

# CONTRATO, PRINCIPIOS Y MUTUO EN EL DERECHO ROMANO Y SU INFLUENCIA EN EL CCCN

## CONTRACT, PRINCIPLES, AND LOAN IN ROMAN LAW AND ITS INFLUENCE ON THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION (CCCN)

---

**Fabio Isaac Arriagada<sup>1</sup>**

---

### RESUMEN:

Por un lado, quisimos aproximarnos al despeje de las dudas planteadas en torno a la clasificación de *Gayo* sobre los contratos y el concepto genérico que lo separa de las convenciones.

En ese piso de marcha resulta fundamental realizar una breve referencia al tratamiento de los principios del derecho romano, por la influencia que han ejercido en la redacción del CCCN, especialmente en los criterios de interpretación de la voluntad o intención de las partes contratantes, que debe ser valorada y respetada.

Por último, veremos, cómo es que se aparta el mutuo, de la clasificación de contrato real, abrevando para ello en el tratamiento de los denominados “negocios obligacionales”. Respecto de los cuales el CCCN, nos brinda, un desarrollo jurídico adecuado, con el análisis concreto y particularizado, de cada especie de estos “prestamos”, que, por su especificidad, tiene un funcionamiento propio.

### ABSTRACT

On the one hand, we wanted to approach the clarification of the doubts raised about *Gayo*' classification of contracts and the generic concept that separates it from conventions.

On this basis, it is essential to make a brief reference to the treatment of the principles of Roman law, due to the influence they have had on the drafting of the CCCN, especially in the criteria of interpretation of the will or intention of the contracting parties, which must be valued and respected.

Finally, we shall see how the mutual departs from the classification of a real contract, drawing on the treatment of the so-called “obligatory business”. With respect to which the CCCN provides us with an adequate legal development, with the concrete and particularized analysis of each species of these “loans”, which, due to their specificity, have their own operation.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Profesor Titular de Derecho Romano en la Universidad del Este, Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Romano en la Universidad Nacional de La Plata, Director del Instituto de Derecho Antiguo y Comparado de la Universidad del Este.

PALABRAS CLAVE: contrato, mutuo, derecho romano, derecho civil, Gayo, principios del derecho.

KEY WORDS: contract, mutual, Roman law, civil law, Gaius, principles of law.

## I. Introducción

Con el presente trabajo, intentaremos, con la profundidad que el tema permite, dado el acotado espacio de la publicación, realizar una revisión, a partir de las fuentes romanas, sobre tres aspectos relacionados con los contratos, que, a nuestro criterio, merecen principal atención a partir de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Por su actualidad y relevancia, en materia contractual, creemos oportuno detenernos, en el análisis de tres instituciones: a) sobre los contratos a partir de la clasificación de Gayo de las obligaciones; b) sobre los principios del derecho romano en materia contractual y c) sobre los préstamos y el contrato de mutuo.

Trataremos de focalizar el planteo de las cuestiones en crisis, brevemente y sin ambages.

## II. Sobre los contratos a partir de la clasificación de Gayo de las obligaciones

Según Gayo (III,88)<sup>2</sup> -que abre así su exposición del derecho de obligaciones- *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Para "nuestro Gayo"- como decía Justiniano- , ésta constituye - a tenor de sus propias palabras- la *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones. Es sabido que el sentido que Gayo quiere dar a *summa divisio* es el más general, que incluye a todas las obligaciones posibles sin exceptuar ninguna, del mismo modo que cuando habla de *summa divisio personarum* el jurista se refiere a que "todos los hombres o son libres o son esclavos", o cuando trata la *summa divisio rerum* incluye a todas las *res* que son *divini aut humani iuris*.

Por lo que respecta a la controvertida cuestión sobre el origen de la bipartición gayana de las fuentes de las obligaciones, las posiciones doctrinales son de gran disparidad debido a la falta de fuentes que aseguren directamente la existencia de una clasificación similar perteneciente a algún jurista anterior a Gayo.

Se dijo que Gayo, pudo recibir la influencia de algún otro jurista, sobre todo si pensamos que no era un jurista original y profundo; con todo, parece mucho más prudente dejar en suspenso esto último al no existir prueba segura de cuál fue la supuesta obra que pudo tener influencia en la *Institutiones*.

La bipartición gayana se fundamenta, pues, en la contraposición entre *contractus* y *delictum*: una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar.

A tenor de la terminología de la era gayana *contractus* es sinónimo de "acuerdo de voluntades" y el propio Gayo (III, 89)<sup>3</sup> distingue cuatro tipos de los mismos: I) contratos

2 GAYO, *Institutas*, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997, p.445.

3 GAYO, *Institutas*, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997, p.448.

reales (*re contrahitur obligatio*), en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; II) contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*), que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; III) contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*), perfeccionados por la forma documental; IV) contratos consensuales (*consensu contrahitur obligatio*), en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma.

Esta cuatripartición debe ser originaria del propio Gayo, pues parece improbable que el jurista la tomara en esos precisos términos de autores anteriores, aunque estaría lejos de la realidad creer que carezca de entronque con el pensamiento de la jurisprudencia precedente.

Por otra parte, en su clasificación de las fuentes de las obligaciones en sentido estricto, se encuentran protegidas por acciones personales civiles cuya fórmula llevaba el verbo *oportere* en la *intentio*, bien solo o bien acompañado, en determinadas ocasiones, de la cláusula de buena fe: *oportere ex fide bona* o equivalente.

La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su cuatripartición, está, pues, encuadrada en el binomio *actio-obligatio* civiles.

Gayo deja en la referida cuatripartición dos concepciones distintas de la idea contractual. La primera y más antigua se refleja en los tres primeros miembros de la cuatripartición gayana (*obligationes re, verbis, litteris contractae*) que parecen tener como eje la idea de *contrahere obligationem*.

En cambio, en el cuarto miembro de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de *contrahere negotium*, que procede de otra línea evolutiva, los *iudicia bonae fidei*, que reflejan una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum* (*De bonae fidei iudiciis*), cuya rúbrica original quizá tuvo su sede en el *Edictum* peregrino.

Por ende, la inserción de las *actiones bonae fidei* en la cuatripartición gayana de los contratos, quizá se deba a la fusión de los edictos urbano y peregrino, puesto que, en éste se hallarían las *obligationes* que exigían una *bona fides* recíproca: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*. Esta mención de reciprocidad de la *obligatio ex fide bona* rompió el binomio *actio-obligatio* civiles y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano.

Así, el *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que solo se aproxima a la *conventio*. Porque la convención solo contiene deberes y no obligaciones.

Por ello es que sostenemos que es de los contratos de donde surgen verdaderas obligaciones para las partes y no, de las convenciones.

### III. Sobre los principios del derecho romano en materia contractual

Los principios del derecho romano en materia contractual se han visto reflejados exitosamente en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que entró en vigor a partir del año 2015.

Se ha dicho que los principios, son entendidas como normas generales, universalmente extendidas a cualquier comunidad o cultura.

Pues, al hablar de principios generales del derecho, estos serían los enunciados normativos, que utilizan los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y por los juristas en general, ya sea para integrar derechos legales o para interpretar las normas jurídicas cuya aplicación resulta al menos dudosa.

Estos principios no siempre han sido integrados formalmente, en todos los ordenamientos jurídicos particulares. A veces los hemos encontrado de manera implícita, pero entendemos que no son externos al ordenamiento, sino que forman parte de él.

Así las cosas, vemos que en el artículo 2 del CCCN sobre: Interpretación, se hace referencia a que:

*«La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... los principios y valores jurídicos...».*

Conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico.

Es innegable que la jurisprudencia, no ha considerado acertado el que se haga una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Pero observamos, que el CCCN, establece reglas de interpretación al regular algunas instituciones o figuras. Como, por ejemplo, en lo que hace a esta ponencia, cuando se refiere a los Contratos en general el art. 963 establece:

*«Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código».*

Otro ejemplo está en los artículos 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

En materia contractual no podemos dejar pasar el principio tan trascendente incluso para el derecho internacional, como es el llamado *pacta sunt servanda*.

Los romanos hablaban de honrar los pactos, con lo cual generaban la tan ansiada confianza entre las partes, y la proporciona una seguridad en las transacciones. Resultando además la buena fe base del comportamiento en el cumplimiento regular de las convenciones entre las partes. Ambos, han sido exitosamente incorporados al ordenamiento interno.

Los principios tienen amplia aplicación en material contractual en el derecho romano. El juez echa mano a estos principios pudiendo así, aclarar lagunas de la ley o incluso contraponerse a lo estipulado por la norma, siempre y cuando no sean términos irrenunciables. Es con estos criterios de interpretación, que la voluntad o intención de las partes contratantes, necesariamente, debe ser valorada y respetada, en todo aquello

que no contravenga las leyes, como norma suprema en sus relaciones.

También se puede decir, que, en materia contractual, este CCCN, abrevia en la transculturización latinoamericana, al constitucionalizar y convencionalizar el derecho privado, que viven en los invalorable principios generales del derecho, que los romanos nos aportaron.

En síntesis, el CCCN tiene su antecedente cuando Roma, a través del intercambio comercial, fija las bases del derecho mercantil y dispone acerca de la solución de los conflictos que provienen de estos negocios.

Tal el caso de China y la búsqueda hacia el derecho romano que acerque la cuestión comercial con el resto del mundo.

Así, los principios contractuales del derecho privado que persiguió el CCCN, en materia contractual nos evoca al *ius commune* del Derecho Romano, que confluye los principios del *ius civile* y del derecho de gentes en la obra fundamental que fue la obra de los juristas clásicos y fundamentales el *Corpus Iuris Civilis*, como conjunto sistemático de normas del *ius privatum*.

#### **IV. Sobre los préstamos y el contrato de mutuo**

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

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

El art. 2240 del Código Civil de Vélez, expresaba:

*"Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad."*<sup>4</sup>

De conformidad con la nueva definición adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1525, regula que:

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

Con respecto a la controversia desatada en torno a la naturaleza primeramente, deberemos develar, si para el perfeccionamiento del contrato de mutuo, bastará prometer o habrá que entregar alguna cosa.

---

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

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

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

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

La palabra “compromete” supone compromiso o, sencillamente, contracción de una obligación, por lo que el contrato quedaría sellado con la simple asunción de tal empeño. Observe, que del art. 1141 del Código Civil de Vélez (derogado), se desprende que: “Forman la clase de los contratos reales, el mutuo, el comodato, el contrato de depósito y la constitución de prenda y de anticresis”.

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

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

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

Es que la práctica del comercio había admitido la llamada “promesa de mutuo”, lo cual

tornó abstracto el debate antes referido, dando al contrato un contorno eminentemente consensual<sup>5</sup>.

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

La doctrina y la jurisprudencia, más moderna, ya concedían a la promesa los efectos propio del contrato, porque para permitir tal equiparación, se había superado la valla del art. 2244 del Código velezano, en cuanto frente a la desatención de la promesa, sólo permitía reclamar el resarcimiento de los perjuicios; pues, por aplicación a contrario del art. 559 del Código de Comercio (también derogado), fue considerado válido el reclamo del mutuario que perseguía el cumplimiento de la promesa esto es la efectiva dación del préstamo.

Decimos que el contrato actual como el romano obedece a una típica función económico social porque se puede observar claramente en el mutuo el tratamiento que se le dio por ejemplo a los intereses.

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

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

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

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

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

Una disposición muy interesante fue que en su totalidad no podía exceder el mutuo del capital, y en caso contrario podrían ser repetidos en exceso como indebidos (D.12.6.26.1). Igualmente se prohibía que los intereses vencidos y no pagados se capitalizaran, devengando de este modo nuevos intereses (este sería el caso del anatocismo).

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

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

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

---

<sup>5</sup> Ejemplo de ello es el denominado “convenio de asistencia financiera” por el cual los mutuantes prometen conceder al mutuario una línea de crédito, bajo ciertas y determinadas circunstancias y al solo requerimiento de éste último.

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

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

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

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

*“si paso intereses por más de lo permitido en las leyes, ciertamente no pueden ser repetidos, sino que se han de aplicar al capital; y si después pagó el capital, puede repetir el capital como no debido”<sup>6</sup>*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

6 JUSTINIANO, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Idelfonso García del Corral, ed. Jaime Molina, Barcelona, 1889, p. 711.



Sobre las cosas fungibles, el art. 232 del CCCN señala que son aquellas en que cada individuo de la especie, equivale a otro individuo de la misma especie y, en consecuencia, puede ser sustituido por otro individuo de la misma especie.

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

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

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

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

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

Finalmente decimos que la cuestión de la clasificación y naturaleza del mutuo ha sido superada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y como si fuera poco, va más allá en sus desenlaces, ya que deja de lado la definición legal del art. 1137 del Código Civil de Vélez, porque dice que se trata de negocios creditorios, pero no estrictamente de “contratos”.

Pero ¿podemos hablar aquí de la convención como la base y el fundamento, en consecuencia, decir que estamos en presencia de un contrato?

Pues, resulta más apropiado decir, que se trata de “negocios obligacionales”, a los cuales no hay que darles el mismo tratamiento de los contratos con obligaciones recíprocas, y respecto de los cuales corresponde un tratamiento jurídico apropiado con el análisis concreto y particularizado de cada especie de estos “prestamos”, que por su especificidad tiene un funcionamiento propio”. En síntesis, observamos, que el mutuo, exigía un nuevo tratamiento, otorgando al mismo, el carácter de contrato consensual y no de contrato real, tal como fuera receptado por el CCCN.

## V. Conclusiones

Por lo expuesto, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

Sostenemos que es de los contratos de donde surgen verdaderas obligaciones para las partes y no, de las convenciones.

Los principios contractuales del derecho privado que persiguió el CCCN, en materia contractual nos evoca al *ius comune* del Derecho Romano, que confluye los principios del *ius civile* y del derecho de gentes en la obra fundamental que fue la obra de los juristas

---

7 DI PIETRO, Alfredo, “Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 366.

clásicos y el Corpus Iuris Civilis, como conjunto sistemático de normas del *ius privatum*.

Los romanos, también concedían a la “promesa” los efectos propios de los contratos, porque ellos, abrevaban directamente de la realidad.

El contrato actual como el romano obedece a una “realidad práctica”, es una típica función económico social, porque se puede observar claramente en el mutuo el tratamiento que se le dio por ejemplo a los intereses. Por lo tanto, la clasificación en torno al carácter real o consensual del mutuo ha perdido utilidad.

---

### Referencias Bibliográficas

- DI PIETRO, Alfredo, “Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- GAYO, Institutas, Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Abeledo-Perrot, 5° Ed., Buenos Aires, 1997
- JUSTINIANO, Cuerpo de Derecho Civil Romano, Idelfonso García del Corral, ed. Jaime Molina, Barcelona, 1889, p. 711.
- PAULO, Comentario al Edicto libro XXVII.