

El contrato de financiación de bienes inmuebles

I

1. *Concepto.*—Para llegar a determinar un concepto del contrato de financiación de bienes inmuebles, vamos a partir de las definiciones y de toda aquella problemática contractual sobre la que se basa este contrato.

La doctrina, como dice FRAGALI, tiene del contrato de financiación diversos criterios (1). O adopta un concepto amplio, comprendiendo dentro del contrato de financiación los avales y las fianzas, o hace suya una opinión estricta por la que considera a este contrato de financiación como un negocio de crédito en el cual el capital es transferido para invertirlo en un destino o finalidad señalada en el contrato. También se considera que se trata de un préstamo de capital a largo plazo calificado por un poder del prestamista para controlar el empleo de capital. Para FRAGALI, el préstamo con finalidad es un contrato de financiación. Para GIAMPICCOLO hay mutuo con finalidad cuando por una cláusula del contrato o por una disposición de ley, el prestatario está obligado a emplear la suma recibida en concepto de préstamo en una determinada inversión, que se hace, además de en interés del prestatario, también en un interés conjunto del prestamista y en muchos préstamos tiene un carácter marcado de interés público. Ya tenemos más descrito que definido el préstamo con finalidad, que es, en definitiva, un contrato de financiación. Lo que vamos a examinar ahora es sobre qué esquemas contractuales se basa este contrato.

2. *Contrato de préstamo como contrato real.*—El Código Civil, siguiendo la tradición jurídica del Derecho romano, ha configurado el contrato de préstamo como un contrato real (art. 1.740 del Código Civil). El

(1) GIAMPICCOLO: *Mutuo. Enciclopedia del Diritto*, XXVII, pág. 444. FRAGALI: *Del mutuo. Commentario C. Civile*, Roma, 1966, pág. 75.

Código Civil determina que por el contrato de préstamo una de las partes entrega a otra dinero u otra cosa fungible con obligación de devolver otro tanto en la misma especie o calidad. El artículo 1.753 del Código Civil dice que el que adquiere en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie o calidad.

El mutuo en el Derecho romano consistía en la transferencia de la propiedad de dinero u otra cosa fungible del mutuante al mutuuario con un pacto para devolver en cierto tiempo el *tantumdem eiusdem generis*.

Los requisitos que identificaban al mutuo frente a otros negocios o contratos eran, según LONGO, el acuerdo, el objeto y elemento real o entrega de la cosa; a este últimos nos vamos a referir, pues es el que nos interesa en la exposición de este tema (2).

LONGO señala que la entrega de la cosa necesaria para la formación de un contrato de mutuo presume la *traditio* de la cosa del mutuante al mutuuario. El tipo más elemental de entrega de dinero o cosa fungible es la entrega material mediante la cuenta, el peso o la medida.

Pero el Derecho romano ha ido transformando poco a poco la entrega real del dinero o los bienes fungibles en otras formas de *traditio*. Y lo que más nos interesa a este respecto es el texto del D-12-1-15. Cuando dice que el préstamo de cantidad aparece en algunos casos especiales, como cuando se debe una cantidad a causa del mandato y se ha convenido que la retenga en préstamo, la cantidad se entiende que me ha sido dada y luego ha pasado de mí a ti. Como dice LONGO, este texto es instructivo, el mutuo surge de una convención o consentimiento y parece que tiene el carácter de un contrato consensual; pero incluso con este texto, LONGO mantiene que el mutuo es un contrato real. El texto que hemos visto, D-12-1-15, tiene, evidentemente, un acuerdo; pero, de otra parte, lleva consigo una puesta a disposición de la cosa a favor del mutuuario, que se actúa por

(2) BIONDI: *Instituzioni. D. Romano*, 1965, págs. 451 y 55. El Derecho romano, a diferencia del moderno, no conoce la categoría general y abstracta del contrato, sino figuras o formas de obligaciones *ex contractu*. Cuando el desarrollo se ha cerrado aparece el contrato que se concluye, *re verbis, litteris consensu*. Sobre la base de esta distinción se distingue entre contratos consensuales y reales. Esta distinción dada por la dogmática moderna corresponde a la categoría romana de *obligationes re* y *obligationes consensu*. En el contrato real se presupone el consentimiento y sólo con la entrega de la cosa tiene valor jurídico, como es el caso del mutuo. En el contrato consensual el contrato existe sobre la base del consentimiento manifestado en forma solemne. FUENTESECA: *Derecho Privado Romano*, 1978, pág. 186, señala cómo los contratos podían surgir de la siguiente forma: por un acto verbal y solemne de pregunta y respuesta *stipulatio*. Por un acto escrito *litteris*. Por el simple consentimiento que de alguna forma se pueda probar. Y por la entrega de una cosa; contratos reales, en principio, sería una entrega de dinero *numeratione pecuniae* y más tarde cosas fungibles.

una tradición inmaterial. Aun en este caso, como dice LONGO, el mutuo no pierde la naturaleza de un contrato real (3).

En el Derecho histórico español, la figura del mutuo está siendo considerada como un contrato real. GÓMEZ DE LA SERNA considera que el contrato real de préstamo es consecuencia de un hecho que ya se ha realizado: la entrega de la cosa. SALA dice que la división que se puede hacer de los contratos es de consensuales, que se perfeccionan por el mero consentimiento, y reales, que necesitan para perfeccionarse la entrega de la cosa, y para GUTIÉRREZ hay dos cosas de necesidad en el mutuo: entrega de la propiedad del dinero o cosa fungible, ya que mientras ésta no sea entregada el préstamo no existe. Con la transferencia de la propiedad del mutuante al mutuuario aparece el contrato de préstamo; la entrega opera como un requisito esencial de este contrato (4).

En su regulación en el Código Civil, el mutuo, como dice CASTÁN (5), es un contrato real, ya que sus efectos no se dan sino cuando se realiza la entrega de la cosa. Confirman este carácter de contrato real las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964 y 8 de julio de 1974.

Es un contrato unilateral, en cuanto sólo produce una obligación, la de devolver la cosa prestada. No modifica este carácter la obligación de pago de los intereses por parte del prestatario, ya que esto aparece como otra segunda obligación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1944 dice que el préstamo mutuo con interés o sin él es en nuestro Derecho un contrato unilateral. Y es traslativo de dominio en cuanto se transfiere la propiedad de las cosas al prestatario. En el artículo 1.753 del Código Civil se dice que se adquiere la propiedad de lo que se recibe en préstamo, y lo que ocurre es que el prestatario se convierte en dueño por un tiempo limitado, ya que se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad cuando se cumpla el plazo determinado en dicho contrato de préstamo.

3. *Contrato de crédito: Contrato consensual.*—El artículo 1.842 del Código italiano define la apertura de crédito bancario como un contrato en el cual la Banca se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un período de tiempo determinado o indeterminado. La apertura de crédito, dice MOLLE (6), es un contrato definitivo, que se

(3) LONGO: *Corso. D. Romano*, 1947, pág. 27.

(4) GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico exegetico del Derecho romano comparado con el español*, Madrid, 1856, pág. 124. SALA: *Novísimo*, Madrid, 1841, tomo II, pág. 153. GUTIÉRREZ: *Códigos E. F. D. Civil español*, 1886, tomo V, página 156.

(5) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, 1977, pág. 436.

(6) MOLLE: *I Contratti Bancari*, Milán, 1966, pág. 155.

caracteriza por la facultad de disponer de una suma de dinero a favor de aquella persona a la que se ha concedido el crédito.

Este contrato concede al titular de la apertura del crédito poder disponer de una cantidad de dinero, lo cual, como dice MOLLE, es un valor real y se puede considerar como una cosa incorporal en un sentido jurídico.

La apertura de crédito, según MOLLE, es un contrato consensual que se perfecciona con el consentimiento y no requiere la entrega de la suma acreditada. La Banca, pese al contrato, sigue siendo propietaria de la suma en que consiste el crédito, en tanto el titular del derecho de crédito no haya hecho uso de esta suma.

En el Derecho español falta, como dice GARRIGUES (7), una base legal para formular un concepto o una definición del contrato de crédito. En nuestro Código Civil sólo encontramos referencia a la apertura de crédito en el artículo 175, párrafo 7.º, del Código Civil. De acuerdo con la práctica, dice GARRIGUES, podemos definir el contrato de crédito como aquel en el que un Banco, dentro de un límite pactado y de una comisión que percibe del cliente, pone a disposición de éste o bien sumas de dinero o bien ofrece otras prestaciones que permiten obtener dinero.

El aspecto más importante de este contrato es la disponibilidad, es decir, la existencia de un derecho de disposición de sumas de dinero a consecuencia del crédito que se concede por el Banco a su cliente. La apertura del crédito, como dice GARRIGUES, es, en definitiva, un contrato de concesión de crédito.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato, desde el momento que existe la apertura del crédito se pone a disposición de una de las partes, el cliente, una suma de dinero. Ya no sirve el préstamo, artículo 1.740 del Código Civil para definir este contrato, ya que el contrato de crédito se caracteriza por la existencia de dos fases: la primera, poner a disposición del titular del crédito una suma de dinero, y como consecuencia, en una segunda fase, poder retirar esta suma de dinero acreditada que ingresa en el patrimonio del titular del crédito.

Hemos planteado aquí dos tipos de contrato: el contrato de préstamo, que aparece como un contrato real (arts. 1.740 y 1.753 del Código Civil), en que una parte entrega a la otra dinero o cosa fungible para devolver otro tanto de la misma especie y calidad, y el contrato de crédito, que es un contrato consensual, en virtud del cual se pone a disposición de una persona una suma de dinero de la cual puede disponer el interesado. El préstamo aparece como claramente real (art. 1.753 del Código Civil), y el contrato de crédito como contrato consensual.

(7) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, pág. 189.

4. *Contrato consensual de mutuo*.—CASTÁN (8) señala cómo la mayoría de la doctrina, sobre la base de los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, considera el préstamo como un contrato real, pero no faltan opiniones para considerar este contrato como consensual.

PÉREZ y ALGUER exponen cómo el contrato de mutuo, según el artículo 1.740, aparece como un contrato real en el sentido que para su perfeccionamiento se requiere la entrega de la cosa; por eso cualquier acuerdo que no vaya acompañado de una entrega del dinero, no es un préstamo, sino un acto preparatorio o un contrato de promesa de mutuo que tiene carácter consensual.

Aunque el Código Civil no regula la promesa de mutuo, tal figura, como dicen PÉREZ y ALGUER, es válida sobre la base de la libertad de contratación, que señala el artículo 1.255 del Código Civil. Su justificación radica en que el mutuo como contrato real requiere la entrega de la cosa o dinero y el prestatario deviene propietario (art. 1.753 del Código Civil). Ahora bien, si no hay entrega, no puede haber préstamo, sino más bien una promesa de préstamo, que es una figura jurídica distinta del préstamo. Como ejemplo de esta cuestión citan PÉREZ y ALGUER lo siguiente: Se concierta un préstamo para la construcción de una casa, obligándose al prestamista a entregar al prestatario la suma de dinero en tanto avanza la edificación. Por otra parte, la distinción entre contrato de préstamo y promesa de préstamo ha sido sancionada por la jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1943.

GONZÁLEZ PALOMINO dice que a pesar de que se viene considerando el mutuo como un contrato real, no faltan opiniones de aquellos que lo consideran como contrato consensual. El mutuo, dice GONZÁLEZ PALOMINO, se puede concebir como un contrato consensual que da lugar al nacimiento de dos obligaciones: una, a cargo del mutuante, la de dar dinero u otra cosa fungible, y otra, condicionada a ésta, la de devolver el dinero o cosa fungible recibida.

ROCA SASTRE estima también como válida la figura del mutuo como un contrato consensual; en este contrato se establecen dos obligaciones que son recíprocas, pero que no son simultáneas: el prestamista, Banco o Caja de Ahorros, se obliga a entregar a la otra una suma de dinero, y el prestatario, una vez recibida dicha suma, se obliga a devolverla en un plazo convenido. En el contrato real de préstamo, la cosa entregada funciona *in obligatione*, en el sentido de que es un elemento constitutivo del contrato, y si no hay entrega de dinero, no hay contrato de préstamo.

(8) CASTÁN: *Ob. cit.*, tomo IV, 1977, pág. 424. PÉREZ y ALGUER: *Derecho de Obligaciones*, 1966, tomo II-1, pág. 419. GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios jurídicos de arte menor*, tomo I, pág. 258, nota. ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, pág. 340. Díez PICAZO: *Sistema de Derecho Civil*, 1976, pág. 240.

Mientras que en el contrato consensual de préstamo, la suma que se entrega es *in solutione*, o sea, que actúa como cumplimiento de una obligación ya contraída antes. Para ROCA SASTRE, el precontrato o promesa de contrato de mutuo no es otra cosa que un contrato consensual de préstamo.

En la doctrina más reciente, Díez-PICAZO Y GULLÓN expone cómo la categoría de los contratos reales está hoy sometida a revisión, y fruto de esta revisión ha sido la admisión de los contratos de préstamo consensuales, mediante los cuales el prestamista queda obligado a la entrega de una suma, y el prestatario queda legitimado para exigir esa prestación, y una vez recibida entra en juego el artículo 1.753 del Código Civil de devolución de la cosa prestada.

Para estos autores, el molde típico del préstamo presupone una unidad cronológica entre la conclusión del contrato y la entrega de la cosa. Pero esto no es necesario y se puede romper cuando las partes, en lugar de concluir el contrato de una manera instantánea, se limitan a convenir para proceder más tarde a su ejecución. Los contratos de préstamo como contrato real están recogidos en el Código Civil por una tradición histórica, pero pueden ser configurados como contratos consensuales, de manera que la entrega de la suma de dinero posterior al consentimiento es la ejecución del contrato. Lo que ocurre es que el contrato consensual de préstamo es una laguna legal dentro del Código Civil, y el precepto válido para su regulación será el artículo 1.255 del Código Civil.

Examinada esta cuestión en el Derecho español, vamos a ver cómo está orientada la doctrina en otros sistemas jurídicos.

En el sistema legislativo francés, MAZEAUD (9) señala cómo la formación de los contratos reales exige la tradición de una cosa. El Derecho francés admite la categoría jurídica de los contratos reales, pero se pregunta este autor si es oportuno mantener esta categoría. Para MAZEAUD, no es necesario que el contrato de préstamo sea real, puesto que este tipo de contrato puede analizarse así. El prestamista se obliga a entregar una suma de dinero. El prestatario se obliga a restituir dicha suma cuando la haya recibido. Esta construcción, dice MAZEAUD, es más lógica y más simple que la que regula el Derecho positivo, donde el contrato de préstamo no nace sino con la entrega de la cosa. Se considera, para MAZEAUD, que cuando el prestamista se compromete a hacer un préstamo, hay un contrato consensual de préstamo unilateral; sólo existe una obligación: la de la entrega de la suma de dinero. Cuando la suma es entregada al prestatario nace el contrato de préstamo, que es unilateral, ya que el prestatario que ha recibido la cosa debe devolverla en el tiempo convenido (10).

(9) MAZEAUD: *Leçons D. Civil*, tomo II, 1966, pág. 64.

(10) PLANIOL RIPERT ESMEIN: *Traite P. Droit Civil*, 1952, tomo VI, pág. 131.

Es claro el análisis que sobre este problema plantea DE PAGE (11). La doctrina considera que aunque el Código Civil ha mantenido la existencia de los contratos reales, hay que considerar está desprovista de toda utilidad. Hoy, que el principio del consensualismo está admitido como categoría jurídica, la existencia de los contratos reales aparece como un anacronismo.

En la realidad se observa que el contrato nace con el consentimiento de los contratantes, y que la entrega de la cosa no forma parte de la esencia del contrato, sino que más bien es el primer acto de ejecución. Por eso los Códigos más recientes ignoran el contrato real y hacen de este tipo de contrato un mero contrato consensual, como el Código Civil suizo (arts. 305, 312, 472).

El problema práctico, como dice DE PAGE, es considerable; si el contrato de préstamo objeto de nuestro examen se considera como un contrato consensual, este contrato se forma en virtud de la prestación del consentimiento por las partes, pero si el contrato de préstamo es real, el acuerdo o consentimiento de las partes que no lleve la entrega de la cosa es una promesa de contrato o un contrato innominado, que se completa con la entrega del dinero, y entonces se forma el contrato real de préstamo, que sustituye al contrato consensual de préstamo anterior.

En el Derecho italiano, se ha recogido la regulación del contrato o promesa de mutuo en el artículo 1.822 del Código Civil. Por otra parte, el contrato real de mutuo es definido en el artículo 1.813, donde dice que éste es un contrato por el que una parte entrega a la otra dinero o bien fungible y ésta se obliga a restituir la misma cosa en especie y calidad. El Código Civil italiano configura este contrato de préstamo como un contrato real (12).

Faltando la entrega de la cosa, dice BARASSI, existe un contrato preliminar de mutuo, regulado en el artículo 1.822, pero no un contrato de mutuo, definido en el artículo 1.813. En los contratos reales, la entrega es un elemento constitutivo del contrato, de tal forma que para que nazcan derechos y obligaciones derivados del contrato de préstamo no basta el simple consentimiento, sino que es necesario la entrega de la cosa; si no hay entrega, no hay contrato de préstamo, sino sólo promesa de préstamo, que si bien en el Derecho español no aparece regulado, sí lo está en el Código Civil italiano, en el artículo 1.822.

La promesa de mutuo permite al que promete dar dinero a préstamo negarse al cumplimiento de esta promesa cuando han variado las con-

(11) DE PAGE: *Traite E. Droit Civil Belge*, tomo V, 1948, pág. 122.

(12) DISTASO: *I Contrato in Generale*, 1966, tomo I, pág. 461. MESSINEO: *Manuale D. Civile e Commerciale*, tomo V, 1958, pág. ... FRAGALI: *Ob. cit.*, pág. 1. GIAMPICCOLO: *Comodato e Mutuo*, 1972, págs. 52, 58, 76 y 82.

diciones patrimoniales de la otra parte, es decir, del prestatario, y que hacen difícil la restitución del préstamo (art. 1.822 del Código Civil italiano).

Para MESSINEO, el préstamo es un contrato real, y prueba de ello es que aparte de la regulación del mutuo como tal contrato real, regula la promesa de mutuo en el artículo 1.822; en este artículo, dice MESSINEO, no se regula ningún contrato de mutuo de carácter consensual; el texto del artículo 1.822 es explícito y regula la promesa de mutuo, que permite que cuando se alteran las circunstancias económicas del que va a recibir el dinero, es decir, del prestatario, no sólo no entrega el dinero prometido, sino se abandona el contrato (13).

Pero pese a estos textos, la cuestión aparece controvertida. Como dice DISTASO, hay toda una doctrina que niega la categoría de los contratos reales: DEMELIUS, KRESS, KHOLER, REICHEL y VITERBO, entre otros. Dentro de este criterio está CARESSI, para el cual el préstamo es un contrato consensual y la entrega de la cosa o el dinero pertenece a la ejecución del préstamo.

Por eso NAPOLETANO estima que el artículo 1.822 del Código Civil no es más que un contrato consensual de mutuo; es el resultado de adecuar este contrato a la realidad económica del mundo de hoy, ya que como contrato de carácter real se encuentra desfasado. Si se piensa que los más importantes contratos de préstamo que hacen los Bancos y las Cajas de Ahorro actúan, como luego veremos, en la práctica como un contrato consensual de mutuo. Ahora veremos en la práctica el anacronismo del contrato real de mutuo para adaptarse a la realidad económica actual.

II

1. Antes de llegar a una definición de este contrato, vamos a exponer los supuestos de hecho que hemos examinado, donde se aprecia la no aplicación del mutuo como contrato real y, como consecuencia, la no aplicación de los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil. El contrato de financiación de inmuebles aparece como un contrato consensual de préstamo y con entrega de dinero diferida posteriormente.

Entrega de dinero: «El importe del préstamo se entrega a la firma de esta escritura, ingresándose en una cuenta de depósito de la entidad que da el préstamo, de la que sólo se podrá extraer el dinero cuando se den las siguientes condiciones: el primer plazo, mediante la entrega de esta

(13) MESSINEO: *Ob. cit.*, tomo V, pág. 124.

escritura inscrita en el Registro de la Propiedad con certificación de libertad de cargas; el segundo plazo...». Aparece esta escritura con una entrega de dinero que queda como residuo histórico del artículo 1.750 del Código Civil, pero esta entrega de dinero se corresponde simultáneamente con el ingreso en la cuenta de depósito de la entidad prestamista.

Quizá las dificultades prácticas de la entrega del dinero en presencia del Notario ha sustituido esta cláusula por otras que dicen así: «El prestatario reconoce tener recibida la cantidad de..., que es el importe del préstamo que queda abonado en una cuenta especial. La disposición del dinero de esta cuenta especial queda sujeta a las siguientes condiciones: presentar copia de esta escritura inscrita en el Registro de la Propiedad con certificación de libertad de cargas». Aquí, la entrega del dinero ya ha sido sustituida por un reconocimiento de haber recibido esta cantidad y que queda ingresada también en cuenta especial.

En otras cláusulas ya aparece el contrato consensual de préstamo con ejecución posterior diferida: «La Caja concede a X un préstamo. El importe del préstamo será hecho efectivo al prestatario mediante la presentación de la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad con certificación de libertad de cargas».

Examinados los supuestos de hecho, como es lógico, hay muchas más variantes, vemos que se ha pasado de la fórmula de la entrega del dinero e ingreso simultáneo en la cuenta especial de la entidad prestamista, a un reconocimiento de haber recibido el préstamo con posterior devolución y entrega en cuenta de depósito. En otra cláusula se observa cómo el contrato de préstamo aparece como un contrato consensual y entrega posterior del dinero, ya que se dice que la entidad concede un préstamo al prestatario, y posteriormente, mediante el cumplimiento de determinados requisitos, se le va haciendo la entrega del dinero parcialmente, y, a su vez, cada entrega se acredita por acta notarial. Como vemos, el contrato de préstamo de carácter real, regulado en el Código Civil, y cuyos efectos principales se ven en los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil, hace tránsito hacia un contrato de financiación de bienes inmuebles.

2. *Préstamo de uso de consumo y de inversión.*—En la regulación del préstamo nos encontramos con una distinción clara en el Código Civil entre un préstamo de uso y un préstamo de consumo. El comodato aparece como un préstamo de uso. Según el artículo 1.740 del Código Civil, se entrega una cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva; por eso el comodante conserva la propiedad de la cosa, y el comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos (art. 1.741 del Código Civil).

Pero en el préstamo lo que se entrega por el prestamista al prestatario es dinero u otra cosa fungible, y el prestatario, adquiere la propiedad de la cosa, y queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1.753 del Código Civil). MESSINEO (13) señala cómo el mutuo es un cambio de dinero presente por dinero futuro. El préstamo de consumo viene a ser, por tanto, una infraestructura económica del cual se derivan una serie de contratos, entre los que están los contratos de crédito y los de financiación.

FRAGALI (14) expone cómo es tradicional distinguir entre un mutuo de consumo y un mutuo para la inversión, siendo este último un préstamo dedicado a la creación de bienes de capital.

En principio, en el contrato de préstamo hay que partir de que el dinero entregado deviene propiedad del prestatario (art. 1.753 del Código Civil) y que éste, como todo propietario, tiene sobre esta cantidad no sólo un derecho de goce, sino también de disposición (art. 348 del Código Civil). El hecho de que el prestatario esté obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, impide toda intervención del prestamista sobre el uso del dinero, ya que el prestatario no está obligado a conservar el dinero recibido en propiedad dentro de su patrimonio. Efecto del mutuo, como dice FRAGALI, y como consecuencia de la transmisión de la propiedad del dinero al prestatario, es un incremento patrimonial en el patrimonio de dicho prestatario, aunque sea de una manera temporal; este incremento se verifica con la entrega de la cosa o del dinero, pero se equilibra por la existencia de una obligación dineraria por parte del prestatario de devolver el dinero recibido en un tiempo determinado en el contrato de préstamo. Para GIANPICCOLO, en el mutuo o préstamo para la inversión, ya sea por virtud del contrato, ya por una disposición de la ley, el prestatario está obligado a emplear la suma recibida en una determinada inversión, de tal forma que se aprecia en estos tipos de contratos de inversión no sólo un interés del prestatario, que es el que recibe el dinero, sino además otro interés patrimonial o no patrimonial, pero que tiene como consecuencia la existencia de un interés público (15).

(14) FRAGALI: *Ob. cit.*, pág. 74.

(15) Así como el Código Civil recoge en su clasificación la distinción entre bienes muebles e inmuebles (arts. 333 y 334), cosas fungibles y no fungibles (artículos 1.196, 1.452 y 1.740), cosas consumibles y no consumibles (art. 337 del Código Civil), y divisibles e indivisibles (arts. 401 y 404 del Código Civil), la teoría económica también ha tomado en consideración los bienes para hacer de ellos una clasificación. MARCHAL: *Cours d'Economie Politique*, París, 4.ª ed., pág. 436. Hay una clasificación de los bienes económicos en bienes de consumo y bienes de producción: los bienes de consumo son aquellos que tienden directamente a satisfacer las necesidades del hombre sin necesidad de ninguna clase de transformación, mientras que los bienes de producción son aquellos que no son aptos para satisfacer las necesidades del hombre de una manera inmediata, pero permiten obtener otros bienes que más tarde serán empleados en las necesidades de la comunidad. Dentro

La cláusula de inversión que figura en el contrato de préstamo puede considerarse, como dice GIANPICCOLO, como una obligación de hacer *in rem* propia.

Esta obligación de destinar el dinero recibido en préstamo para hacer una inversión en los bienes del prestatario, no es un contrato de préstamo con una cláusula de modo, ya que el modo se revela en los contratos en los que se añade como una cláusula accesorio; la cláusula de destino o inversión del dinero recibido aparece conectada con la causa del préstamo. El incumplimiento del contrato, es decir, no dar al dinero recibido el destino pactado, dará lugar a la resolución de dicho contrato de préstamo (16). En el mutuo por destino se obliga al prestatario a realizar la inversión que se ha fijado por la ley o por el contrato. El mutuuario sigue siendo propietario de las cosas recibidas en mutuo y puede disponer de ellas, ya que mutuo supone una transferencia de la propiedad del mutuante al mutuuario con la obligación de devolverlas. Lo recibido por el prestatario se confunde con su patrimonio; lo que ocurre es que la entidad prestamista tiene derecho a exigir que el dinero recibido sea invertido en las formas y con las condiciones que la ley o el contrato han fijado. En el mutuo con finalidad de inversión hay transmisión de propiedad y, además, obligación de restitución (art. 1.753 del Código Civil); pero además se le añade otra obligación a este tipo de contrato, la de invertir lo recibido en la forma y en las condiciones señaladas en dicho contrato.

El contrato de financiación de inmuebles que generalmente vemos en la práctica, puede considerarse o bien como un contrato consensual o bien como un contrato real, pero con entrega de dinero diferida (art. 1.255 del Código Civil); dinero que debe ser invertido en las formas y condiciones señaladas en el contrato, y que queda resuelto, además de por las causas generales del contrato de préstamo, por la falta de inversión pactada. Con esto pasamos al examen de las causas más específicas de la resolución del contrato de financiación de bienes inmuebles.

III

1. *Causas de resolución.*—El problema de los casos de extinción del contrato de préstamo y las cláusulas introducidas para la resolución del contrato de financiación de inmuebles aparecen controvertidas y dudosas

de los bienes de consumo los hay de consumo inmediato y de consumo duradero, como son las casas y los edificios que presentan caracteres semejantes a los bienes de producción. GIANPICCOLO: *Ob. cit.*, 1972, pág. 78.

(16) FRAGALI: *Ob. cit.*, pág. 388. PÉREZ Y ALGUER y FERRANDIS: *Ob. cit.*, página 424.

y se trata de examinar dichas causas aplicadas a la problemática del contrato de financiación de inmuebles.

1.º Vencimiento de la obligación principal. En el mutuo se parte de que el dinero se adquiere en propiedad, pero con la obligación de devolverlo, la restitución de la suma prestada es una obligación fundamental del prestatario (art. 1.753 del Código Civil). En primer lugar, el plazo para devolver la suma prestada estará contenido en el contrato de mutuo; ahora bien, si las partes no han determinado el plazo de duración de este contrato, se procederá a aplicar, como dicen PÉREZ Y ALGUER, el artículo 1.128 del Código Civil. Dicho texto señala que si la obligación no determina un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduce que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. FERRANDIS (16) señala que es más práctico la norma del artículo 313 del Código Civil cuando dice que en los préstamos por tiempo indeterminado no podrá exigirse el pago al deudor hasta pasados treinta días desde el requerimiento notarial. El lógico que las circunstancias del artículo 1.128 y 313 del Código Civil no se den en los contratos de financiación de inmuebles.

2.º Falta de pago de los plazos de amortización. Es válido que en el mutuo se pacte que la falta de pago de uno de los plazos de devolución de parte del capital prestado lleve consigo el vencimiento de la totalidad del préstamo. En este sentido, el artículo 1.829 del Código Civil italiano regula esta cuestión diciendo que si ha sido pactada la devolución a plazo de la suma prestada, y el prestatario no paga uno de los plazos, el mutuante puede pedir la devolución del total.

3.º La falta de pago de los intereses. Al amparo del artículo 1.255 del Código Civil cabe admitir que la falta de pago de los intereses en el tiempo convenido lleve consigo el vencimiento del préstamo.

Sin embargo, un tema importante en el examen de los préstamos de financiación de inmuebles es la cláusula siguiente «en el caso de vencimiento anticipado por falta de pago del capital, en los plazos convenidos, o de los intereses, el banco o entidad prestamista dará certificación por medio de su intervención de la cuenta con la deuda o débito resultante. Las partes prestan su conformidad a esta cuenta a todos los efectos civiles, registrales y procesales». Como una aproximación al estudio de esta cuestión podemos señalar la siguiente problemática.

1.º En los casos de las pólizas de crédito estos son títulos que llevan aparejada la ejecución (art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero para despachar la ejecución debe hacerse por cantidad líquida (artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Lo que ocurre es que la

cifra máxima por la que se dio el crédito no coincide muchas veces con la cantidad líquida que realmente debe el deudor al banco.

En la póliza figura la cantidad máxima prestada, pero lo que realmente debe el deudor al banco figura en los libros de contabilidad. Como la póliza es, según el artículo 1.429 de la ley, el documento ejecutivo, y no lo son los saldos de los bancos, aunque sean intervenidos, las pólizas solían contener una cláusula en virtud de la cual la liquidación del crédito realizada por el banco haría fe en juicio y el deudor la consideraba como líquida a los efectos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (17).

2.º Ya dentro de la Ley Hipotecaria, y en una aproximación más a nuestro tema, en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, que se regula en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, determina que los préstamos o créditos que los bancos conceden a los particulares, y cuyo saldo final es garantizado con hipoteca, este saldo final que concreta la cantidad líquida. Cuando se trata de bancos, cajas de ahorro o sociedades de crédito debidamente autorizadas, el saldo líquido se puede acreditar mediante certificación de la entidad acreedora.

En este caso, para proceder a su ejecución se notificará judicial o notarialmente un extracto de la cuenta, pudiendo alegar el deudor en el plazo de ocho días y por el mismo procedimiento error o falsedad (18).

3.º Con los datos jurídicos recogidos podemos ya examinar la cláusula citada. No parece admisible que en la hipoteca en garantía de préstamo para la financiación de bienes inmuebles se diga que en el caso de vencimiento anticipado la certificación bancaria tiene por sí sola plenos efectos registrales y procesales, prestando a esto su consentimiento el mutuuario. Si la ejecución presupone la liquidez (art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el procedimiento judicial sumario recoge que entre los requisitos para la admisión de dicho procedimiento figure la cantidad exacta objeto de la reclamación, y en el caso de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes se admite la certificación bancaria, pero con las notificaciones que señala el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Parece claro que la cláusula que hemos examinado produce indefensión en el prestatario y no debe admitirse. Este tipo de hipotecas en garantía de préstamos de financiación necesita la notificación al deudor por lo menos en la forma que determina el artículo 153 de la Ley Hipotecaria; es decir, para que pueda alegar en su tiempo error o falsedad.

2. *Resolución del contrato de mutuo por incumplimiento por parte del mutuuario del destino o inversión de las sumas prestadas.*—En el contrato de mutuo la primera obligación del mutuuario es devolver la suma

(17) GARRIGUES: *Ob. cit.*, pág. 201.

(18) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, pág. 522.

prestada en el tiempo convenido, y la segunda, el pago de los intereses cuando hayan sido expresamente pactados (arts. 1.753 y 1.755 del Código Civil). Pero en el préstamo de financiación la resolución del contrato por falta de empleo de la suma prestada en el destino o inversión pactados aparece previsto en este tipo de contrato. Como ejemplo, y para el mejor análisis de esta figura, podemos examinar una de las muchas cláusulas en este tipo de contrato referida a viviendas (se pacta la resolución del contrato de préstamo por no terminar las obras en el plazo de dos años. Por no ajustarse las obras en calidad y unidades al proyecto. Por no invertirse las cantidades en la ejecución de las obras para las que se concede este préstamo). En el contrato de préstamo regulado en el Código Civil la transferencia de la propiedad que se hace al prestatario (art. 1.753 del Código Civil) supone para éste, que deviene propietario de dicha suma, un derecho de goce y disposición sobre ella (art. 348 del Código Civil). Desde el momento en que el mutuuario queda obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad, el mutuante no tiene ningún poder sobre el dinero dado en préstamo, ya que el mutuuario no está obligado a conservar el valor ni a mantener el dinero dentro de su propio patrimonio.

En el mutuo de inversión estos datos arriba expuestos sufren una evolución que vamos a exponer. En el mutuo de inversión hay también una transferencia de propiedad del mutuante al mutuuario que lleva consigo por parte de éste un derecho de goce y disposición. Pero en el mutuo de inversión el contrato de préstamo lleva aneja una cláusula que consiste en la inversión de este dinero prestado en el objeto previsto en dicho contrato de préstamo. En el mutuo de inversión, como dice FRAGALI, nace el problema respecto al derecho de goce de la suma recibida en préstamo, ya que esta suma está sujeta a una inversión determinada, aunque la inversión no afecta en nada a la transferencia de la propiedad del dinero prestado, que sigue siendo propiedad del prestatario.

El mutuo de financiación es un negocio de destino de determinados bienes. Se consideran como negocios de destino aquellos negocios jurídicos por los cuales se les da a determinados bienes o sumas de dinero una especial inversión, haciendo que el derecho de goce de estos bienes esté sujeto a un estatuto jurídico determinado.

En el contrato de financiación de inmuebles existe la obligación del mutuuario a realizar aquella inversión que figura en el contrato de préstamo. La obligación de inversión no constriñe al mutuuario a mantener *in individuo* la suma recibida, sino que como en todo contrato de mutuo sólo está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad (artículo 1.753 del Código Civil). Sólo que en este tipo de contrato el mu-

tuante tiene derecho a exigir que el dinero prestado tenga la inversión determinada en el contrato.

Respecto a la situación jurídica del mutuuario que ha recibido un préstamo de inversión, éste, además de las obligaciones típicas del mutuo, de devolver el capital prestado y los intereses pactados en los plazos señalados, hay una tercera obligación: debe cumplir una obligación, como dice FRAGALI, adjunta a aquella de la restitución del capital y de los intereses: la obligación de destino o inversión del capital prestado.

Esta obligación es calificada por FRAGALI como una prestación de hacer, pero un hacer muy específico, ya que se trata de un hacer *in rem propria*, y en este sentido es también considerada por GIAMPICCOLO; que la obligación de inversión o destino del capital prestado supone para el prestatario una obligación de hacer en cosa propia. No hay inconveniente en admitir que la falta de inversión del capital prestado en la forma determinada en el contrato de préstamo dará lugar al vencimiento de este contrato.

De esta forma hemos examinado a lo largo de este tema cómo el modelo del contrato de préstamo como contrato real (arts. 1.740-1.753 del Código Civil) es inoperante respecto a la realidad económica actual y cómo una serie de cláusulas que se han ido añadiendo con el tiempo al préstamo tipificado en el Código Civil por las necesidades de la inversión y la formación de bienes de capital han dado como resultado este tipo de contrato que podemos llamar contrato de financiación de bienes inmuebles.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Registrador de la Propiedad