

Doctrina sobre el préstamo mercantil

Extractos de Libros de Autores españoles:

- Rodrigo Uría (Derecho Mercantil, 1995)
- Guillermo Jiménez (Lecciones de Derecho Mercantil, 2008)
- Aurelio Menéndez y Angel Rojo (Lecciones de Derecho Mercantil, 2012)
- Manuel Broseta Pont (Manual de Derecho Mercantil, 2010)

Recopilado por el CENTRO DE INFORMACIÓN JURIDICA EN LÍNEA, CIJUL. El día 15 de octubre de 2013.

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/>

Tel. 2511-1536

RODRIGO URÍA
Catedrático de Derecho Mercantil

DERECHO MERCANTIL

VIGÉSIMO SEGUNDA EDICIÓN

MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A.
MADRID, 1995

§ LII. EL CONTRATO DE PRESTAMO

SUMARIO: 833. Concepto y carácter mercantil.—834. Objeto del contrato.—835. Efectos del contrato.—836. Intereses de demora.—837. Préstamo con garantía de efectos o valores públicos.

833. Concepto y carácter mercantil.—Nuestro Código civil conoce y regula dos especies de préstamo: *el préstamo de uso, o comodato*, por el que una de las partes entrega a la otra «alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva», y *el préstamo simple, o mutuo*, en el que se entrega «dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad» (art. 1.740). Pero en la vida del comercio el comodato no ha tenido nunca significación ni sentido. El préstamo mercantil es por esencia préstamo simple o mutuo; préstamo de dinero, de títulos de crédito o de mercaderías, en el que el deudor no devuelve las mismas cosas recibidas, sino otras de igual especie y calidad (*tantumdem eiusdem generis et qualitatis*).

El artículo 311 del Código de comercio parece ligar el carácter mercantil del préstamo a esta doble circunstancia, personal y teleológica: que una de las partes, al menos, sea comerciante, y que las cosas prestadas hayan de destinarse a actos de comercio. Pero no es admisible una interpretación literal de ese precepto, que llevaría al absurdo de negar carácter mercantil a los préstamos realizados por entidades especialmente dedicadas al comercio de préstamos (Bancos y otras compañías de crédito) cuando las cantidades prestadas no se destinen a operaciones mercantiles. Huyendo de esa interpretación, el Tribunal Supremo declaró que los préstamos bancarios tienen en todo caso carácter mercantil, aunque se hagan «a favor de personas ajenas al comercio, que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles» (sent. de 9 de mayo de 1944). Una vez más, el carácter mercantil del contrato

descansa en la intervención de un empresario en el mismo: el préstamo será mercantil cuando se realice por quien tenga como objeto de su actividad la concesión de préstamos o cuando, cualquiera que sea el prestamista, se reciba por un empresario con destino al comercio o industria que realiza.

Por lo demás, el préstamo mercantil ofrece los siguientes caracteres: a) es contrato *real*, que exige para la perfección la entrega de la cosa prestada; b) *unilateral*, porque sólo genera obligaciones para el prestatario; c) *traslativo de dominio*, porque las cosas prestadas salen de la propiedad del prestamista para ser adquiridas por el prestatario; el prestamista pierde la propiedad de lo prestado, para adquirir, en cambio, un derecho de crédito al *tantumdem*, y d) *no formal*, si bien la forma escrita será necesaria en los préstamos con interés (art. 314) y para probar la existencia y condición de los de cuantía superior a 1.500 pesetas (art. 51 del C. de c., y art. 1.280, *in fine*, del C. c.).

834. Objeto del contrato.—El mutuo mercantil puede recaer sobre dinero, títulos de crédito o mercaderías, según se desprende de los artículos 312 y 316, que al referirse a los efectos del contrato distinguen esos tres diferentes préstamos.

835. Efectos del contrato.—El prestamista no asume obligación alguna, puesto que la entrega al prestatario del dinero o cosas prestadas no es consecuencia o efecto del contrato, sino condición para la existencia del mismo.

Todos los deberes corren de cargo del prestatario, que asumirá una o dos obligaciones, según que el préstamo sea gratuito o retribuido.

a) El préstamo gratuito sólo genera la obligación de restituir. El prestatario queda obligado a devolver al prestamista otro tanto de lo recibido en el lugar y tiempo pactados o, en defecto de pacto, «pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho» exigiendo la devolución (art. 313). Ese plazo legal se explica en razón a la finalidad de crédito que sirve de base al préstamo (la sent. de 26 de noviembre de 1963 declara que en caso de varios prestatarios solidariamente obligados a la devolución es suficiente que el requerimiento se practique con cualquiera de ellos).

Pero el modo de cumplir la obligación de restitución varía según el objeto del préstamo. En el préstamo de dinero «pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución, salvo que se hubiere pactado la especie de moneda en que había de hacerse el pago, en cuyo

caso la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o en beneficio del prestador» (art. 312.1). Este precepto, de redacción un tanto confusa, contempla el doble supuesto de deuda de cantidad y deuda de moneda específica, que constituyen el grupo de las deudas de dinero propiamente dichas, caracterizadas fundamentalmente por venir referidas x veces a la unidad monetaria. Para la liquidación de estas deudas se inspira nuestro Código en el llamado *principio nominalista*. El deudor se libera en cada caso devolviendo la cantidad recibida en el sistema monetario respectivo, haya sufrido o no alteración el valor efectivo de la moneda. Precisamente para ponerse a cubierto de la posible pérdida de valor de la moneda, en la práctica recurren los acreedores a cláusulas especiales (como la cláusula oro, la cláusula valor oro, la cláusula valor trigo y otras muchas) dirigidas a corregir los efectos de la eventual desvalorización. En España, declarado el curso forzoso del billete de Banco (Ley de 9 de noviembre de 1939), la «cláusula oro» no es admisible; en cambio, la cláusula «valor oro», en virtud de la cual el pago se hace en moneda de curso legal, pero en la cuantía correspondiente al valor que al tiempo del pago tenga la suma de oro establecida en el contrato, no ha sido rechazada por cierta jurisprudencia (v. sents. de 29 de abril de 1944 y de 4 de enero de 1951).

En los préstamos de títulos de crédito, «pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario». Y en los préstamos en especie o préstamos de mercaderías «deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiere extinguido la especie debida» (art. 312.2 y 3).

b) El préstamo retribuido obliga a satisfacer además el interés pactado. El Código exige que los intereses se pacten por escrito (art. 314); reputa interés «toda prestación pactada a favor del acreedor», y autoriza para pactar el interés «sin tasa ni limitación de ninguna especie» (art. 315). Pero la libertad en la tasa o tipo de interés está corregida por la Ley de Represión de la Usura de 23 de junio de 1908, que declara nulo «todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso» (art. 1). Aunque el Tribunal Supremo sentó inicialmente la doctrina de que la Ley de Usura no era aplicable a los préstamos mercantiles, rectificó posteriormente esa primitiva posición en la sentencia de 13 de febrero de 1941, confirmada por las de 9 de mayo de 1944 y 13 de noviembre de 1975.

La obligación de satisfacer intereses es accesoria de la principal de restitución, antes examinada. De ahí que desaparezca cuando la princi-

pal se haya extinguido. El Código declara expresamente, a este efecto, que «el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos», y que «las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital» (art. 318).

836. Intereses de demora.—El retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación de restituir le obliga al pago de intereses moratorios en la cuantía del interés pactado o, en su defecto, del interés legal. Consistiendo el préstamo en dinero, no ofrecerá dificultades el cómputo del interés; pero en los préstamos de títulos o de mercaderías, la computación exigirá determinar previamente el valor dinerario de las cosas prestadas, y para ello establece el artículo 316 sendas reglas precisas: *a)* si el préstamo es de especie, «para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos, si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacer su valuación», y *b)* «si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos valores o títulos devenguen, o, en su defecto, el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa, si fueren cotizables, o en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento».

No admite, en cambio, nuestro Código intereses moratorios de los intereses (anatocismo). Declara el artículo 317 que «los intereses vendidos y no pagados no devengarán intereses»; pero el precepto autoriza, sin embargo, a los contrantes para «capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos». La regla se separa del principio general civil, donde los «intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados» (art. 1.109 del C. c.). Tratándose del préstamo mercantil, «interpuesta una demanda no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos» (art. 319).

837. Préstamo con garantía de efectos o valores públicos.—Regulado con carácter especial en nuestro Código (art. 320 y sigs.), ofrece la peculiaridad de tener siempre carácter mercantil, con tal que se haga en póliza con intervención de Corredor de comercio colegiado o en escritura pública. Al contrato de préstamo se añade o superpone una rela-

ción jurídica de garantía real, cuyos efectos se estudian en otro lugar más adecuado (v. núm. 901).

BIBLIOGRAFIA

BECENA: *El interés del capital y la ley Azcárate contra la usura*, Madrid, 1915; BONET CORREA: *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981; CARRESI: *Il comodato. Il mutuo*, Torino, 1950; CERDA JIMENO, J.: *Notas acerca de la posición jurídica del deudor débil en los préstamos de dinero (Unas reflexiones sobre el tema de la «deuda externa de los países de América Latina»)*, en R. D. P., 1992, pág. 515 y sigs.; FERNÁNDEZ VIZCAÍNO: *El préstamo usurario*, Barcelona, 1963; FRAGALI: *Del mutuo* (en Comm. SCIALOJA-BRANCA), Bologna, 1966; GALASSO: *Mutuo e deposito irregolare*, I, Milano, 1967; GIAMPICCOLO: *Comodato e mutuo*, Milano, 1972; GÓMEZ-REY: *Créditos y préstamos internacionales*, Madrid, 1982; JIMÉNEZ DE PARGA: *El préstamo con garantía de título representativo de mercancías depositadas*, en R. D. M., 1970, núm. 116, pág. 233 y sigs.; LANDROVE DÍAZ: *El delito de usura*, Barcelona, 1968; PIRAINO: *Il mutuo*, Torino, 1978; QUINTANO RIPOLLÉS: *Usura civil y usura penal*, en R. D. P., 1965, pág. 273 y sigs.; SABATER BAYLE: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986; SIMONETTO: *Los contratos de crédito*, trad. esp., Barcelona, 1958; URBAIN: *Les prêts et avances sur titres*, Cour trai, 1944; VALLÉS Y PUJALS: *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*, Barcelona, 1933.

GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ
(Coordinador)

LECCIONES DE DERECHO MERCANTIL

DUODÉCIMA EDICIÓN, REVISADA Y PUESTA AL DÍA



Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

1.ª edición, 1992
Reimpresión, enero de 1993
2.ª edición, agosto de 1993
Reimpresión, 1994
3.ª edición, 1995
4.ª edición, 1997
Reimpresión, 1998
5.ª edición, 1999
6.ª edición, 2000
Reimpresión, 2001
7.ª edición, 2002
8.ª edición, 2003
9.ª edición, 2004
Reimpresión, 2005
10.ª edición, 2005
11.ª edición, 2006
Reimpresión, 2007
12.ª edición, 2008

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© LUIS ANGULO RODRÍGUEZ, ADOLFO AURIOLAS MARTÍN, JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS,
MANUEL CLAVERO TERNERO, ALBERTO DÍAZ MORENO, JUAN IGNACIO FONT GALÁN,
JUAN GÓMEZ CALERO, JUAN MANUEL GÓMEZ PORRÚA, RAFAEL ILLESCAS ORTIZ,
GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, AGUSTÍN MADRID PARRA,
ANTONIO MILLÁN GARRIDO, DAVID MORÁN BOVIO, MANUEL OLIVENCIA RUIZ, RAFAEL PADILLA
GONZÁLEZ, JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA, ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO,
JOSÉ LUIS PÉREZ SERRABONA, LEOPOLDO PORFIRIO CARPIO, JUAN ANTONIO ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS,
ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ENRIQUE SECO CARO, PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS,
JAVIER TIRADO SUÁREZ, FERNANDO VALENZUELA GARACH
y JOSÉ MARÍA VIGUERA RUBIO, 2008
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2008
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-4761-4
Depósito Legal: M. 40.686-2008

Printed in Spain. Impreso en España por Rigorma

§ 133. EL PRÉSTAMO MERCANTIL

A) EL PRÉSTAMO Y SU CARÁCTER MERCANTIL

Nuestro C.c. regula bajo la denominación de préstamo dos contratos distintos. El primero es el comodato, mediante el cual una persona entrega a otra una cosa no fungible para que pueda usarla, con obligación de devolverla cuando termine el uso convenido. Este contrato es esencialmente gratuito y carece de interés para el Derecho mercantil. El otro tipo es el préstamo mutuo, el cual recae sobre cosa fungible.

Por el contrato de préstamo una de las partes entrega a otra dinero u otra cosa fungible, cuya propiedad adquiere el prestatario, el cual está obligado a devolver al acreedor o prestamista otro tanto de la misma especie y calidad. Este contrato de préstamo ofrece carácter real, perfeccionándose por la entrega de la cosa.

Hay que determinar cuándo el préstamo tiene carácter mercantil. Al efecto, el artículo 311 C. de c. establece lo siguiente: «Se reputará mercantil el préstamo, concurriendo las circunstancias siguientes. 1.ª Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2.ª Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio.»

La segunda circunstancia, el que el objeto prestado se destine a un acto u operación de comercio, es algo posterior en el tiempo a concertarse el contrato; ello impide que desde el principio se pueda conocer exactamente su mercantilidad, lo cual acarrea la consiguiente incertidumbre. Ante tal dificultad, hay que acudir a lo que las partes hayan declarado, en el momento de concertar el contrato, sobre la finalidad o empleo que piensen dar a las cosas u objetos prestados. La doctrina sí entiende que, en todo caso, el préstamo concedido por entidad bancaria ha de tener carácter mercantil.

B) LA OBLIGACIÓN DE DEVOLUCIÓN

Es el préstamo contrato unilateral, con lo que las obligaciones surgen para una de las partes, o sea, el prestatario. Éste, en efecto, está obligado a devolver la cosa prestada y, en segundo lugar, a abonar los intereses que se hubieran estipulado.

Por lo que se refiere a la obligación de devolver, tratándose de dinero el problema fundamental que se plantea es el de si el prestatario debe devolver la misma cifra nominal que fue objeto de préstamo o bien el valor real de aquélla, el cual ha podido variar a lo largo del tiempo. El C. de c. acoge el primer sistema; conforme a su artículo 312, párrafo 1.º, «consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviera la moneda al tiempo de la devolución». Este nominalismo se adapta a la seguridad del tráfico.

El objeto del préstamo puede consistir en títulos-valores; en este caso, la obligación de devolución la consagra el párrafo 2.º del artículo 312, en el sentido de que el deudor pagará devolviendo otros tantos títulos o valores de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Para el préstamo en especie, el párrafo 3.º del mismo artículo 312 prescribe que el deudor, a no mediar pacto en distinto sentido, deberá devolver igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico, si se hubiere extinguido la especie debida.

C) EL PAGO DE INTERESES

La segunda obligación fundamental del prestatario es la del pago del interés, la cual retribuye el disfrute que aquél tiene de la cosa prestada hasta el momento de la devolución. A tal efecto, el párrafo 2.º del artículo 315 C. de c. establece que «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor».

Al igual que ocurre en el préstamo civil, el mercantil es naturalmente gratuito. Así, el artículo 314 C. de c. prescribe que «los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito». Esta presunción de gratuidad resulta un tanto extraña.

El párrafo 1 del artículo 315 establece que «podrá pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie». Dicho principio ha de entenderse rectificado por la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, la conocida como «Ley Azcárate», sin duda aplicable a los préstamos mercantiles. Con todo, en éstos se considera admisible un interés más elevado. Hay que tener en cuenta la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, sobre medidas contra la morosidad en operaciones comerciales.

Norma que favorece al prestatario es la del artículo 317 C. de c., conforme al cual «los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses». Se prohíbe así el pacto de anatocismo. Como excepción a lo anterior, el mismo artículo prescribe que los contratantes podrán capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos. La Ley 7/1995, de 23 de febrero, sobre créditos al consumo también contiene normas favorables al consumidor.

D) DEMORA EN LA DEVOLUCIÓN

La cantidad prestada ha de devolverse en el momento estipulado como vencimiento del préstamo. Ahora bien, en los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo de vencimiento, el artículo 313 C. de c. establece que «no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho». Este plazo impide reclamaciones sorpresivas.

En cualquier caso, cuando llega el momento de la devolución y ésta no se produce, surge la cuestión de determinar los intereses que se deben por la morosidad del deudor. Estos intereses tienen carácter indemnizatorio.

El problema lo resuelve el artículo 316 C. de c., conforme a cuyo párrafo 1.º «los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal». El pactado es, con frecuencia, superior al ordinario del préstamo, sobre la base de aquel matiz indemnizador que antes se indicó, y porque para el acreedor puede suponer claro perjuicio dicha demora.

Una excepción a la regla anterior es la del párrafo 3.º del mismo artículo. En efecto, si el préstamo consiste en títulos o valores, el interés por demora será el que los mismos valores o títulos devenguen.

§ 134. LOS PRÉSTAMOS ESPECIALES

El préstamo puede venir garantizado con fianza, prenda o hipoteca, y también estar representado por medio de obligaciones. Pero ahora estudiaremos el préstamo a la gruesa y el préstamo participativo.

A) EL PRÉSTAMO A LA GRUESA

Modalidad muy típica del contrato de préstamo es el denominado préstamo a la gruesa, hoy en desuso. Su noción se desprende del artículo 719 C. de c., conforme al cual «se reputará préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, aquel en que, bajo cualquier condición, depende el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, del feliz arribo a puerto de los efectos sobre que esté hecho, o del valor que obtengan en caso de siniestro».

El carácter aleatorio de esta figura la acerca al contrato de seguro. Puede constituirse tal préstamo sobre el buque, sus pertenencias y accesorios o las mercancías cargadas. Ha de celebrarse en forma escrita. La peculiaridad fundamental es que, si el buque no llega a su destino por pérdida debida a los accidentes del mar, se extinguen las acciones del prestamista (art. 731 C. de c.).

B) EL PRÉSTAMO PARTICIPATIVO

Esta figura aparece recogida en el artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, sobre reconversión de empresas, como una medida para potenciar aquellas que se encuentran en tal situación. En virtud del indicado préstamo, el acreedor puede participar en los beneficios de la actividad del deudor, y de ahí su nombre.

Cuando la empresa prestataria es una sociedad, el préstamo indicado, si es que llegara a documentarse en un título-valor, estaría a medio camino entre la acción y la obligación. Tiene de la segunda la naturaleza de empréstito y el derecho al cobro de intereses; y de la primera, la participación en los beneficios sociales.

Las características del préstamo participativo se exponen en el artículo 11 del Real Decreto-Ley citado. En primer lugar, la entidad concedente del préstamo participará en los beneficios líquidos, con independencia de que, además, se acuerde un interés fijo. El préstamo participativo se deberá inscribir en una línea especial del balance de los dos contratantes, y tendrá la consideración de fondos propios para apreciar la solvencia financiera de la empresa prestataria. En general, el que recibe el préstamo no podrá amortizarlo con antelación a la fecha de vencimiento. Finalmente, en orden a la prelación de créditos, los acreedores por préstamos participativos se sitúan después de los acreedores comunes.

Esta prelación del acreedor participativo refleja exactamente la naturaleza de la figura. Se pospone a los acreedores no participativos, que son auténticos terceros frente a la empresa; pero se coloca delante de los socios de tal empresa, ya que la relación de préstamo es extraña al contrato de sociedad.

Hoy la regulación del préstamo participativo está en el artículo 20 del RDL 7/1996, de 7 de junio. En él la participación en beneficios se sustituye por la percepción de un interés variable en función de la marcha de la empresa prestataria. Con ello se difumina bastante aquella naturaleza participativa de este préstamo.

Analogía con esta figura presentan las participaciones preferentes que emiten las entidades de crédito, y que en el momento del cobro se posponen a los acreedores y van delante de los accionistas.

AURELIO MENÉNDEZ

ÁNGEL ROJO

Directores

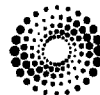
LECCIONES DE DERECHO MERCANTIL

VOLUMEN II
DÉCIMA EDICIÓN

RODRIGO URÍA	RICARDO ALONSO SOTO
AURELIO MENÉNDEZ	IGNACIO ARROYO
JUAN LUIS IGLESIAS PRADA	LUIS JAVIER CORTÉS
ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS	CÁNDIDO PAZ-ARES
MERCEDES VÉRGEZ	EMILIO BELTRÁN
ANTONIO PÉREZ DE LA CRUZ	JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA
ÁNGEL ROJO	JUAN IGNACIO PEINADO

Coordinación
MARÍA LUISA APARICIO

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2003
Segunda edición, 2004
Tercera edición, 2005
Cuarta edición, 2006
Quinta edición, 2007
Sexta edición, 2008
Séptima edición, 2009
Octava edición, 2010
Novena edición, 2011
Décima edición, 2012



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2012 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Aurelio Menéndez / Ángel Rojo y otros]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-3927-2
Depósito Legal: NA 1362/2012
Printed in Spain. Impreso en España
Fotocomposición: Printing'94, SL
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

de financiación crediticia, aunque el primero de ellos no sea siempre instrumento de ella (préstamo civil o simplemente mercantil). Junto a ellas, estudiaremos también otras figuras contractuales más modernas como el *leasing* o el *factoring*, que responden plenamente al concepto de operación de financiación del que partimos, sin que a ello sea óbice el que, habitual o generalmente, se concierten por parte de establecimientos financieros especializados.

II. El contrato de préstamo

2. CONSIDERACIÓN GENERAL

Desde antaño, el préstamo simple o mutuo, de mercaderías, valores o, en especial, de dinero, ha sido un contrato ampliamente utilizado, hasta el punto de ser objeto de atención por parte del legislador mercantil que le dotó de una regulación *ad hoc* (arts. 311 y ss. C. de C.), distinta de la común o general contenida en el Código Civil. Pero, en la medida en que la financiación se ha ido concentrando en torno a entidades especializadas, el contrato de préstamo, civil o mercantil, de dinero ha ido siendo sustituido por el *préstamo bancario*, es decir, por una operación de financiación que, respondiendo a las notas definitorias de este contrato, se inserta y encaja, sin embargo, en la actividad propia de las entidades de crédito, con la consecuencia de configurar un *tipo especial* y diferenciado de préstamo cuyas características, junto a las del préstamo mercantil en general, analizaremos a continuación, advirtiendo desde ahora que algunas normas que regulan el préstamo son aplicables analógicamente a determinados extremos de otras operaciones de financiación en los que pueden apreciarse similitudes o aspectos comunes con el préstamo (*v.gr.*, la obligación de restitución o de pago de intereses).

3. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL Y EL PRÉSTAMO BANCARIO. NOTAS DEFINITORIAS Y CARACTERES

El artículo 311 del Código de Comercio parece vincular el carácter mercantil del préstamo a una doble circunstancia, personal y teleológica: que una de las partes, al menos, sea comerciante, y que las cosas prestadas hayan de destinarse a actos de comercio. El criterio legal que fundamenta la mercantilidad del préstamo en su *accesoriedad respecto de otros actos de comercio* no sólo es fuente de incertidumbre (para calificar el préstamo habrá que atender a la intención o voluntad expresa o tácita del prestatario o, en otro caso, esperar a que la operación se realice para ponerla en relación con el préstamo y determinar su carácter *a posteriori*), sino que, además, conduce a negar en la práctica carácter mercantil al mismo préstamo bancario, esto es, a los préstamos realizados por entidades especialmente dedicadas al «comercio de préstamos» cuando las cantidades prestadas no se destinen

a operaciones mercantiles. Huyendo de esa interpretación, el Tribunal Supremo declaró hace tiempo, al amparo del artículo 2 en relación con el artículo 175 y algunos otros del Código de Comercio, que los préstamos bancarios tienen *en todo caso* carácter mercantil, aunque se hagan «a favor de personas ajenas al comercio, que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles» (SSTS de 9 de mayo de 1944 y 20 de noviembre de 1985; v. también Res. DGRN 1 de febrero de 1980). El carácter mercantil del contrato se hace descansar, así, a la postre, en la intervención de un empresario en el mismo: el préstamo será mercantil cuando se realice por quien tenga como objeto de su actividad la concesión de préstamos o cuando, quienquiera que sea el prestamista, se reciba por un empresario con destino al comercio o industria que realiza.

Esta conclusión no ha dejado de suscitar ciertas críticas, pues a fuerza de eliminar incertidumbres y reclamar para el préstamo bancario su condición o naturaleza mercantil, trasciende la literalidad del precepto legal y, lo que es más importante, somete a la lógica empresarial préstamos destinados, por el contrario, a la satisfacción de necesidades personales o familiares. En la actualidad, la cuestión puede plantearse tal vez en términos distintos, pues la existencia de la legislación protectora de la clientela y del «consumidor» de crédito viene a remediar o, al menos, a paliar el problema denunciado de tutela y protección, que era, en realidad, el que se planteaba en la discusión sobre el carácter civil o mercantil de ciertos préstamos.

Por lo demás, el préstamo mercantil ofrece, en general, los siguientes caracteres: a) es un contrato *real*, que exige para la perfección la entrega de la cosa prestada, aunque parte de la doctrina entiende que puede perfeccionarse con el mero consentimiento de las partes, respondiendo así al sentir del tráfico mercantil, para el que la entrega es ya el primer efecto del contrato consensual de préstamo; b) *unilateral*, porque sólo genera obligaciones para el prestatario, aunque su consideración como consensual conlleva su caracterización como contrato bilateral, ya que el prestamista está, entonces, obligado a entregar la cosa al prestatario; c) *traslativo de dominio*, porque las cosas prestadas salen de la propiedad del prestamista para ser adquiridas por el prestatario; el prestamista pierde la propiedad de lo prestado, para adquirir, en cambio, un derecho de crédito al *tantumdem*; y d) *no formal*, si bien la forma escrita será necesaria en los préstamos con interés (art. 314).

En el caso del préstamo bancario, los anteriores caracteres se acomodan a las exigencias de la moderna financiación crediticia. Por un lado, el contrato se configura de hecho por las partes como un contrato consensual y bilateral, no siendo, en absoluto, habitual que la entidad de crédito entregue previa o coetáneamente el objeto del préstamo (normalmente, dinero), sino, más bien, que lo *ponga a disposición* del cliente mediante la *acreditación* a su favor del importe de que se trate en la correspondiente cuenta bancaria. Por otro lado, por cuanto se refiere a la forma, debe indicarse que en el caso del tráfico bancario esta operación se documenta siempre *por escrito*, y que, además, con el fin de asegurar una más fácil y segura ejecución (v.

arts. 1218 CC y 517 LEC. V. también disp. adic. primera y disp. derogatoria de la LC), casi sin excepción, al igual que ocurre en las restantes operaciones crediticias activas, se documenta en póliza o en escritura pública autorizada por notario.

4. OBJETO DEL CONTRATO

Según se desprende de los artículos 312 y 316 del Código de Comercio, el mutuo mercantil puede recaer sobre dinero, valores y especies o cosas fungibles distintas del dinero y de los valores, lo que permite que pueda hablarse de *préstamo de mercaderías, valores y dinero*. Debe indicarse que, de todos ellos, el préstamo bancario de dinero es el que tiene mayor importancia práctica, y que el préstamo de mercaderías y de valores son poco habituales, salvo el caso de los que tienen como objeto valores negociados en un mercado secundario cuyas exigencias hacen, por lo demás, que el legislador haya configurado un tipo o clase especial que estudiaremos en el lugar correspondiente (v. Lec. 35).

5. EFECTOS DEL CONTRATO

De acuerdo con la tesis del carácter real y unilateral del préstamo, el prestamista no asume obligación alguna, puesto que la entrega al prestatario del dinero o cosa fungible pactada no es consecuencia o efecto del contrato, sino condición para su existencia. Inversamente, si el préstamo se configura, como es habitual en la práctica, como contrato consensual y bilateral, el prestamista está obligado a realizar esa entrega o puesta a disposición en las condiciones pactadas.

En todo caso, parece que el énfasis debe ponerse en las obligaciones del prestatario que son las siguientes:

A) *La obligación de restitución de lo prestado*. El prestatario está obligado a devolver al prestamista otro tanto de lo recibido, en el lugar y tiempo pactados o, en defecto de pacto, pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho exigiendo la devolución (art. 313).

El contenido de la obligación de restitución varía según cuál sea el objeto del préstamo:

a) Cuando el objeto del préstamo es dinero, el artículo 312.1 distingue dos distintos supuestos. Por un lado, las *deudas de cantidad* o suma que constituyen para el Código la regla general, y en las que el prestatario cumple devolviendo el dinero o unidades de cuenta recibidas, pudiendo elegir la clase de dinero o moneda que va a emplear para el pago, con tal que iguale el importe recibido (por ej., se recibe un préstamo *por importe* de mil euros, cuantía que podrá devolverse en otras monedas o divisas, determinándose su

cantidad por el tipo de cambio existente en el momento de la devolución). O, dicho con palabras del Código, «pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida, en arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución». Por otro lado, regula el Código *las deudas de moneda específica* (v.gr. un préstamo de mil euros) para el caso de que se haya pactado la devolución del préstamo en una concreta moneda o divisa, en cuyo caso ha de devolverse otro tanto de la prestada, es decir, igual cantidad o número de unidades de cuenta en la misma especie en que se recibieron. En cualquier caso, la restitución del préstamo en dinero o divisa extranjera deberá hacerse en conformidad con las disposiciones administrativas sobre control de cambios, en la actualidad prácticamente liberalizados en su totalidad (v. Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre Régimen Jurídico de los Movimientos de Capitales y de las Transacciones Económicas con el Exterior).

Por otra parte, conviene precisar que la cuestión relativa a la moneda de pago es, en rigor, distinta a la que suscita, desde la perspectiva de la obligación de restitución, *la pérdida de valor* del dinero. Nuestro Código de Comercio sigue, como no podía ser de otro modo, en aras de exigencias generales del tráfico, el denominado *sistema nominalista*, es decir, el principio de que ha de devolverse el mismo número de unidades de cuenta recibido con independencia del incremento o disminución del poder adquisitivo o valor de la moneda en que tenga que hacerse la devolución. Ello no quiere decir, sin embargo, que el principio nominalista no pueda ser derogado contractualmente, habiéndose usado desde antaño múltiples cláusulas especiales dirigidas a corregir los efectos de una eventual desvalorización del dinero («cláusula oro», «valor oro», etc.).

Desde otro punto de vista, puede también señalarse que existen *distintas formas de amortización o restitución del dinero prestado*. Ésta puede realizarse de una vez, al término del plazo pactado, pero es más frecuente, especialmente en los préstamos bancarios, la utilización de otras modalidades, como son las amortizaciones progresivas mediante pagos parciales en plazos sucesivos, de igual o diferente cuantía, que se devengan sin solución de continuidad desde el inicio del préstamo o tras un cierto período de carencia (por ej., un año). Es común, por otra parte, al menos también en los préstamos bancarios, el pacto que permite la amortización anticipada, que normalmente conlleva el pago de una compensación a la entidad de crédito por los intereses que se dejan de ingresar o, si se prefiere, por la eliminación de un plazo establecido en beneficio de ambas partes (art. 1127 CC).

b) Por lo que se refiere a la *obligación de restitución en las otras clases de préstamo*, preocupa sobre todo al legislador la eventualidad de la desaparición o extinción (prácticamente imposible en el caso del dinero) de los valores o especie que constituyan su objeto, estableciendo que en los préstamos de títulos de crédito o, en general, de valores, «pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario». En los préstamos en especie o préstamos de mercaderías, «deberá el deudor devolver,

a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiere extinguido la especie debida» (art. 312.2 y 3).

B) *La obligación de pagar intereses.* El préstamo retribuido obliga al prestatario a satisfacer el *interés remuneratorio o precio del uso del dinero ajeno* que se haya pactado desde su entrega o puesta a disposición, mediante acreditación, como es habitual, en una cuenta bancaria. Aunque para el Código de Comercio el préstamo es un contrato naturalmente gratuito, pues los intereses sólo son debidos si se pactan por escrito (art. 314), en la práctica, especialmente en la bancaria, el préstamo es siempre, salvo casos excepcionales, retribuido u oneroso.

El Código, con acierto, reputa interés «toda prestación pactada a favor del acreedor», pudiendo así distinguirse el interés *nominal* o teórico que se asigna en estrictos términos financieros a la financiación, y el *real* o efectivo que, de hecho, se satisface tras la adición de comisiones (*v.gr.* la comisión de apertura que en los préstamos bancarios se satisface en el momento inicial del préstamo en compensación de los gastos en que, por información, estudio, etc., incurre la entidad de crédito con carácter previo a la formalización de la operación) u otros gastos repercutibles, y que, como sabemos, la regulación administrativa de las entidades de crédito obliga en ciertos casos a expresar mediante el cálculo y expresión de la denominada tasa anual equivalente (TAE) (*v. Lec. 31*).

La legislación mercantil y, por lo que se refiere al préstamo bancario, también la administrativa autorizan para pactar el interés «sin tasa ni limitación de ninguna especie» (art. 315). Pero la libertad en la tasa o tipo de interés está matizada por la Ley de Represión de la Usura, de 23 de junio de 1908, que declara nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Aunque el Tribunal Supremo sentó inicialmente la doctrina de que la Ley de Usura no era aplicable a los préstamos mercantiles, rectificó posteriormente esa posición en la sentencia de 13 de febrero de 1941, confirmada luego por otras muchas.

El interés puede ser *fijo* o *variable*, según que el mismo quede definitivamente establecido en un tipo determinado o se haya pactado que el mismo pueda modificarse a lo largo de la duración del contrato. El interés variable es muy frecuente en los préstamos a largo plazo, y la finalidad de la cláusula es mantener el equilibrio económico inicial durante toda la vida del contrato. En la práctica suele fijarse añadiendo un margen o diferencial (*spread*) (0,5 por 100, 1 por 100, etc.) a algún índice, oficial o no (*v.gr.*, el EURÍBOR) del precio del dinero para que de esta forma no quede al arbitrio de ninguna de las partes su variación.

La obligación de satisfacer intereses es *accesoria* de la principal de restitución, antes examinada. De ahí que desaparezca cuando la principal se haya extinguido. El Código declara expresamente, a este efecto, que «el

recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos», y que «las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital» (art. 318).

C) *Otras obligaciones derivadas del contrato.* Con el fin de asegurarse frente al riesgo de insolvencia sobrevenida del prestatario, es muy frecuente que el crédito se garantice *personal* (firmas o avales de terceros) o *realmente* (con prendas o hipotecas de distintas clases. V. Lec. 37). Además de ello, en los préstamos bancarios de cierta entidad suelen imponerse determinadas obligaciones al prestatario mediante las que se regula su conducta y trata de controlarse su situación económica y financiera (obligaciones de proporcionar información económico-financiera, de auditarse, de asegurar determinados bienes o activos, prohibiciones de disposición de activos, mantenimiento de determinados ratios financieros, etc.), cuyo incumplimiento determina en algunos casos una revisión al alza de la obligación de pago de intereses (por aumento del riesgo) y en otros faculta incluso para la resolución anticipada del contrato.

6. INTERESES DE DEMORA

Distintos de los intereses remuneratorios que hemos estudiado son los *intereses moratorios* o de *demora* que se ligan al incumplimiento del contrato. A ellos se refiere el artículo 316 del Código de Comercio cuando establece que los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal.

Frente a lo establecido en el precepto anteriormente citado que se refiere al incumplimiento de la obligación principal de restitución, el artículo 317 del Código dispone que «los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses», prohibiendo de esta manera el *anatocismo* o devengo de intereses moratorios por impago de intereses remuneratorios. El precepto autoriza, sin embargo, a los contratantes para «capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos» siempre que se pacte de forma expresa. La regla tiene como límite la interposición de una demanda, tras la que no podrán hacerse nuevas acumulaciones de intereses al capital para exigir mayores réditos (art. 319). A diferencia del sistema del Código de Comercio, en el préstamo civil los intereses no se capitalizan y tan sólo devengan los intereses legales desde que son judicialmente reclamados (art. 1189 CC).

A nuestro juicio, el régimen legal de los intereses de demora debe considerarse Derecho dispositivo. La prohibición del anatocismo, la capitalización de intereses, la aplicación del tipo pactado o legal de interés, etc., no son sino pautas normativas que tratan de mantener una *cierta proporcio-*

validad en la determinación del superior coste o prima de riesgo que ha de satisfacerse por una financiación que, por alguna circunstancia, se desarrolla anómalamente. Desde esta perspectiva, acaso pueda reconocerse a las partes una amplia libertad para fijar esa remuneración adicional en los términos que tengan por oportunos, siempre que se respeten los límites especiales que el *licitum agere* encuentra en este campo, y que se recogen en disposiciones de carácter tuitivo y protector y en la Ley de Represión de la Usura o percepción de unos intereses notablemente superiores a los correspondientes a las circunstancias del caso, y, por ello, ni siquiera justificados por el incumplimiento del deudor. Por este ángulo, viene también a ponerse de manifiesto que el interés de demora no es, en el fondo, algo muy distinto a una cláusula penal (pues se trata de una obligación que nace, y es exigible sólo cuando previamente se incumple otra), precisando la determinación de su validez y eficacia un enjuiciamiento que ha de hacerse necesariamente caso por caso.

7. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Por lo común, el contrato de préstamo se extingue por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el prestatario. En la práctica, los contratos configurados como bilaterales suelen incluir, sin embargo, un surtido repertorio de cláusulas que permiten su resolución anticipada por parte de la entidad de crédito (art. 1124 CC), las cuales, siendo, en principio, válidas, deben analizarse no sólo desde la perspectiva del *pacta sunt servanda*, sino también a la luz de las exigencias de la buena fe (art. 7 CC) y de las nuevas orientaciones de política legislativa en materia de contratación bancaria, particularmente en los casos en que el cliente puede ser considerado «parte débil» del contrato. Desde este prisma, así como parece, en principio, justificada la resolución unilateral por incumplimiento de las obligaciones de pago de intereses o principal (v., sin embargo, STS de 27 de marzo de 1999), o cuando el préstamo se hubiese dedicado a una finalidad distinta de aquella para la que se concedió, ofrecen más dudas otros supuestos incluidos en condiciones generales sin justificación suficiente, fundamentados en apreciaciones meramente subjetivas de la entidad de crédito o en causas ajenas al contrato de préstamo propiamente dicho.

8. PRÉSTAMOS ESPECIALES

A) *Préstamo con garantía de valores*. Al contrato de préstamo se añade o superpone en esta ocasión una específica garantía real, por lo que se estudia en el lugar correspondiente (v. Lec. 37).

B) *Préstamo sindicado*. Junto a los préstamos donde la posición del prestamista es asumida por una sola entidad, existen otros supuestos, normalmente referidos a operaciones bancarias de importante volumen, en que aquella posición es compartida por varias entidades de crédito que prestan,

MANUEL BROSETA PONT
(† 1992)
Catedrático de Derecho Mercantil
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación
Consejero de Estado
Abogado

MANUAL DE DERECHO MERCANTIL

17.^a edición a cargo de
FERNANDO MARTÍNEZ SANZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universitat Jaume I

VOLUMEN II

CONTRATOS MERCANTILES
DERECHO DE LOS TÍTULOS-VALORES
DERECHO CONCURSAL


tecnos

Diseño de cubierta:
J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

En un solo volumen
1.ª edición, 1971
10.ª edición, 1994

En dos volúmenes:
Volumen II: 11.ª edición, 2003
12.ª edición, 2005
13.ª edición, 2006
14.ª edición, 2007
15.ª edición, 2008
16.ª edición, 2009
17.ª edición, 2010

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran, plagiaran, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© HEREDEROS DE MANUEL BROSETA PONT, 2010
© FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, 2009
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2010
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-5152-9 (vol. II)
ISBN: 978-84-309-3830-8 (obra completa)
Depósito Legal: M. 37.326-2010

Printed in Spain. Impreso en España por Rigorma

I. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL.—A) CONCEPTO LEGAL.—El contrato de préstamo posee dos variedades en nuestro ordenamiento positivo: el comodato o préstamo de uso, por el que una parte entrega a otra una cosa no fungible para que sea usada por tiempo determinado y devuelta a su expiración; y el préstamo mutuo, por el que una parte entrega dinero u otra cosa fungible a otra que adquiere su propiedad, asumiendo ésta la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1.740 C.c.). El Código de comercio, bajo el nombre de préstamo mercantil, se refiere sólo al préstamo mutuo, que tiene por objeto la entrega de dinero, de títulos o de mercaderías, cuya propiedad es transferida del prestamista, que la pierde, al prestatario, que la adquiere.

Siguiendo su criterio tradicional, el Código de comercio no define el contrato de préstamo, por lo que habrá que estar al concepto que ofrece el Código civil en su artículo 1.740 antes mencionado. El Código de comercio se limita a decir que será mercantil aquel en que concurren dos requisitos: ser comerciante el prestamista o el prestatario, y destinarse las cosas prestadas a actos de comercio (art. 311 C. de c.).

Ambos requisitos plantean varias cuestiones de interés. En primer lugar puede suscitarse dudas la mercantilidad de los préstamos concedidos por bancos. En efecto, puede razonablemente pensarse que los préstamos efectuados por los Bancos —que profesionalmente se dedican a concederlos— quedarían exceptuados del criterio general, puesto que estos préstamos son, en sí mismos, actos de comercio y, por ende, contratos de naturaleza mercantil, cualquiera que sea la condición profesional del prestatario y el destino del préstamo (es decir, aunque no sea para actos de comercio). Así se desprende de los artículos 175.7.º, 177, 199.1.º y 212.1.º del Código de comercio, que mencionan expresamente el préstamo como operación propia de las entidades bancarias. Y sobre esta base ha reconocido el Tribunal Supremo la naturaleza mercantil de los préstamos bancarios, cualquiera que sea su destino (SSTS de 9 de mayo de 1944, RJ 665; STS 31 de octubre de 2001, RJ 9639; en la jurisprudencia de Audiencias, SAP Jaén de 22 de enero 1998, AC 3156; SAP Huelva de 5 de marzo de 1998, AC 623).

Por ello, y salvo en el caso específico de los préstamos bancarios, puede pensarse, en segundo lugar, que los dos requisitos del artículo 311 del Código de comercio están predicando la mercantilidad de los préstamos recibidos por los comerciantes, puesto que éstos, en su condición de prestatarios, parece que van a destinar lo recibido a su actividad mercantil. Sin este destino al comercio del objeto del préstamo, la jurisprudencia ha negado carácter mercantil al préstamo (p. ej.: SSTS de 25 de mayo de 1945, RJ 588; 16 de junio de 1969, RJ 3493; STS 30 abril de 1993, RJ 2954; STS de 9 de marzo de 1995, RJ 1844).

Sin embargo, siguiendo este criterio, no será mercantil el préstamo, cuando el comerciante-prestatario destine lo recibido a la satisfacción de sus necesidades extracomerciales. La calificación civil o mercantil deberá, pues, realizarse *a posteriori*. Pero, además, nada impide que el préstamo sea mercantil cuando sea comerciante el prestamista (aun cuando no se dedique profesionalmente al préstamo) y no lo sea el prestatario, pero dedique el objeto del préstamo a realizar un acto de comercio (p. ej.: yo recibo un préstamo de un industrial para, con su importe, realizar una operación bursátil). El criterio legal es, pues, altamente criticable. Lo único claro es que en nuestro Código el préstamo mercantil es un contrato accesorio, en tanto que su mercantilidad depende de una doble y necesaria conexión con el comercio: objetiva y subjetiva.

B) CLASES DE PRÉSTAMOS MERCANTILES.—Tres son los tipos de préstamo mutuo expresamente previstos en el Código de comercio. Así, el préstamo puede tener por objeto el *dinero*: el prestatario recibe y se obliga a devolver una suma de dinero (p. ej.: 1.000 euros) o una cantidad determinada de moneda extranjera (p. ej.: 1.000 dólares USA). El préstamo, además, puede tener por objeto *títulos o valores determinados*, en cuyo caso deben ser restituidos, no los mismos recibidos, sino otros idénticos o equivalentes. Finalmente, el préstamo mercantil puede consistir en *especies* fungibles distintas de las anteriores (p. ej.: mercaderías, materias primas, productos industriales, etc.), en cuyo caso debe ser devuelta idéntica cantidad y especie, salvo imposibilidad por extinción de la cosa fungible (p. ej.: imposibilidad de volver a obtener en el mercado la concreta materia prima que había sido prestada), hipótesis en que el prestatario deberá restituir su valor en metálico. Los tres supuestos están previstos en el artículo 312 C. de c.

El préstamo mercantil puede ser, además, *gratuito* (art. 314) y *oneroso o a interés*, como suele ser normal en el comercio. El Código debió presumir la onerosidad del préstamo mercantil sin necesidad de exigir para ello el pacto expreso por escrito, dado su destino al comercio (art. 311.2.º), en el que nada es gratuito ni queda improductivo. Este préstamo puede ser, además, por tiempo determinado o indeterminado (art. 313), como veremos inmediatamente.

De entre los préstamos característicos del ámbito mercantil, destaca el incorporado a una emisión de obligaciones. De él, cuando es emitida por una sociedad anónima, ya nos hemos ocupado extensamente en el volumen primero de este *Manual* (cfr. vol. I, capítulo 19).

C) CONTENIDO DEL CONTRATO.—Dos notas han de resaltarse de modo necesario. Según la primera, corrientemente se mantiene que el préstamo es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa al prestatario, razón por la cual se afirma su carácter unilateral dado que sólo genera obligaciones para el prestatario (restituir y pagar, en su caso, el interés pactado) y no para el prestamista (pues la entrega de la suma prestada no constituye, como tal, una obligación derivada del contrato, sino un requisito para el perfeccionamiento del mismo). Así suele ser. Ahora bien, parece que nada debe impedir que las partes

decidan alterar esta regla (como así ocurre frecuentemente en la práctica), haciendo que el contrato de préstamo se perfeccione por el consentimiento de las partes. En esos casos nos hallaríamos ante un contrato de naturaleza bilateral, al generar para el prestamista (al lado de las obligaciones del prestatario) la obligación de entregar lo pactado.

Conforme a la segunda de las notas, con la entrega de la cosa el prestamista transfiere al prestatario la propiedad de lo prestado, adquiriendo un puro derecho de crédito a la restitución del *tantumdem eiusdem generis et qualitatis* (es decir, otro tanto de la misma especie y calidad). Es una consecuencia que deriva del carácter fungible de la cosa dada en préstamo.

Respecto de las obligaciones de las partes, el Código de comercio, siguiendo lo que es habitual en él, se limita a regular algunas especialidades del préstamo mercantil, las cuales surgen, bien por la naturaleza de su objeto o bien por su conexión con el comercio. Conviene destacar las siguientes:

a) *La obligación de restituir del prestatario.*—Constituye su obligación fundamental. Su contenido dependerá del objeto del préstamo.

1. Cuando se ha prestado una *suma de dinero* (art. 312.1 C. de c.), el prestatario cumplirá devolviendo una suma idéntica a la recibida (principio nominalista), cualquiera que sea la oscilación, en más o en menos, del poder adquisitivo del dinero, sufrida por éste desde la percepción de la suma hasta su restitución. La restitución se hace por el valor *nominal*, y no por el *real*, de la suma recibida (art. 312.1 C. de c.). Pero como este valor suele ser menor en la restitución que en el momento de la entrega (por la depreciación o devaluación de la moneda), nada se opone a que las partes pacten la aplicación de las llamadas «cláusulas de estabilización», ampliamente practicadas y admitidas en sus diversas modalidades. Estas cláusulas son inaplicables sin pacto expreso.

Cuando el préstamo tiene por objeto una cantidad de *moneda específica*, el prestatario debe restituirla en la especie pactada (p. ej.: yens), y no en su contravalor en la moneda del prestatario (p. ej.: euros), a cuyo fin deberá procurársela al precio que posea en ese momento (por ello se dice que en tales casos «la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño o en beneficio del prestador»: art. 312.1, aunque es obvio que la regla afecta igualmente al prestatario). Como excepción, en el caso de que la moneda específica hubiese devenido *extra commercium*, el prestatario cumplirá pagando con la moneda de curso legal (ex art. 312 C. de c. y 1.170.1.º C.c.).

2. Cuando se han prestado *títulos o valores* (art. 312.2 C. de c.), considerados como cosas fungibles, el prestatario se los apropia y, al hacerlos suyos, podrá restituir los mismos recibidos u otros diversos «de la misma clase e idénticas condiciones». Si entretanto esta clase de títulos se hubiera extinguido, podrá cumplir devolviendo los equivalentes, a menos que se hubiera pactado en contrario. La existencia de este pacto obligará a sustituir los valores recibidos por la prestación pecuniaria que corresponda.

3. Cuando se han prestado otras *especies fungibles* distintas de las anteriores (normalmente, materias primas), «deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico, si se hubiere extinguido la especie debida» (art. 312.3.º).

b) *El momento de la restitución.*—La obligación de restituir puede ser exigible en dos supuestos distintos. Cuando para ello se pactó plazo, el prestamista no podrá exigir la anticipadamente, pues causaría al prestatario un grave e imprevisto quebranto económico. Si, por el contrario, al prestar no se hubiere fijado plazo o se hubiere pactado por tiempo indeterminado, el prestamista no podrá exigir la restitución sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial reclamando el pago o reembolso (art. 313 C. de c.). Se comprende esta norma, dado el carácter crediticio de la operación y por el hecho de que, siendo destinada al comercio (art. 311.2 C. de c.), la cantidad prestada normalmente habrá sido invertida por el prestatario. Necesario, es, pues, permitirle un plazo para obtener liquidez suficiente para restituir.

c) *La retribución del préstamo.*—Aun cuando ello parezca anormal y poco realista, el préstamo mercantil no es oneroso o retribuido, en defecto de pacto expreso. Dice el artículo 314 del Código de comercio que «los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito». Adopta con ello una regla similar a la que establece el artículo 1.755 C.c. para el préstamo civil.

El interés que pueda deber el prestatario como retribución al servicio financiero que es el préstamo, exige aclarar varias cuestiones. La primera de ellas es que, según el propio Código, la cuantía del interés es libre, «sin tasa ni limitación de ninguna clase» (art. 315 C. de c.). Afirmación que pretende justificarse por el hecho de que el rendimiento del dinero prestado suele ser en el comercio o en la industria más elevado de lo normal, dada su inversión productiva. A pesar de anteriores negativas, la jurisprudencia comenzó a admitir desde 1944 la aplicabilidad a los préstamos mercantiles de la Ley de represión de la usura de 23 de julio de 1908 (la llamada «Ley Azcárate»), aún en vigor.

La segunda cuestión afecta al «interés compuesto» y al llamado anatocismo. En el ámbito mercantil, y un tanto extrañamente (si se tiene en cuenta la regla civil contraria del art. 1.109.1 C.c.) los intereses vencidos y no pagados no devengarán, a su vez, intereses (arts. 317 y 319 C. de c.), es decir, no caben los «intereses de los intereses». No obstante, se admite que las partes puedan capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, convertidos en capital, devengarían intereses («pacto de anatocismo») (art. 317 C. de c.) (en la jurisprudencia, véanse SSTs de 5 de enero de 1980, RJ 19; 8 de noviembre de 1994, RJ 8477).

La tercera cuestión tiende a determinar los efectos que puede generar el impago de un plazo de los intereses. Nada establece nuestro Derecho positivo, pero los contratos suelen estipular que dicho impago faculta al prestamista para exigir la restitución del capital más los intereses vencidos. Nos inclinamos a pensar que, en defecto de pacto, el prestamista sólo puede exigir los intereses vencidos y no pagados y la reparación del retraso. Finalmente, cuando el prestatario entrega

cantidades a cuenta, sin expresar su destino, se imputarán al pago de intereses y después al reembolso de capital; y el recibo del capital por el prestamista, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados y debidos, extingue la obligación del prestatario en cuanto al pago de tales intereses (art. 318 C. de c.).

d) *La mora del prestatario.*—El retraso en el cumplimiento de las obligaciones que soporta el prestatario le hace incurrir en mora, con los efectos que se establecen por el artículo 316 C. de c., cuyo contenido debe entenderse completado por el artículo 63 del Código de comercio.

Si el préstamo fue de dinero, el prestatario moroso pagará como indemnización por retraso el interés pactado (que actúa como cláusula penal) o, en su defecto, el legal del dinero (que se ha venido fijando anualmente en la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, y que en 2004 se fijó en el 3,75 por 100 según la disp. adic. 6.ª de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, BOE del 31 de diciembre de 2003). Todo ello desde el día siguiente al vencimiento de su obligación incumplida. Si el préstamo fuese de especie, se aplicará el mismo sistema, pero para calcular el valor del principal o capital se atenderá al valor de las mercaderías en la plaza de la devolución. Si el préstamo fuese de títulos o valores, la indemnización será igual al rédito que devenguen o, en su defecto, al interés legal, según el valor en Bolsa o en la plaza. Todo ello se establece en el artículo 316 del Código de comercio.

D) PRÉSTAMOS GARANTIZADOS POR VALORES.—Muy frecuentemente los préstamos bancarios de dinero se garantizan mediante la constitución de una garantía real (prenda) sobre valores admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, hecho en póliza intervenida o en escritura pública notarial. Pues bien, el Código de comercio prevé esta realidad, declarando expresamente que dicho préstamo será mercantil (arts. 320 a 324, redactados conforme a la disp. adic. 4.ª de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores). Por lo tanto, y para este concreto supuesto, no habría que analizar si se dan los criterios de mercantilidad del préstamo contenidos en el artículo 311 C. de c. Los préstamos de los que ahora se trata serán mercantiles (aunque no reúnan los requisitos de dicho precepto), por la simple intervención del fedatario, y siempre que tengan por objeto valores admitidos a cotización bursátil (o en otro mercado secundario oficial) (art. 320.1). El Código no prevé la prenda o garantía sobre valores privados mercantiles o industriales, aunque es muy frecuente utilizarla. En el presente caso, y puesto que la prenda recae sobre valores cotizados en un mercado secundario oficial, necesariamente (al menos, tratándose de acciones y obligaciones) habrán de estar representados por medio de anotaciones en cuenta (*ex disp. adic. 1.ª LSA*; para los demás valores ha de tenerse en cuenta la disp. trans. 1.ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la LMV, que permite que los valores representados mediante títulos, admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, puedan seguir representados de dicha manera, en tanto la normativa de desarrollo de la propia LMV no imponga su representación necesaria mediante anotaciones).

La operación se caracteriza por añadir al régimen normal del préstamo las siguientes particularidades. El prestamista posee sobre los títulos objeto de la garantía un derecho de preferencia para resarcirse con su importe, frente a los restantes acreedores del prestatario (art. 320.2.º). Además, los valores al portador del prestatario dados en garantía del prestamista, no pueden ser objeto de reivindicación por terceros (art. 324).

Pero, sin duda, es en materia de ejecución de la prenda donde se advierten las especialidades más destacables de esta figura. En efecto, la ejecución de la garantía, en caso de incumplimiento por el deudor, se facilita notablemente, pues el prestamista puede instar la enajenación de los valores para satisfacer su crédito. Para ello dispone de un procedimiento ejecutivo (que, no obstante, ha de ser usado en el plazo perentorio de tres días a partir del vencimiento del préstamo). En virtud de este procedimiento, el prestamista deberá dirigirse a los organismos rectores del correspondiente mercado secundario oficial, entregándoles la póliza o la escritura de préstamo, acompañada del certificado acreditativo de la inscripción de la prenda (certificado que habrá sido expedido por la entidad encargada de la gestión del registro contable) o, en su caso, de los títulos pignorados (art. 322 C. de c.). El organismo rector, una vez realizadas las oportunas comprobaciones, enajenará los valores en el mismo día en que reciba la comunicación del acreedor o, de no ser posible, al día siguiente (art. 322.2 C. de c.).

II. EL CONTRATO DE CRÉDITO AL CONSUMO.—A) INTRODUCCIÓN.—La expresión «crédito al consumo» sirve para designar todos aquellos contratos por medio de los cuales un empresario concede crédito a un consumidor, para financiar la adquisición de bienes o servicios (ALFARO, PETIT). Lo que otorga especialidad a este supuesto no es tanto la vía empleada para ello, cuanto la concesión de ese crédito con la concreta finalidad de facilitar el consumo. Por tanto, puede tratarse de un verdadero contrato de préstamo, o bien de un pago aplazado, apertura de crédito [sobre esta modalidad, vid. *infra* capítulo 34 sub V.B)], o cualquier otro medio equivalente de financiación. No se trata tampoco de contratos reservados exclusivamente a las entidades de crédito, razón que nos lleva a estudiar este fenómeno aquí y no en la parte de los contratos bancarios. Pese a ello, es indudable que, en gran parte de las ocasiones interviene efectivamente un banco en la operación.

B) RÉGIMEN JURÍDICO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—Las operaciones enunciadas en el párrafo anterior son objeto de regulación por la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (BOE 25 de marzo), que incorporó al Derecho español la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986. Su ámbito de aplicación abarca, ya se ha dicho, todos aquellos contratos por los cuales una persona física o jurídica, en ejercicio de su actividad (la Ley se refiere a «empresario»), «concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier otro