**DERECHO CIVIL**

**TEMA 60**

**EL CONTRATO DE PRÉSTAMO; SUS ESPECIES. EL COMODATO. EL PRECARIO. EL MUTUO. LEGISLACIÓN SOBRE PRÉSTAMOS USURARIOS. REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS.**

**EL CONTRATO DE PRÉSTAMO; SUS ESPECIES.**

El Código Civil de 24 de julio de 1889 regula los contratos de comodato y mutuo, objeto de estudio en el presente tema, en el Título X del Libro IV, bajo la rúbrica “Del préstamo”, disponiendo el artículo 1740 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”.

De este precepto se desprenden las diferencias entre ambas figuras, ya que:

1. El comodato es esencialmente gratuito, mientras que el mutuo solo lo es naturalmente, porque admite el pacto de pagar intereses.
2. El comodato recae sobre cosas no fungibles, mientras que el objeto del mutuo es dinero o cosas fungibles.
3. El comodato transfiere el uso de la cosa y obliga al comodatario a devolver la misma cosa prestada, mientras que el mutuo transmite la propiedad de la cosa y obliga al prestatario a devolver el *tantundem eiusdem generis*.
4. En el comodato es el dueño de la cosa quien sufre los riesgos de pérdida o deterioro, mientras que en el mutuo los sufre el prestatario.
5. En el comodato el dueño de la cosa puede reclamar su restitución cuando tiene urgente necesidad de ella, mientras que en el mutuo sólo cuando vence el plazo.

**EL COMODATO.**

Como se desprende del Código Civil, el comodato es un contrato:

1. Real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa y no por el mero consentimiento.
2. Esencialmente gratuito, disponiendo el artículo 1741 del Código Civil que “si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”, y será normalmente arrendamiento.
3. Temporal, pues en otro caso se trataría de una donación o constitución de derecho real. De esta forma, señala el artículo 1750 del Código Civil que “si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario”.
4. Unilateral imperfecto, pues si en principio sólo surgen obligaciones para el comodatario, la dinámica del contrato puede generar obligaciones para el comodante, como la de abonar determinadas indemnizaciones al comodatario.

Los elementos constitutivos del comodato son los siguientes:

1. Los elementos personales son comodante y comodatario, que deben tener la capacidad general para obligarse, no siendo necesario que el comodante sea propietario de la cosa, sino que basta con que tenga la facultad de aprovecharla en virtud de un derecho que no ha de ser personalísimo, como el arrendamiento o el usufructo.

Algunos autores incluso admiten la validez del comodato de cosa ajena.

1. Respecto de los elementos reales, hay solo uno, la cosa no fungible prestada, aunque se admite el comodato de cosas consumibles para finalidades diferentes a su consumo, como su ostentación.

La generalidad de la doctrina admite el comodato de cosas inmuebles, equiparable al precario, al que me referiré con posterioridad.

1. Respecto de los elementos formales, el comodato requiere inexcusablemente la *datio rei* para su perfección.

Respecto del contenido:

1. En cuanto a las disposiciones generales:
2. El artículo 1741 del Código Civil dispone que “el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”.
3. El artículo 1742 del Código Civil dispone que “las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada”.
4. En cuanto a las obligaciones del comodatario:
5. El artículo 1743 del Código Civil dispone que “el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada”.
6. El artículo 1744 del Código Civil dispone que “si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito”.
7. El artículo 1745 del Código Civil dispone que “si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad”.
8. El artículo 1746 del Código Civil dispone que “el comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya”.
9. El artículo 1747 del Código Civil dispone que “el comodatario no puede retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas”.
10. El artículo 1748 del Código Civil dispone que “todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, al tenor de lo dispuesto en esta sección”.
11. En cuanto a las obligaciones del comodante:
12. El artículo 1749 del Código Civil dispone que “el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”.
13. El artículo 1750 del Código Civil dispone que “si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario”.
14. El artículo 1751 del Código Civil dispone que “el comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos, salvo cuando fueren tan urgentes que no pueda esperarse el resultado del aviso sin peligro”.
15. El artículo 1752 del Código Civil dispone que “el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido”.

**EL PRECARIO.**

El precario puede considerarse incardinado dentro del comodato, pues el artículo 1750 del Código Civil dispone que “si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad”.

Sin embargo, para acabar de perfilar esta figura ha de tenerse en cuenta que el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 dispone que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

Además, deben tenerse presentes las disposiciones en materia de posesión y, en especial, el artículo 444 del Código Civil, que dispone que “los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor, o con violencia, no afectan a la posesión”.

La generalidad de la doctrina considera al precario como una situación posesoria que puede provenir de un contrato como el comodato o, faltando todo título, de causas de naturaleza diversa como la tolerancia, el beneplácito o la concesión graciosa. Por ello, el precario, más que por su causa, se califica por sus efectos.

La jurisprudencia entiende que es requisito indispensable para que exista precario que el precarista no pague merced alguna o, si se abonan cantidades, que no lo sean como contraprestación o renta, como pueden ser los suministros.

**EL MUTUO.**

Como se desprende del Código Civil, el mutuo es un contrato:

1. Real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa, si bien hoy se admite, y es frecuente en la práctica, que las partes pueden configurarlo como consensual, en cuyo caso se perfecciona por el consentimiento y surgirá para el prestamista la obligación de entrega del dinero o cantidad de cosa fungible.
2. Naturalmente gratuito, aunque las partes pueden convertirlo en oneroso si pactan el pago de intereses por el prestatario.
3. Naturalmente unilateral, aunque las partes pueden convertirlo en bilateral si pactan su carácter consensual.
4. Traslativo del dominio, ya que el prestatario adquiere la propiedad de lo prestado.

El préstamo puede ser civil o mercantil, en este último caso si alguno de los contratantes fuere comerciante o si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio, conforme al artículo 311 del Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.

Los elementos constitutivos del préstamo son los siguientes:

1. Sus elementos personales son el prestamista y el prestatario o mutuatario, quienes deben tener la capacidad general para contratar, si bien:
2. El artículo 247 del Código Civil prevé que el menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, de su defensor judicial.
3. El artículo 287 del Código Civil prevé que el curador con funciones representativas necesita autorización judicial para dar y tomar dinero a préstamo.
4. Respecto de los elementos reales, el objeto del mutuo es siempre dinero o cosa fungible.
5. Respecto de los elementos formales, el mutuo se perfecciona con la entrega de la cosa prestada salvo que las partes lo configuren con carácter consensual.

El contenido del mutuo lo regulan los siguientes preceptos del Código Civil:

1. El artículo 1753, 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”.

En cuanto al tiempo en que el préstamo debe ser devuelto, habrá que atender a lo estipulado por las partes, quienes pueden haber fijado un vencimiento único o periódico, mediante el pago de cuotas que van amortizando el capital prestado.

Si las partes no hubieren fijado plazo, rige el artículo 1128 del Código Civil, que dispone que “si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquel”.

1. El artículo 1754, que dispone que “la obligación del que toma dinero a préstamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 1170 de este Código. Si lo prestado es otra cosa fungible, o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio”.
2. El artículo 1755, que dispone que “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”.

Las partes pueden pactar tanto un tipo fijo interés fijo como uno variable como puede ser el interés legal del dinero o con base en un índice de referencia como el euríbor.

1. El artículo 1756, que dispone que “el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital”.

La contradicción entre los artículos 1755 y 1756 es patente, pero la mayor parte de la doctrina entiende que el pago de intereses es una presunción *iuris tantum* del pacto de su devengo.

Los intereses son susceptibles de capitalizarse y devengar nuevamente intereses, anatocismo que está previsto por el artículo 1109 del Código Civil, que dispone que “los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”.

Además, la jurisprudencia ha admitido la validez del pacto de anatocismo.

1. El artículo 1757, que dispone que “los establecimientos de préstamos sobre prendas quedan además sujetos a los reglamentos que les conciernen”.

Por último, el mutuo se extingue por las causas generales de las obligaciones, disponiendo el artículo 1110 del Código Civil que “el recibo de capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto de los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a los mismos”.

La extinción del mutuo plantea el problema de si el prestamista puede imponer el vencimiento anticipado si, habiéndose pactado la devolución periódica, el prestatario no pagara una de las cuotas

El artículo 1129 del Código Civil parece permitirlo, al disponer que “perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo (…) cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”.

Al margen de este precepto, la validez del pacto que permite al prestamista resolver unilateralmente el contrato y reclamar el pago del total pendiente en caso de impago de una cuota ha sido ha sido admitida por la jurisprudencia cuando concurra justa causa para ello, y está reconocida por diferentes normas como la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998 o la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario de 15 de marzo de 2019.

**LEGISLACIÓN SOBRE PRÉSTAMOS USURARIOS.**

El Código civil no establece ningún límite cuantitativo del interés remuneratorio del préstamo, por lo que las partes tienen libertad para fijarlos. Los únicos límites son los derivados de las normas sobre protección de consumidores y de la Ley de Represión de la Usua de 23 de julio de 1908, conocida como Ley Azcárate, cuya validez ha sido refrendada en el año 2021 por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta Ley declara nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso 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, siendo igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias.

Además, esta disposición es aplicable a cualquier otro contrato sustancialmente equivalente al préstamo pecuniario, aplicándola la jurisprudencia tanto a los préstamos civiles como a los mercantiles, y reconociéndose a los tribunales un amplio margen de apreciación de la concurrencia de las circunstancias determinantes de la usura en función de las circunstancias del caso concreto.

La consecuencia de la declaración del interés como usurario es la nulidad del pacto de interés, de modo que el prestatario estará obligado a devolver tan sólo el capital prestado, y si hubiera pagado ya intereses, el prestamista deberá devolverlos.

La jurisprudencia ha calificado esta nulidad como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación ni es susceptible de prescripción extintiva, y se extiende a las garantías del préstamo, como la hipoteca o fianza.

En la jurisprudencia de los últimos años esta Ley ha cobrado un renovado protagonismo con ocasión de la modalidad de crédito al consumo denominada crédito *revolving* o rotativo, usualmente vinculado a tarjetas de crédito.

Diferentes de las normas sobre intereses usurarios son las que regulan otras remuneraciones del préstamo, como las comisiones de amortización anticipada, estudio o intermediación, contenidas en leyes como la de Contratos de Crédito Inmobiliario o de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 30 de marzo de 1994.

**REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS.**

El segundo de los límites al interés de un préstamo es el derivado de las cláusulas abusivas, si bien tal abusividad se proyecta, no sólo sobre las cláusulas relativas al tipo de interés remuneratorio o moratorio, sino también sobre las atinentes a otros aspectos de los préstamos, como los gastos de la operación, amortización anticipada, vencimiento anticipado o comisiones.

Este tipo de cláusulas suele figurar en las condiciones generales de los diferentes contratos de préstamo utilizados por bancos y entidades financieras y de crédito, que son contratos de adhesión caracterizados por la posición de inferioridad del consumidor prestatario.

Las cláusulas abusivas en este tipo de préstamos han sido objeto de una especial atención por parte del Tribunal Supremo a partir del año 2013, habiéndose consolidado una amplia y detallada jurisprudencia que tiene su base en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que presenta especial importancia con relación a los préstamos hipotecarios.

Con carácter general, el Tribunal Supremo ha considerado nulas por abusivas estas cláusulas:

1. Cuando causan un patente desequilibrio entre las partes.
2. Cuando no han respetado los controles de incorporación y transparencia que exige el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007, de forma que pueda concluirse que los consumidores no han estado debidamente informados acerca de su contenido y efectos antes de la celebración del contrato y no ha existido una verdadera negociación respecto de las mismas.

Los elementos básicos de esta jurisprudencia están actualmente incorporados a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, que recoge las normas de protección del prestatario y de conducta de las entidades prestamistas con objeto de asegurar al consumidor la mayor y mejor información en la fase precontractual del préstamo y la mayor transparencia posible durante su comercialización, así como que el prestamista se asegure de que quien recibe el préstamo puede hacer frente a una deuda que normalmente es de larga duración.

José Marí Olano

23 de diciembre de 2021