

## NATURALEZA JURÍDICA DEL MUTUO: CONTRATO REAL, CONSENSUAL O SOLEMNE

SOLANGE DOYHARCABAL CASSE  
Universidad Gabriela Mistral

### I. CONTRATOS REALES

Cualquiera discusión acerca de la naturaleza del mutuo lleva previamente a hacer el análisis de la categoría de contratos reales, a la cual pertenece en nuestra legislación, en compañía del comodato, el depósito, la prenda y la anticresis.

Los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa, oponiéndose a los consensuales que nacen a la vida jurídica por el solo consentimiento de las partes y a los solemnes, que requieren el cumplimiento de ciertas solemnidades exigidas por el legislador en atención a la naturaleza del acto, bajo sanción de nulidad. En aquellas legislaciones que aceptan la transferencia de dominio en virtud del solo contrato, reciben la denominación de reales, aquellos que son traslativos o constitutivos de derechos reales, pero esta acepción queda totalmente fuera del presente estudio.

Remontándonos al Derecho Romano, se atribuye a Gayo el origen de esta clasificación que, en cuanto a las obligaciones «re» contractuales menciona al mutuo y sólo al mutuo. El derecho justiniano agregará en el Digesto y en las Instituciones, la prenda, el comodato y el depósito, contratos que, si bien se perfeccionan por la entrega de la cosa, a diferencia del mutuo no son títulos traslativos de dominio.

El Código Napoleón, nuestro Código Civil, el de Argentina, el español, todos del siglo XIX, reconocen la existencia de los contratos reales. También lo hicieron códigos un siglo más jóvenes, como es el caso del italiano y del portugués, a pesar de la corriente revisionista que surge en el siglo XX tanto en Europa como en América tendiente a suprimir la figura del contrato real por entender que los reconocidos como tales son en realidad o deben ser, consensuales. Varios códigos civiles se plegaron a este parecer. En Europa, el código suizo de las obligaciones declaró que el mutuo, comodato, depósito y prenda son contratos consensuales. En América, el Código Civil para el Distrito Federal de México de 1928 adoptó esta misma línea de pensamiento, que tampoco es ajena al Código Civil del Perú de 1984.

## II. DOCTRINA A FAVOR Y EN CONTRA DE LA MANTENCION DE LA CATEGORIA DE CONTRATOS REALES EN LAS LEGISLACIONES

Debemos considerar que en esta materia se manifiestan dos criterios opuestos, cuyos postulados resumimos a continuación:

La doctrina llamada clásica que defiende la existencia del contrato real, engarza con el pensamiento de Domat, Pothier y todos los representantes de la escuela de la exégesis, que lo justifican con un argumento simple: el contrato real impone la obligación de restituir y como no se puede devolver lo que no se ha recibido, es requisito esencial para su formación, la previa entrega de la cosa. En Francia, esta línea de pensamiento fue defendida por Carbonnier y sus seguidores, quienes atribuyen las críticas a la categoría de contrato real a un momento en que se encontraba en auge el principio de la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, el consensualismo, pero pasado el tiempo de la exaltación y comprobado que ambos se encuentran en decadencia, se advierte que no es posible prescindir del elemento entrega de la cosa en determinadas relaciones contractuales. Este criterio ha contado con seguidores en todas las épocas y en él se inscriben desde Pufendorf, Heinecio, Vinio, hasta, en el día de hoy, Biliboni.

La tesis contraria sostiene que los contratos reales deberían ser tratados como consensuales. Fue sustentada por Josserand y Baudry - Lacantinerie y a ella parecen adherir los autores contemporáneos en su gran mayoría. Podemos, sin duda, mencionar entre los franceses a Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer, como también J.Flour y J.L.Aubert. Entre los italianos, se cita a Osti, Forchielli, Barassi. Argentina contribuye con Jorge Mosset Iturraspe y Uruguay, con Jorge Gamarra.

Este sector de la doctrina maneja razones interesantes en apoyo de su posición, enfocadas a destacar lo siguiente:

1. Antes de la entrega existió un acuerdo de voluntades, que motivó la tradición.

2. La esencia de los contratos reales no está en generar una obligación de restituir para el sujeto beneficiado con el negocio, sino que hay que buscarla en algo más trascendente, cual es la función económica y social propia de cada uno de estos contratos. Así en el caso del mutuo, lo fundamental es la función económica del crédito y en el depósito, la custodia de la cosa.

3. Nadie niega que la obligación de restituir requiere previamente de la entrega de la cosa, pero esa entrega no genera el contrato, sino que pertenece a la etapa de cumplimiento de las obligaciones que nacieron de él. Cualquiera de estas convenciones puede ser considerada como contrato consensual y bilateral, en virtud del cual, una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a devolver. Si la cosa no fue entregada, quiere decir que la parte a quien incumbía tal obligación no la cumplió y la otra podrá pedir la resolución del contrato o la ejecución forzada, con indemnización de perjuicios, en conformidad a las reglas generales. Aquí se impone el argumento de analogía, esgrimido por Josserand. Las normas del arrendamiento, contrato consensual, en virtud del cual el arrendador se obliga a poner a disposición del arrendatario la cosa arrendada y éste, a su vez, se obliga a restituirla al término del contrato resuelven una situación similar. Otro ejemplo lo encontramos en el contra-

to de mandato, que impone al mandatario la obligación de restituir al mandante lo que éste le haya confiado y de lo cual no dispuso, lo que no le quita su carácter consensual.

4. Antes de la entrega pueden nacer obligaciones civiles para el que se comprometió a prestar cosas fungibles o especies, o a constituir una prenda. En Francia, nadie, ni siquiera los partidarios de la categoría de contratos reales, niega esta evidencia. La diferencia estriba en que éstos sostienen que intervino un contrato preliminar, mientras que los detractores de la teoría clásica alegan que pretender la existencia de un contrato previo y distinto, de una promesa, es una sutileza que divide artificialmente una operación contractual que, en realidad, forma un todo. La jurisprudencia, en una oportunidad, al menos, dio la razón a quienes piensan de este modo. Un deudor prometió entregar una cosa en prenda a su acreedor pero, antes de hacerlo, la vendió a un tercero, a quien efectivamente le hizo tradición de ella. Pues bien, tal deudor fue condenado por delito de distracción de prenda (C. Penal art. 400. inc. 5), a pesar de que el contrato definitivo no se había perfeccionado, puesto que no tuvo lugar la entrega (Crim. 25 nov. 1927: S.1929. 1.153).

En Argentina, la mayoría de los autores acepta la validez y eficacia de las promesas, independientemente de cuál sea su posición frente a la existencia del contrato real, porque no creen que sea posible negar la fuerza obligatoria que nace del solo consentimiento, a pesar de que Vélez, redactor del Código Civil, negó eficacia a la promesa consensual de celebrar un contrato real, argumentando que si tal promesa fuera civilmente obligatoria no podría sostenerse que el comodato, mutuo, depósito y prenda tienen la calidad de contratos reales, puesto que se confundirían promesa y contrato definitivo en una sola convención de carácter consensual. Dijo expresamente en el artículo 2256, que la promesa de hacer un empréstito de uso no da acción alguna contra el promitente. Sin embargo, alguna excepción hizo a propósito del mutuo oneroso, porque, si bien no reconoció a la promesa el valor de un contrato, le otorgó un efecto particular a favor del mutuario, permitiéndole reclamar en el término de tres meses desde que debió cumplirse, indemnización por pérdida e intereses (art. 2244).

### III. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO EN LAS LEGISLACIONES MEXICANA Y PERUANA

Forzoso es ahora examinar el tratamiento que recibe el contrato de mutuo en aquellos ordenamientos jurídicos que aceptan el principio del consensualismo contractual.

El Código Civil para el Distrito Federal de México dice en su artículo 1796 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Resulta, entonces, que en este contexto el mutuo, depósito y comodato son contratos consensuales. La única convención que aún podría clasificarse como real es el contrato de prenda que para generar el derecho real de prenda a favor del acreedor exige, además del consentimiento, tener fecha cierta y la entrega de la cosa.

El artículo 2384 de ese texto legal define al mutuo así: «El mutuo es un contrato

por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.»

Se caracteriza por ser un contrato bilateral y consensual, además de principal, generalmente instantáneo, nominado y traslativo de dominio, gratuito u oneroso. Nos interesan las dos primeras menciones.

Es consensual porque no requiere para su perfeccionamiento ni de entrega de la cosa ni de formalidad de ningún tipo; el consentimiento puede manifestarse de cualquier modo que acuerden las partes sin que la ley exija ninguno en especial. Lo que interesa es que exista un acuerdo de voluntades para entregar bienes fungibles, transfiriendo el dominio de los mismos y para restituir otros de la misma especie y calidad.

Si bien es cierto que la forma de exteriorizar el consentimiento queda al arbitrio de las partes, la conveniencia indica que es útil celebrar este contrato por escrito para facilitar la prueba y para precisar el alcance de las obligaciones de las partes. Lo habitual es que el mutuo de dinero se otorgue por escrito y, en el caso de que el préstamo se garantice con hipoteca, como ésta deberá constar en escritura pública, aquél revestirá la misma formalidad

Es bilateral porque desde su celebración nacen obligaciones para ambas partes. El mutuante está obligado a entregar las cosas fungibles, objeto del contrato, pero antes debe determinarlas y hacerle saber al mutuuario esa individualización. Todas las obligaciones del mutuuario están supeditadas al cumplimiento previo por parte del mutuante de su obligación de entregar las cosas mutuadas, ya que la principal obligación del mutuuario consiste en restituir al mutuante bienes fungibles, en la misma cantidad y de la misma calidad de los recibidos, en el tiempo, lugar y modo pactado, y, a falta de estipulación, de acuerdo a las normas supletorias que da la ley. Si se pactaron, se deberán también los intereses. Ambos responden por el saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios respecto a las cosas fungibles y si el mutuo fue con interés se obligan a pagar los impuestos que para cada uno de ellos prescribe la ley.

El Código Civil del Perú adhiere igualmente al principio de consensualidad en su artículo 1352 que reconoce la existencia de contratos que se perfeccionan por el sólo consentimiento y de contratos solemnes, sujetos a formas señaladas por la ley, las que deben ser respetadas por las partes bajo sanción de nulidad.

El de mutuo es bilateral, naturalmente oneroso y por norma general, consensual, definido por el artículo 1648 de la siguiente manera: «Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad». Entendemos que el consentimiento puede manifestarse en cualquiera forma que elijan las partes y la existencia y contenido del contrato, probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los medios probatorios. Excepcionalmente, el mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, cuando su valor exceda del límite previsto por la ley.

Ambas partes se obligan. El mutuante está obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato. El mutuuario se obliga a devolver en el plazo estipulado y cuando éste no se ha fijado, ni resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la

entrega. Si se ha convenido que el mutuario pague sólo cuando pueda hacerlo o tenga los medios, el plazo será fijado por el juez atendiendo a las circunstancias y siguiendo el procedimiento establecido para el juicio de menor cuantía. Si se conviene que el mutuario no abone intereses u otra contraprestación al mutuante, aquél puede efectuar el pago antes del plazo estipulado.

Si el mutuario no pudiese devolver bien similar en especie, cantidad y calidad al que recibió, satisfará su prestación pagando el valor que tenía al momento y lugar en que debió hacerse el pago, o el valor en que se tasaron al momento de la celebración del contrato, aunque valgan más o menos al momento de pago.

#### IV. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO EN LA LEGISLACION CHILENA

##### *1. MUTUO CONTRATO REAL*

A diferencia de los arriba mencionados, nuestro sistema jurídico acepta la existencia de los contratos reales. En perfecta armonía con el artículo 1443 del Código Civil que dice que para que el contrato real sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere, el artículo 2196 define al mutuo o préstamo de consumo como «un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad».

Además de ser un contrato real, es también unilateral, principal, y constituye, caso único dentro del grupo de contratos reales, un título traslativo de dominio, por lo que, a despecho de lo que dice el Código, es el único que verdaderamente se perfecciona por la tradición, en tanto que los demás, comodato, depósito, prenda y anticresis, lo hacen por la simple entrega en mera tenencia.

Desde la entrada en vigencia de la ley 18.010 que reglamentó las operaciones de crédito de dinero, debemos distinguir entre el mutuo de dinero y el que recae en otras cosas fungibles.

El mutuo de dinero, operación de crédito de dinero, se rige fundamentalmente por la ley 18.010 y el de otras cosas fungibles, únicamente por el Código Civil.

En cualquier caso, siendo un contrato real, éste nacerá sólo una vez entregadas las cosas fungibles. El mutuante, aunque posteriormente pueda exigírsele responsabilidad por saneamiento de evicción o de vicios redhibitorios en las cosas, o por devolución de intereses excesivos cobrados, no contrae obligación al momento de celebrarse el contrato, salvo la de respetar el plazo para restituir, lo que hace que éste sea unilateral. Las obligaciones correrán a cargo del mutuario. En lo que se refiere a estas últimas, son fundamentalmente las mismas que indican todos los ordenamientos jurídicos. Tendrá una obligación esencial de restituir y una, eventual, de pagar intereses.

Como de acuerdo al sistema actual la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero, salvo pacto en contrario, estos mutuos devengarán intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre el capital reajustado, en su caso. Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda del máximo convencional, los que en tal caso se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención, debiendo devolverse reajustado el exceso pagado.

En cuanto a la época de la restitución, si no se pactó plazo, el pago sólo podrá exigirse después de diez días contados desde la entrega. El deudor puede anticipar el pago, aun contra la voluntad del acreedor, derecho que es irrenunciable. Si la obligación era reajutable pagará el capital reajustado hasta el día del pago efectivo y los intereses estipulados sobre dicho capital por todo el plazo pactado para la obligación y si ésta no era reajutable tendrá que pagar el capital y los intereses estipulados hasta la fecha del vencimiento pactado. Si el deudor retarda el cumplimiento de su obligación, debe intereses corrientes desde el retardo y a las tasas que rijan durante ese retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior. Está permitido el anatocismo, pero en ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a treinta días.

Si el mutuo es de cosas fungibles distintas al dinero, se aplican los artículos 2196 a 2209 del Código Civil. El mutuario deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad de las recibidas, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago.

Si no se fijó época para la restitución, no habrá derecho de exigirla dentro de los diez días subsiguientes a la entrega y si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término. El mutuario tiene derecho a pagar aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses en dinero o en otras cosas fungibles. Se trata de un contrato naturalmente gratuito, porque si bien el Código Civil permite pactar estos intereses, no presume tal pacto.

El interés convencional no tiene más tope que el designado por ley especial, salvo que no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente. Si no se determina la cuota se entiende que son intereses corrientes. Si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital, presumiéndose que el contrato fue inicialmente gratuito, pero después se pactaron los intereses que se pagaron. Si el mutuante dio recibo de pago y no hizo reserva de intereses, éstos se entienden pagados.

## *2. MUTUO CONTRATO SOLEMNE*

Sin duda los mutuos de dinero más frecuentes hoy en día son los mutuos hipotecarios celebrados con instituciones bancarias. La Ley General de Bancos<sup>1</sup>, en su artículo 69, número 3 les permitió otorgarlos con o sin garantía. Aquellos para los cuales no se exige garantía hipotecaria son préstamos de consumo cuya naturaleza es la de un contrato real, a diferencia de los que constituyen operaciones hipotecarias, los cuales, de acuerdo a los artículos 69 n.7 y 91 n.4, inciso final, de la ley, deben otorgarse por escritura pública. Se trata por lo tanto de contratos solemnes que pueden revestir la forma de mutuo hipotecario endosable o de mutuo hipotecario en letras de crédito.

---

<sup>1</sup> El Decreto con Fuerza de Ley n.3 fijó el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican. Publicado en el Diario Oficial de 19 de diciembre de 1997.

El artículo 69 n.7 que hemos mencionado dice que con sujeción a las normas generales que dicte la Superintendencia, los bancos podrán otorgar créditos que se encuentren amparados por garantía hipotecaria. Tales créditos se extenderán por escritura pública que lleve cláusula a la orden, de la cual se otorgará una sola copia autorizada que se entregará al acreedor, la que será transferible por endoso colocado a continuación, al margen o al dorso del documento, con indicación del nombre del cesionario y éste podrá ser otro banco, o sociedades financieras u otras entidades reguladas por leyes especiales que les permitan este tipo de inversiones.

Los mutuos hipotecarios en letras de crédito podrán ser concedidos en moneda nacional o extranjera, mediante la emisión de letras de crédito por igual monto que aquéllos y su reembolso se hará por medio de dividendos anticipados. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley General de Bancos a estos mutuos no se aplica lo que dispone el artículo 69 número 7, por lo que no podrán extenderse con cláusula a la orden ni cederse.

## V. CRITICAS AL SISTEMA CHILENO

Respecto del mutuo, contrato real, cabe preguntarse si efectivamente debe perfeccionarse con la entrega del dinero o de las otras cosas fungibles o si sería más adecuado reglamentarlo como contrato consensual y bilateral.

Una conclusión afirmativa en este sentido no significa necesariamente negar la existencia de los contratos reales. Es posible que la entrega de la cosa sea requisito indispensable para el perfeccionamiento de determinadas convenciones. En México, el contrato de Prenda conserva este carácter y, en Francia, incluso los partidarios de la teoría revisionista estiman que existe un contrato (el único, en verdad), que responde verdaderamente al concepto de contrato real, el denominado «don manuel», en que la cosa donada debe ser entregada al donatario de mano a mano<sup>2</sup>.

Volviendo al caso particular del mutuo, no parece justificado privar de eficacia al consentimiento cuando no va acompañado de la entrega, por las siguientes razones:

1. La propia ley n.18.010, por la cual se rigen los mutuos de dinero, en su artículo primero expresa que son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o «se obliga a entregar» una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención.

2. El hecho de que el mutuante puede obligarse con anterioridad a la tradición,

---

<sup>2</sup> En Derecho francés la simple promesa de hacer una donación entregada de mano a mano, carece de toda fuerza obligatoria. Puesto que las donaciones son contratos solemnes, normalmente otorgados por escritura pública tanto para poner a resguardo el consentimiento de un compromiso contraído sin pensarlo debidamente, como para garantizar la irrevocabilidad del acto. Esta doble función es desempeñada en la donación de mano a mano, por la tradición: el tradente, al entregar la cosa, entiende que se despoja de ella y, por otra parte, el adquirente, al ponerse en posesión, se pone a resguardo de un arrepentimiento del donante. La jurisprudencia considera que la tradición reemplaza la formalidad del acto auténtico. Se reemplaza una solemnidad por otra.

mediante un contrato previo y solemne de promesa de mutuo. Aceptar el consensualismo y la bilateralidad del mutuo significaría una economía de contratos. En lugar de una promesa y de un subsiguiente contrato definitivo, se celebraría un contrato consensual de mutuo, en virtud del cual el mutuante se obligaría a dar y el mutuario a restituir. Claro que desde el punto de vista de la prueba, siempre sería prudente otorgarlo por escrito, previendo una disposición similar a la contenida en el artículo 805 del Código de Comercio, en el sentido de permitir al mutuario que hubiere firmado un pagaré o recibo, confesándose deudor de una cantidad de dinero o mercaderías, probar, que aquéllas no le fueron entregadas<sup>3</sup>.

3. El sistema propuesto engazaría mejor con la exigencia del artículo 675 que requiere para la validez de la tradición, un título traslativo de dominio. En el mutuo, contrato real, perfeccionado por la tradición, cabe preguntarse cuál es el título, teniendo en cuenta que antes de la entrega, el contrato no existe. Puede responderse que en este caso no hay título, lo que sería una excepción al sistema o que el título y el modo nacen al unísono, explicaciones que no resultan satisfactorias.

En cuanto a la solemnidad de los mutuos hipotecarios otorgados por bancos, ésta se justifica plenamente porque la hipoteca y el mutuo se contienen en la misma escritura, porque la tabla de desarrollo de dividendos elaborada por el banco por vía ejemplar para un préstamo u obligación de una Unidad de Fomento, protocolizada en notaría se entiende que forma parte integrante de cada contrato para todos los efectos legales; porque la escrituración permite detallar las obligaciones que nacen del contrato, de suyo complejas, etc. Además, la solemnidad de estos contratos no ha producido ningún problema en relación con la reglamentación general del mutuo. Así, también, sin perjuicio de la permanencia de la prenda del Código Civil, contrato real, la prenda sin desplazamiento, la prenda mercantil, la prenda industrial, fueron reglamentados como contratos solemnes con exigencia de escrituración.

Ahora bien, si nos remontamos al Derecho Romano, veremos que el mutuo hipotecario tiene una mayor relación con las estipulaciones mutuarías que con el mutuo, contrato real. La estipulación era un negocio solemne, por el cual el promitente, se obligaba con el estipulante a dar, hacer o no hacer algo y, con frecuencia, los mutuarios estipulaban devolver una suma, antes de que la hubieran recibido. En estos casos, la obligación nacía *verbis*, es decir, por haber pronunciado la fórmula solemne de promesa, pero no por causa de mutuo, porque la entrega no se había realizado aún.

Actualmente, el banco tampoco entrega el importe del mutuo al momento de celebrarse el contrato. Lo hará cuando se acredite la inscripción de los gravámenes exigidos como garantía, aunque formalmente se diga otra cosa. En efecto, de la lectura de los contratos de mutuos hipotecarios en letras de crédito, aparece el mutuario declarando haber recibido materialmente las letras de crédito correspondientes, no obstante lo cual las entrega nuevamente al Banco, confiriéndole mandato mercantil para que éste las negocie o las venda, autorizándolo a retener el producto de la venta, o a entregarlo a un tercero o al propio mutuario, según los casos y

---

<sup>3</sup> Un pretendido contrato de préstamo no puede constituir un compromiso válido a cargo del pretendido mutuario, cuando consta que no recibió nada ni pudo recibir y que la entrega mencionada en el acta ha sido ficticia y se operó por un simple juego de escritura. (Francia. Req. 29 nov. 1887: DP 1889, 1,59).

luego de haberse inscrito las hipotecas y prohibiciones constituidas a favor del mutuante. Esta misma combinación de tradición seguida de devolución y mandato, se utiliza en los contratos de mutuo endosable destinados a la adquisición de un bien, normalmente una vivienda. El mutuario declara recibir una suma que jamás ha tenido en sus manos y entregarla nuevamente al Banco para que éste, a su vez, la remita al vendedor. Es sólo un juego de palabras, puesto que el mutuante no ha desembolsado nada hasta ese momento, pero al menos, jurídicamente, la construcción es aceptable, cosa que no sucede con los contratos de mutuo hipotecario endosable para otros efectos como, por ejemplo, reparación de viviendas, otorgados por bancos, los cuales en este aspecto, suelen estar redactados de forma curiosa, puesto que el deudor declara recibir el dinero del préstamo a su entera satisfacción y luego, a renglón seguido, acepta expresamente que el Banco le entregue «materialmente» el importe del mutuo en una oportunidad posterior, lo que significa que no lo ha recibido. El tenor de estas cláusulas tipo<sup>4</sup> nos merece las siguientes observaciones:

1. Se cae en una contradicción evidente con el propósito aparente de dar por cumplida la obligación del mutuante, o de mantener en forma ficticia la unilateralidad del contrato.

2. La fórmula recuerda vagamente una cláusula usual en los contratos de compraventa de inmuebles referente a la entrega material de los mismos que puede tener lugar al tiempo de la contratación, o en un momento ulterior, pero ambas situaciones no son comparables. En el caso de los inmuebles, la tradición del dominio y demás derechos reales sobre ellos se hace mediante la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente y a ella debe seguir la entrega material que permita ejercer verdaderamente el derecho sobre la cosa, razón por la cual, si esta última no se realiza, el vendedor no habrá cumplido su obligación de entregar. En el caso del dinero, bien mueble, esta distinción no cabe. Si no se entrega no hay tradición.

3. Es cierto que el artículo 684 del Código Civil contempla tanto la tradición real de las cosas corporales muebles, como la tradición ficta o simbólica. En el caso que nos ocupa, tradición real no hay. En cuanto a las maneras fictas o simbólicas que contempla el Código Civil sólo una forma, la del n. 4 del artículo mencionado, podría discutirse si procede en este caso<sup>5</sup>. Consiste en encargarse «el uno de poner

---

<sup>4</sup> Modelo tipo de esta cláusula:

«TERCERO: El Banco.....da en préstamo al Mutuario don.....la cantidad de .....Unidades de Fomento, suma de dinero que se por recibido a su entera satisfacción el Mutuario, con el exclusivo objeto que la invierta en.....»

El Deudor acepta expresamente que el Banco le entregue materialmente el importe del referido mutuo, una vez inscritas, en los Registros de Hipotecas y de Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces competente, la hipoteca y la prohibición que el Deudor constituye en favor del Banco.....para caucionar dicho mutuo y a que se hace referencia en las cláusulas ..... de esta escritura.»

<sup>5</sup> Los otros casos de tradiciones ficticias o simbólicas son, según el artículo 684 del Código Civil las que consisten en mostrar la cosa; en entregar llaves; en vender o enajenar al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no traslativo de dominio o por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario etc.

la cosa a disposición del otro en el lugar convenido». Se trata de un mandato que recibe el tradente del adquirente para poner la cosa a disposición del accipiens en algún lugar, y como la ley no exige que se dé cumplimiento al encargo, hay que entender que la tradición se entiende efectuada en el momento del acuerdo. Podría pensarse que esto es lo que sucede entre el mutuante y el mutuario, encargándose el primero de depositar el importe del mutuo, en la cuenta corriente del segundo. Sin embargo, el Banco no lo hará hasta que no se acrediten las inscripciones de los gravámenes exigidos, porque el encargo está sujeto a condición suspensiva, lo que quiere decir que mientras ésta no se cumpla, no hay tradición. Además, en el contexto del artículo n. 684 se entiende que desde que acepta el encargo, el tradente tiene la cosa como mero tenedor, y no puede sostenerse que esa sea la intención de un Banco mutuante.

Destaquemos, por último, que nada se opone a que los mutuos hipotecarios sean considerados contratos bilaterales. El expreso reconocimiento por parte del mutuario de haberse realizado la tradición de las letras hipotecarias o del dinero, puede sólo significar que el mutuante ha cumplido con su obligación en forma instantánea, al momento de celebrar la convención.