

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ MUTUO ~ CONTRATO REAL ~ CONTRATO CONSENSUAL ~ COSA FUNGIBLE ~ CONTRATO ONEROSO ~ CONTRATO GRATUITO ~ CONTRATO UNILATERAL ~ CONTRATO BILATERAL ~ FORMA DEL CONTRATO ~ PRUEBA ~ CONTRATO DE EJECUCION DIFERIDA ~ OBLIGACIONES ~ INTERESES ~ INTERES MORATORIO ~ INTERES COMPENSATORIO ~ INTERES PUNITORIO ~ PAGO

Título: El Contrato de mutuo en el Código Civil y Comercial

Autor: Chomer, Héctor Osvaldo

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 408

Cita Online: AR/DOC/1135/2015

Sumario: I. Introducción. — II. Características. — III. Obligaciones de las partes. — IV. Régimen de los intereses. — V. Corolario.

(*)

I. Introducción

1. La definición

De conformidad a la nueva definición legal adoptada por el artículo 1525 del Código Civil y Comercial unificado (C.Civ.yCom.), habrá contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles y éste se obligue a devolver la misma cantidad de cosas de idéntica calidad y especie.

2. Real o consensual

La primera de las incógnitas por develar es si para el perfeccionamiento del contrato de mutuo bastará prometer o habrá que entregar alguna cosa (*datio rei*).

Pero basta la lectura de la nueva definición para que no sean muchas las consideraciones por formular, pues es notable inmediatamente que se ha optado por la idea de que el contrato queda configurado o plasmado consensualmente; esto es, en la previsión comentada ya no se lo trata como un contrato real. (1)

La acepción "compromete" supone compromiso o, más simplemente, contracción de una obligación, por lo que el contrato quedaría sellado con la simple asunción de tal empeño.

Recuerdo que si bien el Código de Comercio no contiene definición alguna, el Código Civil menciona reiteradamente al mutuo como un contrato real —artículos 1142 (2), 2241 y 2244—.

Según esa posición no basta la mera promesa de entrega de una cosa en préstamo, sino que solo la efectiva tradición perfecciona el contrato como el típico mutuo, para hacerlo "civilmente obligatorio...". (3)

Empero, si bien la tradición de la cosa prestada aparece imprescindible en la regulación del Código Civil, desde hace mucho se presenta la idea de que aquella exigencia es simplemente de forma y no ad substantiam, sino que constituiría una presunción que admitiría prueba en contrario. (4)

Es que la práctica usual en el comercio había admitido la llamada "promesa de mutuo", lo cual tornó abstracto el debate antes referido, dando al contrato un contorno eminentemente consensual.

Vítolo ya anticipaba la relevancia que en la moderna operatoria comercial presentaban los llamados "convenios de asistencia financiera", por los cuales el mutuante promete conceder al mutuario una línea de crédito, bajo ciertas y determinadas circunstancias y al solo requerimiento de éste último. (5)

La regla ahora comentada al incluir esta novedad, abrevia en esa realidad y en la tradicional doctrina y jurisprudencia, que más modernamente concedían a la "promesa" los efectos propios de los contratos.

Para permitir tal equiparación se había superado la valla del artículo 2244, en cuanto frente a la desatención de la promesa, sólo permitía reclamar el resarcimiento de los perjuicios; pues, por aplicación a contrario del artículo 559 del Código de Comercio, fue considerado válido el reclamo del mutuario que perseguía el cumplimiento de la promesa, esto es, la efectiva dación del préstamo.

3. Cosas fungibles

La definición prevé la promesa de entrega de cosas fungibles.

La enseñanza más tradicional explica que el mutuo romano, del que deriva nuestra figura del empréstito, estaba destinado a la entrega de cosas fungibles; mientras que otra corriente histórica enseña que, en cambio, se habría tratado de cosas consumibles. (6)

El Código Civil refiere que la cosa entregada en propiedad debe ser consumible o, por lo menos, fungible (art. 2241). Esa previsión se enlaza coordinadamente con la permisón del anterior artículo 2240 que autoriza al mutuario a consumir la cosa entregada, sin perjuicio de la obligación de restitución que asume (devolver misma cantidad, especie y calidad).

No formularé un análisis extenso como el efectuado por López de Zavalía (7), pues la regla en comentario ninguna duda presenta en el sentido de que el mutuo ahora se refiere a cosas fungibles.

Sin embargo procuraré ensayar una justificación a dicha amputación terminológica.

Las cosas consumibles son aquellas cuya existencia termina con un solo uso y son fungibles las que pueden sustituirse unas a otras por equivalerse (arts. 2324 y 2325 del Código Civil y arts. 231 y 232 del Código Civil y Comercial —unificado—).

Ahora bien, el mutuo supone que el mutuante transmite la cosa en propiedad al mutuuario y la correlativa obligación del último de restituirla al primero, igual cantidad, especie y calidad de cosas.

Es entonces relevantísimo que las cosas entregadas sean fungibles, pues eso facilita la obligación de "devolución". (8)

Porque al mutuante sólo le interesa recibir luego, conforme fuera pactado, la misma cantidad, especie y calidad de cosas, sin preocuparlo si la cosa otrora entregada se consumió o perdura y cuál fuera su estado actual. Lo importante para el sujeto que prestó es que se le "reintegren" cosas fungibles en idéntica cantidad, especie y calidad, conforme los términos y plazos contractuales.

La propiedad transmitida al mutuuario le permite consumir la cosa, si ello fuera posible y si la cosa se perdiera, es obvio que se habrá perdido para el dueño, sin perjuicio de la obligación de "devolución" que se hubiera asumido en el contrato.

De modo que, en ese esquema, aparecería superflua la referencia a la cosa consumible, pues que lo sea o no sólo incumbirá al mutuuario devenido nuevo propietario de ella, quien, en cualquier caso, luego siempre deberá entregar cosas fungibles.

Desde esa óptica parece que no es distintivo del mutuo que las cosas tengan que ser consumibles, pues lo relevante es que sean fungibles.

Es por ello que, en el nuevo texto, el mutuo se distingue del comodato porque en tanto en el primero se puede válidamente restituir un equivalente, en el segundo, por tratarse de una cosa no fungible, se debe devolver esa misma cosa o, en caso de ser fungible, se tratará de la asunción del comodatario de la obligación de restituir exactamente la misma cosa que originalmente le fue entregada, con independencia de que pudiera ser reemplazable. Esto significa que a diferencia del mutuuario, el comodatario siempre debe restituir exactamente la misma cosa —fungible o no— que le fue dada en comodato.

II. Características

1. Oneroso o gratuito

En el esquema del Código de Comercio tal percepción resultaba idéntica, pues conforme artículo 218, inciso 5to, los actos de los comerciantes se presumen onerosos, por lo que los préstamos que éstos formularan se encuadraban como onerosos, salvo expresa indicación contractual en sentido contrario.

En idéntico sentido, el Código unificado prevé que el contrato se presume oneroso, salvo expreso pacto en contrario.

2. Unilateral o bilateral

En una lectura superficial, bien podría sostenerse que la unilateralidad o bilateralidad no parece ser tema resuelto.

Algunos autores e, incluso, la jurisprudencia mayoritaria, han pensado que el mutuo es unilateral, pues, desde la perspectiva "realista" que supone la *datio rei*, entregada que fuera la cosa en el momento de la celebración, ya no quedarían obligaciones pendientes más que para una de las partes (el mutuuario que debe la restitución).

Empero, en ese mismo contexto, otros encuadraban al mutuo como un contrato bilateral pero imperfecto, en la medida de que las obligaciones del prestamista no concluyen con la entrega sino que perdura su obligación de no reclamar la devolución de la cosa entregada hasta el vencimiento pactado en el contrato, siendo esencial obligación del mutuuario el restituirla al concluir el plazo del préstamo.

La alteración que supone que aquel contrato real sea considerado como consensual, lleva a pensar que el nuevo mutuo es bilateral, pues las partes aparecen comprometidas recíprocamente la una hacia la otra.

3. Forma

El mutuo real podía extenderse de modo formal o no formal, pues, incluso, podía contratárselo verbalmente (artículo 2246 del Código Civil).

Las nuevas reglas son similares, pues el contrato debiera seguir siendo considerado no formal, mas ello no resulta explícito porque no se lo autoriza directamente, sino que su posible informalidad se infiere de que ninguna regla impone forma especial alguna (arg. artículo 1015 del Código Civil y Comercial).

Empero, en el tráfico no es usual el modo verbal (por lo menos no lo otorgarán de un modo tan informal los

mutuantes que sean entidades controladas por el BCRA); por lo que para facilitar la prueba convendría celebrarlo formalmente (ver artículo 1019 del Código Civil y Comercial).

Por lo que, en la práctica del mercado, el contrato se celebrará por escrito e, incluso y en ciertos casos, bajo escritura pública. [\(9\)](#)

4. Prueba

Como ya se ha indicado, lo antes referido respecto de la forma determina, a mi juicio, que no pueda probarse la existencia del contrato solamente por medio de testimonios.

Porque conforme resulta del artículo 1019 del Código Civil y Comercial de la Nación, los contratos que sean usualmente instrumentados, no podrán probarse exclusivamente por testigos.

De modo que, en tanto es usual formalizar los mutuos por escrito en los usos y costumbres mercantiles y mayormente en los bancarios, la prueba testimonial aparece limitada a ser coadyuvante de lo que otros antecedentes probatorios pudieran aportar, mas no podrá sustentarse la existencia del contrato en ese único medio de prueba.

Por ende y a mi modo de ver las cosas, pareciera que la entrega del dinero, si bien ya no cuenta para la formalización del contrato, es extremo relevantísimo a la hora de comprobar la existencia del contrato.

Me explico: Otrora la entrega y recepción del dinero conformaba aspecto necesario para la consumación contractual del contrato considerado real; más la nueva legislación muta ese encuadre al de consensual, no siendo menester la dación dineraria para la existencia del mutuo.

Empero, tal dación/recepción es antecedente histórico que probado demuestra, o por lo menos constituye indicio relevante, de la existencia del mutuo.

En este tiempo, existen reglas que obligan la utilización de medios electrónicos u otros similarmente certeros, a los fines de transferir fondos o efectuar pagos superiores a ciertos montos.

Los mutuos son dados usualmente por cifras elevadas y bastará encontrar la concreta operatoria bancaria que efectuó la actividad de imputación electrónica y consiguiente débito y acreditación en cuentas, para conectarla con el mutuo y probar así la existencia del contrato.

5. De ejecución diferida

Se trata de obligaciones diferidas en el tiempo.

En rigor, las obligaciones propias e inherentes al mutuario son las que más indudablemente perdurarán, incluso, aún vencido el plazo de duración del contrato.

Esto es: el mutuario receptor de la cosa prestada debe la restitución y los réditos.

Como luego se verá, la nueva fórmula del artículo 1428 prevé que en caso de no preverse contractualmente el plazo y lugar de la restitución, tal deberá efectuarse dentro de los 10 (diez) días de reclamada por el mutuante y en el domicilio del deudor conforme remisión formulada al artículo 874 del mismo cuerpo legal. [\(10\)](#)

De su lado, la regla instituida por el artículo 874 dispone que en caso de mudanza del deudor, el acreedor (en el caso, el mutuante) podrá elegir en qué domicilio debe cumplirse la entrega, por lo que advierto que será necesario formular una comunicación fehaciente al deudor (mutuario), en la que se opte por recepcionar la cosa prestada en el nuevo domicilio o, alternativamente, en el pretérito.

De todos modos, podría pactarse libremente una solución diferente.

III. Obligaciones de las partes

1. Obligaciones del mutuante

La obligación central del mutuante reside en satisfacer la promesa de entrega de la cosa identificada contractualmente.

Ya el Código Civil en su artículo 2244 previó la llamada promesa de mutuo de la que deriva esta nueva concepción eminentemente consensualista. [\(11\)](#)

Pero para esa regla la consecuencia del incumplimiento de la promesa de dar un empréstito oneroso sólo determinaba la obligación de resarcir las pérdidas e intereses; en cambio, la nueva redacción establece que el mutuario podrá optar por demandar el cumplimiento o la resolución del contrato.

Dos consideraciones se imponen:

a) La circunstancia de que se establezcan tales dos alternativas sin mención de la anterior referida a la posibilidad de demandar la indemnización por daños, no supone que el mutuario no pueda válidamente reclamar el consecuente resarcimiento de los perjuicios provocados por el incumplimiento [\(12\)](#); y

b) Es muy probable que, en la mayoría de los casos, sea más adecuado y hasta prudente solicitar la resolución y el resarcimiento, pues no será conveniente mantener una relación contractual temporalmente tan extensa con quien ha incumplido y no desea vincularse. [\(13\)](#)

La regla proyectada prevé que el mutuante podría no entregar la cosa prometida si se comprobara un cambio en la "situación" del mutuario que hiciera incierta la restitución. (14)

La frase es incompleta, pues considero que debió aclararse cuál "situación" es la referida. Creo que se alude a la situación financiera del mutuario y a la posibilidad de insolventarse que podría complicar el cumplimiento; mas la escueta acepción permite que en ella queden comprendidas muy amplias y disímiles situaciones.

De todos modos, la dificultad se disipa a poco de que se advierta que sólo el juez podrá justificar el incumplimiento (salvedad hecha del caso en que lo consienta el mutuario).

Con todo, es claro que se trata de un supuesto de retractación o arrepentimiento. (15)

En el caso, la incertidumbre se refiere a la falta de seguridad de que el mutuante recupere lo prestado.

Esa referencia a la carencia de seguridad aparece inequívocamente referida a una percepción propia del mutuante, mas presenta una fórmula flexible, pues en cada caso podrá evaluarse qué eventualidad efectivamente concretada supone la razonable duda que llevará a permitir la opción por la desatención y justificar el incumplimiento.

En general, la duda se presentará por alguna modificación patrimonial relevante que haga suponer la imposibilidad de devolver el préstamo o que reduzca la garantía tenida en cuenta al prometerse la línea de crédito.

En cualquier caso, la extrema subjetividad de la apreciación que pareciera teñir a la evaluación del mutuante, cede a poco que se advierta que si éste optase por la alternativa de la retractación, frente al posterior reclamo del mutuario pretendiendo el cumplimiento o la resolución, deberá justificar el motivo que la ha fundado, a fin de que sea examinado y solo si tal fuera jurisdiccionalmente considerado como razonable, podrá ser exonerado de responsabilidad.

En definitiva, la mera invocación de la excusa no es objetiva ni directamente absolutoria, pues ello sería impertinente por discriminatorio del mutuario.

Para exculpar al mutuante y liberarlo de responsabilidad, es obvio que la retractación deberá fundarse en datos que razonablemente podrían convencer de que ya no resulta conveniente sino que devino riesgoso cumplir con lo prometido al mutuario y ello, esto es la eficacia de la retractación, sólo podrá evaluarse por el juez al que se reclame el cumplimiento, la resolución y/o el rescancimiento fundado en que se considera injustificado el incumplimiento.

Pero la regla entraña un doble riesgo.

En cuanto al mutuante, en tanto se trata de un contrato en que la técnica financiera se proyecta muy profundamente, será muy complejo para quien promete (mutuante) explicar su retractación y justificarla, pues lo que puede ser razonable a los ojos y parecer de un especialista, puede no serlo para el lego. (16)

En cuanto al mutuario, la duda sobre el cumplimiento perdurará hasta la efectiva entrega de la cosa prometida, lo cual, hasta cierto punto, desdibuja la calificación del contrato como consensual.

Desde otro ángulo y en cuanto concierne a los vicios y defectos de la cosa prestada, es notable que la interpretación mayoritaria reportaba que, cuando el préstamo era gratuito, el mutuante sólo respondería en caso de mala fe; es decir, solo se atribuiría responsabilidad al mutuante en el caso de que hubiese conocido los vicios o defectos de la cosa y se los hubiera ocultado al mutuario.

Mas, en el caso del préstamo oneroso, el mutuante respondería también por los vicios ocultos, aún de aquellos cuya existencia ignoraba (arts. 2155, 2173 y 2247 del Código Civil).

Para el caso de préstamo de cosas que no sean dinero, la regla del artículo 1530 del Código unificado prevé tal solución. (17)

2. Obligaciones del mutuario

La central obligación del mutuario reside en entregar (18) al mutuante igual cantidad, especie y calidad de cosas a las recibidas, en el plazo y lugar convenidos.

Ante laguna contractual que nada prevea sobre momento y lugar de pago, la "devolución" deberá efectuarse tras los diez días corrientes desde la intimación que formulara el mutuante reclamándola y, en cuanto al lugar, se remite a lo dispuesto por el artículo 874 del Código Civil y Comercial (C.Civ.yCom.).

Como ya antes se ha explicado tal regla prevé que en caso de mudanza del deudor, el acreedor (en el caso, el mutuante) podrá elegir en cuál domicilio debe cumplirse la entrega (esto es: si se paga en el viejo y anterior domicilio o en el nuevo lugar de residencia del mutuario allí mudado).

Para formular tal opción válidamente, el mutuante deberá efectuar una comunicación fehaciente al deudor (mutuario), en la que se opte por recepcionar la cosa prestada en el nuevo domicilio o se indique que se prefiere recibir el pago en el lugar anterior de residencia.

Otra de las obligaciones del mutuario es el pago de los intereses pactados o que correspondiera pagar según

disposición legal.

La desatención de tal obligación incumbiente al mutuuario da lugar a que el mutuante pueda resolver el contrato y reclamar la restitución de lo prestado con los réditos que se devengaran hasta la efectiva devolución (artículo 1529).

IV. Régimen de los intereses

1. Intereses moratorios

Para el caso del mutuo gratuito se prevé que el devengamiento de los intereses moratorios se produce tras el eventual incumplimiento del mutuuario. Esta es una lógica solución que se impone, pues dada la gratuidad los contratantes habrán desatendido cualquier previsión referida a los réditos compensatorios o moratorios, por lo que, para superar dicha previsible laguna, se aplican los intereses desde que comienza la mora en la restitución.

En cambio, si el mutuo fuera oneroso se regirá por lo convenido por los contratantes y, a falta de dicha previsión, los intereses moratorios se rigen por las reglas de las obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 765 y ss.).

Dichas reglas a la que remite la previsión específica, prevén que los moratorios se rigen por el pacto de partes y a falta del mismo, entendemos que corresponderá aplicar lo previsto por el artículo 768 del Código Civil y Comercial (C.Civ.yCom.), en cuanto dispone que subsidiariamente se aplicarán las tasas que fijara el Banco Central de la República Argentina.

En esto, considero que la regla del artículo 565 del Código de Comercio aparece más consistente, no solo porque establece una sanción concreta para el incumplidor malicioso (lo cual falta en la solución nueva), sino porque se remite a una tasa fácilmente comprobable que se aplica cotidianamente en el mercado (la aplicable por el Banco de la Nación Argentina o Banco Nacional), sin el riesgo de que el BCRA omita fijar la tasa para este tipo de operaciones y la regla quede vacía de contenido o inaplicable.

2. Intereses compensatorios

El mutuuario debe el pago de los intereses compensatorios (arts. 1527 y 767 del C.Civ.yCom.).

Es obvio que la tasa se puede pactar libremente, mas si bien pudiera parecer que nada se prevé en caso de laguna, considero que el ya referido artículo 767 solventa el problema.

La aparente omisión se resuelve cuando se advierte que el mentado artículo dispone que a falta de convención libre o previsión legal, se aplicarán "los usos...".

Esto, según mi parecer, supone que se deberá calcular la tasa conforme la que aplicasen los bancos públicos, pues ellos son los que usualmente imponen las más bajas y acordes a las reglamentaciones del BCRA y, por sobre todo, son los que con su profesionalidad suscitan la adhesión del mercado e imponen prácticas que luego se extienden en la plaza.

En cualquier caso, siempre los jueces podrán morigerar resultados desproporcionados, disponiendo, incluso, la imputación al pago de capital de los réditos abonados en exceso y, una vez agotados unos y otros, hasta su directa restitución al mutuuario (art. 771, C.Civ.yCom.).

3. Intereses punitivos

El régimen de los intereses punitivos se regirá, por implícita remisión, conforme lo previsto para las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 769, C.Civ.yCom.) y por nueva y directa remisión, por las reglas de la cláusula penal (arts. 790 y ss., C.Civ.yCom.).

4. Préstamo de cosas fungibles que no son dinero

Las reglas del Código Civil y Comercial unificado (C.Civ.yCom.) siguen, básicamente, las reglas de los antiguos artículos 562, 563 y 564 del Código de Comercio de Vélez y Acevedo. Ello así, pues cuando lo prestado consista en cosas fungibles diferentes del dinero corriente, los intereses igualmente se liquidarán en dinero.

Para calcularlos se tomará en cuenta el precio de dichas cosas (las efectivamente entregadas por el mutuante) en el lugar en que deba efectuarse el pago.

5. Pago de los réditos

A. El pago voluntario de réditos no pactados

En cuanto al pago de réditos que no se adeudaban, se prevé una solución aparentemente diferente de la que imponía el Código Civil en su artículo 2249.

Esa norma establecía que en caso de préstamo gratuito en que el mutuuario hubiese pagado voluntariamente algunos intereses no estipulados, no estaba obligado a pagarlos en adelante. Lo cual implicaba un doble resultado: ni el mutuuario debía pagar ni el mutuante podía exigirlos. (19)

En cambio, de su lado el Código de Comercio en su artículo 566 preveía que si el mutuo era comercial

(oneroso), los intereses no estipulados que hubieran sido pagados espontáneamente por el mutuario, no podían repetirse ni imputárselos al pago del capital.

La regla del artículo 1527 del C.Civ.yCom. prevé que si se ha pactado la gratuidad, el pago voluntario de réditos es irrepetible.

Si bien pareciera que el artículo 1527 supone una síntesis de la regulación civil y comercial, lo cierto es que más bien impone una solución que concluye con un debate.

En primer término, importa destacar que la solución comercial del artículo 566 se presenta como absolutamente razonable, pues aun cuando no se hubieran pactado intereses, el mutuario los debía igualmente en los términos y con el alcance del artículo 560. Por lo cual, los pagos voluntariamente se podrían imputar a los devengados de tal modo.

Empero, diferente es la situación en el empréstito gratuito en el que no corren intereses, por lo que su pago voluntario, pero erróneo, podría dar lugar a que luego se pretendiera la restitución alegando un enriquecimiento sin causa del mutuante. (20)

Cuando Vélez Sarsfield redactó el artículo 2249 tuvo a la vista antecedentes que negaban la posibilidad de tal repetición (21), por lo que, acaso convencido de la solución contraria, guardó absoluto silencio al respecto, indicando solamente que no correspondía continuar pagándolos.

La regla del artículo 1527 sella definitivamente el debate, pues niega la posibilidad de repetición sea cual fuera el tipo de mutuo, pues, incluso, no encuentro norma similar al artículo 784 del Código Civil que indirectamente pudiera justificar la restitución.

B. Recibo

Se adopta la fórmula del antiguo artículo 567, en cuanto se considera que la extensión del recibo de pago por intereses correspondientes a un determinado período, en el cual no se formula ni existe condicionamiento ni reserva alguna, hace presumir el pago de los vencimientos anteriores.

Por ende, se presume que los intereses serán pagados ordenadamente y a medida que se suceda su vencimiento. Exponiendo un ejemplo que simplifica la comprensión, repárese que si se otorgase sin reservas un recibo de pago del mes de junio, se presumirá ya pagado el anterior mes de mayo del mismo año.

Solución que, además, es acorde a la prevista para el pago en general (conf. art. 899 del C.Civ.yCom.).

Claro que tal como advierte dicha regla general del pago (art. 899 del C.Civ.yCom.), se admitirá prueba en contrario que revele la inconsistencia de tal presunción.

V. Corolario

Por cierto que en derecho todo es debatible y nada es un dogma irrefutable.

Puede que coincidamos o no con las modificaciones incorporadas por la nueva legislación.

Pero lo cierto es que ellas responden a un reclamo mayoritario y a los antecedentes de anteriores proyectos largamente debatidos.

En cualquier caso y antes de denostar la reforma, por lo menos en este punto, demos tiempo al tiempo, para ver qué resulta de lo nuevo y si fueran detectados defectos, aceptemos hidalgamente la necesidad de modificaciones; más, si luego de un período razonable no se encuentran quejas, también aceptemos la bondad de lo que sinceramente creo, es una reforma de avanzada.

El debate queda abierto, pero la ley regirá desde agosto 2015, por lo que vaya este humilde aporte doctrinal para ayudar a solventar la eventual controversia.

(*) Juez Nacional en lo Comercial. Profesor Titular Regular UBA. Profesor Titular UMSA y UCSE. Investigador UBA.

(1) La duda se disipa también con la lectura de los "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en el que en la parte pertinente al "Mutuo. Comodato", se admite que se ha seguido la línea trazada por el modelo del Proyecto de 1998, en el que se regulaba al contrato como consensual.

(2) La nota de Vélez a este artículo es imperdible y explica la tipificación del contrato como real.

(3) Ver la ya referida nota al CCiv., art. 1142.

(4) Sobre la equivocada crítica a la consensualidad conviene la lectura de LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los Contratos, Tomo 5 Parte Especial - 4, Zavallia Editor, Buenos Aires, 1995, páginas 243 y ss. Allí el autor desarrolla la tesis sostenedora de la ineludible *datio rei* y funda adecuadamente la procedibilidad del empréstito consensual.

(5) VÍTOLO, Daniel Roque, Contratos comerciales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, página 540.

(6) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos, tomo 5, Parte Especial 4, Zavallía Editor, Buenos Aires, 1995, páginas 235 y ss. Empero, como bien advierte este autor, esa contradicción aparece más bien como una confusión terminológica de los historiadores que como una verdadera diferencia.

(7) Ver obra citada en nota anterior, en su página 236, 2 y ss. Para agobio del lector y tras largos cuatro pasos que detalla el autor, allí se llega a la escueta conclusión de que "Si la cosa es infungible e inconsumible, habrá comodato. En los demás casos habrá mutuo. Habrá mutuo en todos los demás casos, porque en todos los demás casos hay consumibilidad, ya material, ya derivada..." (página 240).

(8) Digo "devolución", pues en rigor técnico se aplica erróneamente esa acepción. La "devolución" o restitución, supone volver una cosa a quien la poseía antes. Y nada de eso sucede en el préstamo, pues lo que se "devolverá" será otra cosa, equivalente, pero otra cosa al fin. La verdadera "devolución" es propia del comodato en el cual debe restituirse exactamente la misma cosa originariamente recibida. Por cierto que la acepción "préstamo" no contribuye a aclarar las cosas; empero, más sencillamente, debería describirse la obligación del mutuario como lisa y llanamente "de entrega" y no como de "devolución".

(9) La determinación de tal opción atenderá al tipo de negocio conexo y, muy probablemente, al monto del mutuo. En casos, la necesidad de evitar que luego, en caso de incumplimiento, el mutuario firmante no desconozca su firma para eludir el cobro compulsivo, lleva a que el préstamo se celebre con una certificación de firmas o, incluso, hasta en escritura pública.

(10) Esta solución coincide, en lo central, con la del artículo 559 del Código de Comercio.

(11) La doctrina moderna ya otorgaba a la "promesa" los efectos propios de los contratos y, particularmente, se reconocía la posibilidad de reclamar el cumplimiento. Ver sobre esto: VÍTOLO, Daniel Roque, Contratos comerciales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, páginas 539 y ss.

(12) Ello resulta inferible de los artículos 1083, 1084, 1716 y concordantes del Código Civil y Comercial unificado.

(13) Con la limitación que resulta del artículo 1083 y la flexible solución del artículo 1085 del Código Civil y Comercial unificado.

(14) Lo cual ya era visto por algunos autores como la justificación de la revocación del préstamo o, por decirlo de otro modo, del incumplimiento del contrato. VÍTOLO, Daniel Roque, en su obra Contratos comerciales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, página 540, ya mencionaba el supuesto. Pareciera que tal ya era advertido como una suerte de exoneración de responsabilidad.

(15) Por ello y sin perjuicio de la aplicación de la expresa disposición para el mutuo (artículo 1526), al caso de la revocación, retractación o arrepentimiento, también se aplicarán las reglas más generales del Capítulo 13, Título II, Libro Tercero, del Código Civil y Comercial unificado (arts. 1076 y ss.).

(16) Esta dificultad no debe volverse en contra del consumidor al cual no podrá afectar en modo alguno. La complejidad del negocio financiero nunca podría absolver de responsabilidad a las entidades bancarias, quienes como profesionales deberán encontrar las vías adecuadas para informar a los mutuarios y, a la vez, procurar utilizar la facultad resolutoria sólo excepcionalmente y del modo más razonable. Pareciera que, conforme la vieja regla del artículo 218, 7mo o de los nuevos artículos 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial, la posibilidad de revocación o retractación contractual que prevé el artículo 1526 debiera interpretarse como de aplicación restringida y como una opción excepcional a favor del mutuante. Por lo que, desde tal óptica, la eventual opción formulada por la alternativa del incumplimiento, debiera ser muy certeramente probada por el incumplidor. Por ende, sería inaceptable cualquier excusa genérica o no comprobable por prueba directa.

(17) Lo cual, desde ya, excluye el supuesto de dinero falsificado.

(18) Recordar lo sostenido en nota 8.

(19) Esta solución presenta el doble problema señalado por LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., páginas 265 y ss.

(20) Ver artículo 784 del Código Civil.

(21) FREITAS, Esvoço, artículo 2220. Código francés, artículo 1906.