

Alioto, Daniel G.

Mutuo y comodato

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Alioto, D. G. (2012). Mutuo y comodato [en línea]. En *Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/mutuo-comodato-daniel-alioto.pdf> [Fecha de consulta:.....]
(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

MUTUO Y COMODATO

DANIEL G. ALIOTO

1. Conversión del mutuo y el comodato en contratos consensuales

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 2001.¹

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 mutuuario y el comodatario contrajeran la obligación de restituir una cantidad que no fue entregada.

El codificador pone en evidencia la diferencia básica del sistema argentino con el Código Napoleón cuya fuente directa en lo tocante al mutuo remonta a *Domat*, quien en *Las leyes civiles en su orden natural*, **fiel a su matriz consensualista, fuerza la inclusión de ese contrato real en la categoría de una convención del tipo *do ut des*** presuponiendo que la obligación del mutuuario de restituir es causada por una conducta previa obligatoria del mutuante que “debe” dar una cantidad de cosas, **al decir “la obligación del que toma prestado ha sido precedida por parte del otro de la entrega de aquello que debía darse para formar la convención.”** (L. I, t, I, secc. I, 5.).² Es así como en la nota de los artículos 1141 y 1142 Vélez Sarsfield señala: “*En Derecho Francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes al cual se hubiese obligado. Bajo este aspecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el*

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

2. Conforme la traducción de la obra citada arreglada para el uso de los españoles por D. Felio Vilarrubias y D. José Sarda, 2ª edición (2 tomos). Editor Impr. José Tanulo. Barcelona. 1844.

consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria.” Por eso, en el Código Civil, **el mutuo es un contrato nominado re en el que la obligación unilateral de restituir del mutuuario es causada por la entrega previa de una cantidad por el mutuante que no va precedida de ninguna obligación correlativa. Lo mismo ocurre con el comodato.**

En esta concepción de considerar consensuales al mutuo y al comodato, la influencia del Proyecto de Código Civil de 1998 es evidente. Tanto es así que los conceptos de esos tipos contenidos en este (arts. 1404 y 1412, respectivamente), en fórmulas adaptadas a los contratos consensuales, son reproducidas en el Proyecto, al describir: “Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie” (art. 1525) y “Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida” (art. 1533).

Cabe acotar que en la doctrina nacional, Guillermo A. Borda entiende que el mutuo comercial es consensual sobre la base del art. 559 del Código de Comercio, que dice: “Si nada se ha estipulado acerca del plano y lugar en que deba hacerse la entrega, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, pasados diez días de la celebración del contrato y en el domicilio del deudor”. Sin embargo, a poco en que se repare que la norma alude al “mutuante” como el destinatario de la “entrega”, parece necesario concluir que se refiere a la restitución de la cosa dada por el mutuuario y no a la transferencia del primero al segundo.³

2. La onerosidad del mutuo

a) El régimen vigente: la regla de la gratuidad en materia civil y comercial

El Código Civil y el Código de Comercio se atienen a la regla de su gratuidad natural. Por excepción se acepta el pacto de intereses compensatorios.

Así se establece en el Código Civil (art. 2243), que admitió el pacto en contrario teniendo presente que los códigos europeos regularmente “son contrarios a la libertad de convenciones sobre intereses de los capitales” (art. 621, C.C. y su nota).

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

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

No obstante el principio, como los actos comerciales nunca se presumen gratuitos (art. 218, C. Com.), el interés pagado espontáneamente no puede ser repetido o imputado a capital (art. 566, C. Com.) y el deudor debe seguir cumpliendo los compensatorios pactados aún después de vencida la obligación de restituir el capital “por el tiempo que se demore la devolución” (art. 568, C. Com.). A esos preceptos debe añadirse una consideración correspondiente a la práctica en general: en los usos y costumbres comerciales es difícil suponer que no se pacten intereses. Así, por ejemplo, el interés

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

convenido es un componente ineludible de la operación de crédito que se concreta bajo la forma de un mutuo oneroso de dinero dado por las entidades financieras a sus clientes.⁴

Ha de tenerse presente cómo se calcula el interés compensatorio pactado en el mutuo mercantil si se prestan cosas que no son dinero o “especies”, como dice el art. 562 del Código de Comercio empleando un término equivalente. En este caso particular menos frecuente y en defecto de estipulación en contrario, ante el problema de la variación del valor venal de las cosas, los réditos se computan en dinero (art. 563, C. Com.) según el precio que aquellas tenían al tiempo del vencimiento de la obligación –no de la demanda– y en el lugar en que “debía hacerse la devolución” (art. 562).⁵

b) El Proyecto de reforma: la regla de la onerosidad

La reforma invierte la regla vigente. El artículo 1527 del Proyecto presume la onerosidad del mutuo, excepto pacto en contrario. De esta manera, el mutuario debe intereses compensatorios en el préstamo de dinero, cuya tasa podrá ser fijada por el juez si “no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos” (art. 767).

En el mutuo de otra clase de cosas fungibles se mantiene el momento de inicio del cómputo de los intereses compensatorios. El Proyecto indica que la liquidación se practique considerando el precio de la cantidad de cosas prestadas el día del comienzo del período de pago y en el régimen actual “al tiempo del vencimiento de la obligación.”

Es del caso mencionar, conforme el reenvío del artículo 1532 a las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero, la importancia del artículo 771 interpretado a la luz del artículo del 960 del Proyecto, que se aparta de las restricciones del artículo 723 del Proyecto de Código Civil de 1998⁶ y se inclina a facultar al órgano judicial reducir los intereses, aun de oficio, cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.

c) Visión crítica

Desde los orígenes de la tradición jurídica occidental, la onerosidad o gratuidad del mutuo ha sido fuente de una cuestión planteada y desarrollada primordialmente en torno al préstamo de dinero, por ser el más generalizado. El problema es de la mayor importancia, en cuanto la obligación de pagar intereses compensatorios que se adicionan a la restitución del principal puede comprometer directamente la igualdad propia de la justicia objetiva.

En efecto, en materia de mutuo civil, reconocido que el dinero prestado no tiene valor intrínseco,⁷ sino representativo de los bienes con los que puede cambiarse, se sigue que por principio tampoco tiene valor de uso anterior a su gasto. Por esta razón, si es el mutuario quien lo consume en su primer uso –que implica el cambio– (art. 231 del Proyecto; art. 2325, C. Civil), no puede presumirse que la

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

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

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

7. C.S.J.N., caso “Fernández, Juana Vieytes de c/Buenos Aires Provincia s/cobro de alquileres”, Fallos 295:973.

privación del dinero perjudique al mutuante. Y, en tal situación, la onerosidad no es de la estructura del mutuo, ya que la privación de la cantidad prestada se repara con el reembolso que iguala las cosas al terminar el plazo previsto para hacerlo.

Desde ese punto de vista, si el mutuo de dinero dado en utilidad del mutuario necesitado es naturalmente gratuito, la previsión convencional de intereses compensatorios no se presume y menos en los préstamos realizados fuera de los mercados. No obstante, el pacto de intereses no es contrario a las exigencias de la justicia objetiva en la medida que pueda suponerse que el ahorro prestado equivale a un capital que tiene el potencial de aumentar la producción de bienes y servicios hasta la restitución del principal, tanto para el mutuante como para el mutuario. Con tal presupuesto económico, no es impropio entender que la privación del ahorro del mutuante es fuente de una desventaja que se compensa proporcionalmente con el rédito pagado por el mutuario en razón de la ventaja que le reporta el incremento de su aptitud productiva⁸.

En materia de mutuo comercial, dada la frecuencia de ocasiones de concreción de inversiones productivas, francamente difundidas desde que el préstamo del ahorro fue canalizado en buena parte a través de los bancos, puede aceptarse que el préstamo de dinero de ordinario priva al mutuante de la ganancia correspondiente al dinero prestado. Por eso y en relación con el mutuo comercial, aparece razonable la solución de presumir el curso de intereses compensatorios durante el plazo de vigencia del préstamo.

3. La bilateralidad del mutuo

a) Código Civil: unilateralidad

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

Borda sostiene que el mutuo es bilateral, “porque supone para el prestamista la obligación de entregar la cosa y para el mutuario la de restituirla en su momento y, eventualmente, la de pagar intereses.”⁹ Pero en el régimen del Código Civil esa doctrina conlleva dificultades insalvables: 1°) por ser el mutuo un contrato real y no consensual, el mutuante no queda obligado a entregar la cosa; 2°) la tradición no constituye el cumplimiento del acuerdo y antes de ella no existe mutuo; 3°) la obligación de restituir no es causada por la convención, sino por la tradición de cosas fungibles o consumibles; y 4°) no es coherente contraer la obligación de restituir por el mutuario antes de recibir la cantidad de cosas fungibles o consumibles.

b) Proyecto: bilateralidad

1. Según el concepto dado en el Proyecto, el contrato de mutuo es bilateral, ya que ambas partes quedan obligadas recíprocamente la una hacia la otra. El mutuante asume el compromiso de entregar una cantidad de cosas fungibles y el mutuario se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie (arts. 1525 y 966).

8. Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil-Obligaciones*, t. II-A, 2ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, n° 909, nota 58, p. 206.

9. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, contratos*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, n° 2081, “a”, p. 639-640. Zavala Rodríguez, Carlos Juan, en *Código de Comercio y leyes complementarias*, 3, Ediciones Depalma Buenos Aires, 1969, pp. 12-13, se atiene al esquema trazado por el codificador acerca del carácter unilateral del mutuo, pero la critica compartiendo el parecer de Borda.

De ese carácter bilateral resulta que 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 (art. 1526).

Se trata de una modificación del régimen vigente cuyo alcance debe ser comprendido en concordancia con la idea de derogar la categoría de contratos reales.

En el sistema actual, al ser un contrato real, la promesa de préstamo de cosas consumibles o fungibles no produce el mutuo que solo existe si se las transfirió. Por eso, la promesa aceptada de hacer un mutuo, tanto gratuito como oneroso, no confiere acción de cumplimiento contra el promitente (art. 2244, C. C.). El Código Civil no lo establece, pero por la misma razón este tampoco podría imponer la recepción de la cantidad que es materia del convenio, la cual, a su vez, es el título de la transferencia.

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

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

2. Los problemas hermenéuticos empiezan a surgir en torno a la obligación de restituir la cantidad de cosas que no fue dada por el mutuario. En relación con esta cuestión, el Proyecto nada dice. En tal situación habría que interpretar que dicha obligación se sujeta a la condición suspensiva de su tradición.¹⁰ En cuyo caso y en contra de lo afirmado por Lorenzetti “*que el contrato de mutuo causa la obligación del mutuario de restituir las cosas recibidas*”¹¹, conviene considerar que la convención por sí sola no es fuente de esta que en realidad depende del *datio*.

Por otro lado, el Proyecto tampoco se refiere al caso en que el mutuario no acepte recibir la cantidad de cosas prometida. ¿Deberá entenderse que el mutuante tiene acción de cumplimiento en relación con un mutuo oneroso o gratuito sin distinción?

4.- La bilateralidad del comodato

Cabe reiterar lo dicho acerca del fundamento de la unilateralidad del mutuo en el Código Civil, sin perjuicio de añadir aquí y ahora que las obligaciones accesorias derivadas del régimen del comodato no impiden la caracterización afirmada.¹²

En el Proyecto termina por prevalecer la tesis de la bilateralidad del comodato, en cuanto en el acto vinculante una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida (art. 1533). Nace pues en cabeza del comodatario la acción personal de cumplimiento de la obligación de entregar la cosa si se fijó un plazo. No obstante que tienden a desaparecer problemas hermenéuticos análogos a los planteados en relación con la obligación de restituir en el mutuo en tanto se establece que el comodato se extingue por voluntad unilateral del comodatario (art. 1541, “c”).

10. Conf. Guzmán Brito, ob. cit., p. 47.

11. Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, T. III, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 380.

12. Conf. Salerno, Marcelo Urbano, *Contratos Civiles y Comerciales*, Oxford University Press, México, 2002, p. 356. En contra, Borda caracteriza al comodato de contrato bilateral.

5. Algunas innovaciones en el comodato

Tratándose el comodato de un contrato informal, es relevante, en defecto de previsión específica en materia de locación de cosas y proyectada la derogación de la ley 23.091 de Locaciones urbanas¹³, que el Proyecto no contenga un precepto semejante al artículo 2264 del Código Civil que reenvía a la prueba de este contrato, tan importante a la hora de juzgar qué medios son admisibles para acreditar su existencia y modalidades. En tal sentido, cabe remitirse al artículo 1019 del Proyecto que asume un criterio de interpretación judicial amplio, ajustado a la legislación procesal. Al mismo tiempo gravita que el Proyecto exprese que por principio el comodato se extingue por la muerte del comodatario.

6. Conclusiones

- i. En línea con la supresión de la categoría de contratos reales, se convierte al mutuo y al comodato en contratos consensuales. Dicha caracterización no cambia la causa de la obligación de restituir la cosa que es la tradición de la cantidad de cosas en el mutuo y la entrega de la cosa no consumible ni fungible en el comodato.
- ii. Se establece la bilateralidad del mutuo y comodato.
- iii. Se invierte la regla de la gratuidad del mutuo civil y comercial. En el Proyecto, sin distinción según la materia civil o comercial, se presume la obligación de pagar intereses compensatorios, salvo pacto en contrario.
- iv. Se faculta a los jueces expresamente reducir de oficio los intereses desmesurados.

13. Artículo 3 “a”, Proyecto de ley de Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.