentro del artículo 954 y en forma expresa, los supuestos en los que se podrían demandar la anulación de los actos cuando estuviesen viciados de error, dolo, violencia intimidación o simulación.

El mismo artículo prevé la posibilidad de nulidad o la modificación de los actos

jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, lograr una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

El CCyC, trata esta cuestión a partir del artículo 1794 y, en regla general, mantiene los principios que ya venían siendo sostenidos por la jurisprudencia y la doctrina en los últimos años.

Aclaremos que no desarrollamos en forma específica en este punto a los mecanismos de readaptación del contrato que puedan haber pactado las partes, porque las mismas ingresan dentro de la concepción de la autonomía de la voluntad de las partes.

Efectivamente, la readaptación de un contrato, conforme pautas que hayan convenido las partes, como podrían ser la denominada cláusula de fuerza mayor, que pueden pactar las partes para garantizar la vigencia de un contrato, aunque se produzca un caso fortuito expresamente previsto por ellas, o la denominada cláusula de alineamiento sobre las ofertas de la competencia, originado en el derecho sajón como *“firstrefusalclause”*, que muchas veces incluyen las grandes cadenas de supermercados para alinear determinadas ofertas propias con las de la competencia, resultan fuera del interés de este trabajo.

En síntesis, se trata de tres institutos que son habitualmente invocados cuando alguna de las partes entiende que el contrato ha perdido el equilibrio entre las contraprestaciones originalmente acordadas, y que, ante la negativa de atender el reclamo por la otra, pueden terminar siendo motivo de justificación para pedir judicialmente la anulación o morigeración de las obligaciones pactadas, ya sea que el mutuo haya sido pactado en moneda de curso legal o en moneda extranjera, siendo más usual su planteo por parte del acreedor en el primer caso, como consecuencia de la depreciación monetaria que existe en nuestro país y de los deudores en el segundo supuesto, y de ahí, la relevancia que estas tres figuras del derecho tienen dentro del contrato de mutuo, toda vez que son a las que usualmente se apela ante la

aparición de grandes desfasajes ajenos a las partes, buscando con ellas que la justicia invalide o adecúe obligaciones que hubiesen sido pactadas en un contrato de mutuo.

7. El pago en cumplimiento del contrato de mutuo y como causa de extinción de la obligación derivada del mismo

El pago es la forma más usual del cumplimiento dentro de los contratos en general y del mutuo en particular, y, consecuentemente, también extingue la obligación derivada del mismo, siendo por ello el instrumento mediante el cual se satisface el interés del acreedor (mutuante) y de manera consecuente se libera al deudor (mutuario).

Por lo tanto, para que el pago proceda, es necesario que haya una obligación preexistente que sirva de antecedente.

Así las cosas, con el pago se cumple con lo acordado originalmente por los sujetos vinculados en esa relación obligatoria.

Consecuentemente, los elementos del pago son la obligación preexistente, el acreedor como sujeto pasivo y el deudor como sujeto activo, el objeto, que coincide con la prestación recibida o a recibir y la causa fin, que, en el caso del pago, es el ánimo de cumplir, es decir, de extinguir la obligación.

En cuanto a la función jurídica del pago, éste constituye el modo natural de realización de las expectativas de las partes, porque satisface al acreedor, extingue la deuda, y libera al deudor, pero para que todo eso suceda, y de conformidad con lo que establece el artículo 867 del CCyC, el pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización.

Efectivamente, la identidad determina que debe haber coincidencia entre lo debido y lo pagado (art. 868), en cuanto a la integridad, se refiere a que el pago debe ser por el total adeudado, el cual debe ser realizado dentro del plazo convenido y perfeccionado en el lugar acordado por las partes (arts. 871-874).

En relación con la legitimidad para hacer el pago, el artículo 879 dispone que el deudor tiene el derecho de pagar y, de existir más de un deudor, cada uno de ellos se debe regir por las disposiciones correspondientes a la categoría de su obligación.

El acreedor, en cambio, es el sujeto legitimado para recibir el pago, el cual tiene efecto extintivo de la obligación para su deudor, siempre que el pago cumpla con los requisitos anteriormente descriptos.

Ahora bien, dentro del pago, puede suceder que tanto el deudor, como el acreedor incurran en mora, y así lo indica el artículo 886 del CCyC, cuando establece que la mora es automática y, en el caso del deudor, se produce por el mero transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de su obligación.

Para el supuesto del acreedor, éste incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta de pago conforme con los recaudos de identidad, integridad, puntualidad y localización, y éste se rehúsa injustificadamente a recibirlo.

Lo explicado significa que tanto el mutuario como el mutuante, pueden incurrir en mora, y el artículo 888 del CCyC ordena que, para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.

Entendemos que el mismo criterio debe aplicarse para que el acreedor de una obligación pueda eximirse de las consecuencias de la mora, esto es, probar que la misma no es imputable a su conducta.

Destacamos que el CCyC incluye previsiones relativas a pago a mejor fortuna, conforme las reglas de los artículos 889 al 891, y el beneficio de competencia, dispuesto en los artículos 892 y 893.

En relación sobre a quién le compete la carga de la prueba del pago en las obligaciones, el artículo 894 impone la carga a quien invoca el pago, si se trata de obligaciones de dar y de hacer, más allá que también aclara que en las obligaciones de no hacer, es el acreedor quien debe probarla mora.

En cuanto a los medios de prueba del pago, e independientemente de que el recibo es la forma más usual para poder acreditarlo, el artículo 895 del CCyC expresa

que el pago puede probarse por cualquier medio, salvo que por estipulación de las partes o por la ley, resulte previsto el empleo de una forma o instrumento determinado, aclarando que el medio más popular y usual es el recibo, por medio del cual el acreedor (mutuante en este caso), reconoce haber recibido la prestación que se le adeudaba.

Tiene importancia explicar en relación con el pago, que el CCyC, al igual que lo hacía el código de Vélez en sus artículos 773 al 778, dispone cómo se debe proceder cuando un mismo deudor y un mismo acreedor tienen varias obligaciones con objetos de igual naturaleza.

El CCyC ha incluido esta cuestión en su artículo 900, disponiendo que, ante ese supuesto, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace, aclarando la misma norma, que, si adeuda capital e intereses, no puede imputarse a la deuda principal, sin el consentimiento del acreedor, el cual entendemos que debe ser expreso.

El artículo siguiente, autoriza al acreedor, para el supuesto que el deudor no hubiese imputado el pago, a hacerlo, pero siguiendo reglas expresas y el artículo 902 dispone que para el caso que ni el deudor, ni su acreedor hubiesen imputado el pago, la ley entiende que cancela en primer lugar la deuda de plazo vencido más onerosa para el deudor y si fuesen igualmente de onerosas, el pago debe imputarse a prorrata.

No abordaremos en este trabajo de investigación las reglas normativas que el CCyC dispone en sus artículos 904 al 913, para el pago por consignación extrajudicial y judicial, y tampoco el pago por subrogación, establecido en sus artículos 914 al 920, por ser ajenas a nuestro interés.

Concluimos este punto explicando que existen otros modos de extinción de los contratos en general y del mutuo en particular, como pueden ser la compensación, reglada a partir del artículo 921 del CCyC, y en donde el artículo 922 explica que la compensación puede ser legal, convencional, facultativa o judicial.

Justamente por ello, las cuentas bancarias y las mercantiles, aplican la compensación, toda vez que así lo han convenido las partes dentro del mismo contrato de apertura de la cuenta, y delegan a la entidad la facultad de practicar la compensación entre créditos y débitos que se contabilicen en esa cuenta, por supuesto, con cargo de rendir cuenta en forma periódica.

Destacamos que, en el caso de la compensación legal, la misma debe ser opuesta por la parte demandada, porque no puede ser establecida de oficio, toda vez que este mecanismo integra la defensa, la cual no puede ser asumida por el juez.

Diferente es el caso de la compensación judicial, porque ésta si es dispuesta por el juez al momento de dictar sentencia, debiendo declarar en ella que se han cumplido los recaudos para que proceda la compensación, respecto a un crédito que hubiese reclamado el demandado durante el juicio.

Aclaremos que existen obligaciones que no son pasibles de ser compensadas, éstas se encuentran detalladas en el artículo 930 del CCyC, entre las que resaltamos, a las deudas de alimentos, determinados tipos y condiciones de deudas y créditos entre los particulares y el Estado Nacional, provincial o municipal, conforme se detalla en tres incisos de este artículo, los créditos y las deudas en el concurso y quiebras, la deuda del obligado a restituir un depósito irregular.

En relación con esta última regla, Moreno (2015), expresa:

No es compensable la deuda del obligado a restituir un depósito irregular. La doctrina explica que la razón de esta regla es que la obligación del depositario es de “honor” por lo que sería injusto que al requerírsele la restitución del depósito pudiera alegar el mismo la compensación, más aún, tal resistencia envolvería un abuso de confianza. Por excepción, la compensación procede si el depositario fuere a su vez acreedor de una obligación nacida también con motivo del mismo depósito. (p. 354)

Las otras formas alternativas que extinguen la obligación de pago en los contratos en general y en los mutuos en particular son la confusión (art. 931 del

CCyC), la novación (art. 933 del CCyC), la dación en pago (art. 943 del CCyC), la renuncia y remisión (arts. 944 al 954 del CCyC), imposibilidad de cumplimiento (art. 955 del CCyC), y naturalmente, debemos incluir a la prescripción dentro de la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos en general y del mutuo particular, porque la misma también extingue a las obligaciones, encontrándose fijado el plazo general de cinco años, conforme lo indica en su artículo 2560 del CCyC, y en donde también dispone plazos de dos años, para los supuestos previstos en los artículos 2562 y 2563 y de un año, para los casos que regla en su artículo 2564.

Resulta de interés mencionar que la prescripción no puede ser declarada de oficio por los jueces de conformidad con lo que dispone el art. 2552 del CCyC.

8. Conclusiones

A los largo del presente trabajo hemos desarrollado los conceptos básicos de los contratos en general, partiendo de la definición que sobre ellos nos brindaba el artículo 1197 del código de Vélez, luego explicamos la clasificación clásica que recibían entre nominados e innominados, además de separarlos entre unilaterales y bilaterales, a título oneroso o gratuito, conmutativos y aleatorios, formales o informales, aclarando que en todos ellos, la voluntad de contratar expresado por las partes, resulta un requisito esencial para la validez.

También en este trabajo hemos abordado los diferentes criterios que se han desarrollado para lograr la debida interpretación de los contratos, y dentro de ellas hemos destacado a la de la voluntad real, expuesta por Savigny, la de la declaración de voluntad, siendo Danz su más importante expositor, las teorías eclécticas, como es la de la responsabilidad, la de la confianza, la de la imputabilidad sostenida por Ruggiero, la cual se inclina por establecer la interpretación contractual, siguiendo los parámetros de la buena o de la mala fe, la teoría de las declaraciones recepticia y no recepticia, concluyendo el tema de la interpretación de los contratos, coincidiendo con

Borda (2011), en el sentido de entender que el criterio rector en materia de interpretación de los contratos, es el principio general de buena fe.

Del mismo modo, en este trabajo hemos abordado sucintamente el fenómeno que algunos autores entienden como la crisis del contrato, para luego ingresar plenamente en el contrato de mutuo.

En particular, explicamos la eliminación que el CCyC realizó entre los contratos reales y consensuales, dejando al mutuo dentro de estos últimos.

Asimismo, destacamos a lo largo de esta parte del trabajo, que el mutuo es un contrato nominado, bilateral y en principio oneroso, y luego de ello, procedimos a enumerar y analizar los alcances de los arts. 1525 al 1532 del CCyC, por ser los que reglan a este contrato, e incluimos dentro de dicho desarrollo, la normativa concordante.

Por ello, procedimos a explicar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, recordando que el que se pacta en moneda de curso legal se encuentra dentro del régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero, mientras que aquellos convenidos en moneda extranjera, además de que el artículo 765 del CCyC le otorga al deudor la facultad de cancelarlo pagando la cantidad de pesos equivalentes, se encuentran gobernados por la normativa dispuesta para las obligaciones de dar cantidades de cosas.

En relación con el derecho real de hipoteca, resumidamente comentamos los principios de especialidad de objeto y crédito y el de accesoriedad, para también reseñar que la ejecución de la garantía hipotecaria tiene prevista la vía ejecutiva, la cual puede ser judicial o extrajudicial.

Del mismo modo, pasamos a desarrollar las causas que permiten la alteración de las condiciones originarias en un contrato de mutuo, y en función de ello explicamos la teoría de la imprevisión, el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa.

En esta parte del trabajo, expusimos la importancia que tienen estos tres institutos en el contrato de mutuo, toda vez que los mismos pueden habilitar, desde la

morigerar los efectos de un contrato y, consecuentemente de las obligaciones, hasta producir su resolución o rescisión.

Concluimos el desarrollo de este estudio tratando al pago como cumplimiento del contrato de mutuo y de extinción de la obligación derivada del mismo, además de las otras formas que también extinguen la obligación en los contratos en general y en el mutuo en particular, como son la confusión, la novación, la dación en pago, la renuncia, la remisión, la imposibilidad de cumplimiento y la prescripción liberatoria.

En síntesis, a lo largo de este trabajo hemos llevado adelante un estudio del contrato de mutuo bajo el régimen actual de nuestra ley civil y comercial, y para ello, también hemos debido analizar cuestiones atinentes a los contratos en general y a las obligaciones que de él derivan.

9. Bibliografía y fuentes de información

9.1 Bibliografía

Alioto, D. (2012). *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012. Mutuo y comodato*. Buenos Aires: El Derecho. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/mutuo-comodato-daniel-alioto.pdf>

Borda, A. (2011). *Las reglas interpretativas de los contratos*. En J. Conte Grand (dir.) y G. De Reina Tardié (coord.). *Estudio del Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (pp. 485-524). Buenos Aires: El Derecho.

Castillo, J. Ch. (2006). *Contratos*. Recuperado de <http://tareasjuridicas.com/2016/09/25/que-es-el-contrato-de-mutuo/>

Garrido Cordobera, L. (2011). *Bases constitucionales del derecho de los contratos. Alcances del principio de la autonomía de la voluntad. La Ley, 2011(E)*, 893-906. Recuperado de La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/2549/2011.

Hariri, J. (2011). *Evolución de los vínculos negociales y las nuevas modalidades de contratación*. En J. Conte Grand, (dir.) y G. De Reina Tartiére (coord.). *Estudio del Derecho Civil con motivo del Bicentenario* (pp. 461-484). Buenos Aires: El Derecho.

Moreno, V. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley.

Negri, N. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo IV). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.

Varela, P. (2015). *XLV Jornadas Tributarias Mar del Plata Colegio de Graduados de Ciencias Económicas. CABA.* Recuperado de http://www.cgce.org/materiales/informe_relatoria_comision2.pdf

9.2 Fuentes de Información

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Código Comercio de la República Argentina. Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Ley 23.928 de Convertibilidad. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 24.240. De Defensa del Consumidor, actualizada. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Ley 24.441. Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 26.361 Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperada de www.infoleg.gov.ar

Ley 27.271. Sistema para el Fomento de la Inversión en Vivienda. Recuperada de www.infoleg.gov.ar