

Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés (*) (1)

SUMARIO: 1. EL MUTUO CON INTERES. NATURALEZA JURIDICA: CONTRATO REAL U OBLIGACIONAL.—2. SUJETOS. CUESTIONES DE CAPACIDAD.—3. OBJETO.—4. CAUSA.—5. CONTENIDO. PRINCIPAL Y ACCESORIO. LAS GARANTIAS.—6. FORMA.—7. CONCLUSIONES.

1. EL MUTUO CON INTERES. NATURALEZA JURIDICA: CONTRATO REAL U OBLIGACIONAL

ALBALADEJO (2) explica que «nuestro Código en el libro IV, título X, regula dos clases de contratos de préstamo: el comodato y el mutuo (aunque a éste lo denomine simple préstamo), también llamado préstamo de uso (porque en él sólo se transfiere el uso de lo prestado) el primero y préstamo de consumo el segundo (porque en él se transfiere la propiedad de lo prestado, que normalmente se recibe para ser consumido)».

Y el artículo 1.753 del Código Civil puntualiza:

«El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.»

(*) Este trabajo se enmarca en un estudio más amplio que se ha llevado a cabo sobre «Los nuevos criterios de responsabilidad y formación de la voluntad contractual», financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica (DGICYT), ref. proy. PB87-0767.

(1) Todas las cláusulas transcritas en este trabajo corresponden a datos reales contenidos en escrituras y formularios de diversas entidades de crédito.

(2) M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2, Barcelona, 1989, págs. 377 y sigs.

Uno de los contratos de préstamo más corriente es el préstamo de dinero con garantía hipotecaria, en el cual se efectúa la entrega del dinero por parte de una entidad de crédito en el momento del otorgamiento. La característica de este tipo de contrato es que el prestatario adquiere la propiedad. No podía ser de otra forma tratándose de dinero. Aquí el préstamo es causa suficiente para la atribución patrimonial. Básicamente, en este trabajo voy a referirme a este tipo de contrato (3).

La terminología aplicada al mutuo con interés, cuando el objeto del contrato es una cantidad de dinero se concreta en «contrato de préstamo» o «contrato de crédito», a los que se añade el calificativo de «hipotecario» o «con garantía hipotecaria» si se garantizan las obligaciones nacidas de los mismos por medio de la constitución de hipoteca. Es evidente que contrato de crédito o de préstamo, aunque utilizado en ocasiones de forma indistinta, no tienen el mismo significado.

Así, crédito en sentido amplio equivale a confianza; sin embargo, al acotar el concepto nos encontramos, como mínimo, ante tres acepciones distintas de crédito:

- 1.^a Crédito como la confianza que tiene un acreedor en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.
- 2.^a Crédito como equivalente a la solvencia del deudor.
- 3.^a Crédito referido a la relación que se establece entre partes (4).

Estas tres acepciones, perfectamente diferenciadas, se reúnen en la práctica cuando se identifica el crédito como una operación (negocio) jurídica consistente en dejar una determinada cantidad de dinero a otra persona, durante determinado período de tiempo, en base a la confianza que se tiene de ella, de su devolución. En el tráfico, el crédito tiene unos límites y unas garantías, porque tal confianza no es plena.

Los negocios de crédito tienen unos elementos comunes que ha explicado GRAZIANI recogiendo la noción de KNIES: el crédito es un intercambio diferido en el tiempo.

Es cierto que es una característica de los negocios de crédito la disposición presente de la riqueza y que una de las partes del negocio se obliga a restituir el equivalente de esta riqueza en un momento futuro. Se trata de bienes presentes que se intercambian por bienes futuros.

La cuestión es determinar si crédito equivale a intercambio de bienes. Se han establecido diferencias cualitativas y cuantitativas entre ambos ne-

(3) El tema de los préstamos de dinero lo he tratado específicamente en el libro de próxima aparición, titulado *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, ed. La Ley.

(4) A. GRAZIANI, «Crédito», *NDI*, IV, Torino, 1959, pág. 1079.

gocios; cualitativas porque en el intercambio se entrega una riqueza y se restituye el mismo género de riqueza. La diferencia cuantitativa supone que en el intercambio los bienes permutados son equivalentes, mientras en el crédito el acreedor exige al vencimiento de la deuda una cantidad superior a la entregada.

La objeción que suponen las diferencias establecidas entre crédito e intercambio de bienes las salva GRAZIANI (5) explicando que existe una equivalencia objetiva que resulta de la divergencia subjetiva de los valores comparados. Así, tanto en la permuta de los bienes como en el intercambio de un bien por dinero cada una de las partes atribuye al bien distinto valor subjetivo en el momento inicial y en el momento final. De esta forma, el deudor valora más el bien actual que el que deberá restituir, y el acreedor, a la inversa, valora más el bien que le restituirán en el futuro que el actual. Por tanto, las diferencias entre crédito e intercambio quedan superadas al atribuir un valor subjetivo a los bienes que, evidentemente, estará relacionado con la finalidad que cada una de las partes pretenda conseguir a través del negocio.

De todas formas, como veremos, la definición de crédito como intercambio diferido con el tiempo como elemento común a todos los contratos de crédito es difícil de encajar si tenemos en cuenta que intercambio en nuestro Ordenamiento supone causa onerosa (art. 1.274 CC) y el comodato es esencialmente gratuito (art. 1.740.2 CC) y el simple préstamo también lo puede ser (art. 1.740.3 CC).

La confianza del acreedor en el deudor no es total, por lo que a los negocios de crédito puede añadirse diversos tipos de garantía que aseguren al acreedor la recuperación del valor prestado. Estas garantías pueden ser reales y/o personales y darse de forma única (una sola garantía) o cumulativamente (varias garantías) en el mismo negocio (6). En las garantías reales se concede al acreedor un derecho sobre un determinado bien que queda sujeto al cumplimiento de la obligación por parte del deudor, y las personales se basan en la capacidad económica del deudor, teniendo en cuenta la posibilidad del concurso con otros acreedores.

(5) A. GRAZIANI, «Crédito», *NDI*, IV, pág. 1079.

(6) En una escritura de préstamo se hace constar: «Undécima. El Banco queda formal e irrevocablemente autorizado por la parte prestataria para aplicar con destino al pago de cualquier cantidad vencida y no satisfecha cualesquiera posiciones acreedoras y depósitos de cualquier naturaleza de que fuere titular en el Banco que a todos los efectos se consideran en garantía de obligaciones vencidas. (...) Decimocuarta. Sin perjuicio de su responsabilidad personal subsidiaria la parte prestataria constituye primera hipoteca en favor del Banco, que acepta, sobre la finca que se describirá al final de las estipulaciones de esta escritura, en garantía de la devolución del principal del préstamo por ... pesetas, del pago de intereses remuneratorios devengados al tipo pactado...»

La articulación del contenido del negocio de crédito (cantidad y plazo) origina una variedad de contratos, en los que la combinación del límite, la finalidad de disposición, el plazo o plazos y las distintas garantías, junto con la particular finalidad de la aplicación de la cantidad obtenida y la competencia en las condiciones ofrecidas por las entidades correspondientes hacen que el crédito sea un negocio jurídico que en algunas modalidades sea asequible a la mayoría de las personas físicas y jurídicas y, para algunos fines, sea prácticamente el único medio.

La problemática que se plantea jurídicamente gira en torno a la diferencia entre un crédito y un préstamo, ya que tanto el Código Civil como el Código de Comercio se refieren solamente al préstamo (arts. 1.740-1757 CC, 311-324 CCom). Así, cuando el Código Civil se refiere al préstamo, exige la entrega inmediata al prestatario del bien (arts. 1.740 y sigs.) o, mejor, de la cantidad prestada (ej., préstamo con garantía hipotecaria común). En cambio, cuando hablamos de una operación de crédito parece que entren en juego tres partes: el acreditante, el acreditado deudor y los acreedores, en una relación entre los dos primeros de tracto sucesivo, como, por ejemplo, la relación derivada de un contrato de tarjeta de crédito. Sin embargo, este esquema no se ajusta a otros supuestos, como, por ejemplo, apertura de líneas de descuento, créditos en cuenta corriente con garantía hipotecaria, etc.

La distinción debe hacerse por otra vía. En efecto, los contratos a través de los cuales una parte posibilita a la otra la utilización de recursos que no tiene o de los que no puede disponer efectivamente, son créditos. Los préstamos son una especie del género de crédito que se caracteriza por la entrega o puesta a disposición de una sola vez (o en varias, de acuerdo con el contrato) de la cantidad objeto del préstamo. En los casos en que no hay ni entrega ni puesta a disposición, el dador del crédito se compromete a pagar las deudas futuras o determinado tipo de deudas futuras del acreditado o a poner a su disposición efectivo, todo ello hasta un límite prefijado.

Lo dicho sobre la distinción entre crédito y préstamo no aclara el interrogante en cuanto a calificar el préstamo de contrato real o contrato obligacional. En efecto, sólo se parte de la necesidad de la entrega, pero no se establece el momento de la misma, es decir, si la entrega debe realizarse en el momento en que se dé el acuerdo de voluntades o si la entrega es la primera obligación que nace del contrato y presupuesto de la obligación de devolución del bien entregado.

El artículo 1.740 del Código Civil dice:

«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.

El comodato es esencialmente gratuito.

El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés.»

El tenor literal del artículo transcrito parece que recoge el precedente romano de considerar al mutuo como contrato real. En Derecho romano, explica LACRUZ (7), la entrega era un elemento de perfección del contrato, el cual no se formaba sin ella: requisito de existencia o constitutivo.

Sin embargo, dicho autor parece apuntar otra interpretación cuando dice que no se puede pedir la restitución de lo que no se entregó, y en ese planteamiento los contratos de préstamo siguen siendo reales; pero, en cambio, la entrega no es requisito de existencia a falta del cual no existe contrato alguno, sino que nacerá otro contrato consensual atípico del real de préstamo.

La primera cuestión que surge a continuación es la determinación del concepto de contrato real y la justificación de la categoría «contrato real» frente a la de «contrato consensual» (8).

En cuanto al concepto, es general la consideración del contrato real como aquel contrato que precisa para su perfección, además del acuerdo de voluntades de las partes, la entrega de la cosa.

Tradicionalmente, se han considerado contratos reales el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

En estos contratos la entrega de la cosa actúa como un elemento constitutivo del contrato (junto con el acuerdo), de la que deriva la obligación de restitución de la cosa recibida, si se trata de cosa específica, o el equivalente si la cosa entregada era fungible. La justificación de la categoría de los contratos reales es la de ser «contratos de restitución» (9) por la importancia que en los mismos tiene la obligación de restituir, obligación principal (arts. 1.740-1.753 CC), que no tendría sentido de no darse con anterioridad la entrega de la cosa. Esta justificación puede soslayarse argumentando que si bien es cierto que la entrega de la cosa es un elemento necesario para que pueda reclamarse la obligación de restituir, no lo es para el perfeccionamiento del contrato del que nace la obligación. Así, LACRUZ (10) entiende que la

(7) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 3, Barcelona, 1986, págs. 256 y sigs.

(8) P. MARÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXII, vol. I, Madrid, 1982; *Comentarios a los artículos 1.740-1.756*, donde se analizan las principales tendencias, con cita de abundante bibliografía, págs. 19 y sigs.

(9) G. OSTI, «Contratto», *NDI*, tomo IV, Torino, 1959, pág. 484.

(10) J. L. LACRUZ y otros, *Elementos D.C.*, II, vol. 3, Barcelona, 1986, págs. 256 y sigs.

acción de restitución presupone la entrega, pero al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1.255) es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obligue a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha y la otra parte a restituir en su día la cosa o la cantidad que recibirá en el futuro.

La hipótesis típica de los contratos reales es que junto con el acuerdo de voluntades se entrega la cosa (o se recibe), y ello está, en principio, de acuerdo con nuestra normativa (arts. 1.740, 1.758 y 1.863 CC). La cuestión es determinar, en el supuesto en el que la entrega no sea simultánea, si existe negocio y, en su caso, qué clase de negocio.

Existen varias posibilidades:

1. Que a falta de entrega el contrato de mutuo sea nulo porque ésta es un elemento esencial.
2. La entrega de la cosa no es elemento esencial sino natural, lo que supone que ésta podrá realizarse en un momento posterior. En este caso habrá de calificarse el negocio realizado:
 - préstamo consensual o
 - contrato preliminar.

En primer lugar, cabría determinar si de la normativa del Código Civil reguladora de estos contratos es deducible la no admisión del contrato consensual de préstamo. Entiendo que de los artículos 1.740-1.784 y 1.863-1.873 del Código Civil no puede derivarse la no validez de los contratos de préstamo, comodato, depósito y prenda en los que la entrega no se realice simultáneamente al acuerdo de voluntades de las partes.

Esta idea es la más extendida en la doctrina española; ya en su día, JORDANO BAREA (11) cuando enumeraba las justificaciones del requisito de la entrega decía que la entrega es un «elemento esencial del negocio, requisito de existencia o elemento constitutivo», o bien «es un requisito de cualidad que caracteriza la existencia de un particular contrato a falta del cual nace un negocio diverso; o un contrato preliminar o precontrato, o un contrato consensual atípico correspondiente al contrato real de que se trate».

ALBALADEJO (12) no está de acuerdo en la calificación como precontrato del préstamo no real porque, según dice, «o se admite la posibilidad legal de que además del contrato real de préstamo haya otro préstamo consensual, que es lo que verdaderamente sería ese llamado precontrato de préstamo, o negada la posibilidad legal del préstamo consensual hay que negar la admisibilidad del precontrato de préstamo».

(11) M. JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, págs. 97 y sigs.

(12) M. ALBALADEJO GARCÍA, *D.C.*, II, vol. 2, págs. 367 y sigs.

Antes de eliminar la posibilidad de la celebración de un precontrato de préstamo es necesario analizar el supuesto. En efecto, para la concepción tradicional el precontrato era un verdadero contrato por el que las partes quedaban obligadas en el futuro a la celebración de otro nuevo contrato, el cual, por ser distinto del anterior y preparatorio requería nuevas declaraciones de voluntad. El efecto del precontrato es crear la obligación de contratar a cargo de una o de las dos partes, según los casos: la de un *facere* consistente en celebrar otro contrato con nuevos consentimientos. Según esta concepción, sería posible la celebración de un precontrato de préstamo real, ya que no es necesario que el precontrato reúna todos los requisitos del contrato definitivo, uno de los cuales en el préstamo real es la entrega.

Esta concepción del precontrato ha sido criticada y superada por la teoría que considera el precontrato como una fase de un *iter* contractual complejo, expuesta por DE CASTRO (13), según la cual la promesa de contrato es un estadio del *iter* negocial de formación sucesiva, una etapa preparatoria del contrato en la que las partes convienen el contrato futuro atribuyendo a una o a las dos la facultad de exigir en un momento ulterior la puesta en vigor del contrato definitivo. Estas dos partes del *iter* tienen una unidad funcional, de ahí la necesidad de que los requisitos legales para la validez del contrato concurren en la fase inicial. Si aplicamos esta teoría, no es posible un precontrato de un préstamo real porque la entrega es requisito esencial del definitivo, y si ésta no se da estamos en presencia de un precontrato o de un contrato consensual de préstamo; y si se da la entrega y los demás elementos nos hallamos ante un contrato de préstamo real.

Nuestro Ordenamiento (arts. 1.862, 1.340 y 1.363 CC) recoge la posibilidad de efectuar promesas de donación y de constitución de prenda. Para el supuesto de las promesas de donación, ALBALADEJO (14) explica que al ser el precontrato un proyecto de contrato preparado que entrará en vigor sin necesidad de nuevo acuerdo cuando lo exija la parte que tiene esta facultad, sólo podrá darse para la donación obligacional, ya que de otro modo resultaría que el predonante, quedando ya vinculado a los efectos de la donación preparada, lo quedaría sin haber guardado quizá la forma exigida para la donación o sin tener la capacidad, lo que no puede aceptarse, pues burlaría el fin perseguido por la exigencia de tales requisitos. Esta opinión viene a confirmar la idea expresada más arriba de que no es posible un precontrato de préstamo real aunque se ponga énfasis, en el caso de las donaciones, a las cuestiones de forma.

En nuestra doctrina han sido varios los autores que han admitido, aparte del contrato de préstamo real, el contrato de préstamo obligacional. Sin

(13) F. DE CASTRO, «La promesa de contrato», *ADC*, 1950, pág. 1133.

(14) M. ALBALADEJO, *D.C. II*, vol. 2, pág. 122.

embargo, admitidas ambas posibilidades, es necesario tener presente otro elemento: la forma, que ligada a la gratuidad u onerosidad del negocio lleva a analizar la unilateralidad o bilateralidad del contrato de mutuo.

DE CASTRO (15), ante la cuestión planteada de considerar el préstamo sólo como contrato real o también como contrato obligacional, opina que el problema en nuestro Derecho «puede resolverse sencillamente atendiendo al juego normal en su sistema de la forma y de la causa. El Código Civil siguiendo una tradición secular considera contratos reales el préstamo y el depósito, lo que se armoniza con el haberlos caracterizado de esencialmente (el comodato) o de naturalmente (simple préstamo y depósito) gratuitos (arts. 1.740 y 1.760 CC). Resulta entonces lógico que dichos contratos gratuitos necesiten para su eficacia de cierta forma que complete el consentir de los contratantes y que aquélla sea, como en el supuesto de la donación verbal, «la entrega simultánea de la cosa» (art. 632 CC). Esta construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Resulta, pues, reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (*ad solemnitatem*) para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente».

La misma idea puede observarse en la conclusión de ALBALADEJO (16) cuando dice 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 plazo legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada (art. 1.740 CC) como si el acuerdo, aun concertado sólo de palabra, es oneroso como aun no siendo oneroso se otorga por escrito (argumento ex art. 632, que para la eficacia jurídica de la donación de cosa mueble pide que se entregue simultáneamente o se otorgue por escrito)».

De lo dicho por estos autores se deduce que en el préstamo con interés, al tratarse de un préstamo oneroso no es esencial la entrega del dinero para la validez del negocio que desplegará sus efectos desde que exista el acuerdo de voluntades. Ahora bien, el Código Civil contempla tanto el préstamo gratuito como el oneroso (art. 1.740, 1.755 y 1.756 CC).

Así, podría afirmarse que la entrega de la cosa es un requisito de forma sin el cual no nace el contrato en los supuestos de contrato de comodato, préstamo y depósito gratuitos, cuya finalidad consiste en tener la certeza de la voluntad expresada por el comodante, prestamista o depositante. Para los supuestos de mutuo o depósito onerosos la entrega simultánea al acuerdo de voluntades, es decir, la necesidad de que el contrato sea real, toma un

(15) F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 286.

(16) M. ALBALADEJO GARCÍA, *D.C.*, II, vol. 2, pág. 370.

carácter dispositivo de forma que las partes podrán vincularse también sin la entrega inmediata de la cosa. En estos contratos primará el principio de libertad de forma.

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS (17) admite que la categoría de los contratos reales está sometida a una profunda revisión, y fruto de esos esfuerzos es la admisión de contratos consensuales de préstamo. El prestamista se obliga a la entrega de la cosa. El prestatario puede exigir el cumplimiento de dicha obligación. Una vez efectuada la entrega, entran en juego las obligaciones que el Código impone a este último y que parten de la existencia de la referida entrega.

En esta construcción caben tanto los préstamos reales como los obligacionales. En efecto, en los reales la entrega es elemento constitutivo (y requisito de la devolución), y en los obligacionales la entrega es requisito de la devolución, aunque no de otras obligaciones que contempla el contrato.

La siguiente cuestión que se plantea es determinar si el mutuo es un contrato unilateral o bilateral.

Partiendo de la posibilidad generalmente admitida por nuestra doctrina, como se ha visto, del mutuo consensual, será éste un contrato bilateral y oneroso, ya que del mismo nacerán las obligaciones de entrega para el mutuante y de restitución para el mutuuario, más el pago de los intereses.

En los supuestos de mutuo real, el contrato podrá ser gratuito u oneroso y en principio unilateral, porque es necesaria la entrega para la perfección del contrato y la única obligación que nacerá será la de restitución por parte del mutuuario, y en el mutuo oneroso, la de pago de los intereses, también a cargo del prestatario. Las obligaciones estarán a cargo de una sola de las partes, por lo que se calificará el contrato como unilateral.

La afirmación de que el mutuo real es unilateral conviene analizarla adecuadamente. El contrato de mutuo con interés es un contrato oneroso pero que no supone contraprestaciones recíprocas. Ello deja patente la distinción entre las categorías de contratos onerosos y gratuitos, por una parte, y, por otra, la de unilaterales y bilaterales. Mientras la primera categoría hace referencia a la causa, la segunda se refiere a las obligaciones nacidas del contrato para una o para ambas partes.

El artículo 1.274 del Código Civil establece que «en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

De ahí cabe deducir que son onerosos aquellos contratos en los cuales

(17) A. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil Contratos en especial*, Madrid, 1972, pág. 238.

hay un intercambio de prestaciones. Dice LACRUZ (18) que deducen los autores que en tales casos el patrimonio no se altera, no pierde: experimenta un aumento y disminución correlativos e iguales. Son onerosos los contratos que plantean un cambio. Por otra parte, frente a los contratos onerosos se halla la donación, cuya causa según el artículo 1.274 del Código Civil es la mera liberalidad, que supone la prestación de cosas sin contraprestación. Aparte se hallan los contratos de prestación de servicios y concesión de uso de las cosas. La gratuidad de estos contratos se deduce de que al beneficio habido por el mutuuario o por el comodatario no corresponde ningún sacrificio de los mismos, y al sacrificio del mutuante y comodante privados por un cierto tiempo de la disponibilidad de las cosas propias no le corresponde ninguna contraprestación.

Para el mutuo gratuito la entrega es el presupuesto de la restitución y si es un contrato de cambio diferido en el tiempo cabría dudar de su gratuidad. No hay enriquecimiento-empobrecimiento definitivo de las partes. De hecho, el intercambio diferido en el tiempo incorpora un elemento (el plazo) que permite introducir el concepto de gratuidad. La diferencia básica entre el mutuo gratuito y el oneroso radica en los intereses que debe satisfacer el mutuuario por el uso o goce del bien prestado durante cierto tiempo.

En este sentido, CARRESI (19) entiende que el intercambio en el mutuo oneroso se da no entre la entrega del capital y la restitución del mismo, sino entre el goce del capital durante el plazo establecido y el precio del mismo, es decir, los intereses.

Según dicho autor, el problema reside en configurar un derecho del mutuuario distinto del derecho de propiedad adquirido sobre las cosas y en consecuencia individualizar la obligación que se contrapone a este derecho.

En el momento de la entrega el derecho de propiedad del mutuante sufre una modificación cualitativa, transformándose el derecho real en derecho personal. Pero este derecho de crédito está gravado o limitado por un derecho de goce, de naturaleza personal, que corresponde al mutuuario por todo el tiempo de duración del contrato. Los intereses que el mutuuario paga al mutuante en el mutuo oneroso son la compensación por la concesión del goce que el mutuante concede al mutuuario.

De ahí se deduce que mientras el mutuo sin interés es un contrato gratuito, unilateral si es real y bilateral si es consensual, del que sólo nacen las obligaciones de entrega y restitución, el mutuo oneroso es un contrato con prestaciones corresponsivas (bilateral), independientemente de que sea

(18) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2, Barcelona, 1987, pág. 234.

(19) CARRESI, «El comodato. El mutuo», *Trat.D.C.*, III, Torino, 1957, págs. 93 y sigs.

real u obligacional, ya que aparte de la entrega y la restitución surge la obligación del mutuante de observar el plazo que limita su derecho de crédito y cuya contrapartida es la obligación del mutuuario del pago de los intereses y su derecho al goce de lo prestado durante el plazo establecido.

A la tesis expuesta se le han formulado objeciones (20) en el sentido de que en los negocios de crédito, y en particular en el mutuo, falta el bien que puede ser objeto de goce continuado, porque tratándose de dinero o cosas fungibles cuando ya son propiedad del mutuuario la alienación de los bienes no interesa a la relación contractual. De ahí surge la importancia no del goce de la cosa, sino de la esencia de la función crediticia del plazo.

La estructura del mutuo y de otros contratos de crédito se basa, según SIMONETTO, en la entrega-restitución, que denomina «sustitución». La entrega inicia entre las partes la relación de «sustitución» sobre la cual incide el elemento más característico del mutuo: el plazo. El plazo accede a la relación de sustitución atribuyendo un significado económico a un intercambio que por sí mismo sería económicamente indiferente.

El objeto del negocio no puede ser calificado como goce ni como intercambio de bienes, sino como una fórmula más compleja, como una operación de sustitución (entrega-restitución) y de un plazo que en el mutuo oneroso se concede a cambio de los intereses, mientras en el gratuito se concede por la liberalidad.

A esta teoría de SIMONETTO, si bien se le reconoce su importancia en el análisis de la problemática que presenta la naturaleza jurídica del mutuo, se le critica (21) que se limita a observar los intereses que se generan solamente en función del plazo que cubre la relación de sustitución, pero no contempla que también representan la compensación por el riesgo que asume el mutuante a lo largo de dicha operación.

En el caso del contrato de préstamo oneroso con garantía hipotecaria, la contraprestación a la entrega de la cantidad prestada es su devolución más los intereses, pero éstas no son las únicas obligaciones derivadas del contrato. Existen una serie de obligaciones accesorias que afectan a ambas partes, que van desde la información que debe el prestamista al prestatario (ej., tipo de interés), hasta la conservación del valor de la garantía por parte de este último; por tanto, no se trata de un contrato sinalagmático *ex post facto* (22) porque las obligaciones han de cumplirse durante la vigencia del contrato.

Así, puede decirse que existe, en primer lugar, o bien una prestación principal que es contrapartida de la entrega en los préstamos reales o una

(20) SIMONETTO, / *contrati de crédito*, Padova, 1953, págs. 93 y sigs.

(21) A. GRAZIANI, «Credito», *NDI*, tomo X, Torino, 1959.

(22) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1983, pág. 107.

prestación que es la entrega y una contraprestación que es la devolución; en segundo lugar, el intercambio del disfrute del dinero o del plazo concedido para la devolución más el riesgo del negocio, cuya contrapartida son los intereses, y por último existen importantes obligaciones accesorias para ambas partes. En ambos casos el contrato es sinalagmático, aunque en el préstamo real no exista equivalencia de las prestaciones en sentido estricto a pesar del nacimiento de obligaciones para ambas partes (23). El sinalagma es genético.

La tipificación del préstamo en el Código Civil como contrato real ha influido en su configuración en el tráfico. A continuación voy a transcribir varias cláusulas de un préstamo con garantía hipotecaria donde puede apreciarse este extremo:

«Que entre los señores ..., de una parte, y el Banco, de otra, se ha convenido llevar a cabo un contrato de préstamo con hipoteca que se formaliza por la presente escritura con sujeción a las siguientes cláusulas:

Primera.—El Banco entrega en este acto en concepto de préstamo a los señores ..., quienes la reciben la mitad cada uno de ellos, obligándose solidariamente a su devolución, la cantidad de ... pesetas.

La parte prestataria ingresa la cantidad expresada en la cuenta corriente número ..., de la agencia ... del Banco en ...

Para que pueda disponer la parte prestataria —de una sola vez y por su totalidad— de la expresada cantidad deberá estar presentada la primera copia de esta escritura en el Registro de la Propiedad, la finca hipotecada libre de otras cargas, gravámenes, limitaciones y condiciones que afecten a la libre disposición del

(23) J. L. LACRUZ BERDEJO mantiene que en el mutuo a interés también hay sinalagma y le es aplicable el artículo 1.124 del Código Civil. Dice: «Por mi parte, opino igualmente que el mutuo, llevando pacto de intereses, es un contrato sinalagmático, ya que la prestación del dinero va correspondida con la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, acaso, sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega. Pues siempre queda la relación de correspondencia entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte del mutuante y el pago de los intereses por el mutuuario, con obligación de saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos (dinero falso, trigo averiado), como en los otros contratos sinalagmáticos, y devolución de los intereses en caso de prestación fallida del mutuante. Este responderá por los daños causados por la cosa entregada no sólo en los términos del artículo 1.752, sino también siempre que medie culpa suya. Y no pagándose el interés pactado, parece aplicable el artículo 1.124, pues el hecho de que la obligación de intereses no se inicie hasta la entrega de la cantidad prestada (como la obligación de pagar la renta del arriendo, etc.) no impide que la subsistencia del préstamo se deba al pago de la retribución y se justifique por ella». *E.D.C.* II, vol. 3, pág. 267.

hipotecante y la titularidad de la misma ser la que resulta de la presente escritura.»

Existe una entrega (préstamo real), pero al mismo tiempo se limita el poder de disposición de los prestatarios hasta el momento en que se cumplan el conjunto de requisitos enumerados en el último párrafo de la cláusula.

A efectos prácticos, para el prestatario la cantidad prestada está bloqueada, de manera que el resultado es el mismo que si se hubiera configurado el contrato como obligacional, estableciendo que el cumplimiento de la obligación de entrega estaba sometida a la realización de ciertos requisitos.

Para otro sector de la doctrina (24) se trata de un precontrato de préstamo que se ha perfeccionado, y el cliente podrá exigir del Banco la entrega del dinero porque su derecho nació al suscribirse la escritura. Esta idea se basa en un contrato de préstamo obligacional.

Configurado el crédito como obligacional, el deudor no pagaría intereses desde la perfección del contrato, sino desde la entrega. En cambio, configurado el crédito como real a pesar de la falta de poder de disposición sobre el dinero por parte del prestatario, los intereses empiezan a contar desde la entrega. Así, la siguiente cláusula:

«*Segunda.*—Este préstamo devengará desde el día de hoy y a favor del Banco un interés del 14,25 por 100 anual, calculado sobre la parte no amortizada del préstamo; igualmente devengará el presente préstamo una comisión del 0,50 por 100 de su importe por una sola vez y cuyo pago se realiza en el presente momento de formalización del préstamo.»

Así pues, los créditos con garantía hipotecaria se configuran como reales porque simultáneamente al acuerdo de las partes se hace entrega del importe objeto del crédito y a pesar de la falta de poder de disposición empieza a correr el plazo para la restitución y el devengo de intereses. La situación previa de negociaciones podría calificarse de tratos preliminares, aunque en realidad lo que ocurre es que la parte prestataria solicita a la entidad de crédito la concesión del préstamo, y cuando ésta accede se fija la fecha para el otorgamiento del contrato. Hasta este momento las partes no quedan vinculadas, ya que no puede considerarse una declaración de voluntad contractual la solicitud del futuro prestatario ni la respuesta positiva de la entidad de crédito; simplemente, se trata de comunicar a la otra parte la intención de llegar a celebrar el contrato (25).

(24) J. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, «La tributación de los precontratos de préstamo generalizados por las entidades financieras», *La Ley*, 4/1990, pág. 1160.

(25) *Vid.* STS de 28 de marzo de 1983.

2. SUJETOS. CUESTIONES DE CARACTER. LEGITIMACION

El préstamo supone un acto de enajenación, de ahí que las partes deban tener plena capacidad de obrar y el prestatario además poder de disposición para transmitir la propiedad, aunque en el caso de entrega de cantidad de dinero la falta de poder de disposición no siempre supone la ineficacia de dicha entrega (art. 1.160 CC).

El tutor, en ejercicio de su función, necesitará la autorización judicial para dar y para tomar dinero a préstamo (art. 272.5 CC).

Por su parte, el menor emancipado no podrá tomar dinero a préstamo sin el consentimiento de sus padres o, en su caso, de su curador (art. 323 CC).

El Código Civil no prohíbe a los padres, en ejercicio de la patria potestad, tomar dinero a préstamo; pero si se trata de un crédito con garantía hipotecaria y el gravamen recae sobre una finca del hijo, sólo podrán constituir la carga «por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 166 CC).

Las entidades de crédito deben estar constituidas de acuerdo con la normativa vigente (art. 37 CC) y actuar según los fines establecidos.

En los supuestos más habituales la parte prestamista será una entidad pública o privada, entre cuyas finalidades se contempla la concesión de créditos, y la parte prestataria una persona jurídica o una o varias personas físicas.

Si el prestatario es una persona jurídica, los órganos de la misma deberán tener poder bastante para tomar el préstamo.

Si el prestatario es una persona física, basta su plena capacidad. Si son varias, generalmente quedarán obligadas solidariamente. El Código Civil, en el capítulo II del título X del libro IV, no establece la solidaridad y, de acuerdo con el artículo 1.137 del Código Civil, ésta ha de constar expresamente; sin embargo, se contempla la solidaridad en los artículos 1.748 del Código Civil para el comodato y 1.731 para el mandato.

Estos artículos no son aplicables por analogía, pero en la práctica en todos los contratos de préstamo se establece con carácter expreso la solidaridad de los prestatarios. En efecto, ya se ha visto que en la cláusula transcrita más arriba se puntualiza que el préstamo lo reciben los prestatarios por mitad cada uno, pero se obligan solidariamente a su devolución; luego la solidaridad la determina la obligación «expresamente» (art. 1.137 CC).

3. OBJETO

Objeto del contrato son aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes (26).

(26) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 146.

El objeto de contrato de mutuo es una cantidad de dinero u otras cosas fungibles (art. 1.740 CC), lo que posibilita la restitución en género, esto es, de objetos ontológicamente distintos pero económicamente iguales a los que en su momento fueron entregados.

La obligación del prestatario es devolver esta cantidad una vez transcurrido un determinado período de tiempo. En el caso de préstamo de dinero deben ser tenidos en cuenta dos conceptos distintos: cantidad de dinero y valor del dinero.

Está claro que el valor del dinero no es el mismo al inicio de la relación contractual que al final. Podría pensarse, incluso, que el préstamo sin interés no es tan sólo un contrato gratuito, sino una donación de la diferencia del valor del dinero más el lucro cesante del mismo (costes de oportunidad).

De ser así el prestatario se lucraría a costa del prestamista, que a la devolución del crédito recibiría un dinero equivalente a un valor inferior al prestado.

El Código Civil contempla el préstamo de dinero en el artículo 1.754 del Código Civil, que remite al artículo 1.170 del Código Civil. La deuda derivada del préstamo es una deuda dineraria simple (27), se debe una suma abstracta de moneda de curso legal y se basa en el principio nominalista.

BONET CORREA (28) dice que existen otros tipos de deudas de dinero: la deuda dineraria especificada, que necesita de un pacto sobre la moneda elegida por las partes para el pago. La deuda dineraria final o deuda de valor es aquella en la que el objeto inicial de la prestación es un poder adquisitivo o valor patrimonial concreto que se realiza en dinero.

En la deuda dineraria especificada es posible que se consiga mantener indirectamente el valor del dinero inicial si se fija el pago en una moneda que merezca confianza. En la deuda de valor, es claro que se trata de mantener el mismo poder adquisitivo. En cambio, en la deuda dineraria simple se acusan fluctuaciones de la moneda, de forma que cuanto mayor sea el plazo para el pago, más riesgo existe de modificación del valor del dinero. Para paliar estos inconvenientes pueden utilizarse las cláusulas de estabilización (art. 219.3 RH).

La finalidad que se persigue es evitar el perjuicio de una de las partes en beneficio de la otra. Es posible que el pago de la deuda por el deudor represente un sacrificio inferior al beneficio obtenido con el préstamo y una pérdida de valor para el acreedor.

En el caso del préstamo, el prestatario es deudor de una suma de dinero,

(27) J. BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1981, pág. 291.

(28) J. BONET CORREA, *Las deudas...*, págs. 300 y sigs.

pero éste tiene un precio que varía según el importe prestado y el plazo pactado para su devolución. Este precio son los intereses. El pacto de intereses forma parte del contenido del contrato (art. 1.755 CC).

4. CAUSA

Hemos calificado al mutuo con interés como un contrato oneroso; podríamos decir, por tanto, que se trata de un contrato con causa onerosa.

Veamos distintas acepciones de causa.

DÍEZ-PICAZO (29) distingue entre:

1. Causa de la atribución patrimonial, que es la situación jurídica que autoriza, de acuerdo con el Ordenamiento jurídico, al tributario para recibir el desplazamiento patrimonial.
2. Causa de la obligación es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación (contrato, cuasicontrato, etc.).
3. Causa del negocio. Un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico. Hay que tener en cuenta que la causa es común en el negocio de dos o más partes; el propósito común del resultado empírico es presupuesto básico del negocio, y cuando no existe un propósito específico y definido la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad genérica del negocio y se confunde con la voluntad negocial.

Según este esquema, para el mutuo con interés la causa de la atribución es la causa *credendi*, que justifica suficientemente dicha atribución. La causa de las obligaciones es el contrato del que derivan y la causa del mismo el resultado empírico, es decir, el mutuo beneficio de las partes que les proporciona el negocio.

LACRUZ (30), analizando los artículos 1.261.3 y 1.274 del Código Civil, explica que en el requisito del contrato llamado causa se ha querido ver una exigencia de seriedad, realismo y moralidad del contrato, «pero entonces la causa del contrato no constituye un *quid* distinto del contenido y representa sólo una cualificación del mismo, amén de la exigencia de que tal contenido sea real, todo lo cual es una cuestión de consentimiento o, en su caso, de objeto. Es a este consentimiento al que se refiere el artículo 1.262 del Código Civil cuando exige «el concurso de la oferta y la aceptación sobre

(29) L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, págs. 171 y sigs.

(30) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, I. *Parte general del Derecho civil*, vol. 3, Barcelona, 1984, págs. 209 y sigs.

la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; y añade: «El sentido del elemento causa en el contrato queda mucho más claro si nos percatamos de que el precepto que más directamente la exige como requisito *sine qua non* de existencia no la considera como un componente inmediato del propio contrato, sino como un presupuesto de la obligación o las obligaciones que dan nacimiento a aquél».

Dicho autor opina que la causa de los contratos onerosos hay que verla, sustituyendo en el artículo 1.261.3 del Código Civil la expresión «causa de la obligación» por la definición de aquélla en el artículo 1.274 del Código Civil; y dicho apartado 3 viene a decir que «no hay contrato oneroso sino cuando concurre para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra».

Siguiendo este criterio, en el contrato de préstamo real con interés la causa de la obligación de devolución y pago de los intereses no será una obligación en sentido estricto, sino el hecho de la efectividad de la entrega del dinero y el uso o goce que del mismo realice el prestatario durante un cierto tiempo.

El requisito de la causa ha provocado variadas opiniones doctrinales, algunas contrapuestas y otras simplemente distintas. En este trabajo me limito a recoger la normativa del Código de Comercio y a centrarme en la causa de las obligaciones, ya que uno de los problemas que aparece en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria es el de las obligaciones accesorias, a las que en algunas ocasiones es difícil hallarles causa.

5. CONTENIDO

El préstamo con interés es un contrato típico regulado en el título X del libro IV del Código Civil. Las partes podrán añadir los pactos y cláusulas que tengan por conveniente de acuerdo con el artículo 1.255 del Código Civil.

En efecto, los contratantes pueden pactar formas distintas para la devolución del capital prestado, así como plazos y tipos de interés, garantías, cláusulas penales, etc.

El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 CC). Sin embargo, es más rápido y eficaz en caso de incumplimiento de la obligación tener determinado bien del deudor o de un tercero sujeto directamente, de forma que el crédito pueda satisfacerse con la ejecución de este bien y ello con preferencia a los demás acreedores, que deberán buscar en el patrimonio del deudor los bienes sobre los cuales poder hacer efectivos sus créditos. De ahí la importancia de una garantía real como es la hipoteca.

Ahora bien, a pesar de que ciertos tipos de préstamo acostumbran a garantizarse con hipoteca, ello no quiere decir que no sean operativos otros tipos de garantía, tanto reales como personales. Es más, es posible que se dé una acumulación de garantías de diferente naturaleza (31).

De lo dicho es fácil deducir que el contenido típico del contrato formará el núcleo principal: la obligación de devolución del capital y la de pago de los intereses como contrapartida del sacrificio que para el prestamista supone verse privado de un bien fructífero como es el dinero durante el tiempo pactado en el contrato. Las restantes estipulaciones configurarán su contenido accesorio, si bien en el caso de constituirse garantía hipotecaria se tratará de dos negocios, préstamo e hipoteca, ambos típicos: uno principal, el préstamo, y otro accesorio, la hipoteca, de forma que ésta seguirá las vicisitudes del primero.

La obligación de devolución del capital se articulará mediante vencimientos fraccionados, mensuales, trimestrales, etc., generalmente calculados por una anualidad junto con los intereses correspondientes, de forma que a cada vencimiento el deudor satisface la misma cantidad, pero por dos conceptos distintos: amortización de capital e intereses. La imputación del pago a cada uno de estos conceptos variará a lo largo del plazo del contrato, pero no así la cantidad a satisfacer en cada vencimiento, que se mantendrá prácticamente invariable.

Los intereses comprenderán tanto la actualización del capital como el servicio del préstamo, porque de pactarse unos intereses que simplemente mantuvieran el valor del dinero a lo largo del plazo, nos hallaríamos ante un negocio gratuito en la realidad, ya que no habría contraprestación para el prestamista de su renuncia a la liquidez por la utilización del capital por parte del prestatario.

Esta idea de intereses con los dos componentes citados hace que la diferenciación entre deuda de capital y de intereses sea difícil de establecer, toda vez que en los intereses se contiene la actualización del capital. Siguiendo este razonamiento, en los préstamos onerosos, en la práctica, las deudas de capital y de intereses son obligaciones principales ambas, paralelas y claramente relacionadas; así, mientras la obligación de amortización

(31) En un contrato de préstamo, puede leerse: «X. Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de su responsabilidad personal solidaria de la parte prestataria, ésta, de conformidad con el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, constituye primera hipoteca a favor del Banco... sobre la finca de su propiedad descrita en el antecedente primero de esta escritura, en garantía de la devolución del préstamo, de dos años de intereses ordinarios al tipo...» «XV. Fianza. D. X. X. garantiza las obligaciones contraídas por la parte prestataria en las precedentes cláusulas del contrato de préstamo otorgado a favor de dicha parte por el Banco, en las condiciones antes reseñadas, con renuncia de los beneficios de excusión y división, con arreglo a los artículos 439 y siguientes del Código de Comercio, y 1.144, 1.822 y demás concordantes del Código Civil».

del capital es la contrapartida de la entrega del préstamo, la obligación de pago de intereses remunera el servicio que el préstamo proporciona al prestatario, aunque jurídicamente se haya configurado la deuda de intereses como accesorio de la de capital.

Así, LACRUZ (32) mantiene que, «en su nacimiento y devengo, la obligación de intereses es accesorio de la de capital y sigue en todo sus vicisitudes y tratamiento jurídico. Pero, después, la obligación de pagar los intereses ya vencidos tiene sustantividad propia y puede seguir vicisitudes independientes de la obligación de capital que los produjo, incluso sobrevivir a ella» (33). Precisamente para el supuesto de préstamo oneroso los intereses son accesorios del préstamo durante su devengo, ya que éste es la referencia obligada hasta el vencimiento; pero a partir del momento en que la deuda de intereses es exigible se desvincula del préstamo, apreciándose claramente su carácter de obligación independiente, contrapartida del servicio por el plazo estipulado.

Además, dada la configuración del cumplimiento de las obligaciones de amortización del capital y pago de intereses, hay que distinguirlas en otro sentido. La obligación de amortización de capital es una obligación a términos porque está sometida a una pluralidad de momentos en los que se realizan los pagos parciales, que son los vencimientos. En cambio, la obligación de pago de intereses es periódica, se trata de diversas obligaciones idénticas que nacen de un supuesto de hecho en el que está integrado el tiempo y, en general, la obligación de intereses es sólo la designación unitaria del conjunto de obligaciones periódicas (34). El tiempo es elemento principal en el devengo de los intereses.

Los intereses son el precio del dinero prestado, pero no son simplemente el resultado de la conjunción de varios componentes (remuneración del servicio, actualización y rendimiento de capital), sino que en la fijación del precio del dinero concurre el alea de la fluctuación del valor del mismo. Es decir, que en la fijación del precio concurre, entre otros, el factor riesgo, propio de los negocios onerosos, que será mayor o menor en función del plazo establecido para la restitución.

La configuración de la obligación de pago de los intereses ocupa una parte importante del contenido del contrato, de ahí la conveniencia de matizar con cierto detenimiento el propio concepto de intereses.

En tema de intereses es imprescindible establecer un doble enfoque: económico y jurídico. Los intereses se han definido como la compensación por

(32) J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 1, Barcelona, 1985, pág. 154.

(33) Teóricamente tal afirmación es cierta, si bien hay que tener en cuenta la imputación de pagos establecida en el artículo 1.173 del Código Civil.

(34) F. BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, págs. 157 y sigs.

la utilización de un capital ajeno. Sin embargo, éste no es el concepto de intereses de la teoría económica tradicional. En efecto, para dicha teoría los intereses son el rendimiento de uno de los factores de la producción: el capital. La riqueza se produce por la conjunción de cuatro categorías de factores productivos, a cada uno de los cuales le corresponde una contraprestación por la contribución aportada para la producción. Así, el factor naturaleza (materias primeras) o, mejor, a su propietario le corresponde la compensación del rendimiento; al trabajo, es decir, al trabajador, le corresponde el salario; a la capacidad organizativa, al empresario que coordina los demás factores de producción asumiendo el riesgo, le corresponde el beneficio, y al capital, a los capitalistas, los intereses. La recompensa de cada factor es, por tanto, mayor cuanto menor sea la cantidad disponible del propio factor (35).

Siguiendo la teoría tradicional, los intereses vienen determinados en cada período de tiempo por el ahorro y el empleo del dinero, es decir, por el deseo o posibilidad de ahorro de la colectividad en relación a la oportunidad de inversión existente; es un fenómeno real.

Esta teoría tradicional ya fue criticada en su día (36) al considerarse que el ahorro y la inversión no determinan el tipo de los intereses, sino el nivel del gasto global de la colectividad, el nivel de equilibrio del beneficio producido y de la ocupación. Los intereses, se dijo, son un fenómeno típicamente monetario, es decir, el tipo viene determinado por la oferta y la demanda de moneda.

Se ha dicho que la crítica de KEYNES a la teoría tradicional ha sido demasiado radical. Los intereses son un fenómeno real y monetario al mismo tiempo. JOSSA (37) explica que en la base de la crítica de KEYNES hallamos los motivos que regulan la elección de los individuos entre la liquidez (moneda) y los títulos de crédito (inversión). La demanda de moneda incide de forma importante en la determinación del alza del tipo de interés. Manteniéndose el nivel de ahorro constante, cada aumento de la demanda de dinero reduce la demanda de títulos de crédito (inversión), así como su precio, y aumenta el tipo de los intereses, esto es, el precio del crédito. El aumento del precio del crédito reduce el número de las oportunidades de inversión, así como la producción de nuevos bienes de capital, aumentando su rendimiento. La elección entre moneda o títulos como determinante de la preferencia por la liquidez es una de las causas fundamentales que regulan el alza del tipo de interés.

Los intereses sólo excepcionalmente son considerados como el tipo del rendimiento del capital; normalmente, en el uso corriente se entienden

(35) B. JOSSA, «Interesse», *NDI*, VI, Torino, 1959, pág. 837.

(36) J. M. KEYNES, *Ocupazione interesse e moneta*, Torino, 1953.

(37) B. JOSSA, «Interesse», *NDI*, VI, pág. 838.

como la recompensa por el préstamo del dinero. Sin embargo, en la búsqueda de las causas determinantes del alza del tipo de interés en los préstamos monetarios es necesario tener en cuenta el rendimiento del capital en la determinación del tipo de interés.

Los elementos mencionados sólo serían válidos para establecer un tipo de interés «puro», es decir, que supusiera una inversión sin riesgo y de duración perpetua. Pero la realidad es otra. El tipo de interés se verá afectado por el riesgo, de forma que cuanto mayor sea el riesgo tanto mayor deberá ser la recompensa. Por tanto, los distintos riesgos y plazos de las inversiones justifican la variedad existente de tipos de interés (38).

La calificación de los intereses como remuneración del capital que corresponde al capitalista por su renuncia a la liquidez es sólo un elemento en la determinación del tipo de los intereses de los préstamos porque la entidad de crédito no es el capitalista, sino el empresario al que le corresponde el beneficio, asumiendo el riesgo y los gastos que le permiten la prestación del servicio, entre los cuales se encuentra el rendimiento del capital.

En definitiva, puede decirse que en el contrato de préstamo oneroso el interés es el precio que el deudor debe satisfacer por el servicio que supone el dinero prestado.

En cuanto al precio, cabría diferenciar, en primer lugar, el precio de la demanda, que es el precio que el individuo está dispuesto a pagar por sucesivas cantidades de un bien y que deriva de la relación entre utilidad marginal de un bien que se desea adquirir y utilidad marginal de la moneda que el individuo ofrezca a cambio.

En segundo lugar, el precio de la oferta, que es el precio que el empresario necesita como mínimo para seguir produciendo el bien u ofreciendo el servicio.

Queda pendiente la cuestión de determinar el precio de mercado. El precio o razón de cambio es la relación en la que una cantidad de un bien se cambia por una cantidad de otro bien. El precio de mercado viene a expresar la utilidad de la última dosis de ventaja que adquiera cada parte (39).

Es conveniente retener de las explicaciones anteriores ciertos puntos:

1. Que los intereses como compensación por la utilización de un capital ajeno son el precio del servicio prestado.
2. En los préstamos de dinero es necesario tener en cuenta el rendimiento del capital, el riesgo de la operación y el plazo de la relación jurídica para determinar el tipo de interés.

(38) B. JOSSA, «Interesse», *NDI*, VI, pág. 838.

(39) G. V. PAPI, «Prezzi», *NDI*, t. XIII, Torino, 1957, págs. 821 y sigs.

3. El precio de mercado viene a expresar la utilidad de la última dosis de ventaja que adquiere cada parte.

La noción económica de intereses expuesta hasta ahora es útil para el contrato de mutuo o préstamo oneroso; sin embargo, este criterio no es aplicable a los intereses moratorios, compensatorios ni a los legales.

Algunos autores entienden que, a pesar de lo dicho, es posible encontrar un fundamento teleológico común a todos los tipos de intereses (40), incluso para los legales. La razón se sitúa en una consideración prejurídica representada por la equidad: los intereses legales son siempre atribuidos a la vista de situaciones jurídicas no previstas por el negocio jurídico, que probablemente derivarían en una situación de daño para un sujeto e injustificado enriquecimiento para otro.

Esta falta de equidad y enriquecimiento probable es una presunción que hace la Ley en todo caso. Esta presunción es inamovible porque está fundada en un dato objetivo seguro: la natural productividad del dinero en la medida considerada normal.

El segundo enfoque que puede darse a los intereses es desde el punto de vista jurídico. Díez-Picazo (41) explica que «en términos económicos se denomina "interés" al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena...»; pero en términos jurídicos el concepto de interés es más estricto, «jurídicamente son intereses las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y el disfrute de un capital consistente también en dinero». De esta definición deduce dicho autor dos consecuencias: que la deuda de intereses es considerada como un fruto o producto del capital, y que se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles.

La cuestión que se plantea es determinar si los intereses pagados por el prestatario por la fabricación de un capital ajeno son en su totalidad calificables de frutos civiles para el prestamista.

Nuestro Código Civil, después de afirmar que corresponden al propietario (art. 354 CC), divide los frutos en naturales, industriales y civiles, y el artículo 355 del Código Civil explica que:

«Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales.

Son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo.

Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del

(40) G. MARINETTI, «Interesse e Diritto», *NDI*, VI, Torino, 1959, pág. 869.

(41) L. Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, Madrid, 1983, págs. 488 y sigs.

arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas.»

Esta tripartición ha sido discutida por la doctrina (42). ALONSO PÉREZ (43) explica que nuestro legislador recogió una trilogía que está en los orígenes del concepto de fruto. Dice dicho autor que «en el fondo se trata de una categoría jurídica que encierra dos conceptos distintos: el físico, de producto de la naturaleza, y el económico, de producto de la explotación, de rendimiento de la cosa en virtud de una relación jurídica con ella o construida sobre ella; en definitiva, el beneficio». ALONSO PÉREZ relaciona las siguientes connotaciones del concepto de fruto, puntualizando que deben ser entendidas con un valor relativo: separabilidad, reproductividad, accesoriedad, utilidad, conservación de la sustancia y destinación económica (44).

La connotación que aquí interesa destacar es la de la utilidad. Así, «los frutos sólo se consideran tales en cuanto exceden a los gastos de producción... Los frutos deben traducirse en un beneficio, en un incremento patrimonial para el perceptor de los mismos» (45). Dice LACRUZ (46) que la doctrina se esfuerza ahora en formular un concepto unitario de frutos como categoría general a partir del concepto económico de beneficio que en uno y otro caso señalan el límite cuantitativo de lo que puede exigir el legítimo para reclamar aquéllos.

En cuanto a los frutos civiles, el artículo 355.3 del Código Civil (47) no los define, tan sólo hace una enumeración de supuestos que no contienen los intereses del capital, si bien deben considerarse incluidos en la fórmula abierta de «u otras análogas».

Los frutos civiles surgen en virtud de un contrato sobre la cosa fructífera (48). Son el rendimiento obtenido sobre la propia cosa mediante la

(42) En especial la italiana. A. MONTEL, *NDI*, tomo VII, Torino, 1957, págs. 667 y sigs.

(43) M. ALONSO PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo V, Madrid, 1980, pág. 206.

(44) L. Díez-PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, 1992, págs. 410 y sigs., rechaza la característica de la reproductibilidad argumentando que hay frutos orgánicos en los que no se da (la leche, la lana, etc.); y respecto a los frutos civiles, entiende que éstos no poseen los caracteres de accesoriedad ni separabilidad.

(45) En esta línea: C. MARTÍN RETORTILLO, «Clases de frutos en el Código Civil», *ADC*, 1951, págs. 139 y sigs.; M. ALONSO PÉREZ, *Comentarios...*, tomo V, pág. 217: «Comentario al artículo 356 del Código Civil»; J. L. LACRUZ BERDEJO, *E.D.C.*, I, vol. 3, pág. 60.

(46) J. L. LACRUZ BERDEJO, *E.D.C.*, I, vol. 3, pág. 63.

(47) Artículo 355.3 del Código Civil: «... son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas».

(48) J. L. LACRUZ BERDEJO, *E.D.C.*, I, vol. 3, pág. 62.

relación jurídica (49). Por tanto, el concepto se ajusta, en general, a los intereses remuneratorios pactados en un contrato de préstamo de dinero.

El artículo 356 del Código Civil dice que «el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación», lo que implica, según Díez-Picazo (50), que «cuando alguien tiene derecho a los frutos en su valor, no en su individualidad, de la cantidad que aquél representa se deducen los gastos», de forma que la calificación de fruto civil corresponde al concepto económico de beneficio neto.

Llegado a este punto en el que al concepto de fruto civil se le da una connotación económica al introducir la idea de fruto-beneficio y después de incluir a los intereses en los frutos civiles, es necesario retomar las ideas desarrolladas más arriba sobre el concepto económico de intereses.

De ahí que si los intereses, desde el punto de vista económico, son considerados generalmente como el precio del servicio del préstamo y en este precio se comprenden los costes más el rendimiento de capital, los intereses desde el punto de vista jurídico sólo pueden ser considerados frutos en la parte que comporten un beneficio efectivo para el prestamista (incluidos los costes de oportunidad). Los llamados intereses remuneratorios devengados por un préstamo de dinero se ajustan al concepto económico de intereses, es decir, precio del servicio, no al concepto jurídico de fruto civil-beneficio. En efecto, la idea de fruto-beneficio coincide con el concepto de los intereses de la teoría económica tradicional como remuneración del factor capital, pero no es posible calificar de frutos los intereses a pagar por el deudor en un préstamo de dinero concedido por una entidad de crédito, porque para el acreedor-empresario el importe recibido en concepto de intereses no es todo beneficio, sino que éste se concretará al saldo resultante después de la deducción de los costes.

Para el caso, el artículo 356 del Código Civil funcionaría no *a posteriori* deduciendo los gastos del valor de los frutos a percibir, sino, *a priori*, sumando los gastos previstos a los beneficios programados (frutos civiles) para fijar el precio del servicio del préstamo que son los intereses.

Es clara la no coincidencia, en ciertos casos, entre los conceptos de intereses como contraprestación del servicio del préstamo e intereses como fruto civil-beneficio, en especial en los préstamos de dinero concedidos por entidades de crédito, si bien la coincidencia se dará en los supuestos en que desaparezca el intermediario (empresario) y la relación se establezca entre capitalista-prestamista y prestatario, en cuyo caso coincidirá el rendimiento

(49) A. MONTEL, «Frutti», *NDI*, tomo VII, Torino, 1957, pág. 667, citando a WINDSCHEID.

(50) L. Díez-PICAZO, *Sistema D.C.*, I, pág. 411.

del capital con el precio del servicio del préstamo y serán intereses para ambas partes.

6. FORMA

En nuestro Ordenamiento se establece el principio general de libertad de forma (art. 1.278 CC). El contrato de préstamo real queda perfeccionado con el acuerdo de las partes y la entrega, y el préstamo obligacional con el simple acuerdo. Estos contratos suelen ser de adhesión, y dadas las características exigidas por la normativa vigente, a las condiciones generales de sencillez y claridad en su redacción (art. 10 LGCU) deberán hacerse constar por escrito.

No es necesario el documento público (art. 1.280 CC), aunque en los supuestos en los que en el contenido del contrato se establezca la constitución de la garantía hipotecaria de ciertas obligaciones será necesario que el mismo esté documentado en escritura pública, ya que de otra forma no tendría acceso al Registro de la Propiedad (art. 3 LH) y al ser la inscripción de la hipoteca constitutiva (arts. 145 LH y 1.875 CC) el negocio de préstamo sería válido y eficaz, pero la garantía no quedaría constituida.

7. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí en torno al contrato de mutuo con interés, podría concluirse lo siguiente:

1. Los contratos de crédito o préstamo con interés son contratos corrientes cuya distinción podría explicarse del modo siguiente: Los contratos a través de los cuales una parte posibilita a la otra la utilización de recursos que no tiene o de los que no puede disponer efectivamente son créditos. Los préstamos son una especie del género crédito que se caracteriza por la entrega o puesta a disposición de una sola vez (o en varias, de acuerdo con lo establecido en el contrato) de la cantidad objeto del préstamo.

2. El Código Civil admite tanto el préstamo real como el préstamo consensual. La entrega es un requisito de forma, sin el cual no nace el contrato en los supuestos de préstamo gratuito, cuya finalidad consiste en tener la certeza de la voluntad expresada por el prestamista. Para el préstamo oneroso la entrega simultánea al acuerdo de voluntades tiene carácter dispositivo, de forma que las partes podrán vincularse también sin la entrega inmediata de las cosas.

3. El contrato de mutuo sin interés es un contrato gratuito, unilateral si es real y bilateral si es consensual, del que sólo nacen las obligaciones de entrega y restitución. El mutuo oneroso es un contrato con prestaciones

correspectivas, es decir, bilateral, independientemente de que sea real u obligacional, ya que aparte de la entrega y la restitución surge la obligación del mutuante de observar el plazo que limita su derecho de crédito y cuya contrapartida es la obligación del mutuante del pago de los intereses y su derecho de goce de lo prestado durante el plazo establecido.

4. Los contratos de préstamo con garantía hipotecaria se configuran como reales porque en el momento de la perfección se hace entrega del dinero objeto del préstamo. Cuestión distinta es la facultad de disposición que sobre el mismo tiene el prestatario que se ve pospuesta al cumplimiento de ciertos requisitos.

5. Los intereses en el contrato de préstamo de dinero comprenderán tanto la actualización del capital como el servicio del préstamo porque de pactarse unos intereses que simplemente mantuvieran el valor del dinero a lo largo del plazo nos hallaríamos ante un negocio gratuito en la realidad, ya que no habría contraprestación para el prestamista de su renuncia a la liquidez por la utilización del capital por parte del prestatario.

6. Los intereses son el precio del dinero prestado, pero no son simplemente el resultado de la conjunción de varios componentes (remuneración del servicio, actualización y rendimiento del capital), sino que en la fijación del precio del dinero concurre el aleas de la fluctuación del valor del mismo. Es decir, que en la fijación del precio concurre, entre otros, el factor riesgo, propio de los negocios onerosos, que será mayor o menor en función del plazo establecido para la restitución.

7. Los intereses desde el punto de vista económico son el precio del servicio del préstamo, y en este precio se comprenden los costes más el rendimiento del capital. Los intereses desde el punto de vista jurídico sólo pueden ser considerados frutos en la parte que comporten un beneficio efectivo para el prestamista. Los intereses remuneratorios devengados por el préstamo de dinero se ajustan al concepto económico de intereses, es decir, precio del servicio, no al concepto jurídico de fruto civil-beneficio, ya que para el acreedor-empresario el importe recibido en concepto de intereses no es todo beneficio, sino que éste se concretará al saldo resultante después de la deducción de los costes.

8. La coincidencia entre los conceptos de intereses como contraprestación del servicio del préstamo e intereses fruto civil-beneficio se dará en los supuestos en que desaparezca el intermediario (empresario) y la relación se establezca entre capitalista-prestamista y prestatario, en cuyo caso coincidirá el rendimiento del capital con el precio del servicio del préstamo y serán intereses para ambas partes.

MARÍA YSÁS SOLANES
Profesora de Derecho Civil UAB