

LA OBLIGACIÓN O PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA

El Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales Financieros Con Especial Referencia al Mutuo Internacional y al Depósito a Plazo Fijo Bancario

FRANCISCO OLASO MARTINS

I

OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

El presente trabajo se propone analizar de cerca el concepto de “obligación tipificante”, también denominado “obligación o prestación característica” en los contratos internacionales financieros.

En nuestro país, al margen de regulaciones específicas, las normas madres sobre contratos internacionales se encuentran en los artículos 32 a 39 y en los artículos 36 a 43 de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 respectivamente. Dichos Tratados regulan la mayor parte de los contratos con elementos de extranjería que se resuelven desde la óptica del Derecho positivo uruguayo; en primer lugar, porque los Estados-Parte de dichos Tratados (Bolivia, Perú y Colombia -Tratado de 1889-, Argentina y Paraguay -Tratado de 1940-) mantienen una posición geográfica muy próxima con nuestro país, lo que naturalmente influye en los intercambios de bienes y servicios; y en segundo lugar -y esta razón es sensiblemente más relevante que la primera-, porque nuestra principal norma de conflicto interna que regula la materia, **el artículo 2399 del Código Civil**,¹ se remite a las soluciones previstas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889. Por esa remisión, el contenido de los artículos 34 a 38 del Tratado de 1889 opera como fuente material de nuestro principal sistema de conflicto interno en sede de contratos internacionales.

De acuerdo al artículo 2399 del Código Civil “*Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.*” Si bien la categorización del Legislador del Código Civil es más amplia (“acto jurídico”), es claro y pacíficamente admitido que es ésta la norma aplicable a los contratos internacionales (“*Los contratos internacionales están regulados en forma general dentro de una categoría más amplia, ‘actos jurídicos’, prevista en el artículo 2399 del Apéndice del Cód. Civ...*”).²

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 (en adelante, también denominado, el “Tratado del 89”), consagra en los artículos 34 a 38 una serie de criterios que permiten determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales. El “lugar de cumplimiento” de los contratos se deberá identificar utilizando los criterios en cascada que se enuncian a partir del artículo 34 del mencionado Tratado. Los artículos aludidos prevén que: “*los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados. Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración. Los que versen sobre prestación de servicios: (i) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; (ii) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos; (iii) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato [subrayado nuestro]*”.

Como se habrá podido apreciar en la lectura de las normas transcritas parcialmente, el tratadista utiliza en reiteradas ocasiones el concepto “domicilio del deudor” como punto de conexión -para las categorías “bienes fungibles” y “determinados por su género” y como criterio residual en sede de servicios-. Cabe preguntarse entonces, a qué deudor se está refiriendo cuando se está ante un contrato sinalagmático en el que, natural-

1 Artículo 2399.- Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.

2 Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Diego Fernández Arroyo (Coordinador) y AAVV, Ed. Zavalia 2003, pág. 1018.

mente, existen dos obligaciones que integran la causa funcional del contrato, y en consecuencia, existieren también dos partes deudoras cada una de su prestación correspondiente.

La doctrina y jurisprudencia son unánimes en sostener que cuando la norma se refiere a “deudor” se está refiriendo al deudor de la prestación “tipificante”, “característica” o “caracterizante” del contrato. Dicha conclusión posee sus orígenes en la cátedra del Dr. Gonzalo Ramírez y fue desarrollada, también, por la jurisprudencia Suiza habiéndose instalado -a la fecha- en forma incuestionada en la conciencia de la doctrina y jurisprudencia nacional. En el proyecto-ley (artículo 9º) de lo que luego derivó en el actual artículo 2399 Cod Civ, el Dr. Vargas Guillemette había propuesto como redacción original la siguiente: “Los actos jurídicos se rigen en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de cumplimiento. (...) En el caso de contratos con distinto lugar de cumplimiento, rige la ley del lugar donde se cumple la obligación **que lo caracteriza**.” Si bien es cierto que dicha redacción no es idéntica a la del Tratado del 89 ni a la del 2399 del código, no es menos cierto que la intención de Vargas Guillemette era la de reflejar lo más fielmente posible en las normas internas, la filosofía y política que reinaba en el ámbito académico. Pues Vargas Guillemette tomó las enseñanzas de los catedráticos Varela y Ramírez -decisivas en la elaboración de los “Tratado de Derecho Civil de Montevideo”- con el objetivo de mantener la homogeneidad entre las normas de Derecho Internacional Privado internas y supranacionales. Lo manifestó de esta manera: “Cuando el suscrito presentó su programa de trabajo para optar a la Cátedra de Derecho Internacional Privado, sostuvo que debía ser tarea del que la regenteara, la de propiciar y obtener la modificación de nuestra legislación particular, en la parte que dice referencia con las soluciones de aquella rama del derecho.

“Constituyó evidentemente una laguna en la obra admirable del doctor Gonzalo Ramírez, que orientó la redacción de los Tratados de Montevideo de 1889, la de no haber pugnado porque los principios en ellos sustentados se incorporasen como solución de los problemas de carácter internacional que la vida de relación universal plantea, a la legislación particular de nuestro Estado. (...)”

“Es pues, necesario que nuestra legislación local contenga los principios sustanciales para resolver los conflictos de leyes, ajustándose al criterio que orienta nuestra doctrina de Derecho Internacional Privado”.³ Luego, en el avatar de la discusión parlamentaria, se optó por la redacción de la norma vigente, pero ello no fue obstáculo para que uniformemente doctrina y jurisprudencia interpreten que cuando el Tratado del 89 refiere a “domicilio del deudor”, está aludiendo al deudor de la prestación u obligación característica (“En materia de contratos o actos jurídicos, el proyecto, tomando también la sustancia del ordenamiento contenido en los artículos 32 y siguientes del Tratado de Montevideo, establece que ellos se rigen por el lugar de cumplimiento, **por la ley del lugar en que se cumple la obligación que lo caracteriza**.”⁴

Constantemente el profesional del Derecho se enfrenta a la tarea de indagar cuál es la prestación característica en tal o cual contrato. Muchas veces la cuestión se resuelve recurriendo al sentido común; por ejemplo, no existe duda que cuando se trata de una compraventa, la prestación característica o tipificante es la de entregar la posesión de la cosa objeto del contrato; a dicha conclusión se arriba hasta por la senda de la “intuición jurídica”. Pero, la forma intuitiva en el conocimiento jurídico, si bien puede resultar muy útil como un primer paso no verificado del saber, no puede servir de argumentación y fundamentación de premisas o juicios. En un ejemplo tan trillado y superado como el del contrato de compraventa puede que la disertación pierda interés práctico. Sin embargo, cuando se intenta buscar un criterio general en entramados contractuales modernos y complejos se suele flaquear si se vale exclusivamente del saber intuitivo. Ese titubeo o precariedad de técnica, naturalmente posee el riesgo de derivar en conclusiones arbitrarias -inseguridad-, intolerable en la ciencia del Derecho por ser la arbitrariedad el anti-valor de lo jurídico por antonomasia.⁵

Planteamos, pues, como hipótesis de trabajo en este breve artículo, el analizar si existe un patrón o patrones objetivos que permitan identificar en un contrato cuál constituye la prestación característica o tipificante. Obviamente, para que dicho patrón de trabajo sea *objetivo* deberá estar dotado de su correspondiente fundamentación teórica.

3 Exposición del Dr. Álvaro Vargas Guillemette; en Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado; Casa de Barreiro y ramos SA 1943; pág. 9 y ss.

4 Informe de la Comisión de la Cámara de Representantes de fecha 2 de junio de 1941 en Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado; Casa de Barreiro y ramos SA 1943; pág. 20

5 Recasens Siches; Vida humana, Sociedad y Derecho, México Fondo de Cultura Económica 1945, Págs. 201 y ss.

II LA PRESTACIÓN TIPIFICANTE

Retomando el tema, como señalamos más arriba, los contratos sobre *cosas determinadas por su género o cosas fungibles* y sobre *servicios criterio residual* (o sea, que la prestación del servicio no recae sobre cosas específicamente determinadas ni se relaciona con un lugar específicamente determinado), se regularán por el ordenamiento del *domicilio del deudor* al momento de la celebración del contrato. Y reiteramos, la doctrina y la jurisprudencia son implacables al entender que el deudor a tomarse en cuenta cuando el contrato es sinalagmático es *el deudor de la prestación tipificante* del contrato.

¿Y, cuál es la obligación típica del contrato? Se interpreta también por los mismos profesionales (jueces y juristas) que la prestación que tipifica al contrato como tal no puede ser el precio.⁶ Los contratos se tipifican por su causa funcional, entendida ésta como la función económica que cumple el contrato en el mundo del Derecho, por ejemplo, la causa económica de la compraventa es una cosa a cambio de un precio, la de el arrendamiento es el uso y goce de una cosa a cambio del precio, la del mutuo es una suma de dinero a cambio de un precio, y así podremos seguir nombrando una innumerable serie de tipologías contractuales. Como se desprende de lo anterior, el precio nunca puede llegar a ser la prestación típica de los contratos onerosos, ya que es la prestación que está presente en la conformación de las causas de todos los contratos onerosos. Lo que hace que un contrato sea un arrendamiento y no una compraventa, es que del otro lado de la prestación *precio* se coloque como correlativa la prestación ‘entrega de la tenencia de la cosa para su uso y goce’ y no ‘la entrega de la posesión’. En ambos existe un precio, pero en el primero de los casos, el precio es la contra-cara de la prestación ‘entrega de derechos de uso y goce’ sobre la cosa arrendada; mientras que en el segundo de los casos, el precio es la contraprestación de ‘la entrega de la posesión’ (o de la propiedad si quien entrega la posesión es el dueño). Por ende, la prestación “*precio*” nunca es la prestación tipificante del contrato. Lo decisivo para que un contrato determinado no encaje dentro de la tipología de la compraventa y sí en la del arrendamiento es la prestación que se ubica en el otro polo de la entrega del precio, aquélla prestación imprime la identidad al contrato y define la causa funcional del mismo, es decir, la función que cumple el contrato en la vida jurídica. De esa manera, el contrato tendrá una función de *trasiego de propiedad* si la contraprestación al precio es ‘la entrega de la posesión’, o por el contrario, tendrá una función de *trasiego de un derecho de goce* si la contraprestación al precio es ‘la entrega de un bien en arrendamiento’ por ejemplo.

Con lo expuesto hasta acá no se piense que se está haciendo un uso promiscuo de la causa contractual manejando terminología propia de la doctrina objetiva italiana y de la doctrina subjetiva-abstracta francesa. Repárese que tanto se conciba la causa de los contratos como *causa final- inmediata y abstracta* (el vendedor se obliga a entregar la cosa para recibir el precio, de ahí, la conocida frase ‘cosa x precio’), como que se adopte una tesis clásica italiana funcionalista de la causa (la función económica del contrato en la vida, *trasiego*, *garantía*, *crédito*, etc), a los efectos de lo que aquí interesa ambas concepciones no son contradictorias sino, por el contrario, complementarias. Así un contrato cuya causa final sea: ‘posesión de la cosa por precio’, se traduce en una causa funcional *trasiego de la propiedad*.

Por consiguiente, a los efectos de identificar la prestación tipificante del contrato, es imprescindible investigar y analizar la causa abstracta-final así como la función económica de los contratos. En otras palabras, diseccionar e identificar todas las prestaciones que componen la estructura negocial para así poder arribar a aquélla que le brinda una tipología determinada al contrato gracias a la cual ese contrato es tal tipo negocial y no otro diferente. Se sea partidario de la concepción objetiva italiana o de la subjetiva abstracta de los franceses, a los efectos de este trabajo y del profesional ante un caso de DIPr, es lo mismo. Gamarra, incluso, ha reconocido que ambas concepciones no serían frontalmente opuestas: “*La Teoría de Domat sobre la causa se construye en base a la clasificación de los contratos. Recientemente Terré ha subrayado acertadamente el lazo que une la determinación de la causa de un contrato y su calificación jurídica. Y agrega que, por ello se ha podido deducir del pensamiento de Domat, además de la concepción subjetiva, una concepción objetiva, según la cual la causa residiría en ‘los datos objetivos del contrato’.*”

“*Esta consideración es importante porque como acaba de decirse, permite vincular la doctrina clásica de la causa, que fue creada por los autores franceses, con la doctrina objetiva italiana. La aproximación señalada obliga a investigar*

⁶ “*Para Ramírez la ley competente nunca será la del País donde deba pagarse el precio.*”(Derecho Comercial Internacional; Ruben Santos Belandro, AEU 2008, pág. 193);

“*Para éste [haciéndose referencia al Dr. Gonzalo Ramírez] no será nunca la sociedad donde debe pagarse el precio sino aquella donde debe cumplirse con la obligación típica (...). El pago del precio pasará entonces, a ser regulado por la ley del lugar donde se entrega la cosa...*” (El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; Ruben Santos Belandro; FCU 1998, págs. 59 y ss.).

*si es posible o no conciliar ambas tendencias. Más concretamente: si no se trata de dos puntos vista distintos (pero no incompatibles) desde los cuales se ha enfocado el mismo elemento”.*⁷

Por lo expuesto, parece claro que la prestación precio no puede nunca ser la prestación que tipifica un contrato. Como se dijo, el precio está presente en todo contrato oneroso (salvo la permuta, pero en esa especie contractual no es necesario identificar la prestación característica) y oficia siempre como unidad de medida abstracta del valor de la contraprestación correlativa

Seguramente puede decirse que la prestación ‘precio’ en cierta medida, también incide en la tipificación de un contrato. Ya que su presencia o no en un negocio por el que se entrega la propiedad o posesión de una cosa, determinará que la figura contractual sea o bien una compraventa o bien una donación.

Consideramos que esa apreciación, si bien es superficialmente correcta, **no contradice lo anterior**. Si bien es cierto que la existencia o no de un precio *puede* en algunos casos cambiar la tipología del contrato (ejemplo: si existe precio será compraventa de lo contrario, será donación), no es menos cierto, que **la prestación ‘precio’ no es suficiente por sí sola ni imprescindible para tipificar o caracterizar un contrato**. Es decir, para lograr teñir el contrato haciéndolo ser tal tipo contractual y no otro, la prestación ‘precio’ es: (i) **contingente**; e (ii) **insuficiente**. (i) Es contingente, porque existen figuras contractuales que tanto admiten la modalidad gratuita como la onerosa sin abandonar su tipología por la existencia o no del precio. Son ejemplo de esto en nuestro Derecho: el depósito (art. 2242 Código Civil); el mandato (art. 2052 del Código Civil); la fianza (art. 2104 del Código Civil), entre otros. (ii) Es insuficiente, por el rol que cumple la prestación ‘precio’ en la conformación de una causa contractual. El precio por naturaleza es una medida abstracta necesaria para medir la riqueza de otra cosa. En tanto unidad de medida abstracta, no posee elementos propios que permitan deducir conclusión alguna. ‘Precio’ se define por el Diccionario de la Real Academia Española como: “(Del lat. *pretium*).- (1) m. Valor pecuniario en que se estima algo; (...) (4) m. Der. Contraprestación dineraria. (...)”.⁸ En nuestro ordenamiento, el ‘precio’, como regla general, se compone en dinero; en algunas excepciones el Derecho admite también que el precio se componga parte en dinero y parte en otra forma de pago (arts. 1490, 1661, 1662, 1663, 1778 del Código Civil), pero el dinero está presente en la conformación del precio a fin de cuentas.

Un trabajo del Dr. Daniel Ferrere (h) lo explica exhaustivamente, el dinero en el mundo jurídico cumple una doble función: (i) en tanto medida (o unidad) de valor abstracta; y (ii) en tanto instrumento de cambio. Ferrere citando a Mann define el dinero como: “... todos los instrumentos que, emitidos bajo la autoridad de la ley y denominados con referencia a una unidad de cuenta, están destinados a servir como medios universales de cambio en el Estado de emisión (...)”

“[Refiriéndose a la primera de las funciones o elementos sostiene:] ... elemento característico de la moneda lo constituye su denominación con referencia a una **unidad de cuenta**. Es esencial a la moneda que su valor se separe de su sustancia física, y se refiera a una **unidad ideal** cuya realidad constituye un fenómeno de psicología social. (...)”

“Esta unidad de valor, con referencia a la cual se define por esencia la moneda, no debe naturalmente estar constituida por otra moneda. (...)”

“Tal vez esta definición [refiriéndose a la función ‘unidad de medida’ del dinero] sea uno de los más arduos problemas del Derecho monetario. Knapp, en su ‘Teoría Estatal de la Moneda’, suministra nuevamente una interesante solución al afirmar que esta definición sólo puede encontrarse por el análisis histórico. La unidad de valor en virtud de la cual se define la moneda recibe su significado por su vinculación a la moneda que sucede o suplanta... (...)”

“La ‘unidad ideal’ respecto de la cual se fija el valor de la moneda siempre constituye un concepto abstracto, (...)”

“[Aludiendo a la segunda función:] No puede hablarse de moneda sino ante un instrumento apto para servir universal y obligatoriamente como instrumento de intercambio... entendemos que la aptitud de la moneda de servir como medio universal de cambio es calidad esencial de la misma, y es la sustancia de la que emana su utilidad en el comercio. (...)”

“La moneda interviene en los contratos no como un bien económico, sino como una unidad representativa y portadora de un valor, y como tal no es equiparable a cualquier otro bien. La moneda interviene en función instrumental, no directa, y esto es una verdad que no puede ser desconocida... (...)”

“Savigny pretendía llegar a este punto diciendo: ‘en primer lugar el dinero aparece en la función de un mero instrumento para medir el valor de las partes individuales de la riqueza. En cuanto a esa función la moneda se mantiene en igual base que las otras unidades de medida... Pero en el dinero también aparece una segunda y más elevada función; asume el valor mismo que es medido por ella, y así representa el valor de todas las demás manifestaciones de riqueza. La

7 Ver: Jorge Gamarra. Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Ed. FCU, año 2008, 3ª reimpresión, tomo XIV, págs. 26 y ss.

8 “Precio” en www.rae.es

*tenencia del dinero confiere el mismo poder que las cosas medidas por él son capaces de dar, y así la moneda se presenta como un medio abstracto de transformar toda propiedad en meras cantidades...'*⁹

Consecuentemente, el precio ocupa un rol funcional en la conformación de las causas contractuales onerosas. Oficia en un doble sentido, en tanto unidad de medida de valor de la otra prestación y en tanto medio de pago, es por ese rol instrumental del precio que el mismo no es suficiente por sí solo para teñir al tipo contractual con una identidad determinada.

En consecuencia, a modo de conclusión provisoria dejamos sentada la premisa: la prestación "precio" no puede ser la prestación (u obligación) tipificante o característica de los contratos.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando ambas prestaciones son dinerarias, como acontece en los contratos financieros? ¿Cómo se identifica la prestación 'precio' en esos casos?

Apuntamos a resolver esas preguntas, cuando párrafos más arriba, explicamos las teorías sobre la causa. En los entramados contractuales financieros modernos para identificar el precio es necesario calar en el análisis de la causa de los contratos, en un doble sentido: (i) desde una perspectiva subjetiva abstracta (qué busca abstractamente cada parte cuando recurre a tal o cual figura contractual); y (ii) en tanto, causa funcional, es decir, la función que cumple en la vida un tipo contractual determinado (una análisis de su estructura funcional). Dicho análisis facilitará la respuesta a la pregunta, qué prestación es más contundente a la hora de imprimir una tipología determinada al contrato del caso. Es decir, qué prestación no contiene el precio.

Pasamos a analizar algunos casos específicos que nos parecen dignos de estudio:

III

PARTICULARIDADES QUE PRESENTAN LOS CONTRATOS MUTUO INTERNACIONAL

Partiendo de la base anterior, vale la pena reparar en el contrato de mutuo de dinero, tipología que presenta una serie de peculiaridades que amerita se investigación independiente.

En el caso se trata de un contrato sobre cosa fungible, al decir, el dinero. Aquí el dinero oficia en un doble papel, como unidad objeto de las prestaciones, como mercancía, y como medio de pago de esa misma mercancía. La causa funcional del contrato de mutuo o préstamo de dinero, consiste en que una parte entrega a su co-contratante una suma de dinero y la otra se obliga a devolverla en la forma pactada en el contrato. Hay una prestación de entregar dinero, y la contraparte se obliga a pagar restituyendo dicha suma de dinero en la forma acordada en el contrato.

En conclusión, tenemos una parte que da una suma de dinero y otra que paga restituyendo dicha suma de dinero.

Repárese que la obligación de devolver el capital prestado *puede* estar aparejada, a su vez, a la prestación de abonar intereses por la suma prestada. En esos casos la estructura comercial sería la siguiente: una parte entrega una suma de dinero a otra, en dicho instante *nace* la obligación de restituir el capital más los intereses en la forma acordada en el contrato.

En el mutuo la prestación tipificante no puede ser nunca la de restituir el préstamo y los intereses por las razones antes esgrimidas. **El interés es el precio del dinero** por definición (*"Hasta ahora se ha hecho referencia en varias oportunidades a la tasa de interés. Una definición de ella sería que es el precio pagado por un prestatario o deudor a un prestamista o acreedor por el uso de recursos durante un determinado intervalo."*).¹⁰

Si analizamos las obligaciones del mutuario (quien recibe el préstamo) las mismas se componen de: (i) la restituir el capital prestado (necesariamente) y (ii) la de pagar intereses (prestación contingente art. 2205 Cód. Civ., aunque en la práctica sea la hipótesis más común). La obligación del mutuario no puede ser la que caracteriza al contrato de mutuo, ya que, ella consiste en el pago del precio (devolución de capital más pago de intereses). Ocasionalmente, la prestación del mutuario podrá consistir en la restitución del capital exclusivamente sin intereses, pero tampoco en este caso la obligación del mutuario puede ser la obligación característica, por la sencilla razón de que la obligación de restituir lo prestado no integra la causa sino la forma natural de extinguir el contrato de mutuo. Enseña Gamarra que la obligación de *restituir* no puede ser elevada nunca a la categoría de obligación característica: *"La doctrina Tradicional entendió que el mutuo era*

⁹ El Dinero en la Teoría Jurídica, un estudio de las obligaciones pecuniarias en el derecho interno, internacional y comparado. Daniel Ferrere (h), Ed. Amalio Fernández 1974, pags. 13 – 23.

¹⁰ Ricardo Pascale; Decisiones Financieras; 3ª Ed. Macchi 1999; pág. 45.

siempre un contrato unilateral, ya fuere gratuito u oneroso; obligado resultaba únicamente el mutuario (a restituir; y a además, a pagar intereses en el mutuo oneroso). Se funda en la naturaleza real del contrato y en una sobrevaloración de la obligación de restituir, la cual se consideraba como *principal*. Actualmente esta doctrina fue sometida a intensa crítica, en sede de contratos reales (...)

*“Como resultado de estas investigaciones, la doctrina tradicional resulta definitivamente superada. El nuevo enfoque cambia el sujeto obligado; en lugar del mutuario, se considera obligado al mutuante. Esta impostación está ratificada por la presencia de una obligación de entregar, a cargo del mutuante, si se acepta mi tesis (...) Pero aún dentro de la doctrina tradicional del contrato real, es posible reputar obligado al mutuante, a dejar gozar al mutuario de las cosas mutuadas (...)”*¹¹

En consecuencia ni el pago del precio (devolución de capital más intereses), ni la restitución del capital sin intereses, serán las prestaciones que caracterizan al mutuo. Por el contrario, lo será la prestación de ‘prestar una cantidad de dinero’ (y no reclamar su restitución hasta el vencimiento del plazo) a cambio de un precio (intereses) o no (mutuo gratuito), esto es, **la prestación del prestamista**. En definitiva, una vez determinado que el prestamista es el deudor de la prestación característica del mutuo; afirmamos por transitiva, que el domicilio del deudor de la prestación típica en el mutuo, es el domicilio del sujeto que entrega el dinero, el domicilio del prestamista.

Sin embargo, puede advertirse (si se afilia a la doctrina tradicional) que el contrato de mutuo en el Derecho uruguayo de cuño romano reviste una peculiaridad que no se ve en otros ordenamientos. Al margen de muy prestigiosa doctrina que sostiene lo contrario,¹² la doctrina tradicional sostiene que en Uruguay el mutuo integra la categoría de los “contratos reales” en el sentido que el contrato se perfecciona al momento de la entrega de la suma de dinero (Art. 2197 Código Civil). En el mutuo uruguayo, el contrato nace cuando se entrega materialmente el dinero (reitero, siguiendo la línea tradicional), recién ahí nace la obligación correlativa del deudor de pagar el precio por dicho dinero (capital más intereses). Esto hace que en el contrato de mutuo uruguayo existan dos prestaciones y dos gravámenes económicos pero **una sola obligación**. Sería el caso de contrato oneroso pero unilateral.

Esto significa, que en el contrato de mutuo uruguayo quien entrega el dinero, no es técnicamente un ‘deudor’, dado que antes de que entregue el dinero no hay contrato. El contrato (y consecuentemente las obligaciones que él produce) nacen con la entrega del dinero por parte del prestamista, por ello, sólo hay un solo deudor, quien debe pagar el precio.

Sin perjuicio de que en lo personal preferimos la tesis moderna, la que interpreta que en el contrato de mutuo, el obligado principal es siempre el mutuante (a *entregar el dinero*, según Gamarra, y a *no perturbar* al mutuario) y eventualmente, además, el mutuario (a *pagar intereses* en el mutuo fructífero); **entendemos que aún bajo la tesis de la doctrina más tradicional, no puede nunca calificarse a la obligación de restituir (y eventualmente la de pagar intereses) a la altura de prestación característica. Lo fundamos en los motivos que ya expusimos: ‘restituir el capital más sus intereses’ en el contrato de mutuo es la prestación pagar el ‘precio’, la que nunca puede tipificar al tipo contractual.**

No queda otra interpretación razonable que sostener que el “deudor de la obligación típica” en el contrato de mutuo internacional es el prestamista. Si bien éste, de acuerdo al Derecho uruguayo -doctrina tradicional- no es un “deudor” en sentido estricto, sí es quien realiza la **prestación típica** (aunque técnicamente no sea el cumplimiento de una obligación), en consecuencia, aunque el prestamista no sea deudor, es la Ley de su domicilio la que deberá regular el contrato de mutuo internacional conforme a las normas de conflicto uruguayas interpretadas a la luz de los artículos 34 a 38 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889.

No se piense con esto que se está incurriendo en arbitrariedad ni en ignorancia de las normas que fijan los criterios de interpretación. Todo lo contrario: (i) en primer lugar, esta interpretación sigue la línea de las doctrinas modernas que defienden que el mutuante es técnicamente un deudor; (ii) en segundo lugar, -y aún bajo la concepción tradicional- interpretar el concepto ‘deudor de la obligación típica’ contenida en los Tratados de Montevideo como referente a ‘prestador de la prestación típica’ sea o no el cumplimiento de una obligación, es una solución absolutamente ajustada a las normas de Derecho positivo vigente (Art. 9 CIDIPr sobre Normas Generales). Las categorías y los conceptos que consagran las normas de conflicto uruguayas son internacionales, por ende, no pueden ser definidas exclusivamente por la *lex fori* (Uruguay) porque estaríamos contrariando las políticas que las inspiraron. Las normas de conflicto contenidas en el apéndice del Código Civil Uruguayo, cuando elípticamente regulan el mutuo, no regulan el mutuo uruguayo, sino que regulan

11 Gamarra, Jorge: Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo I; Montevideo, FCU 2008;; pág.163.

12

Arturo Caumont y Emma Stipanovic; Revista del Colegio de Abogados del Uruguay; setiembre 1990; tomo XVI. Ver también: Jorge Gamarra; Tratado de Derecho Civil Uruguayo; FCU 2003; tomo IX, pág. 39.

al mutuo internacional (entre los que está comprendido el mutuo uruguayo) con vocación a confrontarse con otras categorías de mutuo consagradas por ordenamientos foráneos. Por ende, no se debe que calificar al “mutuo internacional” consagrado en las normas de conflicto uruguayas pura y exclusivamente conforme a las normas internas del Uruguay, sino que se debe calificar con un criterio teleológico-funcionalista más amplio contemplando que se está ante categorías internacionales, y que en otras partes del mundo el mutuo no es un contrato real, sino que es un contrato bilateral de perfeccionamiento consensual como muchos otros tipos. Para una calificación teleológica-funcionalista es elemental no perder de vista la causa funcional del contrato, la que en definitiva establece objetivamente la función que cumple el tipo contractual en el mundo del Derecho. En ese sentido, se trata de un contrato por el que una parte entrega dinero a la otra, y ésta se compromete a pagar un precio (devolver capital más intereses) por la financiación recibida. Analizando la causa, y bajo la premisa de que el precio no tipifica el contrato, es claro quién tipifica al contrato de mutuo, el prestamista.

En conclusión, por lo expuesto, consideramos que a efectos de lo previsto en las normas de conflicto nacionales y supranacionales vigentes, el “*deudor de la obligación tipificante*” de un contrato de mutuo internacional, es la persona del prestamista, independientemente de que debido a las peculiaridades del perfeccionamiento de dicho contrato en el Derecho nacional, el prestamista pueda no ser considerado un *deudor* técnicamente hablando, sino una persona que con el cumplimiento de su prestación perfecciona el contrato de mutuo.

IV CONTRATOS BANCARIOS CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA

Las contrataciones bancarias, son figuras que merecen un comentario específico. Se encuentra totalmente cerrada la discusión de que en los contratos en los que interviene un banco, su participación en tanto organización profesional bancaria, es de una trascendencia tal, que *tiene* la tipología del contrato, pasando a ser dicho negocio, un contrato bancario. Así lo explicó la Dra. Rodríguez Mascardi en una sentencia que reiteradamente citada en la profesión: “...*Los espacios bancarios se definen en definitiva según el grado de dependencia recíproca de las partes, no obstante en todos los niveles es notoria la penetración del banco sobre el contenido jurídico y económico del vínculo contractual.*”

“*Así puede concluirse que de igual modo que la empresa bancaria califica al tipo contractual bancario es doble admitir que la otra parte de la relación no es indiferente para identificar los subtipos de la contratación bancaria.*”¹³ En otras palabras, es lo mismo que decir que el deudor de la prestación tipificante, es la institución bancaria. Si el contrato deja de ser tal o cual tipo contractual y pasa a ser un contrato bancario por la mera participación de un banco, es igual a decir, que quien tipifica al contrato es la institución bancaria.

No cuestionaremos dicha conjetura, por cuanto entendemos que ella es acertada. Es acertada por la secularización misma del Derecho Bancario dentro del Derecho Comercial (por la mera intervención de un banco); es acertada por la trascendencia que pasan a tener las prácticas y usos bancarios en la contratación (por la mera participación de un banco); es acertada por un sin fin más de razones. Sin embargo, cabe analizar si ello contradice o confirma lo que sostuvimos como criterio general en el capítulo II de este trabajo -es decir, que la prestación típica es la que se contrapone al precio-. Adelantamos nuestra respuesta y, desde ya, afirmamos que no existe contradicción entre ambos enunciados, no obstante ello, es de orden exponer las argumentaciones que nos llevaron a tal conclusión.

Como aclaración preliminar corresponde recordar que han quedado totalmente obsoletas las teorías que clasificaban los contratos bancarios dentro de las tipologías del mutuo o del depósito que consagra el Código Civil.¹⁴ En ese sentido, la doctrina es unánime que las contrataciones que celebran los bancos con sus clientes tienen ya una fisonomía propia que no obedece a la misma espiritualidad funcional de los contratos clásicos de mutuo y depósito en sus formas puras. Naturalmente, ello no obsta a que existan ciertas similitudes estructurales o incluso funcionales.

En segundo lugar, no abordaremos en este trabajo el tema de las relaciones de consumo bancarias. Como lo explica la Dra. Rodríguez Mascardi en la sentencia citada, se debe diferenciar si el cliente bancario es un consumidor o no. Entendemos que el derecho de las relaciones de consumo podría influir a la hora

¹³ Sentencia N° 29 de 16 de julio de 2003; Juez Letrado de Concursos de 1° turno, Dra. Teresita Rodríguez Mascardi, publicada en LJU tomo 128; caso 14752; considerando 3°.

¹⁴ Sagunto Pérez Fontana, Cuadernos de Derecho Bancario, tomo II, FCU 1988, págs. 14 y 15.

de determinar el derecho aplicable a un contrato por tocar temas vinculados al orden público internacional. Desarrollar el aquí las relaciones de consumo bancarias con elementos de extranjería, excedería totalmente el objeto de este breve artículo, mereciendo ser investigado en otro trabajo de igual o mayor extensión que este. Postergaremos ese estudio -que además nos parece de sumo interés y aplicación práctica- para próximas oportunidades.

Tomaremos dos ejemplos clásicos de contratos bancarios a efectos de analizar si se confirma el criterio general aquí sustentado (la prestación precio no puede tipificar el contrato).

a - Contrato de Cuenta Corriente

La presente figura, a nuestro criterio, es la que deja menos lugar a la discusión y la comentaremos solamente como hall de ingreso a la siguiente.

El cliente bancario abre en una institución de intermediación financiera una cuenta corriente con la finalidad de obtener un servicio de caja operativo por medio del libramiento de cheques y recepción de depósitos. A cambio de dicho servicio de caja que le presta el banco, deberá abonar un *precio* que consiste en los costos de la cuenta corriente bancaria, los costos de operar por ventanilla, los costos de chequera, los costos de bajo promedio, entre otros. En conclusión, no existe contradicción con el criterio que sostenemos en el capítulo II dado que quien paga el precio es el cliente bancario y consecuentemente, la prestación que tipifica o caracteriza el contrato es la de la institución bancaria, es decir, la que no contiene el pago del precio.

b – Depósito a Plazo Fijo Bancario

Sin embargo, en el depósito a plazo fijo, es donde se presenta el gran desafío.

En el contrato a plazo fijo, el cliente entrega al banco una suma de dinero a cambio de recuperar el capital y la renta que le otorgue una tasa de interés determinada ofrecida por el banco al momento de la contratación.

Cuando nos detuvimos a analizar el contrato de mutuo internacional, sostuvimos que el interés era el *precio* del dinero. Nos parece que esa definición es acertada, sin embargo, una transitiva ciega de esa definición la figura del depósito a plazo fijo podría llevar a la conclusión -a nuestro juicio- errónea, de que el pago de los intereses por parte del banco es el pago del precio en el contrato de depósito a plazo fijo. ¿Es realmente eso así? Creemos que esa conclusión es desacertada respondiendo a una visión fraccionada de la contratación bancaria fuera de su esquema general. Lo pasamos a explicar a continuación:

En primer lugar, cuando un cliente accede a la contratación de depósito a plazo fijo en una institución bancaria, ésta última *ofrece* una tasa de interés determinada. El cliente en dicho sentido es un *tomador* no cuenta con poder de negociación para conseguir una tasa más beneficiosa que la que le ofrece el banco. Ello es así porque el banco antes de determinar tal o cual tasa de interés consideró las tasas de colocación de dichos fondos en otras inversiones, le aplicó un determinado margen de riesgo y calculó sus propios costos operativos y el margen de rentabilidad que espera obtener. Surge así, lo que se denomina en la jerga bancaria el *spread bancario*. El *spread bancario* consiste en el margen diferencial existente entre las operaciones bancarias activas (las que el banco es acreedor) y las operaciones bancarias pasivas (las que el banco es deudor). El banco capta ahorro público (se convierte en deudor del mismo para con sus clientes) ofreciendo una tasa de interés determinada y, a su vez, coloca dicho dinero en inversiones (presta a otros clientes o lo invierte en entidades colegas convirtiéndose en acreedor del dinero invertido) obteniendo un interés a cambio. Restando la tasa activa (la que el banco es acreedor) menos la tasa pasiva (la que el banco es deudor) se obtiene el margen (*spread bancario*) que le permite al banco cubrir costos operativos, contingencias y, a su vez, obtener un margen de utilidades.

Alienados con estudiar siempre la causa funcional de los contratos, opinamos que al analizar los depósitos a plazo fijo, es imprescindible no perder de vista el contexto de su ubicación dentro de la actividad de intermediación financiera inherente a las entidades bancarias. Se podrá decir que el cliente bancario que coloca su dinero a plazo fijo, es un tercero ajeno (por el principio de relatividad de los contratos) a las eventuales relaciones jurídicas que integre el banco colocando su dinero en inversiones ulteriores. Eso es acertado si nos limitamos determinar el efecto vinculante del contrato de depósito a plazo fijo, pero no lo es, si lo que nos proponemos es caracterizar y definir la tipología de ese contrato.

No es posible realizar un análisis auténtico de la contratación 'depósito bancario a plazo fijo' de espaldas al rol que cumple el banco en la vida financiera como intermediador de recursos financieros. Es inherente a la calidad de banco el papel de ser agente de captación de ahorro público, a efectos de reinvertirlo, sea en nuevos clientes, sea en entidades colegas nacionales o extranjeras para obtener con ello un rédito. De ahí, los exigentes controles bancocentralistas; de ahí, el riesgo inherente a las operaciones bancarias; de ahí, el elemento 'confianza' es concebido como un activo bancario; de ahí, el sentido de ser propio de los bancos. Como lo sostuvo

Supervielle Saavedra en cita de Mario Bonfanti: "...con respecto al banco las sumas recibidas tienen como destino la realización de operaciones de crédito y la institución funciona como un organismo que recibe dinero para redistribuirlo en forma de préstamo a sus clientes donde resulta que el contrato de depósito es para el depositante un fin en sí mismo, mientras que para la institución de crédito es un medio tendiente a un fin ulterior".¹⁵

Si bien es cierto que para el depositante el depósito es un fin en sí mismo que no trasciende la etapa del banco; no es menos cierto, que a efectos que de *calificar* o *describir* la fisonomía del contrato no se puede ignorar el destino particular de esos fondos (volver a la red financiera mediante una operación bancaria activa). El depósito a plazo fijo bancario, es tal tipo negocial y no otro diferente, porque interviene un banco; y el hecho que intervenga un banco implica necesariamente que esos fondos depositados serán reinvertidos, por eso los controles y aplicación de los usos y prácticas bancarias. Todo ello tiñe al depósito a plazo fijo de una fisonomía particular que el depositante no ignora.

Debemos depurar tres elementos que hemos desarrollado: (i) el banco *ofrece* al cliente una tasa de interés que éste *toma*; (ii) el banco para calcular esa tasa, estimó un margen (spread bancario) que le permita cubrir costos, contingencias y, a su vez, le deje un rédito; (iii) el cliente que deposita conoce que el banco redistribuirá los fondos intermediando entre el depositante y los tomadores de financiación reteniendo un margen de utilidades. Analizando estos tres elementos se comprende como el banco *cobra* los frutos del dinero reinvertido *retiene* una parte del precio y vuelca al cliente un *excedente* de lo obtenido. En otras palabras, desde la perspectiva de lo que es la intermediación financiera en su integridad, se comprende como el banco cuando paga los intereses al depositante, *no paga un precio al cliente*, sino que el *precio ya lo soportó el depositante* fruto del descuento, retención, o previsión (como se le quiera llamar) por parte del banco del margen de spread bancario. En definitiva, ni siquiera en el depósito a plazo fijo, el banco *paga* un precio, sino que lo *cobra* (soportándolo el cliente depositante) en el *spread bancario* que el banco calculó entre la diferencia de la tasa activa y pasiva.

Es cierto que ocasionalmente la operativa de reinversión de los fondos depositados fracasa, debiendo el Banco soportar el costo y pagar al cliente depositante el capital depositado más los intereses acordados. Sin embargo, esta es una faceta patológica del contrato que atañe a la responsabilidad profesional del banco como entidad autorizada a la intermediación de instrumentos financieros a efectos de generar confianza. Esta faceta de responsabilidad en escenarios patológicos, no objeta la finalidad o funcionalidad del contrato de depósito bancario a plazo fijo; estructuralmente el cliente que deposita su dinero a plazo fijo en un banco, sabe que el banco lo reinvertirá, sabe que con dicha colocación el banco obtendrá un resultado económico mayor, sabe que retendrá el excedente y le pagará los intereses pactados. Ningún depositante a plazo fijo pretende que el banco guarde en un cofre de seguridad su dinero por la totalidad del plazo y al vencimiento encima pague un *precio*, no se necesita ser un especialista en la materia para constatar que el banco obtiene un margen de utilidad mayor que el que les paga a los clientes.

Redondeando el punto desarrollaremos dos ejemplos groseramente simples que servirán para ilustrar mejor lo que se pretende describir. El cliente "A" desea colocar a plazo fijo por 2 años 100 pesos en el banco "X". El banco antes de ofrecer una tasa de interés determinada, calcula sus costos, el margen de utilidad y de contingencia, a efectos de reinvertir los fondos en plaza. En consecuencia ofrece pagar a "A" una tasa de interés simple anual del 4%. Hagamos la ficción de que concurre el cliente "B" el mismo día que "A" concretó el depósito a solicitar un crédito de 100 pesos a devolver en 2 años al mismo banco. El banco "X" ofrecerá prestar los 100 pesos a devolver en 2 años a una tasa de interés simple anual del 10%. Vemos cómo queda un margen de 6 puntos porcentuales a favor del banco. Supongamos, ahora, que se suprime la entidad de intermediación financiera, banco "X"; y que "A" y "B" se encuentran y desea el primero prestar 100 pesos a 2 años y "B" necesita el mismo capital al mismo plazo. Luego de intercambiar información cierran el negocio prestándole "A" 100 pesos a devolver en 2 años a "B", debiendo pagar éste último una tasa de interés simple anual del 7%. ¿Si comparamos el escenario con intermediación financiera del escenario sin el banco, quiénes soportan el precio de la intermediación? Claramente lo soportan tanto "A" como "B".

Pese a la simplicidad del ejemplo, reiteramos, y a las ventajas que naturalmente tiene la intermediación financiera (existe una entidad sería que responde en caso de incumplimientos de A o B), el ejemplo es de utilidad para describir cómo el depositante a plazo fijo *también soporta o "paga" un precio* por operar con una entidad de intermediación financiera.

En conclusión, opinamos que es perfectamente compatible sostener que en el depósito a plazo fijo el "prestador" de la prestación tipificante o característica es el banco, y que éste **no es quien paga el precio de la operación**, aunque pague al depositante una tasa de interés. Sino que quienes realmente soportan ("pagan") el precio son: (i) el propio depositante a plazo fijo, que recibe intereses sensiblemente inferiores a los que arrojaron sus fondos; y (ii) los destinatarios de los fondos reinvertidos, quienes deberán abonar

15 Mario A. Bonfanti; Contratos Bancarios; Abeledo Perrot 1993, pág. 139.

al banco una tasa de interés más elevada por el dinero prestado. El precio sigue siendo, pues, la prestación no-característica o no-tipificante.

V

PRESTACIÓN TIPIFICANTE Y PROYECTO-LEY DE DIPR

Un proyecto de ley elaborado por prestigiosos internacionalistas está siendo estudiado por una comisión del parlamento para su aprobación. En lo que concierne al objeto de este breve trabajo, el proyecto posee un artículo número 45 que reza de la siguiente manera: “Art. 45. (*Ley aplicable sin acuerdo de partes*).- En defecto de elección del derecho aplicable (...), los contratos internacionales se regirán en cuanto a su existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos, por la ley que resulte de aplicar los siguientes criterios: (...); (2) Los que recaigan sobre cosa fungible o cosas determinadas por su género, por la **ley del domicilio del deudor de la obligación característica del contrato**, al tiempo en que fueron celebrados; (3) Los que versen sobre prestación de servicios: (...); (c) fuera de estos casos, por la **ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato** al tiempo de la celebración del mismo.”

Se puede apreciar en el texto parcialmente transcrito, que se parte del mismo criterio que el de los Tratados de Montevideo perfeccionado por la mención expresa de que el deudor al que se refiere la norma de conflicto, es el deudor de la prestación característica del contrato.

Nótese que en el numeral 3° literal C habla de “prestación característica” y no de “obligación característica”, como sí lo hace en el numeral anterior. Se sigue, sin embargo, con la mención al “deudor”. Creemos, de todas formas que las reflexiones de este breve trabajo son de aplicación igualmente a este nuevo proyecto de norma de conflicto. Pues, no siempre la prestación característica del contrato es una obligación y en consecuencia, no siempre el prestador de la misma es un *deudor* en el sentido técnico del término.

VI

CONSIDERACIONES FINALES

En consecuencia, dejamos sentada la reflexión: la prestación “precio” no puede ser la prestación (u obligación) tipificante o característica de los contratos. Cuando se está ante un contrato financiero en el que ambas prestaciones del sinalagma son pecuniarias, se genera la dificultad de hallar la prestación que no es el precio para poder determinar la ley que regulará el contrato. Para poder dar con la prestación característica en esos casos es imprescindible calar en el análisis de la causa de los contratos, en un doble sentido: (i) desde una perspectiva subjetiva abstracta (qué busca abstractamente cada parte cuando recurre a tal o cual figura contractual); y (ii) en tanto, causa funcional, es decir, la función económica que cumple en la vida un tipo contractual determinado (una análisis de su estructura funcional). Dicho análisis facilitará la respuesta a la pregunta, qué prestación es más contundente a la hora de imprimir una tipología determinada al contrato del caso, es decir, qué prestación no es el precio.

Aunque las normas de conflicto se refieran al “deudor” de la “obligación” característica o tipificante, una interpretación funcional y teleológica de los tipos contractuales nos lleva a aplicar el término “deudor” y “obligación” con un criterio flexible que se traduciría en el concepto de *prestación* tipificante o característica. De esa manera es posible identificar la prestación que tipifica una serie de contratos, que de ser mirados desde una óptica rigurosamente territorialista no encuadrarían dentro del concepto estrictamente técnico de “obligación”

En efecto, consideramos que en lo que concierne a lo previsto en las normas de conflicto nacionales y supranacionales vigentes, el “deudor de la prestación tipificante” de un contrato de mutuo internacional, es la persona del prestamista, independientemente de que debido a las peculiaridades del perfeccionamiento de dicho contrato en el Derecho nacional, el prestamista no sea un *deudor* técnicamente hablando, sino una persona que con el cumplimiento de su prestación perfecciona el contrato de mutuo.

Asimismo, en lo que atañe a las contrataciones bancarias; opinamos que es perfectamente coherente sostener que en el depósito a plazo fijo el “prestador” de la prestación tipificante o característica es el banco,

y, a su vez, que éste **no es quien paga el precio de la operación**, aunque pague al depositante un tasa de interés. Sino que quienes realmente soportan (“pagan”) el precio son: (i) el propio depositante a plazo fijo, que recibe intereses sensiblemente inferiores a los que arrojaron sus fondos; y (ii) los destinatarios de los fondos reinvertidos quienes deberán abonar al banco una tasa de interés más elevada por el dinero prestado. El precio sigue siendo, la prestación no-característica o no-tipificante.

Por último, en lo que respecta al proyecto-ley de norma de conflicto; creemos que las reflexiones de este breve trabajo son de aplicación igualmente a dicho proyecto. Pues, no siempre la prestación característica del contrato es una obligación y en consecuencia, no siempre el prestador de la misma es un *deudor* en el sentido técnico del término.