

CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL

JESÚS JUSSETH HERRERA ESPINOZA

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil,
Universidad Centroamericana, UCA.

1. Nociones Generales

No es posible emprender el estudio del contrato de préstamo mercantil sin llamar la atención sobre la doble regulación (civil y mercantil) del préstamo, en tanto que el Código de Comercio da por sabida su definición y contenido obligacional, por lo que se dedica, en el Título VIII del Libro II, a señalar las particularidades que tiene en el ámbito mercantil.

Como ya es sabido el Código Civil distingue entre el mutuo o *préstamo de consumo* (3390 C.)¹ y el comodato o *préstamo de uso* (3416 C.)². De hecho, el carácter substancialmente gratuito del comodato lo ha mantenido alejado de la regulación mercantil; aunque tampoco debe olvidarse que también el préstamo “puede ser gratuito u oneroso” (3393 C.), lo cual ha permitido calificar, al menos en sede civil, a uno y a otro como “contratos de beneficencia”, en el sentido de que ambos tienden especialmente a la satisfacción del interés de quien recibe el objeto prestado, sin que en todos los casos quien se beneficie de la prestación tenga una obligación de retribuirla³.

1.1. La nota de la fungibilidad.

Así, el Código Civil distingue entre el contrato de préstamo que tiene por objeto cosa no fungible y su antípoda⁴. De tal forma que, la diferencia

¹ Artículo 3390 C.: “Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”.

² Artículo 3416 C.: “Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz con facultades de usarla”.

³ MORÁN BOVIO, David, “El contrato de Préstamo Mercantil” en *Derecho mercantil*, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, pág. 397.

⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, comentan al respecto que el mecanismo esencial del préstamo, como figura general, parece estar constituido por la entrega y restitución del objeto prestado. La entrega se realiza para que el prestatario use de la cosa (comodato) o goce de ella en el sentido más amplio posible (mutuo o simple préstamo). La unificación de las dos figuras estaría en función de esa idea de entrega y posterior restitución: (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 394).

entre mutuo y comodato la coloca el precepto en la *fungibilidad* o no del objeto entregado⁵.

Aquí conviene precisar qué se entiende por *bien fungible*. Se ha dicho que *fungibilidad* es la aptitud que tienen las cosas para ser sustituidas por otras equivalentes y que, a falta de parámetros propios, suelen determinarse en el tráfico según su peso, número o medida (*res quae pondere, numero, mensurave consistunt*)⁶. En suma, la fungibilidad representa la identidad de un bien con un número grande e indefinido de otros, de tal forma que, en la consideración social se estima a aquél como sustituible por cualquiera de los de su especie, sin cambio cualitativo⁷.

⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. y RAMS ALBESA, J., señalan que, a pesar de que la norma coloca como presupuesto diferenciador a la fungibilidad, lo cierto es que de la tradición se deduce que lo decisivo es si se ha entregado el objeto como cosa específica e individual cuya propiedad conserva el *tradens* y que debe restituirse *in natura*, o bien en su condición de componente de un *genus* homogéneo, para que el *accipiens* adquiera su propiedad y devuelva, en su momento el *tantumdem*: (*Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, Edición Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 169).

⁶ En tal sentido el artículo 607 C. prescribe que: "*Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. También se dividen en consumibles. Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad. Las no fungibles son aquellas que carecen de estas condiciones*". Refiriéndose al concepto de fungibilidad, algunos autores disienten de esta última afirmación, entre ellos DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, los cuales manifiestan que, para el caso concreto, la idea de fungibilidad ha de interpretarse no en su sentido estricto (sustituibilidad), sino en el sentido que en alguna otra ocasión el Código le da; *cosas que se consumen por el uso*, ello en atención a que la definición que en la materia hace el Código Civil español se sustenta en el artículo 1630 del Proyecto de 1851, que en palabras de García Goyena, permite diferenciar al mutuo del comodato, en razón de que "*en las cosas fungibles es imposible separar el uso del consumo; no pueden, pues, ser materia de comodato, por el que tan sólo se concede el uso, con la obligación de restituir la misma cosa específica*": (*Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, pág. 339). GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, también se inclina por ésta interpretación, en atención a que el dinero (bien fungible por excelencia) se halla revestido de *consumibilidad jurídica*, en cuanto a la utilización conforme a su destino conlleva la salida del patrimonio en que se encontraba: ("Los bienes patrimoniales" en la obra colectiva *Manual de Derecho Civil*, T. I, PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 464). Nosotros consideramos acertada tal línea argumentativa. En nuestra opinión esta última es efectivamente la noción de fungibilidad que debe prevalecer, es decir, la noción de "cosas que se consumen por el uso", de hecho, en apoyo de nuestra interpretación es útil revisar el artículo 3404 C. que, a todas luces, parece acoger dicha concepción: "*El mutuuario debe devolver al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad que las recibidas*".

⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. y RAMS ALBESA, J.; "*Elementos de Derecho Civil*", T. I, Vol. III, Edición Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 28. SANTOS BRIZ, Jaime, agrega que, además de lo señalado anteriormente, las cosas fungibles se diferencian de las que no lo son porque *son cosas nuevas*, dado que, si la cosa es usada ya no puede sustituirse por otra igual fácilmente: ("Artículo 337" en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel ALBALADEJO, 2ª edición, T. V, Vol. I, Edersa, Madrid, 1990, pág. 59). En nuestra opinión, si bien es cierto esta característica puede aplicarse a algunos ejemplares de bienes fungibles (verbigracia un libro), no lo es en el caso de los títulos valores, en general, ni a los valores mobiliarios o negociables, en particular, cuya principal vocación es la circulación, cuestión que no les hace desmerecer en su calificación jurídica de bienes fungibles.

Algún sector de la doctrina expresa que, la fungibilidad es una cualidad *objetiva*, sin perjuicio de que subjetivamente su poseedor trate a una cosa fungible como no fungible, o viceversa. Lo que viene a significar que ésta no se convierte en infungible, jurídicamente hablando, porque su propietario la considere como tal⁸. De forma que, para la cuestión de la fungibilidad no es decisivo el negocio del caso, la determinación por las partes, sino que, su definición depende tan solo de *los usos generales del tráfico*⁹. Se dice por ello que ésta no funciona *naturaliter*, sino *comercialiter*¹⁰. En suma, podemos afirmar que, una cosa es fungible *objetivamente* (por tanto, prescindiendo de la relación sentimental que pueda tener aquel espécimen concreto para su dueño) cuando hay otras muchas que según la opinión generalizada -valoración social- son prácticamente iguales; por tal razón, *no implica fungibilidad cualquier determinación cuantitativa arbitraria en un negocio jurídico*¹¹.

⁸ O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, T. I, Edersa, Madrid, 1997, págs. 434 y s.

⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, complementando lo anterior, agregan que, las cosas fungibles pueden, además, *ser objeto de negocios de tráfico en concepto de individualidades* (verbigracia, pueden venderse determinado saco de granos, no pudiendo entregarse ningún otro) y, a la inversa, las cosas no fungibles pueden ser tratadas por su medida, número o peso: (*Tratado de Derecho Civil*, T. I. *Derecho Civil (Parte General)*, Vol. I, por Ludwig Enneccerus, 13ª revisión por Hans Carl Nipperdey; Traducción de la 39ª edición alemana; estudio de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez González y José Alguer, 2ª edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 541).

¹⁰ SANTOS BRIZ, "Artículo 337", cit., pág. 59. No obstante, éste autor parece desdecir su anterior afirmación cuando señala que: *Para calificar un bien como fungible se mira preferentemente a la valoración de los interesados*. En similar línea argumental, RUGGIERO, Roberto de, señala que, la fungibilidad no se halla necesariamente vinculada a una cualidad intrínseca y objetiva de las cosas; puede el uso o la voluntad suprimirla en cosas que intrínsecamente son fungibles: (*Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus S.A., Madrid, 1929, págs. 480 y ss -). Para nosotros, la fungibilidad de los bienes atiende a criterios objetivos, es decir, a la consideración de la cosa como objeto o ente de cantidad, individualmente indiferente y sustituible, de conformidad con los usos del tráfico; razón por la cual dichas posiciones "subjetivistas" resultan inadmisibles.

¹¹ LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, T. I, Vol. III, cit., pág. 28. A modo de colofón, los autores hacen hincapié en que la fungibilidad es una *cualidad de las cosas*. Llegados a este punto conviene hacer notar que un sector doctrinal viene subrayando la natural coincidencia entre lo genérico y lo fungible: (SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil é Historia general de la legislación española. Parte General*, reimpresión modificada, T. II, estudio tipográfico sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911, pág. 506). En nuestra opinión esta posición es insostenible, dado que, como señala DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: "El género no es algo que se encuentra en la naturaleza, sino que constituye más bien un concepto puramente lógico, mentalmente construido en cuanto aísla notas comunes a diferentes objetos, a los que por un procedimiento meramente especulativo se reduce a una unidad en el pensamiento": (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 9ª edición (reimpresión), Tecnos, Madrid, 2000, pág. 401). Como puede notarse a simple vista, la genericidad tiene un potencial *matiz subjetivo*, el cual, precisamente, la distingue de la fungibilidad. En síntesis, las cosas fungibles, sobre todo, *se tienen*; en contraposición con las genéricas, *que se deben*, esto último sobre la base de que la genericidad es cualidad intrínseca de las obligaciones o, más exactamente de la prestación: (En este último sentido LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, op. cit., *ibidem*).

Por último, diremos que, los bienes fungibles, por causa de su *inidentificabilidad* singularizada, de un lado, se ven excluidos de determinados esquemas de aprovechamiento exclusivamente temporal (verbigracia, la exclusión, en virtud de la Ley, de que bienes fungibles sean objeto de los contratos de arrendamiento y comodato); de otra parte, obligan a tipificar un *modus restituendi* peculiar en las relaciones jurídicas que amparan la utilización de dichos bienes por *terceros*: así, (salvo los esquemas de la pura venta de los bienes fungibles y de su entrega con *estimación*, que equivale a aquélla), únicamente cabe imaginar el traslado simultáneo de la plena titularidad/riesgos contra el crédito del *tantumdem*, es decir, hacer propietario al *tercero* y obligarle a restituir *otro tanto de lo mismo*, siguiendo con ello los esquemas del préstamo¹².

De hecho, “la cosa dada por el mutuante pasa a ser de la propiedad del mutuuario”¹³, de modo que el mutuuario debe devolver al mutuante, “en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”¹⁴. Como se infiere de esta definición legal, el derecho de propiedad sobre las cosas prestadas se atribuye a quien las recibe en préstamo. De modo que, pertenecen al mutuuario los frutos que las mismas puedan producir. Y por esa razón, la causa para que el mutuo deje de ser gratuito (al menos en materia civil) no puede encontrarse en la ajenidad del objeto del préstamo, mientras está en manos del beneficiario; sino que se hallará en el *derecho de crédito* que existe en el patrimonio del mutuante¹⁵.

Por otra parte, es importante no perder de vista el carácter subsidiario que poseen las reglas del préstamo mercantil para el depósito irregular y para buena parte de los contratos bancarios de tipo activo¹⁶.

1.2 Carácter mercantil del contrato de préstamo

Por lo que se refiere al préstamo de consumo o mutuo, en sus variopintas modalidades, éste ha campado desde antaño en la vida del comercio y de la empresa, en razón de lo cual no es extraño que el Código de Comercio lo disciplinara, situación que nos obligará, de previo a

¹² GIL RODRÍGUEZ, “Los bienes patrimoniales”, cit., págs. 463 y ss.

¹³ Artículo 3395 C.

¹⁴ Artículo 3390 C., *in fine*.

¹⁵ MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit., 6ª edición corregida y puesta al día, pág. 397.

¹⁶ MORÁN BOVIO, *op. cit.*, pág. 398.

determinar las circunstancias que deben concurrir para calificar a un préstamo como mercantil o civil.

En tal sentido, el Código de Comercio ofrece las características del préstamo mercantil. Así, el artículo 486 Cc. exige dos condiciones: cuando éste *se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas a este* (criterio teleológico); o bien que *se contrae entre comerciantes, así como los que se hacen por los bancos e instituciones de crédito* (criterio personal).

Ambos criterios son reprochables, en primer lugar, porque el legislador ha sido incapaz de articular un “criterio subjetivo” (mucho menos un criterio de índole “objetiva”) lo suficientemente omnicompreensivo para delimitar la materia mercantil, de tal forma que, una vez más, recurre, en ocasiones, a la inclusión de un “comerciante” (bancos o instituciones de crédito) para delimitar dicha materia, y, peor aún, de dos comerciantes (“que se contrae entre comerciantes”) para calificar al préstamo como mercantil.

Adicionalmente, cuando el Código impone un “criterio teleológico”, esto viene a significar que sólo es posible calificar como mercantil al préstamo una vez que las cosas objeto del negocio se destinan por el mutuuario al fin descrito, opción que no está exenta de dificultades, especialmente cuando se requiere calificar al préstamo en el momento de su celebración, ya que todavía no es posible determinar cuál es el destino de las cosas prestadas.

Por último, como acabamos de comentar, nuestro Código presume el carácter mercantil del contrato de préstamo en el que intervienen los “bancos e instituciones de crédito”. Criterio que retoma la recién estrenada Ley 561¹⁷, cuando en su artículo 53 prescribe que “los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: 1. *Otorgar créditos en general, sea en moneda nacional o extranjera y cobrarlos en la misma moneda en que se otorgaron...*”.

1.3 Clases de préstamo mercantil

La doctrina, según la menor o mayor complejidad del tipo de relación contractual que conllevan, ha distinguido entre préstamos ordinarios y especiales. La especialidad de estos últimos deviene, bien de las garantías

¹⁷ Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros. Gaceta 232 del 30 de Noviembre del 2005.

que se instituyan respecto de la obligación del mutuuario de devolver el objeto prestado; ya de la existencia de una pluralidad de prestamistas; ora por la posibilidad de que junto a los intereses por el aplazamiento se conceda al prestamista cierta participación en los beneficios del prestatario, o, en fin, de las combinaciones entre algunas de estas especialidades¹⁸.

Además, atendiendo a la naturaleza de los bienes prestados, el Código de Comercio distingue tres tipos de préstamos: el de dinero, el de cosas muebles fungibles y el de una particular clase de cosas muebles fungibles, los títulos valores. Como luego estudiaremos, las diferencias entre estas tres modalidades se manifiestan en el *tantumdem* que el mutuuario tiene obligación de restituir y, como consecuencia, en la suma (prestación principal) sobre la cual se calculan los intereses (prestación accesoria) moratorios; no los que se pacten por el aplazamiento que toman su referencia de la cantidad inicialmente prestada¹⁹.

También, como ya se señaló líneas arriba, es posible hablar, en función del carácter oneroso o gratuito del contrato, de un préstamo con interés y el que carece de esa contraprestación.

En fin, como veremos acto seguido, atendiendo a los usos del tráfico jurídico, es posible diferenciar un préstamo real y unilateral, del préstamo consensual y, por ende, sinalagmático.

1.4 Características del contrato de préstamo mercantil

i. El carácter real o consensual del mutuo

Siguiendo el espíritu del Código y a la doctrina tradicional podemos afirmar que el contrato de mutuo es un contrato real, ya que no se puede pedir la restitución de lo que no se entregó, o lo que es lo mismo, la perfección del contrato no se produce por el mero consentimiento, antes bien, precisa la entrega de la cosa (*traditio causa credendi*). Dicha entrega no supone cumplimiento de una obligación anterior, se trata, pues, de un requisito de perfección del negocio y, en consecuencia, del

¹⁸ MORÁN BOVIO, "El contrato de Préstamo Mercantil", cit., 6ª edición corregida y puesta al día, pág. 399.

¹⁹ MORÁN BOVIO, op. cit., pág. *ibidem*.

nacimiento de las obligaciones emanadas de él, centradas en el prestatario; obligaciones de restitución²⁰.

No obstante, ésta concepción tradicional es objeto de revisión²¹. En razón de lo cual, se considera que al tenor de la expresión contenida en el artículo 3390 C. ("Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte **entregue a la otra** una cantidad de cosas..."), que se diferencia de otras locuciones legales, del mismo cuerpo normativo, en la falta de imposición al prestamista de la obligación de entregar la cosa objeto del préstamo, se ha suscitado la, ya clásica, discusión acerca de la naturaleza real u obligacional de este contrato: según ese canon el préstamo tiene naturaleza real, porque quien entrega la cosa prestada no tiene obligación de hacerlo. En efecto, éste contrato sólo se perfeccionaría desde el momento en que se realizase la *traditio* del objeto prestado.

²⁰ DÍEZ-PICAZO / GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, cit., págs. 394 y s. Por su parte, JORDANO BAREA, Juan B., comenta que, el principal argumento que justifica racionalmente la categoría de los contratos reales *quoad constitutionem*, en el Derecho moderno, es aquel que consiste en sostener que *la obligación principal surgida de estos contratos es la que tiende a la restitución de la cosa*, y dado que no puede existir una obligación de restituir lo que no ha sido recibido, de ahí que la entrega deba formar parte del período formativo del contrato. Así, para los defensores de ésta postura, *la datio contrahendi vel obligandi causa* ocupa una peculiar posición, que de algún modo significa que pertenece a la esencia del contrato, y, además, se evidencia por lo siguiente: 1. Porque, de manera general, la entrega es un presupuesto o elemento autónomo del contrato real, que se concibe así como supuesto de hecho complejo (acuerdo más entrega); ya sea en atención a que se le considere como un elemento esencial del negocio, requisito de existencia o elemento constitutivo, o bien, porque se le estime como un requisito de cualidad que caracteriza a la presencia de un particular contrato (vgr. el mutuo), a la falta del cual nace un negocio diverso; o un contrato preliminar o precontrato, o un contrato consensual atípico. 2. Porque se le considera como la forma normal de exteriorizar la voluntad de obligarse jurídicamente. Quien promete dar gratuitamente en mutuo no entiende normalmente que asume un vínculo jurídico; el carácter vinculante de su promesa surge sólo del hecho de la entrega; antes podrá tal vez sentirse obligado moralmente, pero no jurídicamente. En otras palabras, la entrega no es más que la "forma esencial" de expresar la voluntad vinculatoria. 3. La entrega es una exigencia funcional de los contratos reales. 4. La entrega es un requisito afín al de la forma en los contratos formales, en que se exige como elemento constitutivo: (*La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 93 y ss.).

²¹ Cabe señalar aquí, que también la jurisprudencia en Derecho Comparado, especialmente la española, sigue calificando a estos contratos como reales: verbigracia, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994 y de 12 de julio de 1996. No obstante ALBALADEJO, Manuel, afirma que, estas sentencias -al igual que tantas otras-, por mucho que señalan que el préstamo es un contrato real, no lo hacen ni como fundamento del fallo ni para significar que no hay más contrato de préstamo que el real. Las señaladas resoluciones no pretenden dejar sentado que en el préstamo la entrega es *siempre* esencial para que este se perfeccione, ni tampoco señalar que no cabe un préstamo consensual. En síntesis, el autor opina que *tales sentencias solo dicen que el préstamo es un contrato real, sólo para expresar que es real el préstamo que se perfecciona por la entrega*: ("La naturaleza Real o no del contrato de préstamo" en *Revista de Derecho Privado*, T. LXXXI, 1997, págs. 568 y s.).

Sin embargo, es posible afirmar (y la práctica jurídica, especialmente la bancaria, se encarga de corroborar que en efecto es así) que esa regla no puede impedir que, en virtud del principio general del Derecho Nicaragüense de obligaciones, carezca de valor obligatorio la declaración de voluntad de quien consiente en obligarse a prestar, y que su cumplimiento pueda ser exigible por la parte llamada a beneficiarse del préstamo, desde que tal acuerdo existe²².

Admitido lo anterior habrá que dilucidar si el negocio realizado es un contrato de préstamo obligacional (consensual), un precontrato de préstamo o, simplemente, un convenio consensual atípico.

Un sector de la doctrina estima que, al amparo de la autonomía de la voluntad, es indudable la validez y eficacia de un *contrato* por medio del cual el prestamista se obligue a la *traditio* en determinada fecha, y la contraparte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro y a pagar los intereses más la comisión²³.

²² Cfr. MORÁN BOVIO, David, "El contrato de Préstamo Mercantil" en *Derecho mercantil*, Vol. II, 7ª edición, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2002, pág. 402.

²³ LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, cit., pág. 170. En sentido similar SÁNCHEZ CALERO, Fernando, estima que la noción del contrato (consignada en los Códigos), que parte del carácter real del préstamo, se altera por buena parte de la doctrina entendiendo que cabe concebir el contrato de préstamo como un contrato consensual en virtud del cual el prestatario se obliga a recibir una cosa fungible del prestamista, para devolverle otro tanto de la misma especie o calidad. El sentir del Código, en opinión del tratadista, es en todo caso de carácter dispositivo, que puede ser modificado por la voluntad de las partes, de modo que adelanten la perfección del contrato al momento en que existe el acuerdo entre ellas de celebrar un contrato de mutuo, de manera que por esta vía se llega a la concepción de este contrato como consensual por la voluntad de las partes. El estudioso valora que la concepción de la doctrina tradicional, que califica al referido contrato como real, contrasta con la práctica de los negocios y en especial la bancaria, que estima que las partes suelen tender a transformar el contrato de préstamo en consensual y estimar que está perfeccionado desde el momento en que las partes se han puesto de acuerdo en la cuantía del préstamo, los plazos para su devolución y el importe de los intereses; siendo esto así, y debido a que no existe norma imperativa que imponga el carácter real del contrato de préstamo, el autor interpreta que en tal caso no está ante un contrato de promesa de préstamo, sino ante un verdadero préstamo, razón por la cual nos encontramos ante un contrato consensual: (*Instituciones de Derecho mercantil*, Volumen II, 23ª. Edición, McGraw Hill, Madrid, 2000, pág. 282 y ss.). Por su parte, GARRIGUES, Joaquín, expresa que, a diferencia del contrato de depósito, el Código Civil no declara el carácter real del contrato de préstamo, aunque, *ciertamente, la obligación del prestatario no pueda nacer antes de recibir el capital prestado*. Los comerciantes no son propicios a las sutilezas jurídicas y se resisten a admitir que después de haber discutido y pactado por escrito las condiciones en que recibirán un préstamo bancario, por ejemplo, todavía no han concluido el contrato de préstamo, sino sólo un pacto preparatorio (*pactum de mutuo dando*), que dará paso a un nuevo contrato -el de préstamo- únicamente cuando el capital haya sido entregado. *En el sentir del tráfico mercantil la entrega del capital es ya el primer efecto del contrato consensual de préstamo que la doctrina rechaza*: (*Curso de Derecho Mercantil*, T. II, 8ª edic., revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, Madrid, 1983, pág. 146).

Por eso, se afirma que, cualquier mutuo convenido sin entrega, es, desde el momento del acuerdo de voluntades, un *contrato perfecto* al que le faltan los actos precisos para su consumación. En adelante, las partes no necesitarán manifestar de nuevo su consentimiento al producirse la entrega de la cosa, siendo ésta, como los restantes actos ulteriores, cumplimiento de un acuerdo antecedente que fue ya de contrato de préstamo (entiéndase préstamo consensual). Si la regulación codicística parte de la entrega de la cosa, ello obedece a que tal entrega es la hipótesis normal. El molde típico del préstamo presupone la normal unidad cronológica de la conclusión del contrato y de la entrega de la cosa, que no es, sin embargo, necesaria y que se puede romper cuando las partes, en lugar de concluir el contrato de manera instantánea, se limitan a convenirlo para proceder más tarde a su ejecución. El ámbito del contrato real coincidiría así, en substancia, con el del contrato manual, entendido éste como aquel contrato en el que ejecución y conclusión se realizan al mismo tiempo²⁴.

Otra corriente dogmática considera que, la tradicional disyuntiva entre el carácter real o consensual del contrato de préstamo puede resolverse *atendiendo al juego normal en su sistema de la forma y de la causa*. Puesto que, el Código Civil considera al préstamo, en general, como contrato real, lo que se armoniza con el hecho de haberlo caracterizado de esencialmente (el comodato) o de naturalmente (el mutuo) gratuito; entonces, resulta lógico que estos contratos gratuitos necesiten para su eficacia de una cierta forma, que complete el consentir de los contratantes, y que aquélla sea, como en el supuesto del comodato, “la entrega de la cosa”²⁵.

Esta construcción normativa del tipo, como contrato real o formal, no implica negar la posibilidad de negocios atípicos de préstamo (y otros contratos reales, vgr. el depósito). El Código que ha reconocido taxativamente el simple préstamo, ha de admitir su validez, dado el consentimiento sobre objeto y causa, siempre y cuando haya mutua promesa de prestaciones; aunque quede entonces el contrato fuera del estricto tipo legal. Resulta, pues, reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (*ad solemnitatem*) para los préstamos gratuitos contraídos verbalmente. Situación que no parece contradictoria, sino conforme al sentir común, que regularmente estima tales ofrecimientos o peticiones, hechas meramente de palabra, origen

²⁴ JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, cit., págs. 133 y ss.

²⁵ Artículo 3417 C.

de obligaciones sociales o de cortesía, cuyo cumplimiento no cabe sea exigido judicialmente²⁶. Por tal razón, debe precisarse realmente cuando se ha manifestado un consentimiento con intención de vincularse jurídicamente y cuando con intención de cumplir un deber de amistad²⁷.

De lo anterior se colige que, la entrega de la cosa sería un requisito de forma sin el cual no nace el contrato en los supuestos de préstamo gratuito, cuya finalidad consiste en tener la certeza de la voluntad expresada por el prestamista. Para los supuestos de préstamo oneroso la entrega simultánea al acuerdo de voluntades, es decir, la necesidad de que el contrato sea real, toma un carácter dispositivo de forma que las partes podrán vincularse también sin la entrega inmediata de la cosa. En tales contratos primará el principio de libertad de forma²⁸.

Como réplica a esta concepción se ha manifestado que, si bien es cierto puede convenirse el préstamo de una cantidad para una fecha ulterior, no lo es menos que el préstamo como tal no nace hasta que la cantidad resulte entregada²⁹.

Por otra parte, hay quienes aun manteniendo el carácter real del préstamo de valores, sostienen la validez del compromiso de prestar, denominándole *precontrato de préstamo*; concluyendo que, en definitiva, caben ambas construcciones³⁰. Al parecer, estos autores parten de una concepción tradicional del precontrato, considerándole como un verdadero contrato por el que las partes quedan constreñidas en el futuro a la celebración de otro nuevo, el cual, por ser distinto del anterior y meramente preparatorio requiere nuevas declaraciones de voluntad. El efecto de aquél es crear la obligación de contratar, a cargo de una o ambas partes, según los casos: la de un *facere* consistente en celebrar otro contrato con nuevos consentimientos. De tal forma que, sería posible la celebración de un precontrato de préstamo real, ya que no es necesario

²⁶ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 286 y s. Ver también ALBALADEJO, "La naturaleza Real o no del...", cit., págs. 570 y s.

²⁷ Díez-PICAZO / GULLÓN BALLESTEROS, agregan que, salvo en el préstamo con interés, será difícil apreciar la existencia de una vinculación jurídica previa a la entrega: (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, cit., pág. 396).

²⁸ YSÀS SOLANES, María, "Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés" en *RCDI*, nº 618, 1993, págs. 1372 y s.

²⁹ SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, "Contrato de doble" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1586.

³⁰ CACHÓN BLANCO, José Enrique, "El contrato de préstamo de valores negociables (especialmente, acciones cotizadas en bolsa)" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Coordinador Juan Luis Iglesias Prada, Civitas, Madrid, 1996, T. III, págs. 3169 y s.

que éste reúna todos los requisitos del contrato definitivo, uno de los cuales, para el caso concreto, sería la entrega³¹.

No obstante, dicha concepción se encuentra superada, dado que, se considera al precontrato como una fase de un *iter* contractual complejo, de formación sucesiva; una etapa preparatoria del contrato en la que las partes convienen el contrato futuro atribuyendo a una o a las dos la facultad de exigir en un momento ulterior la puesta en vigor del contrato definitivo. Estas dos partes del *itinerario* presentan una unidad funcional, de ahí la necesidad de que los requisitos legales para la validez del contrato concurren en la fase inicial³². De ello se deduce que, *no es posible un precontrato de préstamo real* debido a que la entrega es requisito esencial del definitivo, y si ésta no se produce nos encontramos en presencia de un precontrato o de un contrato consensual de préstamo, y a su vez, si se produce la *traditio* nos hallamos ante un contrato de préstamo real³³.

En similar sentido, algunas voces se han manifestado contra la posibilidad de celebrar un *precontrato consensual de mutuo real*, advirtiendo que admitir tal supuesto constituiría un fraude, ya que es un contrasentido permitir obligarse precontractualmente sin entrega, a lo que contractualmente la ley sólo permitiría obligarse mediando entrega³⁴.

Otros tratadistas adoptan una posición ecléctica, puesto que, señalan que el préstamo mutuo puede tener carácter real o consensual. De forma que, este último comprende una fase anterior e incluye la obligación de quien ha de entregar una cantidad en concepto de préstamo. A lo cual agregan que, el pretendido precontrato presuntamente preparatorio de otro contrato real de mutuo es un verdadero contrato consensual, pues no tiene sentido entender que la obligación de entregar una cantidad en concepto de préstamo no forma una unidad con la obligación resultante de esta efectiva entrega cuando ambas obligaciones están previstas y reguladas en el contrato inicial³⁵.

³¹ YSÁS SOLANES, "Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo...", cit., pág. 1371.

³² DE CASTRO y BRAVO, Federico, "La promesa de contrato" en ADC, 1950, T. III, fascículo 4, pág. 1133.

³³ En este sentido YSÁS SOLANES, "Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo...", cit., pág. 1371.

³⁴ ALBALADEJO, "La naturaleza Real o no del...", cit., págs. 570 y s.

³⁵ PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, 3ª edición actualizada y revisada por Carles J. Maluquer de Motes I Bernet, Bosch, S.A., Barcelona, 1997, págs. 466 y s.

En nuestra opinión, como acertadamente ha señalado la réplica a la doctrina que admite la existencia de un contrato consensual de préstamo, *éste no puede calificarse de contrato de préstamo stricto sensu*, en atención a que la norma lo sanciona expresamente como contrato real. Sin embargo, ello no obsta para que las partes, haciendo uso del libre juego de la autonomía de la voluntad, puedan celebrar un *negocio consensual de préstamo atípico* (que no se trata de un *contrato típico de mutuo consensual* o de un *precontrato de préstamo*), que, en todo caso, no puede más que calificarse como de *contrato atípico*, generador de específicas obligaciones para ambas partes y concertado en los espacios libres que acepta el ordenamiento jurídico.

Dicho en otras palabras, el contrato de préstamo bancario (subespecie del contrato de préstamo mercantil, y sobre el que volveremos más abajo), normalmente articulado en la praxis como un contrato consensual, no puede tildarse de otra forma que como “*contrato de préstamo atípico*”.

En virtud de ello, se ha dicho que, no habiendo inconveniente legal en pura teoría para el reconocimiento de los convenios que obliguen a entregar una cosa en préstamo, es claro que la fase anterior a la entrega se encuentra huérfana de regulación³⁶.

ii. Contrato traslativo de dominio

En tal sentido el Código es categórico al declarar que “la cosa dada por el mutuante pasa a ser de la propiedad del mutuuario”³⁷. Debido a esto, como regla general, pertenecen al prestatario los frutos que el bien pueda producir.

Y, como ya dijimos, la causa para que el préstamo deje de ser gratuito no puede descubrirse en la ajenidad del objeto del préstamo, mientras está en manos del beneficiario, sino que se encontrará en el derecho de crédito a obtener la devolución del bien entregado, que sustituye al derecho real que existía en el patrimonio del prestamista³⁸.

iii. Contrato sinalagmático

En atención a su carácter real, un sector de la doctrina afirma que se trata de un contrato unilateral, en virtud del cual sólo nacen obligaciones para el prestatario (devolver los bienes y, en su caso, pagar

³⁶ DÍEZ-PICAZO / GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, cit., pág. 340.

³⁷ Artículo 3395 C.

³⁸ MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit., 7ª edición, págs. 402 y s.

el interés)³⁹. En contraposición, hay quienes aseguran que, en atención a la consensualidad del contrato, el préstamo da lugar a una relación jurídica que crea obligaciones a cargo de las dos partes⁴⁰.

Pero dejando a un lado la *unilateralidad* o "*sinalagmaticidad*" que emana del carácter real o consensual del contrato, lo cierto es que existe cierta tendencia que duda del carácter unilateral del *mutuo oneroso* -entiéndase mutuo con interés- *real* (no así del gratuito que sigue considerándose como tal), dado que, en el momento de la *traditio* el derecho de propiedad del mutuante sufre una modificación cualitativa, transformándose el derecho real en un derecho de crédito, que, aún, se ve limitado por un derecho de goce que corresponde al prestatario, por todo el tiempo de duración del contrato. Los intereses que el mutuuario paga al mutuante serían la compensación por la concesión del goce que le concede éste. De todo ello se deduce que, el mutuo real con interés es, según esta concepción, un contrato con *prestaciones bilaterales*, debido a que aparte de la entrega y la restitución surge la obligación del prestamista de observar el plazo que limita su derecho de crédito y cuya contrapartida es la obligación del prestatario del pago de los intereses y su derecho al goce de lo prestado durante el plazo establecido⁴¹.

En línea similar se ha dicho que el préstamo con interés es un contrato sinalagmático, en atención a que la prestación del dinero va correspondida por la contraprestación de los intereses, sin que influya en tal calificación el hecho de que la obligación del mutuuario comienza cuando el mutuante ha cumplido su parte, sin estar previamente obligado y constituyendo el contrato mediante la entrega. Ya que siempre queda la relación de conmutatividad entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte del mutuante y el pago de los intereses por el mutuuario, con obligación de saneamiento en caso de evicción o vicios ocultos, como en los otros contratos sinalagmáticos, y devolución de los intereses en caso de prestación fallida del prestamista. Este responderá por los daños causados por la cosa entregada, no sólo en los términos del artículo 3447 C.⁴², sino también siempre que medie culpa suya. Y no

³⁹ Entre otros, URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 28ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 834; CORTÉS, Luis Javier, "*Contratos bancarios (I)*" en la obra *Uría-Menéndez. Curso de Derecho Mercantil*, T. II, Civitas, Madrid, 2001, pág. 508.

⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., 23ª. Edición, pág. 283.

⁴¹ YSÁS SOLANES, "*Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo...*", cit., págs. 1373 y ss.

⁴² "El comodante que conociendo los vicios o defectos ocultos de la cosa prestada, no previno de ellos al comodatario. responde a éste de los daños que por esa causa sufre".

pagándose el interés pactado, parece aplicable el artículo 1885 C.⁴³, pues el hecho de que la obligación de intereses no se inicie hasta la entrega de la cantidad prestada, no impide que la subsistencia del préstamo se deba al pago de la retribución y se justifique por ella⁴⁴.

Esta concepción ha sido cuestionada, razonando que en los negocios de crédito, y en particular en el mutuo, falta el bien que pueda ser objeto de goce continuado, porque tratándose de cosas fungibles cuando ya son propiedad del prestatario la alienación de los bienes no interesa a la relación contractual. De ahí surge la importancia no del goce de la cosa, sino de la esencia de la función crediticia del plazo. Así, la estructura del préstamo, y de otros contratos de crédito, se basa en la entrega-restitución, a la que se denomina *sustitución*. La entrega inicia entre las partes la relación de sustitución sobre la cual incide el elemento más característico del mutuo: el plazo. Éste accede a la relación de sustitución atribuyendo un significado económico a un intercambio que por sí mismo sería económicamente indiferente. Por tal razón, el objeto del negocio no puede ser calificado como goce ni como intercambio de bienes, sino como una fórmula más compleja, como una operación de sustitución (*traditio*-restitución) y de un plazo que en el préstamo oneroso se concede a cambio de los intereses, mientras que en el gratuito se concede por la liberalidad, se produce un aplazamiento gratuito de la deuda de restitución⁴⁵. En nuestra opinión, esta es la interpretación más acertada.

La única crítica esgrimida en contra de esta última tesis, aduce que ésta se limita a observar los intereses que se generan solamente en función del plazo que cubre la relación, pero no contempla que también representan la compensación por el riesgo que asume el mutuante a lo largo de dicha operación⁴⁶. No obstante, nos parece que dicha crítica no es tan sólida como para desvanecer lo señalado por Simonetto.

⁴³ "La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato, si es posible, o de pedir su resolución además del pago de los daños y perjuicios en ambos casos".

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, cit., pág. 178. En este mismo sentido GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios*, 2ª edic. revisada, corregida y puesta al día por Sebastián, Moll, Madrid, 1975, pág. 226.

⁴⁵ SIMONETTO, Ernesto, *Los contratos de crédito*, traducción de Juan Martínez Valencia y notas de Derecho español por Juan V. Fuentes Lojo, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1958, págs. 63 y ss.

⁴⁶ YSÀS SOLANES, "Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo...", cit., pág. 1375.

Por nuestra parte nos parece, en atención a las posiciones que acabamos de exponer, que es posible afirmar que el préstamo mercantil, más allá de su carácter real o consensual, es un contrato sinalagmático.

iv. Contrato oneroso

De lo señalado en el artículo 3398 C.⁴⁷ parece deducirse que el contrato de préstamo civil es normalmente gratuito, puesto que no se deben intereses a menos que hayan sido expresamente pactados. No obstante, “la calidad de gratuito no se presume en los préstamos mercantiles, y estos ganarán intereses legales, salvo que las partes acordaren lo contrario”⁴⁸.

En tal sentido, la doctrina más autorizada ha señalado que para determinar el carácter oneroso o gratuito de un contrato habrá que determinar la estructura económica del acto y detectar si en él existen atribuciones o ventajas patrimoniales para ambas partes o sólo una de ellas, aun cuando estas ventajas puedan en ocasiones ser indirectas⁴⁹.

Así, en el contrato de préstamo, tanto si se pactan intereses como si no, existirá una entrega, que es atribución patrimonial aunque *momentánea*, y una restitución, que es obligación y prestación, pero es también atribución patrimonial *momentánea*, y ambas atribuciones patrimoniales son exactamente recíprocas. De tal forma que se puede afirmar que todo contrato de préstamo es oneroso⁵⁰.

En la misma línea se ha dicho que, cuestión distinta es la de si el mutuo produce o no una *ventaja patrimonial, stricto sensu*. En este caso cabe con mayor coherencia un tratamiento distinto para las dos figuras en cuestión (mutuo con y sin interés). En el segundo supuesto se produce una ventaja patrimonial en sentido estricto, porque al menos nominalmente los patrimonios de los respectivos sujetos quedan intactos una vez concluido el negocio. Por el contrario, en el préstamo con interés el mutuante obtiene, también nominalmente, una ventaja patrimonial, pues de su patrimonio ha salido una cantidad “X” que recuperará

⁴⁷ Artículo 3398 C.: “No habiendo convención expresa sobre intereses, el mutuo se supone gratuito y el mutuante sólo podrá exigir los intereses legales por la mora”.

⁴⁸ Artículo 490 Cc.

⁴⁹ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Volumen I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 84.

⁵⁰ SABATER BAYLE, Isabel, *Préstamo con interés, Usura y cláusula de estabilización*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 47.

incrementada en la parte correspondiente a los intereses. Por eso, esta diferencia se basa en el concepto de ventaja patrimonial que tiene lugar en el momento de conclusión del negocio de mutuo con intereses y no en su antítesis; pero tal diferencia no cualifica a la característica de la onerosidad o la gratuidad, sino que, distinguiría entre la gratuidad y la lucratividad (entendiendo en sentido distinto del expuesto el término gratuidad), y, de cualquier manera, vendría a ocupar una posición preeminente dentro del tema de cuál sea la causa de la obligación de intereses⁵¹.

v. Contrato no formal

La mayoría de los tratadistas afirman que se trata de un contrato no formal, ya que no se prescribe forma alguna *ad solemnitatem*⁵². Aunque sí existe la forma meramente *ad probationem*, consignada en el artículo 3396 C., que exige la forma escrita cuando la cuantía del contrato sea superior a 100 córdobas⁵³.

No obstante, debemos recordar que algunos estudiosos han señalado que la exigencia de la entrega o recepción de la cosa, resulta reducida a ser un requisito de forma *ad solemnitatem* para los préstamos gratuitos contraídos verbalmente. Situación que se justifica porque regularmente se estima que tales ofrecimientos o peticiones, hechas meramente de palabra, son origen de obligaciones de amistad o de cortesía, cuyo cumplimiento no cabe sea exigido judicialmente⁵⁴.

En contra de esta última interpretación, se ha manifestado que, en este caso la entrega de la cosa cumple una función de *causa* más que de *forma*, debido a que los efectos obligatorios del contrato quedan ampliados (conforme a una *tipicidad nominal* que no corresponde con la *tipicidad causal*, o sea, institucional y sistemática) mediante la entrega de la cosa, de tal forma que, esta entrega no constituye el contrato como se trataría

⁵¹ SABATER BAYLE, op. cit., págs. 47 y s.

⁵² Vid. por todos CORTÉS, "Contratos bancarios (I)", cit., pág. 508.

⁵³ Artículo 3396 C.: "El mutuo puede ser contratado verbalmente; pero no podrá probarse sino por instrumento público o por instrumento privado de fecha cierta si el empréstito pasa del valor de cien pesos". Vid. también el Artículo 111 CC.: "Las obligaciones mercantiles y su extinción se prueban: h) Por testigos; pero esta prueba no será admitida cuando la cantidad exceda de cien córdobas, a no concurrir con alguna otra prueba" y el Artículo 491 CC.: "La estipulación de intereses que no sean los legales o la que exonere al prestamista (sic. prestatario) de su pago, deberá celebrarse por escrito, y sin esta circunstancia será ineficaz en juicio".

⁵⁴ DE CASTRO y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, cit., págs. 286 y s. y ALBALADEJO, "La naturaleza Real o no del...", cit., págs. 570 y s.

en el caso de que funcionara como forma, sino que llegando el caso amplía sus efectos actuando como *causa particular* de los mismos⁵⁵.

Asimismo, se ha señalado, reafirmando lo anterior, pero atendiendo al alcance de la entrega de la cosa en los contratos reales (por lo cual nos alejamos un poco del estricto campo de la forma), que “el negocio jurídico puede configurar una exteriorización tanto bajo la forma de declaración como bajo la de simple *comportamiento*” habiendo “figuras de negocios resultantes de la combinación de un *comportamiento* subordinado a la declaración que funcionalmente le es superior” siendo éste el caso de los contratos reales. Infiérese de ello que, la exteriorización que produce la entrega es posterior a la declaración y es que el comportamiento sólo de un modo excepcional suple a la declaración, en aquellos casos en que coincide con ésta y es su forma de exteriorización (por ejemplo, la donación manual), sólo entonces es cuando constituye forma del negocio. En los casos restantes el mero comportamiento o nos lleva fuera del campo del negocio jurídico a las simples *actuaciones de voluntad* o a los *actos reales* no negociales (*ocupatio, plantatio, derelectio*, entre otros), o, en otro caso, se desenvuelve en la vida posterior a su nacimiento, o sea, en el juego de los efectos que del mismo nacen. Por eso, “la entrega no es una forma, como se afirmaba de la *traditio* en el Derecho romano común, y su necesidad obedece a muy otra exigencia que la de la seriedad del negocio en el sentido que hemos visto, el del carácter firme y definido de la determinación causal. La entrega es aquí parte integrante de la misma reglamentación de intereses elevada a contenido del negocio”⁵⁶.

2. Elementos del contrato de préstamo mercantil

2.1 Elementos personales.

Dado que las normas que regulan el préstamo mercantil no establecen especialidad alguna, es posible afirmar que se aplican las reglas generales

⁵⁵ DE LOS MOZOS, José Luis, *El Negocio Jurídico (Estudios de Derecho Civil)*, Editorial Montecorvo, S:A:, Madrid, 1987, pág. 416.

⁵⁶ BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho Español por A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pág.200 y ss. y DE LOS MOZOS, *El Negocio Jurídico*, cit., pág.416 y s.

del contrato de préstamo civil, en lo atinente a la capacidad para contratar⁵⁷ y a la representación⁵⁸.

Empero, habrá que tener en cuenta que, atendiendo a la regla del artículo 486 Cc., en línea de principio, sólo podrá tildarse de mercantil, en primer lugar, “*el préstamo que se contrae entre comerciantes*” y, además, “*los que se hacen por los bancos e instituciones de crédito*” Dicho de otra forma, según la dicción de tal artículo se requiere, en el primer caso, que tanto prestamista como prestatario sean empresarios y, en el segundo supuesto, que el prestamista sea una institución de naturaleza financiera (bien sea un banco u otra institución de naturaleza análoga).

Tal interpretación llevaría a negar la mercantilidad de aquellos préstamos en los que (no participando una institución financiera) una de las partes no sea empresario; o bien de aquéllos otros en los que, hipotéticamente, un banco o institución de crédito recibiese fondos, en calidad de préstamo, de un sujeto que no es comerciante.

En mi opinión tal interpretación estaría en abierta contravención con el espíritu del artículo 103 Cc., que en su dicción literal está pensada para negar el carácter mercantil de los contratos si y solamente “*si ninguno de los contratantes es comerciante o la obligación no es de naturaleza mercantil*”, aun y cuando “*las partes estipulen que se obligan al estilo de comercio*”.

Más bien, me parece que es posible tildar como préstamos mercantiles aquellos contratos que surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa, independientemente que una de las partes no sea empresario; o bien que se trate del hecho (que obviamente muy difícilmente sucederá en la práctica) de que un banco o institución de crédito recibiese fondos, en calidad de préstamo, de un sujeto que no es comerciante.

⁵⁷ Artículo 278 C.: “*La época de la mayor edad se fija sin distinción de sexo en los veintidós años cumplidos. El mayor de edad, puede disponer libremente de su persona y bienes*”.

⁵⁸ Artículo 3312 C.: “*No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le haya ordenado vender; ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le haya ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante. Si tuviere encargo de tomar dinero prestado, podrá prestarlo al mismo interés designado por el mandante, o a falta de esta designación, al interés corriente; pero facultado para colocar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin la aprobación del mandante*”.

2.2 Elementos reales

En función de la naturaleza de los bienes prestados, el Código de Comercio distingue tres tipos de préstamo mercantil: el de dinero⁵⁹, el de cosas muebles fungibles (generalmente mercaderías) y el de esas cosas muebles fungibles de carácter especial que denominamos títulos valores⁶⁰.

3. El contenido del contrato de préstamo mercantil

Antes de entrar en materia conviene dejar claro que, para el análisis de este apartado partimos de la concepción del *mutuo real* como contrato sinalagmático, que ha defendido un sector de la doctrina, según lo hemos dejado expresado en las líneas precedentes.

3.1 Obligación del prestamista

Como señalamos antes, se ha dicho que en el tráfico mercantil, cuando el préstamo es a interés (hipótesis normal), es indudable que hay un cambio de prestaciones semejante al de los contratos sinalagmáticos. El mutuante cede la cosa para recibir un interés, y este percibo de intereses constituye la causa del contrato para éste⁶¹.

En este mismo sentido, ya hemos señalado que, un sector doctrinal ha destacado que en la calificación de este contrato como sinalagmático no debe influir el hecho de que la obligación del prestatario comienza cuando el prestamista ha cumplido su parte, sin estar previamente obligado e instaurando el contrato mediante la entrega. Ya que invariablemente existirá corresponsabilidad entre las obligaciones del mutuante y del mutuuario⁶².

Justamente por ello, se afirma que la obligación del prestamista no es otra que la de aplazar la recuperación de los bienes objeto del contrato, entregados previamente, hasta que sea llegado el momento pactado para su efectiva restitución⁶³.

⁵⁹ Artículo 487 Cc.

⁶⁰ Artículo 488 Cc.

⁶¹ Cfr. GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, cit., pág. 226.

⁶² LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RIVERO HERNÁNDEZ/RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. II, cit., pág. 178.

⁶³ En defecto de pacto expreso es aplicable el artículo Artículo 489 CC.: "En los préstamos por tiempo indeterminado, no podrá exigirse al deudor el pago, si no después de los treinta días siguientes a la interpelación que se le haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o dos testigos". Según CORTÉS, este plazo legal se explica en razón de la finalidad de crédito o financiación que sirve de base al préstamo. Por otra parte, conviene destacar que el Tribunal Supremo español (en cuyo ordenamiento hay una norma del mismo tenor que la nuestra) ha declarado, en sentencia de 26 de noviembre de 1963, que en caso de varios prestatarios solidariamente obligados a la devolución es suficiente que el requerimiento se practique con cualquiera de ellos: ("*Contratos bancarios I*", cit., pág. 509).

En contraposición, cuando el contrato, como es el caso del préstamo bancario, se configura como consensual y sinalagmático, el prestamista asume, adicionalmente, la obligación de llevar a cabo la entrega en las condiciones pactadas.

3.2. Obligaciones del prestatario

3.2.1. Obligación de restitución

El Código no prevé de forma programática la obligación de restitución que corre a cargo del prestatario sino que, sobreentendiéndola, se ocupa en algunos de sus preceptos a precisar su contenido, haciéndolo depender de la naturaleza del objeto prestado⁶⁴.

Así, en virtud del préstamo el mutuuario se obliga a devolver a su contraparte otro tanto de lo recibido, en el lugar y tiempo señalados en el contrato, y, como ya comentamos, *“en los préstamos por tiempo indeterminado, no podrá exigirse al deudor el pago, si no después de los treinta días siguientes a la interpelación que se le haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o dos testigos”* (art. 489 Cc.). Tal como se ha señalado en Derecho comparado, nos parece que la finalidad crediticia que tiene el negocio y la intención de evitar una de las prácticas usurarias inveteradas (a saber, la consistente en reclamar al mutuuario el monto del préstamo al día siguiente de aquél en que lo hubiere recibido, únicamente con la intención de poder exigirle unos intereses moratorios que generalmente son superiores a los remuneratorios), han justificado la opción legislativa del artículo 489 Cc⁶⁵.

Por lo que hace al préstamo dinerario, sólo cuando el objeto del negocio es una determinada cantidad de unidades monetarias de curso legal estamos ante un verdadero contrato de “préstamo de dinero”⁶⁶. Si la especie monetaria que se presta carece de curso legal, el préstamo será de “especie”⁶⁷ –siempre que esas monedas tengan la característica de la fungibilidad, si no es así, se tratará de un comodato.

⁶⁴ Vid. MORÁN BOVIO, *“El contrato de Préstamo Mercantil”*, cit., 6ª edición corregida y puesta al día, pág. 400.

⁶⁵ Vid. MORÁN BOVIO, *“El contrato de Préstamo Mercantil”*, cit., 6ª edición corregida y puesta al día, pág. 404.

⁶⁶ Artículo 2022 C.

⁶⁷ Artículo 2023 C.: *“Si la deuda hubiere de pagarse en una moneda determinada que no tenga curso corriente al tiempo del pago, deberá hacerse éste como si no se hubiere fijado moneda alguna”*.

El préstamo de dinero plantea el problema de la “pérdida de valor del dinero” que, obviamente, afecta de forma directa la obligación de restitución del prestatario, ya que esa modificación origina un conflicto entre los intereses del prestamista y los del prestatario. Así, el mutuante deseará que se le restituya una cantidad de idéntico poder adquisitivo a la que él entregó, mientras que el prestatario pretenderá devolver una cantidad igual a la que recibió, sin importarle cuál sea su valor actual⁶⁸. Ese conflicto de intereses es resuelto, en principio, por el artículo 487.1 Cc. a favor del interés del prestatario: “*Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley monetaria vigente en la República, al tiempo de hacerse el pago, salvo pacto en contrario*”.

Esta norma general va seguida de una excepción, que no hace sino confirmar la regla: “*si se pacta la especie de moneda en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor, será en daño o beneficio del prestador*”⁶⁹; porque, como hemos visto arriba, en la norma general la “alteración” que sufre el valor legal de la moneda es, también, “en daño o beneficio” del prestamista.

Pero la pregunta clave es ¿por qué el legislador se ha decantado por la señalada opción normativa? Nos parece que la respuesta no atiende al hecho de que el legislador haya considerado que los intereses del prestatario son más legítimos que los del prestamista, sino que, más bien, el interés del mutuuario coincide, precisamente, con la aplicación de unos criterios que son prioritarios a los intereses individuales de ambos: *el de la seguridad del tráfico y el de la soberanía monetaria del Estado*⁷⁰.

Y es que, necesariamente, *la seguridad del tráfico* exige que la referencia en las deudas de dinero sea la cantidad en vez del valor que éste represente. Sólo de esta forma se establece con precisión perdurable el alcance exacto del crédito y de la deuda que corresponden a cada uno de los contratantes. En idéntica línea, en razón del *principio de soberanía monetaria del Estado* se confirma la función de garantía que el poder estatal ejerce sobre la moneda⁷¹.

⁶⁸ CORTÉS, “*Contratos bancarios (I)*”, cit., págs. 510 y s.

⁶⁹ Artículo 487.2 Cc.

⁷⁰ MORÁN BOVIO, “*El contrato de Préstamo Mercantil*”, cit., 6ª edición corregida y puesta al día, pág. 401.

⁷¹ MORÁN BOVIO, op. cit., *ibidem*.

La preferencia por la cantidad en vez del valor que ésta representa, es lo que se ha dado en llamar *principio nominalista*; en contraposición a dicho criterio se erige el *principio valorista*, que trata de corregir los efectos de una eventual desvalorización del dinero⁷². Con todo, la opción que sigue nuestro Código por el nominalismo no impide que “en todo contrato podrá establecerse una cláusula por la cual las obligaciones expresadas en córdobas mantendrán su valor en relación con una moneda extranjera. En este caso, si se produce una modificación en el tipo oficial de cambio del córdoba en relación a dicha moneda, el monto de la obligación expresada en córdobas deberá ajustarse en la misma proporción a la modificación operada. En lo que respecta al crédito intermediado por las empresas autorizadas por la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras, corresponderá al Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua reglamentar la aplicación de la presente disposición”⁷³.

La restitución en las otras clases de préstamo (donde, a diferencia del préstamo de dinero, preocupa al legislador la eventualidad de la extinción de las mercaderías o valores objeto del negocio), se articula de la siguiente manera: “En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario. Si los préstamos fueren en especie, 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 hubiese extinguido la especie debida”⁷⁴.

3.2.2 Obligación de pagar intereses

El préstamo oneroso obliga al mutuuario a enterar el interés remuneratorio, o precio del uso del dinero ajeno, que haya pactado desde su entrega o puesta a disposición⁷⁵. De hecho, el sistema Codicístico, en materia mercantil, está anclado en la concepción de que “la calidad de gratuito no se presume en los préstamos mercantiles, y estos ganarán intereses legales, salvo que las partes acordaren lo contrario”⁷⁶, de modo que lo normal es que éste será retribuido.

⁷² SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho mercantil*, Volumen II, 24ª. Edición, McGraw Hill, Madrid, 2002, págs. 290 y s.

⁷³ Artículo 16 del Decreto Ley N° 1-92 de 6 de enero de 1992. Publicado en la Gaceta N° 2 de 7 de enero de 1992.

⁷⁴ Artículo 488 Cc.

⁷⁵ Cfr. SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis, “Depósito, préstamo y contratos de garantía” en *Lecciones de Derecho Mercantil*, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 396.

⁷⁶ Artículo 490 CC.

Coherente con dicha articulación, el artículo 491 Cc. prescribe que la estipulación que exonere al prestatario del pago de los intereses deberá celebrarse por escrito, de modo que no realizándose de tal forma, no podrá ser exigida en ningún proceso judicial.

Otro aspecto digno de destacar es que el ordenamiento prevé que los intereses serán estipulados en cantidades determinadas de dinero, *“inclusive cuando el préstamo consista en mercaderías, de cualquier especie que sean. Para hacer el cómputo de los intereses en este caso, se estimarán las mercaderías por el precio corriente que tengan en el día y lugar en que deba hacerse la restitución”*⁷⁷.

Nuestro Código, en el precitado artículo 491 Cc. deja sentado que *“la estipulación de intereses que no sean los legales..., deberá celebrarse por escrito, y sin esta circunstancia será ineficaz en juicio”*. Interpretando dicho precepto, es posible afirmar que el Código de Comercio deja abierta la posibilidad de cobrar intereses distintos a los que el Código Civil (que como sabemos es de aplicación supletoria a éste) y el mismo Código de Comercio consideraban como legales, entendiendo por interés legal el establecido por la norma, ante la ausencia de previsión al respecto por voluntad de las partes, y que en nuestro medio es el nueve por ciento anual⁷⁸.

No obstante, aún y cuando la técnica legislativa es un poco defectuosa, es posible afirmar que por virtud de la Ley No. 176, de 3 de junio de 1994⁷⁹; y su reforma, efectuada mediante Ley No. 374, aprobada el 28 de marzo del 2001⁸⁰, se ha modificado la posibilidad legal de cobrar intereses que no sean los legales, al menos por lo que atañe a los “préstamos entre particulares”, ya que, en virtud de lo prescrito en el artículo dos⁸¹ de la norma en cuestión, *“el interés anual máximo con que se pueden pactar los préstamos entre particulares objeto de esta Ley, será la tasa de interés*

⁷⁷ Artículo 492 CC.

⁷⁸ En tal sentido véase el Artículo 1867 C.: *“Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos; y, a falta de convenio, en el interés legal. Mientras no se fije otro por la ley, se considerará como legal el interés del nueve por ciento al año”*. Cfr. Artículo 498 CC.: *“Cuando el préstamo consistiere en títulos o valores, el interés corriente por la mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto el nueve por ciento anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la plaza el día siguiente al del vencimiento”*.

⁷⁹ Gaceta 112, de 16 de junio de 1994.

⁸⁰ Gaceta 70, del 16 de abril de 2001.

⁸¹ Cabe destacar que las tasas en cuestión, según la dicción del mismo artículo 2: *“... deberán ser publicadas por el Banco Central de Nicaragua (BCN) en cualquier medio de comunicación social escrito con cobertura nacional, en los últimos cinco días de cada mes, para que la misma tenga vigencia durante todo el mes inmediato posterior.- Del cálculo del interés promedio ponderado se excluyen, el interés cobrado en las operaciones de tarjeta de crédito e intereses cobrados en concepto de sobregiro”*.

promedio ponderado que cobren los bancos comerciales autorizados en el país, en la fecha de contratación del préstamo, en cada rubro”.

Por último, hay que decir que la obligación de satisfacer intereses es accesoria de la principal de restitución, ello viene a confirmarlo el artículo 497 Cc. cuando prescribe que, en primer lugar, “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”; de igual forma, “las entregas a cuenta cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término, al pago de intereses, por orden de vencimiento y después al del capital”.

Asimismo, vale la pena comentar que, como es fácilmente perceptible, estas dos reglas vienen a erigirse en supuestos particulares de extinción de las deudas de intereses.

3.2.2.1 Intereses moratorios

Hasta ahora sólo nos hemos ocupado de los conocidos como “intereses remuneratorios”, no obstante, junto con éstos, se pueden pactar “intereses moratorios”, o de “demora”, vinculados al incumplimiento.

De éstos se ocupa el artículo 493 Cc., cuando establece que el prestatario “*que retarde el cumplimiento de las obligaciones que le impone el préstamo, haya o no estipulación de intereses o exoneración de los mismos, queda obligado a pagar el interés legal desde el día en que fuere vencido el plazo de la deuda*”. No obstante la dicción del precepto, la práctica mercantil ha venido considerando que tal norma es de carácter dispositivo, en el sentido de que es muy común que los contratantes pacten intereses moratorios que son superiores a los legales.

Es importante tener en cuenta que el legislador deja muy claro que “*cuando el préstamo consistiere en títulos o valores, el interés corriente por la mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto el nueve por ciento anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la plaza el día siguiente al del vencimiento*”⁸². En mi opinión, a diferencia de lo que sucede con la norma anterior, no parece que aquí quepa interpretar que el precepto en cuestión sea de carácter dispositivo.

Por su parte, la ley reguladora de préstamos entre particulares, en su artículo cuatro, deja sentado que los intereses “*moratorios no podrán exceder del veinticinco por ciento de lo pactado originalmente*”; siguiéndose aquí una solución distinta a la establecida por el Código.

⁸² Artículo 498 Cc.

Junto a la norma preanterior, el Código ordena que “*los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, salvo pacto en contrario*”⁸³, a saber, se articula una norma general que prohíbe el *anatocismo* o devengo de intereses moratorios generados por la falta de pago de los remuneratorios⁸⁴. Sin embargo, como puede observarse, es lícito a las partes disponer pactos en sentido contrario a dicha norma general, cuestión que, efectivamente, es bastante común en materia de préstamos bancarios.

En cambio, la ley reguladora de préstamos entre particulares deja bastante claro que, en general, “*los intereses no podrán ser capitalizados*”⁸⁵.

3.2.3 Otras obligaciones

Sobre todo en materia bancaria, es bastante frecuente que, para asegurarse frente a la posibilidad de insolvencia sobrevenida del prestatario, el crédito se garantice de forma personal (a través de fianza o aval) o real (mediante la constitución de prendas o hipotecas).

Por si fuera poco, en los préstamos bancarios de ciertas dimensiones, es posible imponer determinadas obligaciones (*covenants*) al mutuuario que tienden a regular su conducta con la intención de controlar la situación económico-financiera de éste (verbigracia, obligaciones de auditarse; de asegurar determinados bienes; de suministro de información económico-financiera; de prohibición de disponer de ciertos activos, entre otras), de forma que su incumplimiento puede generar, o bien la revisión al alza de la obligación de pago de intereses (justificada por el incremento del riesgo), o bien la resolución anticipada del negocio⁸⁶.

3.3 Extinción del préstamo

Lo normal, al menos por lo que hace a los contratos de préstamo unilaterales, es que el contrato se extinga por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestatario.

No obstante, en materia de contratos de préstamo “sinalágmaticos”, especialmente en los bancarios, es usual que se pacten una serie de

⁸³ Artículo 494 Cc.

⁸⁴ Cf. SERRERA CONTRERAS, “Depósito, préstamo y contratos de garantía”, cit., pág. 396.

⁸⁵ Artículo 4 *in fine* de la Ley 176.

⁸⁶ CORTÉS, “Contratos bancarios (I)”, cit., pág. 513.

cláusulas que facultan al prestamista a la resolución anticipada del negocio, las cuales, empero, deben ser revisadas a la luz del principio *pacta sunt servanda*, de las exigencias de la buena fe y, obviamente, al tenor de las normas tuitivas (de defensa de los consumidores) que tratan de proteger al cliente como “parte más débil” del contrato⁸⁷.

En tal sentido, no parecen ofrecer dudas de su validez las cláusulas de resolución unilateral en los casos de incumplimiento de las obligaciones de pago de principal o intereses, o cuando el préstamo haya sido destinado por el prestatario a satisfacer una necesidad distinta a aquella para la que había sido originalmente concedido; pero, sí que la ofrecen aquellas causas de resolución unilateral que se fundan en apreciaciones meramente subjetivas del prestamista o en causas ajenas al negocio de préstamo propiamente dicho (verbigracia, cuando se pacta que el prestamista puede resolver unilateralmente el negocio “cuando vea amenazado el buen fin del préstamo”⁸⁸).

4. Los Préstamos especiales

A la par de la regulación general del contrato de préstamo, el ordenamiento jurídico nicaragüense se ocupa de algunas modalidades especiales de dicho negocio.

Dejando a un lado, por la brevedad de nuestro esfuerzo, el particular tratamiento de los préstamos garantizados con fianza, prenda e hipoteca, o el de aquéllos otros representados por medio de bonos o *debentures* (obligaciones); nos dedicaremos, sobre todo, al estudio de aquellos préstamos especiales regulados por el Código de Comercio y por algunas leyes especiales.

4.1 Préstamos garantizados por valores

En el tráfico jurídico no es extraño que los préstamos de dinero se garanticen a través de la constitución de una garantía prendaria sobre “valores cotizables hecho en póliza con intervención de corredor”. Tal tipo de préstamo, según las voces del Código, “se reputará siempre mercantil”⁸⁹, de lo cual se infiere que aquí el legislador “dispensa” la observancia de los criterios de mercantilidad del artículo 486 Cc.

⁸⁷ CORTÉS, op. cit., pág. 515.

⁸⁸ CORTÉS, op. cit., *ibidem*.

⁸⁹ Artículo 500 Cc.

Otro dato a tener en cuenta es que el Código, más allá de la importancia práctica de tal instituto, no está pensado regular la prenda sobre “valores privados”, sino más bien aquélla que se constituye sobre “valores públicos. Ello sin perjuicio de que, en mi opinión, le sea aplicable a la primera, de forma supletoria, la regulación codicística.

El prestamista, según el sentir del Código, goza de un *derecho de preferencia*⁹⁰ y, además, de la prerrogativa de que los títulos al portador pignorados *no estarán sujetos a la reivindicación* mientras no sea reembolsado el prestador; *“ello sin perjuicio de los derechos y acciones del propietario desposeído contra las personas responsables, según las leyes, por los actos en virtud de los cuales haya sido privado de la posesión y dominio de los efectos dados en garantía”*⁹¹.

No cabe duda que la mayor especialidad en la materia es lo que atañe a la ejecución de la prenda. Así, según autoriza el artículo 503 Cc., *el acreedor, salvo pacto en contrario, y sin necesidad de requerir al deudor, podrá proceder a la venta de las garantías por medio de dos corredores, quienes previamente certificarán el vencimiento, y en su defecto, dos comerciantes de la plaza.*

4.2 Préstamo a la gruesa

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 880, establece que *se reputará préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, aquel en que bajo cualquiera condición, dependa 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 el valor que obtenga en caso de siniestro.*

No obstante su regulación positiva, lo cierto es que esta modalidad de préstamo es más bien “residual” en el tráfico jurídico actual, por lo cual aquí sólo nos limitamos a dejar constancia de la misma.

⁹⁰ Artículo 500.2 CC.: *“El prestador tendrá sobre los títulos o valores públicos pignorados conforme a las disposiciones de este capítulo, derecho a cobrar su crédito con preferencia a los demás acreedores, quienes no podrán retirar de su poder, dichos títulos o valores, a no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos”*. Artículo 501 CC.: *“Los derechos de preferencia de que se trata en el artículo anterior, sólo se tendrán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía, para lo cual si ésta consistiere en títulos al portador, se expresará su numeración, serie y valor en la póliza del contrato; y si en suscripciones (sic.) o título transferibles, se hará la transferencia a favor del portador, expresando en la póliza, además de las circunstancias necesarias para justificar la identidad de la garantía, que la transferencia no lleva consigo la transmisión de la propiedad”*.

⁹¹ Artículo 504 CC.

4.3 El crédito al consumo

Como ha señalado la doctrina más autorizada, la expresión “crédito al consumo” se emplea para distinguir todos aquellos negocios jurídicos a través de los cuales un empresario habilita a un consumidor para la adquisición de bienes o servicios. Lo esencial aquí es la concesión de crédito con la particular finalidad de facilitar el consumo. De hecho, en la práctica puede tratarse bien de un verdadero contrato de préstamo, ya de un contrato de apertura de crédito, ora de un simple pago aplazado, o en fin de cualquier otro medio de financiación⁹².

Por lo que hace a nuestro ordenamiento, la Ley 182, de defensa de los consumidores⁹³, deja muy en claro que *en las operaciones de venta en que se conceda crédito a los consumidores*, deberán cumplirse una serie de requisitos de corte imperativo.

Así, por mandato legal, en tales contratos deberá indicarse de manera clara lo siguiente: **1.** El precio de venta de contado del producto que se ofrece. **2.** El valor del pago inicial o prima. **3.** La tasa de interés que se aplicará sobre el saldo, así como tasa de interés moratorio en caso de no pagar en el tiempo indicado las cuotas de amortización. **4.** El monto total de los intereses a pagar. **5.** El detalle y monto de cualquier otro recargo que se aplique en el contrato. **6.** La suma total a pagar por el bien o servicio ofrecido. **7.** El derecho del consumidor a pagar anticipadamente el crédito con la deducción de los intereses aún no causados. Asimismo, los contratos en cuestión deberán extenderse en original y duplicado, uno para el proveedor y otro para el consumidor⁹⁴.

⁹² Véase BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 200.

⁹³ Gaceta No.213, del 14 de noviembre de 1994.

⁹⁴ Artículo 25 de la Ley 182. Esta disposición es desarrollada por el Artículo 104 del Reglamento de la Ley 182 (Decreto A.N. No. 2187), el cual prevé que: *“En las operaciones de venta en las cuales se conceda crédito al consumidor de cualquier bien o servicio que se adquiriera, el proveedor está en la obligación de informar claramente la diferencia entre efectuar el pago de contado o al crédito, dando a conocer, en caso de existir, los descuentos o bonificaciones o cualquier otro motivo por el cual exista diferencia entre el precio de venta a plazo y de contado. b. El valor del pago inicial o de la prima, así como las opciones, si las hubiere, que tiene el consumidor sobre las posibilidades de negociar el monto de la misma. c. La tasa de interés fija que se aplicará sobre el saldo, así como la tasa de interés moratorio en el caso de no pagar en el tiempo indicado, las cuotas de amortización. Igualmente deberá informarse el derecho que tiene de liquidar anticipadamente con la consiguiente reducción de interés, en cuyo caso no se le podrán hacer más cargo que los de renegociación del crédito si los hubiese. d. El monto total de los intereses a pagar en relación con lo pactado, indicándose además, en caso de existir los descuentos o bonificaciones o cualquier otro motivo por el cual exista diferencia entre el precio de venta a plazo y de contado. e. El detalle o monto de cualquier otro recargo que se aplique en el contrato. f. La suma total a pagar por el bien o servicio ofrecido. En todo caso el consumidor podrá reservarse el derecho de realizar o no, la operación, según convenga a sus intereses”*.

4.4 Préstamos bancarios

Como ya comentamos en su oportunidad, nuestro Código presume el carácter mercantil del contrato de préstamo en el que intervienen los “bancos e instituciones de crédito”.

De hecho, la Ley 561 faculta, en su artículo 53, a los bancos para que efectúen, entre otras operaciones, la de “*otorgar créditos en general, sea en moneda nacional o extranjera y cobrarlos en la misma moneda en que se otorgaron...*”.

Como ya hemos puesto en evidencia, la mayor especialidad del contrato de préstamo bancario es la de articularse como un *negocio consensual y sinalagmático*, de modo que el prestamista asume, adicionalmente, la obligación de llevar a cabo la entrega en las condiciones pactadas.

Sin perjuicio de algunas otras especialidades del mutuo bancario, mismas que hemos ido señalando a lo largo de este estudio, conviene dejar sentado aquí otra de las particularidades de este tipo de préstamos. Precisamente, a diferencia de lo que sucede con los préstamos entre particulares, el artículo 50 de la Ley 561 autoriza a que “*en los contratos que los bancos celebren con sus clientes, éstos podrán pactar libremente las tasas de interés. Por consiguiente, quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a este artículo*”.

Como puede observarse, la regla en este tipo de negocios es la libertad total para pactar intereses, orientación que, teóricamente, obedece a la idea de que son las fuerzas que interactúan en el mercado las que determinarían en cada caso la conveniencia de fijar uno u otro tipo de interés. En mi opinión, dicho planteamiento, cuando menos, puede tildarse de revisable.

4.5 Préstamos sindicados

Aunque entre en nosotros todavía no han cobrado notoriedad, vale la pena dedicar algunas líneas a los *préstamos sindicados*, que no son otra cosa que una particular modalidad de mutuos bancarios caracterizados por la presencia de una pluralidad de prestamistas. La presencia de éstos se justifica por la elevada cuantía del particular negocio que, por ende, no puede ser asumido por un singular prestamista⁹⁵.

⁹⁵ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., págs. 235 y s.

La técnica de la sindicación permite que el riesgo inherente a la operación de préstamo sea compartido por la totalidad de las entidades que facilitan los fondos. No obstante, la sindicación no debe entenderse como sinónimo de solidaridad, antes bien, cada una de las entidades crediticias ocupa una posición independiente a la del resto de los partícipes, en el sentido de que el incumplimiento por parte de una de ellas no significa que dicho incumplimiento debe ser suplido por el resto de los prestamistas⁹⁶.

La presencia de varios prestamistas y la dispar participación de cada uno de éstos en la particular operación se suele traducir en la percepción, por alguna o algunas de las entidades, de unos porcentajes más altos sobre las comisiones que suele satisfacer el cliente y, además, en la asignación de un lugar destacado en el anuncio publicitario (*tombstone*) con el que se da a conocer la celebración del contrato⁹⁷.

La operación es organizada por el denominado banco "director" o "jefe de fila" (*lead manager* en la terminología anglosajona), quien se encarga, entre otras cosas, de la formación del sindicato de entidades, de la localización de aquéllas dispuestas a participar en la particular operación con el singular cliente, y de la distribución entre las instituciones crediticias del importe que será prestado. Obviamente, el banco "director" obtendrá por dicha labor de preparación una específica contraprestación, por lo general un porcentaje especial sobre las cantidades enteradas por el prestatario en concepto de comisión de apertura⁹⁸.

Por lo que hace al contenido del contrato, cobra particular importancia la delimitación de la posición que ocupa cada uno de los bancos en el negocio de que se trate, ya que, a la par que se articula en el negocio la necesidad de adoptar y ejercitar conjuntamente algunas decisiones (verbigracia, la resolución total del contrato), los partícipes también se suelen reservar la titularidad y el ejercicio individualizado de ciertas facultades contractuales (por ejemplo, la resolución parcial del negocio en determinadas circunstancias)⁹⁹.

⁹⁶ AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Contratos bancarios" en *Lecciones de Derecho Mercantil*, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 428 y s.

⁹⁷ AURIOLES MARTÍN, op. cit., pág. 429.

⁹⁸ AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Contratos bancarios de activo" en *Derecho mercantil*, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, pág. 489.

⁹⁹ CORTÉS, "Contratos bancarios (I)", cit., págs. 515 y s.

Pos si fuera poco, en estos contratos se suelen fijar cuantiosas y pormenorizadas obligaciones complementarias que regulan determinados aspectos del comportamiento económico del deudor durante la vida del préstamo, e intentan mantener las bases que se tuvieron presentes en su concesión (los denominados *covenants*)¹⁰⁰.

También cobra especial importancia el papel del “banco agente”, que generalmente lo suele desempeñar el mismo “banco director”. El “banco agente” acomete, por mandato de los otros bancos partícipes, la tarea de procurar la correcta ejecución del contrato (recibir la información económica financiera que deba proporcionar el prestatario; recibir las cuotas periódicas que deba enterar éste; realizar notificaciones; distribuir el importe de los abonos, entre otras obligaciones) y, además, la labor de efectuar el seguimiento de la relación con el cliente hasta su terminación. Por todo ello el “banco agente” se hace acreedor de una remuneración, denominada comúnmente “comisión de agente”¹⁰¹.

4.6. Préstamo participativo

En virtud de este tipo de negocio el prestamista puede participar en los beneficios que genera la actividad del deudor, y es precisamente de ahí que emana su nombre¹⁰².

Así, el contrato se caracteriza porque el mutualista percibe un interés variable (cuya fijación “se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria”), sin perjuicio de que, además, se pacte la satisfacción de un interés fijo. Asimismo, al menos en el sistema español, en estos negocios se ve restringida la posibilidad de amortización anticipada y, por lo que atañe a los aspectos contables, el objeto del préstamo tiene la consideración de “fondo propio para el prestatario”¹⁰³.

Siempre en el sistema español, los acreedores en esta clase de préstamos se colocan, en materia de prelación de créditos, después de los acreedores comunes. De ello parece inferirse la naturaleza de la figura, según algún autor, en tanto en cuanto los acreedores participativos se colocan después de los acreedores que no lo son, puesto que éstos son auténticos terceros respecto de la entidad prestataria; pero, en cambio,

¹⁰⁰ CORTÉS, op. cit., pág. 516.

¹⁰¹ Vid. AURIOLAS MARTÍN, “Contratos bancarios”, cit., pág. 429.

¹⁰² SERRERA CONTRERAS, “Depósito, préstamo y contratos de garantía”, cit., pág. 397.

¹⁰³ CORTÉS, “Contratos bancarios (I)”, cit., págs. 516 y s.

se sitúan antes de los socios de la misma, en tanto la relación de préstamo es extraña al contrato de sociedad y a la estructura interna de la empresa¹⁰⁴.

Por otra parte, lo primero que habrá que preguntarse en nuestro sistema jurídico es lo que respecta a la admisibilidad y validez de un contrato de préstamo participativo, cuestión que no parece difícil de resolver en sentido positivo, a la luz del artículo 2437 C.¹⁰⁵, que reconoce como principio general la *autonomía de la voluntad individual*, lo que, por ende, supone la posibilidad de celebrar contratos en los que las partes determinan libremente su contenido.

No obstante, como ha señalado acertadamente la doctrina, habrá que plantearse cuáles son los límites del negocio, ya que, para evitar transgredir el principio de proporcionalidad o el de equivalencia de las prestaciones, es necesario que la participación del prestador en los beneficios de su contraparte no impidan, de ninguna manera, la justa ganancia del prestatario en la operación¹⁰⁶.

Por último, conviene distinguir al negocio que nos ocupa del contrato de *cuentas en participación* (también conocido entre nosotros como *asociación en participación*). A diferencia de lo que sucede en las cuentas en participación, donde cualquier retribución del partícipe dependerá necesariamente de la existencia de resultados positivos en las operaciones del gestor; la obligación de pagar intereses (tanto fijos como variables), que corre a cargo del mutuuario en el préstamo participativo, es expediente suficiente para distinguir a uno y otro negocio¹⁰⁷.

4.7. Crédito diferido

El *credit differé*, cuya sola denominación pone en evidencia su stirpe francesa, se caracteriza por el hecho de que el “usuario” acuerda con una entidad crediticia especializada el entero (a cargo del usuario) de cantidades mensuales de dinero por un periodo de tiempo más o menos largo. Como contraprestación la entidad financiera se obliga a facilitar al usuario un crédito, de una sola vez, justamente a mitad del periodo

¹⁰⁴ SERRERA CONTRERAS, “Depósito, préstamo y contratos de garantía”, cit., pág. 397.

¹⁰⁵ “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

¹⁰⁶ Así, MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit., 6ª edición corregida y puesta al día, pág. 408.

¹⁰⁷ MORÁN BOVIO, op. cit., *ibidem*.

de duración total del contrato y por una cantidad equivalente, precisamente, a la suma total que el usuario tenía que abonar a través de los enteros mensuales. Así, en la primera fase de la operación la entidad es deudora del cliente y, en una segunda fase, los papeles se invierten¹⁰⁸.

Quizás la principal particularidad de este tipo de negocios radica en el hecho de que ninguno de los partícipes es en deberse intereses por concepto de la operación¹⁰⁹.

¹⁰⁸ MORÁN BOVIO, op. cit., pág. 409.

¹⁰⁹ MORÁN BOVIO, comenta que “en los países en los que el contrato está regulado y en beneficio de los particulares clientes de la entidad especializada se exige que las aportaciones realizadas por los mismos se integren en un “fondo” o patrimonio separado, con cuyos recursos se atiende a la concesión de créditos a aquéllos, de modo que la actuación de la entidad a través de la cual se canalizan estas operaciones, practicadas en masa, se profile como la propia de una entidad gestora del fondo, cuya propiedad pertenece a la colectividad de suscriptores, dando así, también un tinte mutualista a la operación”: (op. cit., *ibidem*).