

LA LEY mercantil

NÚM. 59 | JUNIO 2019

SUMARIO

Sociedades

- «Sobre las formas de votación en las juntas de las sociedades cotizadas: las reglas de presunción y deducción del voto», por Javier GARCÍA DE ENTERRÍA

Derechos de propiedad intelectual. La reforma del Derecho de marcas

- «Alcance de la modificación del régimen sobre marcas en relación con el contrato de licencia de marca», por Antonio RONCERO SÁNCHEZ
- «El diseño comunitario no registrado. Reflexiones de derecho procesal», por Salvador CALERO GARCÍA

Derechos de propiedad intelectual

- «La patentabilidad de la inteligencia artificial. La compatibilidad con otros sistemas de protección», por Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ

Contratación mercantil

- «Hacia un préstamo consensual», por Toni BARIOS ASENSIO y Esteban CUYÁS CADEVILLA

Reseñas de actualidad

- Mercado de valores
- Sociedades
- Competencia
- Derechos de la Propiedad intelectual
- Consumo

DIRECTORES

Alberto Alonso Ureba

Jorge Viera González

SECRETARÍA ACADÉMICA

María Ángeles Alcalá Díaz

Reyes Palá Laguna

María Teresa Enciso Alonso-Muñumer

Antonio Conde Tejón

M^a Concepción Chamorro Domínguez

 Wolters Kluwer



CONTRATACIÓN MERCANTIL. Opinión legal.

Hacia un préstamo consensual

Toni BARIOS ASENSIO

Esteban CUYÁS CADEVILLA.

Abogados del Grupo de Servicios Financieros de Cases & Lacambra

FICHA TÉCNICA

Resumen: *La tradicional concepción real del contrato de préstamo ha sufrido, durante las últimas décadas, cierta tergiversación. Este proceso se ha visto reforzado por la sentencia del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio en la que se admite la configuración consensual del contrato de préstamo y su perfeccionamiento, por tanto, por la mera prestación de consentimiento, prescindiéndose del elemento real de la entrega. El Alto Tribunal lo fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del art. 1.255 Código Civil y en la naturaleza recíproca de las obligaciones que surgen del préstamo con interés, lo que permite sujetar el préstamo con interés al régimen de resolución de las obligaciones recíprocas del art. 1.124 Código Civil. Esta tesis moderna, que supera la visión clásica del préstamo como contrato real, y unilateral, exige un análisis de las excepciones al concepto tradicional del préstamo como contrato real, así como del iter seguido hacia un préstamo consensual.*

Palabras clave: Préstamo, Préstamo bancario, Crédito, Línea de crédito, Financiación, Financiación estructurada, Contrato, Consensual, Autonomía de la voluntad, Intereses, Tramos, Promesa de contrato, Tribunal Supremo, Jurisprudencia.

Keywords: Loan, Bank loan, Credit, Lending facility, Financing / Funding, Structured Finance, Contract, Mutual assent, Freedom of contract, Interest, Tranches, Promise to contract, Supreme Court, Case law.

I. Introducción

Uno de los principios vertebradores del derecho contractual (1) en nuestro ordenamiento jurídico es que los contratos se perfeccionan por la mera prestación del consentimiento. De este modo, no se exige que el concurso de voluntades de las partes del que nace el contrato —requisito esencial del mismo junto con el objeto y la causa (2) — se exteriorice a través de un acto físico que publicite su celebración, como lo es la entrega. Sin embargo, aún quedan en nuestro ordenamiento ciertas figuras contractuales cuya perfección exige, además de la prestación del consentimiento, un acto de exteriorización del negocio jurídico, la entrega, tal y como sucede en los denominados contratos reales.

Los postulados liberales que inspiraron nuestro Código Civil decimonónico, junto con las necesidades de celeridad del tráfico jurídico —acrecentadas en las últimas décadas—, han contribuido a que empresas y particulares generalmente establezcan sus relaciones contractuales mediante el solo uso de su voluntad, lo que se ha visto además reforzado con motivo de ciertos avances tecnológicos (3). Indudablemente, ello contribuye a que los contratos reales puedan considerarse una *rara avis* en nuestro ordenamiento jurídico; a día de hoy, en el ámbito del Código Civil se circunscriben a los contratos de depósito, prenda y préstamo.

Este artículo pretende analizar el impacto de las tesis más modernas que defienden la posible configuración consensual del mutuo —o préstamo de dinero o cosas fungibles— frente la concepción tradicional que lo concibe como un contrato real, y el de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en la materia. La exégesis de esta última cuestión exige un análisis previo de la concepción clásica del contrato de préstamo, así como las incipientes tesis modernas defensoras del carácter consensual del préstamo, incluyendo la promesa de préstamo, el préstamo bancario y la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo representada fundamentalmente por la sentencia 432/2018 de 11 de julio.

II. El préstamo como contrato real

El contrato de préstamo se nos presenta como la institución paradigmática entre los contratos de financiación, siendo el más extensamente regulado, y muy probablemente el más utilizado para obtener fondos de terceros para ser destinados a gran variedad de fines. Asimismo, el préstamo mutuo constituye la operación activa por excelencia de las entidades de crédito.

Existe una prolija regulación del contrato de préstamo que se encuentra en los arts. 1.740 y siguientes del Código Civil, y en los arts. 314 y siguientes del Código de Comercio respecto al préstamo mercantil. Y ello, sin perjuicio de la normativa comunitaria (4), la prolija normativa sectorial vigente (5) y previsiblemente futura (6). En definitiva, la frecuencia con la que los

particulares y empresas acuden a fondos de terceros para financiar sus operaciones motiva que el legislador promulgue normas fundamentalmente dirigidas a evitar abusos y a proteger a la parte prestataria (incluso, en ocasiones, aprobando normas por vía de urgencia cuyo impacto puede reducir, obstaculizar o encarecer el acceso al crédito a la parte que precisamente el legislador pretende proteger).

El comodato y el mutuo se regulan conjuntamente en art. 1.740 del Código Civil, que establece que «por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés».

Centrándonos en la regulación del Código Civil cabe destacar las siguientes notas características del contrato de préstamo:

- (i) Es un contrato real que se perfecciona por la entrega** —*datio rei*— de la cosa objeto del contrato. Esta tesis se basa en el tenor literal del art. 1.740 del Código Civil que señala que «*el contrato de préstamo se perfecciona por la entrega [...]*».

El origen del carácter real del préstamo se remonta al Derecho romano que conceptuó el mutuo —*mutuum*— como un contrato que se perfeccionaba por la entrega. Y en este sentido el Digesto 12.2.2.: «*apellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nasciturus obligatio*». No obstante, la concepción realista del préstamo fue puesta en tela de juicio por el Proyecto de Código Civil de 8 de mayo de 1851, impulsado por García Goyena e inspirado en el *Code* francés (7), que en su art. 1.630 configuraba el préstamo con carácter consensual, llevándolo al terreno meramente obligacional. Sin embargo, el Proyecto de 1851 fracasó, por lo que esta tesis no llegó a tener reflejo en el derecho positivo (8).

En cualquier caso, el art. 1.740 del Código Civil atribuye carácter real al préstamo, y el Tribunal Supremo lo ha respaldado así en multitud de ocasiones (9), por lo que la entrega —con su pertinente traspaso posesorio— se erige como presupuesto de la propia existencia del contrato.

- (ii) Es un contrato unilateral** del que surge sólo la obligación del prestatario de devolver otro tanto de la misma especie y calidad que la recibida del prestamista, junto con el pago de intereses en el caso del préstamo con interés (10). De este modo, el préstamo es un contrato unilateral del que nacen sólo obligaciones para el prestatario —la devolución de lo que se le entrega—, mientras que el prestamista, ostentaría una posición acreedora, es decir, un derecho subjetivo a reclamar el cumplimiento de lo pactado.

La unilateralidad del préstamo es una consecuencia directa de su naturaleza real; su perfección y el despliegue de efectos obligacionales depende de la efectiva entrega de la cosa por parte del prestamista al prestatario. La entrega es presupuesto inexcusable del nacimiento del contrato, y no es hasta el momento en que se produce la entrega cuando el contrato se perfeccionará y genera la obligación del prestatario de devolver la cosa objeto de préstamo y, en su caso, a pagar los intereses pactados.

La unilateralidad conlleva la ausencia de reciprocidad en las obligaciones derivadas del contrato de préstamo, y ello ha llevado a la doctrina tradicional y a la jurisprudencia anterior a la Sentencia 432/2018 de 11 de julio (11) a excluir el contrato de préstamo del ámbito de resolución de las obligaciones recíprocas del art. 1.124 del Código Civil (12) .

- (iii) **Es un contrato traslativo del dominio** que erige al prestatario en nuevo propietario de la cosa recibida, mientras que el prestamista queda degradado a la posición de un mero titular de un derecho subjetivo de crédito a reclamar la restitución de la cosa prestada de acuerdo con los términos y condiciones convenidas. Así se desprende del art. 1.753 del Código Civil que dispone que «*el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad*». De esta forma, la obligación de devolver del prestatario deberá ajustarse al aforismo latino *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, y a devolver así otro tanto de la misma especie y calidad.
- (iv) **Es un contrato que puede ser gratuito o con pacto de pagar interés**, mientras que el comodato lo es con carácter esencial. En la práctica, el pacto de pagar interés se ha convertido en la regla general (13) , dado que los préstamos sin interés son un negocio completamente antieconómico y una asunción de riesgos (14) injustificada para el prestamista.

Centrándonos en el elemento formal, y dejando de lado ciertas restricciones personales respecto a la capacidad para dar y tomar dinero a préstamo (15) , el préstamo, siguiendo el criterio antiformalista del art. 1.278 del Código Civil, es un contrato no formal, esto es, que no requiere forma alguna para su perfección más allá de la necesaria entrega (propia de los contratos reales). Sin embargo, la existencia de numerosas disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico (16) , tales como los arts. 314 y 315 del Código de Comercio que imponen la forma escrita cuando se trata de préstamos con interés, y las necesidades de certeza y prueba en el tráfico jurídico, han contribuido a que el préstamo se formalice mayoritariamente por escrito. Asimismo, el art. 21 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (17) (en adelante, la «**LCCI**») exige la formalización del préstamo en papel u otro soporte duradero (18) , permitiendo por consiguiente su constancia digital.

Adicionalmente, si el prestamista desea tener un título ejecutivo frente al prestatario que le permita agilizar la recuperación del importe que ha prestado, y por ello, exige que el préstamo se formalice en póliza intervenida por notario, tal y como prevé el art. 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («**LEC**»), dotándose de un documento público que facilite la ejecución frente al prestatario (deudor) en caso de impago de las cuotas de amortización (19) o ante el acaecimiento de un hecho que permita instar el vencimiento anticipado del préstamo (20) .

III. Estructuras que pueden desdibujar el carácter real del contrato de préstamo

No es de extrañar que del predominio de los contratos consensuales en el tráfico jurídico hayan surgido diversos intentos de prescindir del elemento real de la entrega con el fin de alcanzar mayores niveles de agilidad y fluidez en la contratación de operaciones de financiación. La promesa de préstamo, el abono en cuenta del préstamo bancario y la configuración híbrida de determinados contratos de financiación en cuya virtud se conceden simultáneamente préstamos y créditos, pueden haber contribuido a desdibujar la concepción real del contrato de préstamo.

1. La promesa de préstamo

Las primeras voces que cuestionaron el carácter real del préstamo fundamentaron su posición en la autonomía de la voluntad y en la admisibilidad de la promesa de préstamo o precontrato de préstamo, que permitiría vincular de algún modo a las partes con anterioridad a la entrega de la cosa prestada, y ello, por el solo acuerdo de las partes.

La promesa de préstamo no se encuentra regulada en nuestro derecho positivo que sólo se ocupa de la promesa del contrato de compraventa en el art. 1.451 del Código Civil y de la promesa de prenda o hipoteca en el art. 1.862 del mismo Código, siendo estos dos artículos las únicas manifestaciones de la figura del precontrato en el Código Civil (21) .

La conceptualización de los efectos producidos por el precontrato ha sido muy discutida por la doctrina. Así, Roca Sastre (22) entiende que es un contrato preparatorio, consensual, bilateral y atípico o general, en virtud del cual las partes sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de desarrollarlas en el futuro, a fin de que aquel último quede completo y concluso. Por su parte, De Castro (23) distingue varias etapas de un *iter* negocial complejo que se inicia con la celebración del precontrato y culmina con la consumación de las prestaciones del contrato definitivo. Pese a las discusiones doctrinales generadas, valga recordar que el Tribunal Supremo reconoció ya esta institución en sentencia de 16 octubre de 1965.

La doctrina clásica y la moderna mantienen también posiciones divergentes en torno a los efectos desplegados por la promesa de préstamo. Así, la doctrina clásica ha considerado que mientras que la cosa prometida no se entregue al prestatario no existe un verdadero contrato de préstamo, pues faltaría la obligación de restituir del prestatario, elemento definitorio del préstamo perfeccionado. Sin embargo, modernamente (24) se ha defendido que la perfección del contrato de préstamo se produce desde la emisión del consentimiento, de modo que las posteriores entregas son actos de ejecución de un contrato ya perfeccionado.

Hoy está fuera de toda duda la admisibilidad de la promesa de préstamo, y así lo ha respaldado el Tribunal Supremo en la sentencia 371/2007, de 26 de marzo, declarando que «es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar» en base a la autonomía de la voluntad de las partes. Además, en la sentencia 438/2018, de 11 de julio ha declarado que «la <<promesa>> de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso».

2. La entrega del capital en el préstamo bancario

La entrega del capital en los préstamos bancarios se efectúa mediante el abono en cuenta y no mediante la entrega material del dinero, de manera simultánea o en un momento inmediatamente posterior a la formalización del contrato entre las partes. Aunque ello obedece a razones estrictamente operativas, se escenifica una cierta desconexión entre la firma del contrato y la entrega de los fondos, lo que contribuye a desdibujar el carácter real del contrato de préstamo.

El Tribunal Supremo (25) se refiere al préstamo bancario como «un contrato real que se

perfecciona mediante la entrega del capital prestado (art. 1.753 CC), aunque la práctica bancaria ha incluido un cierto carácter consensual, pues es habitual que se suscriba un contrato y no haya entrega material del dinero, sino un abono en cuenta simultáneo o posterior a la firma. Se viene a definir como un contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, en el modo antes expuesto, obligándose quien la recibe a restituir otro tanto de la misma especie y calidad en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses».

Cabe añadir que el préstamo bancario es un préstamo mercantil, respecto al cual el Código de Comercio dispone en el art. 311 que «Se reputará mercantil el préstamo, concurriendo las circunstancias siguientes: 1ª) Si alguno de los contratantes fuere comerciante. 2ª) Si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio». Pese a la literalidad del artículo, el segundo requisito de destinar los fondos a actos de comercio ha sido interpretado por el Tribunal Supremo de manera laxa y así, en la clásica sentencia de 9 de mayo de 1944 no ha dudado en calificar de mercantil el préstamo concedido por un comerciante incluso cuando el prestatario no destine la suma prestada a la realización de operaciones mercantiles (26) . El Código de Comercio sí establece de manera categórica el carácter mercantil del préstamo garantizado con valores (27) .

A. Préstamo promotor

Otro caso en el que de algún modo se desdibuja el carácter real del préstamo se produce con ocasión del denominado préstamo promotor, en el que la entidad financiadora hace entrega de los fondos mediante su abono en una cuenta del promotor, si bien su disponibilidad queda sujeta (i) a la presentación de certificados acreditativos del avance de la obra ejecutada, entregados por el promotor prestatario, y que son validados por una empresa de prestación de servicios de monitorización del proyecto constructivo independiente (el denominado, *Project Monitor*) y, en ocasiones (ii) a la evolución de las ventas de las unidades resultantes de la promoción inmobiliaria. Esta forma de financiarse goza del respaldo legal del art. 4 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario que dispone en su inciso final que «Las disposiciones de los préstamos cuya hipoteca recaiga sobre inmuebles en construcción o rehabilitación, podrán atenerse a un calendario pactado con la entidad prestamista en función de la ejecución de las obras o la inversión y de la evolución de las ventas o adjudicaciones de las viviendas».

B. Préstamo con múltiples tramos

Otro caso paradigmático en el que se desdibuja el carácter real del contrato de préstamo se produce a propósito de los préstamos estructurados con una pluralidad de tramos vinculados a finalidades distintas. Aun cuando la entrega de fondos coincida con el momento de la firma del contrato, puede ocurrir que su disposición efectiva por el prestatario quede sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones previas distintas para cada tramo (28) .

El préstamo con varios tramos ha suscitado la cuestión de su carácter unitario y si supone un único préstamo o si, por el contrario, supone una pluralidad de préstamos formalizados en un único título.

Esta discusión adquiere especial relevancia ante el incumplimiento por el prestatario de la obligación de devolución de las cuotas de amortización de uno de los tramos del préstamo. Pese a que algunos sectores registrales alegaron que debía recibir el tratamiento propio de una

pluralidad de préstamos, negando la posibilidad de ser garantizados con una sola hipoteca en base el principio de especialidad registral, lo cierto es que la Dirección General de los Registros y el Notariado («DGRN») (29) ha defendido, incluso con anterioridad a la reforma del art. 12 de la Ley Hipotecaria que, en base a la autonomía de la voluntad, cabe garantizar con una única hipoteca un préstamo con una pluralidad de tramos de diversa naturaleza y sujetos a distintas condiciones, siempre que exista una relación de dependencia o nexo causal entre los mismos.

C. Contratos de Financiación mixtos: préstamos y créditos

La concepción real del préstamo vuelve a desdibujarse en los contratos de financiación de naturaleza compleja que incluyen simultáneamente tramos de financiación configurados como préstamos, otros como créditos (renovables o no), e incluso otros tramos para la emisión de garantías. La diversa configuración del contrato de financiación que incluye tanto préstamos como créditos, o incluso líneas para la emisión de garantías, puede acarrear graves problemas de calificación del contrato, lo que obligará a quien deba resolver cualesquiera disputas que puedan surgir en relación con el mismo, a determinar la verdadera naturaleza jurídica subyacente a los efectos de dilucidar la regulación aplicable, ya sea la del contrato de préstamo o la del contrato de apertura de crédito (30) .

3. Jurisprudencia

La tendencia en el tráfico jurídico a tratar de prescindir del elemento real del contrato de préstamo, ha encontrado un cierto respaldo de los tribunales, y muy recientemente de la DGRN.

A. DGRN

La DGRN en una controvertida resolución de 19 de julio de 2018 ha respaldado tácitamente la configuración consensual de un préstamo al sostener que estaba correctamente perfeccionado, cuando sólo se había entregado al prestatario el cincuenta y nueve por ciento del principal del préstamo.

El caso en cuestión se refiere a un préstamo hipotecario unilateral con un importe principal de 21.700 euros, respecto de los cuales el prestatario solo percibe 12.800 euros, destinándose los 8.900 euros restantes al abono de gastos de diversa naturaleza (intermediarios financieros, pagos a terceros, gastos de tasación, notaría, registro de la propiedad, e impuestos).

La doctrina sentada por la DGRN en esta resolución es discutible. Podría considerarse que el préstamo contraviene el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, dictada, a propuesta de Gumersindo de Azcárate, que declara «[...] nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias». Adicionalmente, escenifica un respaldo a la naturaleza consensual del préstamo, pues permite su perfección sin llegar a producirse la entrega del cuarenta y uno por ciento del importe del principal del préstamo.

B. Tribunal Supremo

a.Sentencia del Tribunal Supremo 371/2007, de 26 de marzo

El Tribunal Supremo, en la sentencia 371/2007, de 26 de marzo, dio pie a un hito fundamental

en la superación de la tesis realista del préstamo al admitir categóricamente la posibilidad de dotar al contrato de préstamo de carácter consensual en base a la autonomía privada. Así, dispuso que «[la] consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código Civil y la falta de toda regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código Civil), una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo».

Así vemos como el Alto Tribunal dota a la autonomía de la voluntad de las partes de la capacidad de reconducir el funcionamiento de un contrato típicamente real al terreno de las relaciones obligaciones entre las partes, prescindiéndose del elemento corporal o real de la *traditio*.

b.Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de julio (31)

El Tribunal Supremo, en la sentencia 432/2018, de 11 de julio, ha admitido categóricamente la posible configuración consensual del contrato de préstamo con interés y que, por lo tanto, se perfeccione por la mera prestación de consentimiento de las partes en base a la autonomía de la voluntad del art. 1.255 del Código Civil que dispone que «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».

El Alto Tribunal entiende que del préstamo con interés surgen obligaciones recíprocas para las partes debido a que cada prestación —la entrega del dinero por parte del prestamista y la devolución del mismo más intereses por parte del prestatario—, encuentra su causa en la prestación ejercitada por la otra parte (art. 1.274 del Código Civil) (32) . La especial atención a las consecuencias derivadas del contrato, esto es, la existencia de obligaciones para prestamista y prestatario, ubica el contrato de préstamo en un plano bilateral, de tal modo que el Tribunal Supremo, aleja el contrato de préstamo de la unilateralidad propia de los contratos reales, dando acomodo a la idea de que el préstamo puede ser consensual.

Por lo tanto, se establece una presunción indiciaria sobre la existencia de un préstamo de naturaleza consensual y bilateral, siempre que se hayan pactado intereses: «El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, [...] con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad, de este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver conforme al art. 1.124 si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses». Consecuentemente, no sería necesario que se haya pactado una cláusula vencimiento en el contrato de préstamo con interés para poder instar la resolución por esta vía.

La retribución del préstamo (33) es para el Tribunal Supremo la causa esencial que lleva al prestamista a celebrar el negocio jurídico. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de devolución del préstamo y los intereses por parte del prestatario habilita al prestamista para desvincularse, pues la subsistencia del contrato depende del pago de su retribución en forma de interés y del repago del préstamo en los términos acordados entre las partes.

No obstante, el Tribunal Supremo no restringe la inclusión del préstamo en el terreno consensual, obligacional y recíproco del art. 1.124 del Código Civil, a los préstamos con interés

sino que parece ir más lejos al afirmar que también entrarían dentro de su ámbito de resolución aquellos préstamos sin interés en los que el prestatario asuma obligaciones adicionales a la restitución del capital, como por ejemplo, usar los fondos para una finalidad concreta, fraccionar la devolución del capital de manera específica o cumplir ciertos plazos de amortización (34) .

En definitiva, la configuración consensual de un préstamo exige la concurrencia de dos requisitos cumulativos: (i) el acuerdo de las partes en tal sentido fruto de su autonomía de la voluntad, y (ii) que el préstamo sea remunerado con un interés que se ajuste a derecho.

i) La autonomía de la voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad es un postulado propio del liberalismo que permite a los individuos fijar sus propios fines y autorregular sus intereses. Es un fiel reflejo de la libertad individual plasmada en el principio liberal de *laissez faire*.

Esta autonomía privada a la que nos referimos no es ilimitada y queda sujeta a los límites de la ley (35) , la moral y el orden público. Ahora bien, aun respetando los límites la autonomía de la voluntad, las partes contratantes no gozan de una libertad absoluta y la causa debe ajustarse al tipo contractual elegido. Así, ante una determinada configuración contractual, pueden surgir problemas de calificación del contrato (36) o incurrir en un negocio fiduciario (37) , que deberán resolverse, en primer lugar, de acuerdo con el aforismo *in claris non fit interpretatio* (38) y con el análisis de la causa, tal y como después se verá.

ii) Interés

El interés es la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento adeude. Entre otras finalidades, sirve para compensar la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y los costes que asume el prestamista (39) .

El papel protagónico que el Tribunal Supremo atribuye al interés del préstamo en la configuración del préstamo consensual, puede tener una transcendencia capital en el devenir del préstamo si en un hipotético escenario judicial se declarase la nulidad del interés pactado. Ello podría implicar que decaiga la calificación del préstamo como negocio jurídico consensual y bilateral, privando en tal caso del ejercicio del art. 1.124 del Código Civil.

Al ser el interés, la causa por la que el prestamista presta los fondos al prestatario, habrá que analizar con cautela la numerosa normativa imperativa (40) limitativa de los tipos de interés que tendrá un papel fundamental en el devenir de la naturaleza jurídica del préstamo, especialmente cuando se incurra en un supuesto cuya contravención sea sancionada por el legislador con la nulidad (41) .

Sin perjuicio de lo anterior, la determinación del interés remuneratorio a satisfacer por el prestatario queda sometido a un régimen de relativa libertad matizada conforme al art. 315 del Código de Comercio. En el ámbito civil, las partes deberán pactar intereses de manera expresa, *ex art.* 1.755 del Código Civil, mientras que, en el préstamo mercantil, el interés deberá pactarse por escrito, *ex art.* 314 del Código de Comercio (42) . La determinación del interés aplicable queda sujeta al cumplimiento de obligaciones de transparencia el art. 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios

bancarios y más recientemente el art. 21.3 de la LCCI exige la necesaria utilización de un tipo o índice de referencia objetivo en la fijación del interés variable (43) .

Ahora bien, la libertad en la fijación del tipo de interés aplicable a un contrato de mutuo no puede implicar en ningún caso usura. En este sentido, cabe destacar la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, en cuyo art. 1 declara que «Será 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 o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Aun así no siempre es fácil distinguir el carácter usurario u abusivo del interés remuneratorio pactado cuando el riesgo vinculado a la financiación es considerablemente alto. Pues bien, el Tribunal Supremo en sentencia 4810/2015 de 25 de noviembre ha exigido para la aplicación de la normativa represiva de la usura que el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». Y así lo consideró respecto a un interés remuneratorio del 24,6% T.A.E. aplicable a un crédito renovable («*revolving*»), teniendo en cuenta el interés legal del dinero publicado por el Banco de España, y la ausencia de circunstancias generadoras de un alto riesgo que pudiesen justificar semejante tipo de interés en un crédito al consumo (44) .

IV. Crítica

Por cuestiones operativas, el tráfico jurídico ha redirigido las financiaciones vía préstamo al terreno consensual y obligacional con el fin de facilitar la formalización de dicho negocio jurídico. Ello se ha potenciado mediante las ya mencionadas promesas de préstamo, precontratos, ofertas vinculantes de financiación en las que se describen los términos y condiciones de la financiación, contratos de préstamos con condiciones suspensivas (i.e., préstamos con múltiples tramos), o cualquier otra figura que permita al prestamista no tener que hacer una entrega material de los fondos al prestatario en el momento en el que las partes alcanzan el acuerdo comercial. Distinto de lo anterior, es que la adquisición de la propiedad en favor del prestatario de que habla el art. 1.753 Código Civil no se produce hasta que éste tenga los fondos en su posesión, lo que no requiere necesariamente una tenencia física de los mismos, sino más bien que estén sujetos y disponibles por la mera acción de su voluntad, por ser de su titularidad y hallarse dentro del ámbito de sus facultades dominicales.

La Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de julio ha supuesto un hito relevante en nuestro ordenamiento al alterar la naturaleza jurídica real de un negocio jurídico típico, como es el contrato de préstamo, siempre que las partes acuerden que el préstamo será retribuido. Esta doctrina es, a nuestro entender, discutible, por ser contraria a la interpretación sistemática del contrato de mutuo como contrato unilateral y real, y olvidar que el propio art. 1.740 Código Civil, en su inciso final, no atribuye un régimen distinto al préstamo con interés al señalar que «el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés» y sin hacer mayor distinción al respecto y guardando silencio sobre una posible naturaleza bilateral y recíproca.

Además, hay que tener presente que el abono de un interés remuneratorio es, y cabe esperar que sea, lo frecuente y habitual ante cualquier concesión de un préstamo, y ello por los

numerosos perjuicios patrimoniales ya apuntados que acompañan a la descapitalización del prestamista. Esto es así, hasta el punto que el propio Código Civil en su art. 1.756 —que recoge una de las pocas obligaciones naturales reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico— afirma que «el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital», lo que demuestra que el abono de intereses, aún sin haberse pactado, se estima tan equitativo y justo que su presencia no puede alterar radicalmente la naturaleza jurídica de un contrato que por su propia idiosincrasia y función económica acostumbra a incorporarlos.

Además, como se apuntaba anteriormente, la misma sentencia no restringe la inclusión del préstamo en el ámbito del 1.124 del Código Civil —y por ende, en el terreno consensual, obligacional y recíproco— a los préstamos con interés, sino que parece ir más lejos al afirmar que también entraría dentro de este ámbito aquellos préstamos sin interés a los que se añadiera cualquier obligación adicional a cargo del prestatario, como obligaciones relativas al destino de los fondos para un uso determinado, el fraccionamiento de la devolución del capital o respetar ciertos plazos de amortización. Cabe considerar que estas obligaciones están íntimamente relacionadas con la obligación principal de restitución del capital percibido, sin la cual no pueden existir, lo que las aproxima al ámbito de las obligaciones accesorias, en tanto que en esencia vienen a delimitar los parámetros de la propia obligación de restitución del capital, pero sin tener una entidad suficientemente diferenciada como para desvincularlas de la propia obligación principal.

En definitiva, la ubicación del préstamo con interés en el estadio obligacional —que acompañaría a su carácter consensual y recíproco— desvirtúa, en nuestra opinión, los rasgos distintivos del contrato de préstamo, otorgando un reconocimiento exacerbado a la autonomía privada, que precisamente debería quedar restringida por la regulación legal del préstamo.

Por todo lo anterior, entendemos que de asentarse la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018, de 11 de julio se generaría una situación que difícilmente casaría con el principio de seguridad jurídica contenida en el art. 9.3 de la Constitución Española al contribuir a desdibujar el carácter real del préstamo. Ello aumentaría posiblemente la litigiosidad relativa a la forma de resolución ante incumplimientos del prestatario, y podría dar pie a pretensiones inverosímiles (45) . Asimismo, una posible admisión del préstamo consensual originaría una mayor confusión en torno a la línea divisoria entre el préstamo y otras operaciones activas llevadas a cabo por las entidades de crédito como el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

(1) Arts. 1.254, 1.258 y 1.262 del Código Civil.

(2) Art. 1.261 del Código Civil.

- (3) La contratación electrónica y la problemática relativa a su perfección fue solventada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con reflejo en los arts. 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. Sin perjuicio de ello, no cabe descartar que se produzca a medio plazo una alteración de las formas tradicionales de contratación con motivo de la eclosión de nuevas tecnologías tales como *blockchain*.
- (4) Cabe citar, por ejemplo, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, la Directiva 2008/48/CE, la Directiva 2013/36/UE, el Reglamento 1093/2013.
- (5) Entre otras, Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario que entrará en vigor a los 3 meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado que tuvo lugar el día 16 de marzo de 2019; o incluso la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012 y la Ley 1/2013, y otras normas autonómicas.
- (6) Por ejemplo, el Proyecto de Código Mercantil.
- (7) Rodríguez Ennes, L. *Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana*. Anuario de historia del derecho español, 2006, p. 709.
- (8) El Proyecto de Código Civil de 8 de mayo de 1851 fue el más importante de los que precedieron a la publicación del Código Civil, pero fracasó por su talante unificador del derecho civil en España, lo que causó la férrea oposición por parte de los foralistas.
- (9) Tribunal Supremo en sentencias de 11 de mayo de 1962, 27 de octubre de 1994 u 11 de julio de 2002, entre otras.
- (10) El carácter unilateral del préstamo ha sido cuestionado. Así, Lacruz Berdejo, J.L. (*Elementos de derecho civil II*. Editorial Dykinson. Madrid. 3ª Edición, 2005, pág. 164) ha defendido la obligatoriedad jurídica de un contrato de préstamo, sin requerir la entrega y por la sola autonomía de la voluntad de las partes; y O'Callaghan Muñoz, X. (*Compendio de Derecho Civil*. Tomo 2, Obligaciones y Contratos, Volumen 2, Lección 25ª, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016) entiende que las partes pueden quedar obligadas por su sola autonomía de la voluntad a perfeccionar un contrato de préstamo sin entrega inmediata de la cosa. Como después se verá, esta última tesis ha sido refrendada por el Tribunal Supremo.
- (11) El Tribunal Supremo ha negado tradicionalmente que el préstamo se pueda resolver por incumplimiento por la vía del art. 1.124 del Código Civil argumentando en la inexistencia de obligaciones recíprocas. Así, se ha pronunciado en la Sentencias 1192/1997, de 22 de diciembre, y 416/2004, de 13 de mayo. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2004 señala que «es doctrina de esta Sala, reiterada entre otras muchas, la de que para que la acción resolutoria implícita establecida en el párrafo primero del artículo 1124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso que quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: [...]2º. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (Sentencias de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976) así como su exigibilidad (Sentencias de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966). [...]».
- (12) Art. 1.124 Código Civil: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el

cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

- (13) No hay que olvidar, además, que la obligación de devolver del prestatario se rige por el principio nominalista, por lo que debe entregar otra cantidad igual a la recibida conforme al art. 1.170 del Código Civil. Sin perjuicio de ello, las partes pueden pactar cláusulas de estabilización, que en el ámbito de los préstamos hipotecarios pueden tener respaldo registral conforme al art. 219 del Reglamento Hipotecario, así como la posibilidad de pactar permutas de tipo de interés (*Interest Rate Swaps*) con el fin de minimizar el riesgo de fluctuación del tipo de interés de referencia aplicable al préstamo.
- (14) El prestamista sufriría una descapitalización por el importe del préstamo, la pérdida patrimonial derivada de la disminución del poder adquisitivo de la suma prestada derivada de la inflación, y asumiría el riesgo de impago.
- (15) Cabe destacar, por ejemplo, las restricciones aplicables al menor emancipado (art. 323 Código Civil), al tutelado (art. 271 Código Civil), o al concursado (art. 40 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).
- (16) La libertad de forma se encuentra sujeta a numerosísimas excepciones, entre otras: (i) el art. 1.280 del Código Civil exige la forma escrita si la cuantía de las prestaciones excede de 1.500 pesetas, siendo un caso en que la forma se impone con carácter *ad probationem* (art. 1.279 del Código Civil); (ii) el art. 16.1 de la Ley de Créditos al Consumo 16/2011, de 24 de junio, señala que «1. Los contratos de crédito sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero [...]»; (iii) préstamo con garantía hipotecaria debe formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (arts. 1.875 Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria); y sin perjuicio de las previsiones tendentes a la forma escrita presentes en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- (17) La LCCI entrará en vigor el día 16 de junio de 2019.
- (18) De manera coherente con el requisito de documentación auténtica del art. 3 de la Ley Hipotecaria, el art. 21 de la LCCI exige escritura pública en los préstamos con garantía hipotecaria.
- (19) Téngase en cuenta que con la entrada en vigor de la LCCI concurrirán el régimen de vencimiento anticipado de art. 693 de la LEC con el del art. 24 de la LCCI. Así, el art. 693.2 de la LEC– aplicable a aquellos contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCCI– exige al vencimiento anticipado la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses. Por su parte, el art. 24 de la LCCI exige que se incumpla el pago de una cantidad equivalente al 3 por ciento del capital prestado o la suma equivalente a 12 plazos mensuales si el incumplimiento se produce durante la 1ª mitad del préstamo; y un 7% del capital prestado o el equivalente a 15 plazos mensuales si el incumplimiento se produce durante la 2ª mitad.
- (20) Por ejemplo, es frecuente incluir como causa de vencimiento anticipado del préstamo que el prestatario no aplique los fondos a la finalidad acordada.
- (21) Distinto del precontrato es la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que tiene la consideración de oferta vinculante.
- (22) Roca Sastre, R.. *Contrato de promesa*. Estudios de Derecho Privado, Tomo I: Obligaciones y Contratos, capítulo X. Madrid. Aranzadi, 2009, pp. 325 y ss.
- (23) De Castro y Bravo, F. *La promesa de contrato, algunas notas para su estudio*. Anuario de Derecho Civil, tomo IV, 1950, pp. 1169 y ss.
- (24) Díez Picazo, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción. Teoría del contrato, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, pp. 335 y 342.

- (25) Sentencia del Tribunal Supremo 173/2018, de 23 marzo.
- (26) La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 1944 apunta que los préstamos concedidos por entidades financieras deberán considerarse siempre mercantiles.
- (27) Art. 320 del Código de Comercio: «El préstamo con garantía de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, hecho en póliza con intervención de Corredor de comercio colegiado o en escritura pública, se reputará siempre mercantil. El prestador tendrá sobre los valores pignorados, conforme a las disposiciones de esta sección, derecho a cobrar su crédito con preferencia a los demás acreedores, quienes no podrán disponer de los mismos a no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos».
- (28) En caso de que las condiciones previas para la disposición de un tramo concreto no llegaran a cumplirse, dado que el prestamista ya habría desembolsado el importe total del préstamo en una cuenta especial a nombre del prestatario (sin perjuicio de que la efectiva disponibilidad del importe correspondiente al tramo estuviera limitada), cabría la posibilidad de establecer la obligación de amortización anticipada obligatoria del tramo cuyas condiciones previas no llegaran a cumplirse.
- (29) La DGRN en resolución de 24 de abril de 2008 ya defendió la posibilidad de garantizar con una única hipoteca un préstamo con dos tramos, uno cualificado por las particularidades propias del régimen aplicable a las adquisiciones de viviendas protegidas. No obstante, el centro directivo ya se había pronunciado a favor de esta cuestión incluso con anterioridad al reconocimiento legal otorgado por el art. 12 de la Ley Hipotecaria tras la reforma acometida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de que permite hipotecar en garantía de varias obligaciones.
- (30) El contrato de apertura de crédito es atípico sin más regulación que la mención prevista en el art. 175.7 Código de Comercio. No obstante su atipicidad podría superarse con la entrada en vigor del Proyecto de Código Mercantil cuyo art. 574-1 lo define al disponer que «Por el contrato de apertura de crédito una de las partes, acreditante, se obliga, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas de dinero, o a efectuar las prestaciones previstas en el contrato que le permitan obtenerlo, a cambio de una retribución».
- (31) El supuesto de hecho se inicia con motivo de un incumplimiento contractual en la devolución de las cuotas del préstamo. Dos actores—prestamistas— reclaman a Grupo Previndal Salud, S.L. —prestatario— el pago de 56.121,23 euros a cada uno de ellos más los intereses legales devengados del importe de 50.000 euros desde la fecha de presentación de la demanda hasta el pago. El préstamo, formalizado en documento público, tenía por destino cubrir las necesidades de financiación de la construcción de una residencia de mayores. Las condiciones del préstamo eran las siguientes: (i) interés remuneratorio del 4,5% (ii) amortización en cuotas semestrales (iii) plazo máximo de 10 años (iv) un período de carencia de seis meses, y (v) una primera cuota destinada a satisfacer exclusivamente intereses, y el resto a satisfacer cuota e intereses. La entidad prestataria podía optar entre devolver el capital en un solo pago o, a solicitud de los prestamistas, proceder a una ampliación del capital social de la compañía, representativa del 2% capital social para cada prestamista. El día 8 de febrero de 2013 Grupo Previndal Salud, S.L notificó a los prestamistas mediante burofax su intención de no devolver el préstamo argumentando en que transcurrido el período de carencia deberían haber informado de que se abstenían de proceder a su conversión en capital. Acto seguido, el día 12 de febrero de 2013, los prestamistas mediante burofax solicitaron la restitución íntegra de lo prestado más el interés estipulado. La demanda se interpuso el día 25 de junio de 2013.
- (32) El Tribunal señala que «de este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1.124 si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses».
- (33) El Tribunal Supremo en Sentencia 44/2019, de 23 de enero, ha declarado que la retribución del préstamo se integra tanto por el interés remuneratorio como por la comisión de apertura, por lo que su abono por el deudor no tiene carácter abusivo.
- (34) Así, señala que «Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), [si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC, el prestatario (mutuario)

pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados)».

- (35) Algunos límites legales a la autonomía de la voluntad son, a título de ejemplo, las prohibiciones relativas al establecimiento de sustituciones fideicomisarias más allá del segundo grado (art. 781 del Código Civil), el arrendamiento de servicios de por vida (art. 1.583 del Código Civil), la exclusión de uno o más socios de toda participación en las ganancias o en las pérdidas (art. 1.691 del Código Civil), el pacto comisorio (art. 1.855 del Código Civil), etc.
- (36) El art. 1.454 del Código Civil resuelve el problema de calificación entre el contrato de compraventa y permuta, pero no existe norma legal que regule la calificación del negocio jurídico con carácter general.
- (37) El préstamo podría enmascarar un negocio fiduciario a propósito de ciertas garantías atípicas que no son admisibles cuando se utilizan para eludir la prohibición de pacto comisorio del art. 1.859 del Código Civil, tal y como declaró la DGRN en Resolución de 10 de junio de 1986. El supuesto de hecho que escenificaría dicho negocio fiduciario sería la concesión de una opción de compra en garantía de un contrato de préstamo celebrado entre un deudor-prestatario y un acreedor-prestamista. Si éstos acordaran la concesión por el primero de una opción de compra en favor del segundo sobre un bien de su propiedad y el precio de ejercicio de la opción coincidiera con el débito pendiente impagado bajo el préstamo, en caso de impago definitivo el acreedor podría ejercitar la opción y compensar el precio de ejercicio de la opción con el débito impagado (lo que conllevaría la apropiación del bien sin desembolso de dinero).
- (38) El art. 1.281 Código Civil cuando establece «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». En ocasiones, el uso de los criterios hermenéuticos no será suficiente para conocer la verdadera causa del contrato o motivación subyacente de las partes, especialmente cuando nos encontremos antes préstamos encubierto en negocios fiduciarios de garantías. Valga decir que, en tales casos, la jurisprudencia ha venido declarando la nulidad del negocio simulado acudiendo a la idea de inexistencia o falsedad de la causa, sin perjuicio de que en ocasiones haya admitido la validez del negocio disimulado si la causa y la forma del negocio jurídico satisfacían los requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico.
- (39) Definición extraída del art. 573-6 del Proyecto de Código Mercantil.
- (40) Por ejemplo, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- (41) Piénsese por ejemplo en la modificación del tipo de interés en perjuicio del prestatario o en la prohibición de cláusulas suelo del art. 21 de LCCI.
- (42) El Proyecto de Código Mercantil presume la existencia de intereses en el préstamo mercantil.
- (43) Asimismo, el art. 21.3 de LCCI exige que el tipo aplicable cumpla los siguientes requisitos: «a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes. b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas. c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.»
- (44) El art. 9 de la Ley de Represión de la Usura prevé su aplicación no sólo a préstamos sino también a toda operación sustancialmente equivalente.
- (45) Una interpretación extensiva de la naturaleza consensual del contrato de préstamo podría dar pie a reclamaciones inverosímiles por partes de los prestatarios, lo que ya ha sucedido a propósito de las

reclamaciones de abono de intereses negativos a la banca, con motivo de los tipos negativos de ciertos índices como el EURIBOR a que se han referenciado numerosos préstamos hipotecarios en España, donde en el último trimestre de 2018 se referenciaron a un interés variable aproximadamente el sesenta por ciento de los préstamos hipotecarios concedidos. Ello ha cobrado especial relevancia cuando la adición del diferencial pactado en el contrato mantiene la referencia de liquidación en tasas negativas. En tales casos, la reclamación de intereses negativos a la banca debe rechazarse categóricamente, entre otros motivos, porque en tal caso el préstamo carecería de la causa onerosa que motivó la perfección, a tenor del art. 1.274 del Código Civil, y llevaría el préstamo al terreno de la donación, incardinándose asimismo con la problemática resultante de si su naturaleza jurídica es la propia del contrato o del acto dispositivo, con las diferencias notorias que ello generaría en sede de perfección. En cualquier caso, para los préstamos sometidos al ámbito de aplicación de la LCCI el interés remuneratorio no podrá ser negativo por *mor* de su art. 21.4.