

### 1.5. Obligaciones y Contratos

*EN EL COMODATO Y EN EL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO SE ENTREGA UN BIEN QUE DEBE SER RESTITUIDO POSTERIORMENTE*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN  
*Licenciada en Derecho*

#### I. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Nuestro Código Civil, en el libro IV, título X, regula dos clases de contrato de préstamo, disponiendo que por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra, o alguna *cosa no fungible* para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama *comodato*, o dinero u otra *cosa fungible*, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de *préstamo*.

Al primero señalado también se le llama préstamo de uso, porque en él sólo se transfiere el uso de lo prestado, y al segundo, préstamo de consumo, porque en él se transfiere la propiedad de lo prestado, que, normalmente, se recibe por ser consumido.

Esta definición nos la proporciona el artículo 1740.I del Código Civil, siguiendo el precedente de Las Partidas. La jurisprudencia, en más de una ocasión, ha dicho que los contratos en estudio son reales, así en SSTS de 4 de mayo de 1927, 12 de febrero de 1946, 18 de noviembre de 1947, 26 de febrero de 1957, 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964, 8 de julio de 1974, 28 de marzo de 1983, 15 de junio de 1984, 25 de febrero de 1986, entre otras. En la doctrina, sin embargo, junto a quienes se limitan a acoger la posición acabada de exponer, hay otros diversos puntos de vista sobre el tema.

Ciertamente que la ley puede construir cada contrato como mejor considere, así pues, no cabe negar que nuestro Código haya podido construir como reales los contratos de préstamos, de tal modo que, siendo precisa la entrega de la cosa prestada, mientras no se produzca, no haya aún contrato ni surgirán, por tanto, obligaciones a cargo de las partes, que, en consecuencia, no quedarían obligadas por el solo acuerdo de voluntades de entregar después lo que ahora se promete prestar. Ahora bien, lo discutible es si eso que la ley ha podido hacer, lo ha hecho realmente. Pues si bien no cabe duda de que considera contrato de préstamo por el que se entrega la cosa, lo que está por ver es si es espíritu de la ley que no haya más contrato de préstamo que ése, y que, por tanto, no lo sea, es decir, no sea jurídicamente obligatorio el acuerdo de dos personas de entregar después una a otra una cosa en préstamo, no obstante, admitir un solo acuerdo, sin entrega simultánea, para ser constitutivo de contrato, sería rechazar que pueda haber contratos consensuales de préstamo y, entonces, rechazados estos, sólo quedaría la salida de estimar que el acuerdo de entregar después algo en préstamo es un precontrato consensual del primero.

Por tanto, quien considerando que el contrato de préstamo exige necesariamente la entrega de la cosa, estime que, sin embargo, es admisible el precontrato consensual de préstamo, consistente en el acuerdo obligatorio de celebrar en un futuro mediante la entrega de la cosa, un contrato real de

préstamo, verdaderamente no habrá hecho otra cosa que dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega en una materia en que la ley rechaza que sin entrega haya contrato.

## II. EL COMODATO

Anteriormente y siguiendo la distinción para con el simple préstamo o mutuo hemos dicho que el comodato es el préstamo de uso en el que el comodatario no tiene intención de consumir la cosa sino simplemente de utilizarla, pues bien, son caracteres definitorios del mismo los siguientes:

- es esencialmente gratuito;
- es temporal, pues se cede la cosa para que use ella por cierto tiempo, el comodante no puede reclamarla la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó;
- es unilateral porque las únicas obligaciones esenciales corresponden al comodatario, que no puede dejar de cumplirlas con el pretexto de que el comodante también incumple las suyas;
- y es, también, una pura relación obligatoria, no un derecho real, sólo es un contrato personalísimo cuando se ha constituido en consideración a la persona del comodatario.

En el comodato el comodante debe tener derecho para ceder el uso de la cosa, conservando su propiedad, tal y como dispone el artículo 1.741 del Código Civil, o derecho real de goce. No puede ceder la cosa el titular de derecho real de goce de carácter personalísimo, como el uso y habitación, y en cuanto a la cesión *inter vivos* de la cosa por el comodatario a un tercero es necesario el consentimiento del comodante.

El comodato es un préstamo de cosa no fungible, aunque también puede recaer sobre cosas consumibles. El comodatario adquiere el uso de la cosa, pero no los frutos.

No hay problemas para admitir que la cosa cedida en comodato sea un bien inmueble. Y en cuanto a los requisitos formales rige la libertad de forma consagrada en el artículo 1.278 del Código Civil.

Entre las obligaciones del comodatario está la de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia y satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para uso y conservación, como mantiene el artículo 1.743 del Código Civil. No responde el comodatario de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto de uso y sin culpa suya, tal y como dispone el artículo 1.746 del Código Civil. Así, para la STS de 31 de diciembre de 1992, la obligación del citado artículo 1.743 es consecuencia natural del derecho de uso y del deber de restitución en atención al carácter esencialmente gratuito del uso de la cosa ajena.

Otra de sus obligaciones es responder frente al comodante por la pérdida de la cosa, aunque fuera por caso fortuito, por ejemplo, cuando la misma se destina a un uso distinto de aquel para el que se prestó o la conservó en su poder por más tiempo del convenido, o cuando la cosa se entregó con tasación y, por último, también el comodatario ha de restituir la cosa cuando la reclame el comodante y después de concluido el uso para que la prestó, citando a este respecto la STS de 31 de diciembre de 1992, que consideró extinguido el comodato al finalizar el uso para el cual se pactó.

En cuanto a las obligaciones del comodante, el Código Civil las regula sin desnaturalizar el carácter unilateral del contrato y ello porque se trata de obligaciones que surgen de la titularidad que tiene el comodante sobre la cosa y no de la relación contractual que le une al comodatario, pues el comodante está obligado, no porque tales obligaciones sean la contrapartida de las del comodatario sino porque es propietario o titular de un derecho sobre la cosa, lo que explica que puedan existir comodatos en los que no lleguen a nacer estas obligaciones porque no se producen los hechos extraordinarios que las provocan, siendo, por tanto, estas obligaciones las que a continuación detallamos:

- Abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada.
- Hacer saber al comodatario los vicios de dicha cosa prestada.

En ambos casos, el comodatario, decimos, no puede retener la cosa a pretexto de lo que le deba el comodante, aunque sea por razón de expensas, tal y como prevé el artículo 1.747 del Código Civil, pues no parece justo que, habiendo disfrutado gratuitamente de la cosa, pueda retenerla contra la voluntad del que tan generosamente cedió su uso.

La extinción del comodato se da cuando el comodante reclame la cosa por tener urgente necesidad de ella y, en todo caso, después de concluido el uso para que la prestó, tal y como dispone el artículo 1.749 del Código Civil y si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y ésta no resulta determinada por la costumbre, puede el comodante reclamarla a su voluntad, aunque en caso de duda incumbe la prueba al comodatario como mantiene el artículo 1.750 del mismo cuerpo legal. Pero también la extinción acaece por la muerte del comodatario cuando el contrato tenga carácter personalísimo, pues el artículo 1.742 del Código Civil literalmente señala que «las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada»; y, finalmente, también puede extinguirse por pérdida de la cosa aunque el comodatario puede estar obligado a restituir su valor si se pierde en los casos regulados en los artículos 1.744 y 1.745 del Código Civil.

### III. EL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO

También dispusimos al comienzo del estudio que estamos efectuando que el simple préstamo o mutuo lo definimos como aquel contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, constituyéndose en caracteres propios de tal figura, tal como hemos visto también en el comodato, los siguientes:

- es normalmente gratuito aunque se deberán intereses cuando expresamente se hubieran pactado, tanto si el pacto es verbal como si es escrito, como dispone el artículo 1.755 del Código Civil;
- es temporal en el sentido de que transcurre un lapso de tiempo desde que se perfecciona hasta que se consume;

- además, el prestatario adquiere la propiedad de las cosas objeto del contrato y tal derecho de propiedad se transforma en un simple derecho de crédito tras la celebración del contrato;
- y, por último, es unilateral cuando tiene carácter real, así lo manifiesta la STS de 6 de marzo de 1999, en el sentido de que las obligaciones del prestatario no se hallan en correlación con las obligaciones del prestamista, pues el contrato nació con la entrega del dinero o cosa fungible, aunque en los casos en que el contrato es consensual sería también bilateral, pues la obligación de devolver el capital e intereses estaría conectada con la obligación de entregar por parte del prestamista. A colación de lo acabado de decir, la STS de 27 de marzo de 1999 consideró real y unilateral el contrato de préstamo, pues en dicha sentencia el prestamista de dinero deja de ser dueño del mismo y carece de facultades para retenerlo, aunque exista una cláusula contractual que ampare esa retención debiendo, entonces, indemnizar al prestatario de los daños y perjuicios producidos por no haber entregado el importe prestado.

Para ser prestamista se exige capacidad general para contratar, pudiendo ser suplidos los menores e incapacitados por sus padres y para ser prestatario, el Código Civil exige complemento de capacidad a los menores emancipados o autorización judicial a los demás menores e incapacitados.

El mutuo es un préstamo de consumo, pues la cosa prestada se transmite en propiedad al prestatario que no está obligado a devolverla porque probablemente la consumirá, de ahí que su obligación se refiera a la devolución de otra cosa de la misma especie y calidad.

Y en cuanto a los requisitos formales, al igual que hemos visto al tratar el comodato, es aplicable la libertad de forma prevista en el artículo 1.278 del Código Civil.

Las obligaciones del prestatario se concretan en devolver cosas de la misma especie y calidad que las prestadas —tal y como prevé el citado art. 1.753— y, en caso de haberse pactado, satisfacer los intereses correspondientes que menciona el artículo 1.755. Así, si lo prestado es cosa fungible o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad aunque sufra alteración en su precio. Si no se ha fijado plazo para reclamar el reintegro, el prestamista podrá exigirlo a su conveniencia respetando las reglas de la buena fe y sin que el hecho de que haya expedido recibos por anteriores entregas a cuenta acrede por sí solo que se trata de una obligación a plazos, en este sentido hemos de citar las SSTS de 2 de junio de 1953 y de 6 de marzo de 1999. Además, en el caso de que el prestatario haya pagado intereses si están estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital, el pago de los intereses es un hecho que revela que existió un pacto en tal sentido, en cuyo caso deben seguir pagándose intereses en el futuro, pero si el prestatario demuestra que ese pacto no existió y que, por error, realizó ese pago de intereses, se tratará de un caso de pago de lo indebido y tendrá derecho a pedir la restitución. La STS de 18 de noviembre de 1993 contempló un supuesto en que se declaró en juicio declarativo la nulidad de un préstamo hipotecario por usura, afectando dicho pronunciamiento al resultado del procedimiento de ejecución hipotecaria, puesto que se había anotado previamente la demanda de nulidad en el Registro de la Propiedad. Por su parte, la STS de 15 de febrero de 1997 declaró

la nulidad de una cláusula de estabilización de las cantidades a reintegrar por el prestatario, puesto que la posible devaluación monetaria producida por la inflación ya estaba cubierta por la tasa de interés inicial del préstamo y de una tasa de interés por incumplimiento. La jurisprudencia en SSTS de 29 de septiembre de 1992 y 30 de junio de 1998 considera que para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato y no a la realidad actual. Cuando se trata de un préstamo acogido al crédito al consumo, el contrato escrito deberá hacer referencia necesaria a la tasa anual equivalente y, si no fuere posible indicarla, deberá hacerse constar el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse. La omisión de estas menciones produce el efecto de que el consumidor sólo estará obligado a abonar el interés legal en los plazos convenidos y se prohíbe aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. El prestamista tiene la posibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento en caso de impago del total o parte de la deuda, pudiendo reclamar anticipadamente el resto de la cantidad adeudada cuando se produzca una merma significativa en las garantías de la obligación. De tal forma que la práctica bancaria ha venido introduciendo generalizadamente en las pólizas de los contratos de crédito y en las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios unas cláusulas de anticipación de los plazos posteriores en caso de impago de uno o más vencimientos periódicos por parte del prestatario. Así, la STS de 27 de marzo de 1999, consideró que esa cláusula era nula cuando se incluye en una escritura de concesión de préstamo hipotecario al ir contra la ley. El prestamista tiene siempre la garantía hipotecaria y, por lo tanto, no ha mermado esa garantía y no cabe anticipar el plazo final de la obligación. La doctrina contenida en la sentencia no se aplica a los préstamos personales que carecen de la seguridad que ofrece la garantía hipotecaria y en los que no se pueden tener en cuenta los preceptos hipotecarios en una interpretación sistemática, y es un contrasentido prever una facultad resolutoria en un contrato unilateral, tal y como señala la STS de 22 de diciembre de 1997, pues el prestatario tendría que devolver aquello a lo que ya está obligado, aunque de una sola vez, y el prestamista no tiene que reintegrar nada. Y en este mismo sentido la STS de 22 de diciembre de 1997 accedió a la anticipación del vencimiento, pues el prestatario había incumplido su obligación de garantizar el pago de principal e intereses con una hipoteca.

En cuanto a la extinción del mutuo, decir que acaece cuando el prestatario reintegre totalmente la cosa debida y, en su caso, los intereses convenidos, pudiendo también resolverse por incumplimiento de las partes, es decir, cuando el prestamista no entregue el dinero o el prestatario no realice las prestaciones relevantes a que esté comprometido. La naturaleza fungible de la cosa prestada explica que la muerte del prestatario o la pérdida de la cosa no extingan la obligación de restituir, que correrá a cargo de los herederos del deudor en el primer caso.

#### IV. CONCLUSIONES

Dando título al presente estudio hemos dispuesto que se asemejan el comodato y el simple préstamo o mutuo en que hay entrega de un bien y que dicho bien debe ser restituido con posterioridad, pero también existen diferencias entre ambos, destacando principalmente, por el objeto, ya que en el simple préstamo o mutuo la cosa ha de ser fungible, mientras que en el comodato la cosa ha de ser no fungible; en el mutuo se transmite la propiedad de la cosa y en el comodato sólo se cede el uso o posesión, el mutuo puede ser retribuido si se pacta expresamente, lo que no puede suceder en el comodato y, por último, si la cosa se pierde después de su entrega, la pérdida la sufre el comodante en el comodato salvo en el supuesto concreto en que responde el comodatario por caso fortuito y el mutuatario en el mutuo, pues ambos son propietarios.

De todo lo expuesto podemos atisbar que el comodato, al ser un contrato unilateral, no se resuelve por incumplimiento de las obligaciones del comodatario, pues el comodante puede reclamar la restitución cuando necesite urgentemente la cosa, en todo caso, a su voluntad, si no se pactó el uso o la duración del contrato, es decir, sin necesidad de invocar el incumplimiento de la contraparte. A este respecto podríamos pensar en que el comodante si puede reclamar anticipadamente la devolución de la cosa si el uso que de ella hace el comodatario no es el pactado: si el comodante debe esperar a que se use la cosa puede reclamarla y debe entenderse que la espera sólo puede justificarse si ese uso es el convenido.

Por otro lado, podemos cuestionarnos si es razonable que la ley no conceda valor obligatorio al acuerdo por el que los interesados, sin entrega de la cosa pactada, manifiestan su voluntad de quedar jurídicamente obligados en préstamo. Y es que no es razonable estimar que un Derecho como el nuestro parte de la base de que la raíz del contrato está en el acuerdo de voluntades y rechaza automáticamente la obligatoriedad jurídica, es decir, el valor del contrato de tal acuerdo cuando decididamente las partes quieran quedar jurídicamente obligadas por él, esto innegable, aunque otra cosa es que cuando por tratarse de materia en la que un acuerdo suela tomarse más bien como obligatorio sólo en el plano de la amistad o de la corrección o de la cortesía o caballerosidad pero no en el estrictamente jurídico no sea, entonces, irrazonable que la ley, para estimar que verdaderamente se trata de un acuerdo querido como obligatorio jurídicamente, exija que, como signo de que ha sido efectivamente querido así, concurren determinados requisitos que permitan asegurarla. Uno de esos requisitos sería la entrega de la cosa, con lo que, siendo tal entrega precisa, se estaría ante el contrato real de préstamo, pero aún sin entrega, la voluntad de obligarse jurídicamente, también se revela, según el sentir de la ley, si el acuerdo se otorga por escrito o si es oneroso, lo que no cabe en el comodato, que es esencialmente gratuito, pero sí en el mutuo, que es oneroso, si el que lo recibe paga intereses por lo que se le presta.

Por lo que concluimos diciendo que el contrato de préstamo lo estima la ley como contrato jurídico y no como mero acuerdo simplemente social pero desprovisto de eficacia jurídica, y, como tal, obligatorio para las partes en el plano legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada, como si el acuerdo aun concertado sólo de palabra, es oneroso, como si aun no siendo oneroso, se otorga por escrito.

RESUMEN

PRÉSTAMO

Nuestro Código Civil concibe el contrato de préstamo con el carácter de real, disponiendo el artículo 1.740 que una parte entrega, no que se obliga a entregar, y ello en contraposición a la futura obligación de restitución, tal y como mantienen las sentencias del TS de 27 de marzo y 11 de junio de 1999; no obstante, fuera de la regulación del Código Civil, existen ciertos convenios de préstamo de carácter consensual que podrían considerarse pre-contratos o pactos preliminares, según las circunstancias, como sucede en la Ley de Crédito al Consumo en que el prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo al consumidor. Paralelamente veremos que el comodato es un préstamo de uso, puesto que el comodatario no tiene intención de consumir la cosa sino simplemente de utilizarla, mientras que el simple préstamo o mutuo es el contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

ABSTRACT

LOAN

Our Civil Code conceives the loan agreement as a real agreement. Article 1740 states that one party delivers, not that it undertakes to deliver, and this is done in counterpoint to the future obligation of repayment, as maintained in the Supreme Court's rulings of 27 March and 11 June 1999. Nevertheless, outside the regulation of the Civil Code, there are certain loan arrangements of a consensual nature that could be considered pre-contracts or preliminary accords, depending on the circumstances. This occurs in the Consumer Credit Act, where the lender grants or undertakes to grant a loan to the consumer. In parallel, we shall see that the commodatum is a loan of use, whereas the comodatary has no intention of consuming the thing, but merely of using it, while the simple or mutual loan is a contract whereby one of the parties delivers to the other a quantity of money or some other consumable thing on the condition that the recipient will return the same amount of the same thing of the same quality.

LA SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA DEL ARRENDATARIO  
EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN BASE AL ARTÍCULO 16  
DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

La subrogación consiste en la sustitución en la relación arrendaticia de una de las partes por un tercero que asume sus derechos y obligaciones. Vamos a centrar nuestro estudio en la subrogación *mortis causa* en la posición jurídica del arrendatario dentro del arrendamiento de vivienda, materia regulada en el artículo 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.