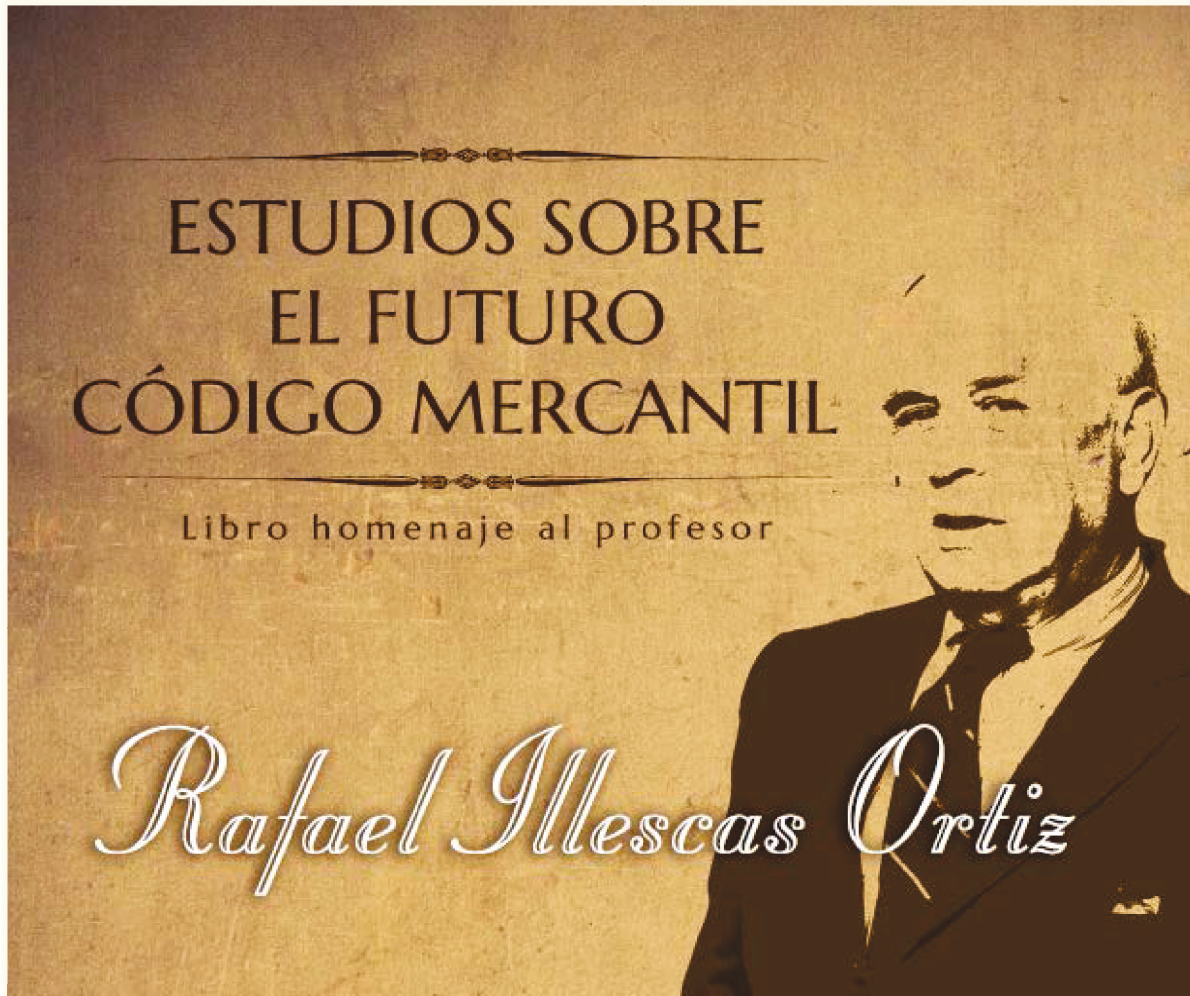




Universidad  
Carlos III de Madrid

 **e-Archivo**  
Repositorio Institucional



Morán Bovio, David. Préstamo de dinero. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1537-1555. ISBN 978-84-89315-79-2.  
<http://hdl.handle.net/10016/20938>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# PRÉSTAMO DE DINERO

DAVID MORÁN BOVIO \*

## Resumen

Los preceptos sobre el contrato de préstamo de dinero en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil constituyen una sustantiva novedad frente a los del Código de comercio vigente. Las normas proyectadas conforman el objeto de este trabajo. Se pretende señalar, qué dicen esas disposiciones preparadas para sustituir a las del Código más que centenario y cómo se apartan de éstas. Se prefiere, en consecuencia, centrarse en la norma proyectada, para abarcar el mayor número de sus disposiciones y trabajar al compás de ellas.

## Contenido

1. Preámbulo: motivo e indicación metodológica. – 2. Noción [del préstamo mercantil]. – 3. Obligación del prestamista. – 4. Obligaciones del prestatario. – 5. La devolución de la suma prestada. – 6. Contenido de la obligación de restitución del prestatario. – 7. El interés en el préstamo. – 8. Devengo y pago del interés. – 9. La mora y el incumplimiento del prestatario. – 10. El anatocismo. – 11. Préstamo participativo. – 12. Usura –13. Apunte conclusivo

## 1. PREÁMBULO: MOTIVO E INDICACIÓN METODOLÓGICA

RAFAEL ILLESCAS ORTIZ. Nombrarlo evoca gratísimos recuerdos. Y expresarlo aquí, implica la gratitud a sus primeros discípulos catedráticos por tan atinada iniciativa. El bosquejo de mi relación con el homenajeados se antepone, pues explica cuanto sigue.

El Profesor ILLESCAS impartió Derecho Mercantil III a nuestra promoción. Entonces conoció el Profesor OLIVENCIA mi deseo de dedicarme al *Derecho privado del mercado*. Una de sus indicaciones consistió en que hablase con mi profesor. Éste en septiembre se marchó a Zaragoza, de donde se trasladó a la Universidad de Cádiz un par de años después. Concluyó ese periplo con su retorno a Sevilla, el cual acabaría al integrarse en el claustro constituyente de la Universidad *CARLOS III de Madrid*.

Desde que regresó a Andalucía volví a consultarle mis planes. A él debo la propuesta, aplaudida por el Profesor OLIVENCIA, de trabajar acerca de los *Empresarios de Terminales de Transporte*, tarea que me condujo a las demás de UNCITRAL. El acrónimo atesora capítulos decisivos en las relaciones mutuas. Se enriquecen con la elaboración de las *Reglas de Rotterdam*.

---

\* Catedrático de Derecho Mercantil, Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Cádiz.

Múltiples hitos marcados por diferentes trabajos y ocasiones compartidas, a veces también con MATILDE y alguna con RAFAEL ILLESCAS (junior). En conjunto componen la admirable obra de un Artista cuya labor reconozco enteramente. Su hilo conductor: mi paulatino descubrimiento de un andaluz feliz con lo importante: la familia, los suyos y lo suyo, capaz de ocultar bajo esa sonriente y fresca apariencia, un empeño tan repleto de libertad como de rigor en la búsqueda de la verdad.

Entre las lecciones que intento aprender de él (quien tampoco busca impartirlas), desatiendo aquí una: RAFAEL me repitió la conveniencia de “*trabajar sobre el BOE*”, en el buen entendido de ocuparse en disposiciones llamadas a ser efectivas. ¡Ni con el *BOCG* nos ocupamos!

Además – adelanto mi opinión – el capítulo del contrato de préstamo mercantil (por subordinación a la primera, también la sección segunda), más que carecer de viento favorable, manifiesta sustantivas carencias de navegabilidad. La vecindad del astillero invita a exponer sumariamente imperfecciones en la obra viva y, eventualmente, alguna forma de repararlas.

Ello marca objetivo e implicaciones metodológicas: la aspiración a examinar cuanta más superficie del casco (en secuencia con la analogía), unida a la limitación editorial, impone concisión, así como no entrar en cuestiones que igual habrían de integrar la sección (¿una disposición acerca de los intereses no debidos y pagados?, en línea con el 1756 Cc). Se dejan para otro momento discusiones, generalmente amplias, acerca de las decisiones de política legislativa y de técnica normativa. Como efecto: se prescinde de las notas al pie.

Organiza la tarea la secuencia de los preceptos (y su denominación, salvo un par de excepciones) proyectados (el atributo “*en proyecto*” también se omite). Sin subepígrafes se tratan de explicar motivos, carencias y, en su caso, hipotéticas mejoras. Todo con brevedad, en favor de la amplitud y anuencia sobre la mengua de profundidad (explícita: préstamo e intereses conducen a Aristóteles y al Deuteronomio, de entrada).

De resulta: las pautas del artículo 3.1 del Cc se usan limitadamente. Apenas cabe la textual. La de precedentes para indicar las rupturas con el régimen vigente. De la sistemática (que reclamaría un jugoso contraste con el conjunto del texto) sólo se emplea la vertiente de la coherencia en la sección (salvo rareza). El criterio axiológico y el teleológico, junto al sociológico, aparecen más, pero de modo comparativo con los pasajes paralelos del Cco.

El Código Mercantil constituye una obra monumental. Me siento incómodo al censurar un pequeñísimo grupo de sus preceptos. El ejercicio se justifica en parte con el título del capítulo V de mi tesis doctoral: *la obligación de intereses en las diversas modalidades de préstamo* [p.251-311 en el original que, gracias al Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, se halla a disposición del lector escribiendo en el buscador: *La obligación de intereses en el Derecho Mercantil español*]. Mi profesor de Quinto integró aquel tribunal. Desde lustro y pico después me ocupo del capítulo sobre el préstamo en otra de las obras que me alegra compartir con el Profesor ILLESCAS.

## 2. NOCIÓN [DEL PRÉSTAMO MERCANTIL DE DINERO]

Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés.» [573-1]

La norma señala al menos seis parámetros: la singularidad del préstamo mercantil (diverso al civil), su carácter obligacional (frente al real acostumbrado), la suma de dinero como objeto de la entrega (la de «otros bienes fungibles» se acomoda en la segunda sección de igual capítulo), el aplazamiento pactado para la devolución, el principio nominalista que la rige, y los intereses como deuda adicional.

Menos el primero (un préstamo mercantil separado y distinto), los demás elementos se estudian en los siguientes preceptos. Toca pues detenerse en la diversidad de regulaciones para el préstamo mercantil y el civil.

Se trata de una cuestión general, compartida por los contratos del Código Mercantil regulados en el Código Civil. El respeto a los límites del préstamo mercantil aconseja dejar a un lado la materia de la unificación del derecho de obligaciones y contratos.

Sin entrar en ella, cabe apuntar que la regulación separada para el préstamo civil y mercantil resulta de muy difícil fundamentación. Porque encontrar algún aspecto que distinga esencialmente a uno de otro se antoja imposible (fuera de las contingencias de la política legislativa).

Y si, por el motivo que sea, ha de existir tal dualidad, la regulación del contrato de préstamo Civil y Mercantil habrá de guiarse con criterio unitario. De otro modo se activan muy complejos problemas con imposible solución: el Derecho Privado entraría en una especie de *esquizofrenia*. Resultaría más sencillo evitarla sometiendo a unidad de razón sus manifestaciones (si fuese evidente que han de ser separadas). Tan grave escisión se siembra mediante la regulación del contrato de préstamo según figura en el Código Mercantil (como se irá viendo).

## 3. OBLIGACIÓN DEL PRESTAMISTA

1. El prestamista está obligado a poner a disposición del prestatario la suma monetaria objeto del préstamo en el tiempo, forma y condiciones convenidas. Salvo pacto en contrario la entrega del capital se llevará a cabo desde luego y en el domicilio del prestamista.
2. Salvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada, con detalle del modo y forma en que se haya verificado la entrega de la misma, corresponderá al prestamista acreditar que ha cumplido su obligación. [573-2]

La opción en pro de someter el préstamo a la naturaleza obligacional, exige dotar de contenido normativo al deber del prestamista. Esa singularidad («el deber del prestamista») recién manifestada, choca con el título en plural para el precepto (que inspira la rúbrica del presente apartado).

En el prestamista, según la elección obligacionista del Código Mercantil, cabe advertir un deber (único): facilitar al prestatario la suma convenida. Lo demás constituye algo complementario, las circunstancias en su prestación singular.

Objeto de convenio en el mutuo con relación a la cantidad, ha de ser la determinación de ésta. El momento (no sólo el día) y lugar (el cual habrá de poseer la determinación que con ese extremo se busca) para su transmisión, el modo (líquido, mediante títulos, total o parcial, etc.), las otras condiciones y la forma en que se practicará la transmisión, resultan accidentes para la prestación. La última frase del 573-2.1 posee alternativa a la ausencia de pacto sobre las condiciones tópicas y crónicas de la entrega: el domicilio del prestamista y la inmediatez («desde luego»).

En la dualidad: “*entrega / puesta a disposición*”, el 573-2.1 prefiere el segundo término. Así dota de eficacia una transmisión (del prestamista) sin recepción (del prestatario), y permite dar por cumplido su deber al prestamista, porque puso la suma a disposición del prestatario, sin que el cumplimiento de aquél pueda ser obstaculizado por la incomparecencia o escasa contribución de éste.

El carácter exclusivo de la obligación para el prestamista de entregar lo convenido, queda más patente en el 573-1.2: si el prestatario no reconoce la recepción con los pormenores de la transmisión, el prestamista habrá de probar el cumplimiento de *su* obligación. La falta de pluralidad en esos deberes queda así exhibida [con apunte al ocioso «de la misma» en ese precepto, y gratitud al Profesor OLIVENCIA por otra de sus enseñanzas].

Implícito en el 573-2 se halla el deber de cooperación entre los protagonistas del contrato para lograr la transmisión patrimonial pretendida. Quizá hubiese de ser explícito y reflejar en el 573-2 el deber general del 415-4.

Dicho *deber de cooperación* acentúa la insuficiencia en las prestaciones si dejan al acreedor insatisfecho injustificadamente (conforme a la regla de lo razonable). Enlaza con el deber contractual conducente al despliegue de la diligencia esperada (el estándar en la prestación tipo). Facilita una transmisión patrimonial efectiva. La referencia al deber de cooperación entre prestamista y prestatario clarifica la alternativa tradicional entre *entrega* y *puesta a disposición*. La supera y contribuye a la praxis contractual y a la aplicación judicial.

Deber de cooperación entre prestamista y prestatario que auspicia el ingreso en el haber de éste de la suma objeto del préstamo, y resulta primordial, si se parte de la ausencia (cada vez más común) de permanente relación física entre los protagonistas del contrato. La dificultad, por ejemplo, con una clave tempestivamente transmitida que vuelve a ser requerida, puede acabar haciendo impracticable la entrega, la puesta a disposición y cualquier tipo de transmisión. ¿Habrá cumplido el prestamista si guarda silencio ante la nueva solicitud de la clave de marras por parte del prestatario para hacerse con la suma? ¿Podrá excusarse el prestamista probando ante el árbitro o el juez que no es imputable a quien ya remitió la clave dichosa el desorden del prestatario?

Lo expresado acerca del deber de cooperación puede servir para redondear o rehacer la norma. Pero antes conviene plantearse: ¿debe insertarse en el Código Mercantil el deber del prestamista de ingresar la suma prestada en el haber del prestatario? Las disposiciones sobre el contrato de préstamo llevan siglos sin semejante

norma y han ordenado satisfactoriamente la operación (y con tal carencia está construido el préstamo en el Cc, así que podríamos estar frente a uno de esos casos de falta de unidad en el Derecho Privado).

La opción de establecer un deber del prestamista dirigido a que el prestatario llegue a poseer la suma prestada, parece demandar una norma acerca del incumplimiento del prestamista (en paralelo al contenido normativo para la hipótesis de incumplimiento por parte del prestatario de su deber de devolución): si el prestamista no entrega tempestivamente la suma convenida ¿acrecen los intereses sobre la suma debida?, ¿en qué tipo?, ¿cabrá pedir daños y perjuicios adicionales?, ¿se aplican los preceptos acerca de la mora del prestatario al prestamista?, ¿hay lugar para el anatocismo? Sin que la norma ofrezca respuesta a esos interrogantes, parece imprudente mantener el precepto que impone al prestamista el deber de entrega (o de puesta a disposición) de la suma. Así se evitará que el texto reciba la acusación de ingenuidad (como mínimo), porque deja de considerar un supuesto de hecho tan normal como la ausencia de cumplimiento perfecto.

Junto a lo anterior, siempre cabría la consignación [sólo en este pasaje se aludirá a ella, si bien convendría cierta amplitud al considerarla en el contexto del préstamo] de la cantidad comprometida por parte del prestamista. La afirmación la respalda el artículo 1176 y ss. Cc. Conviene entonces inquirir acerca de la tripleta que se ofrece al prestamista para el cumplimiento de su deber. Entre *entrega* y *consignación*, la *puesta a disposición* se revela como opción intermedia. Menos onerosa para el prestamista, pues sólo implica la mera declaración por su parte, sin que exija desapoderamiento de una suma ni recurso a cualquiera de las garantías que, normalmente, habrá de abonar el prestamista al contratarlas (con independencia de que luego se puedan repetir *ex art.1179 Cc*).

Pero entonces ¿quién recurrirá a la consignación, si la puesta a disposición ofrece idénticos efectos (porque se la hace coincidir con la entrega, *ex 573-4.1*) y resulta menos onerosa? Puede responderse que, en virtud del 573-4.2, la puesta a disposición también ha de ser evidenciada por el prestamista. Puede llegarse entonces al absurdo: el prestamista pone la suma a disposición, el prestatario no la retira (igual por un prolongado problema de clave) ¿habrá de pagar intereses por el préstamo que no disfrutó? La pregunta parece exponer que, al menos en ese punto, la construcción obligacional del préstamo (presentada en la sección) plantea más problemas de los que resuelve.

#### 4. OBLIGACIONES DEL PRESTATARIO

El prestatario está obligado a devolver la suma recibida en el tiempo, lugar y condiciones convenidos. También ha de satisfacer el correspondiente interés. [573-3]

La dualidad de obligaciones para el prestatario se expone en la norma: devolución del *tantúmdem* y pago de los intereses. La naturaleza imprescindible de la primera se percibe en el esquema más simplificado del préstamo: si me prestan dinero, he de

devolverlo. La segunda resulta dudosa: ¿puede existir un préstamo gratuito? La respuesta negativa se detalla ulteriormente (*sub* 7). Ahora conviene insinuar: la imposición de la onerosidad para el préstamo ¿no se antoja un atentado a la libertad de pactos? Por supuesto en el préstamo mercantil: ¿nadie puede pensar en un préstamo de dinero que sea gratuito? ¿Resulta forzosa la retribución para el préstamo? O, ¿no cabe considerar un préstamo oneroso en el que el deber para el prestatario consista en una prestación distinta al interés? De nuevo la peligrosa disociación (v. arts. 1740, 1755, 1756 Cc).

El deber del prestatario de devolver la suma prestada, permite reproducir lo apuntado en la sección anterior acerca de la obligación de entrega por parte del prestamista. Aquí ha de verificarse también el deber de colaboración entre las partes.

En paralelo con el deber del prestamista de entregar la suma convenida o ponerla a disposición, se echa en falta la puesta a disposición al ordenar los deberes del prestatario. ¿No podrá satisfacer su deber de devolución mediante la puesta a disposición? En caso de respuesta negativa, ¿por qué? Si fuere positiva: ¿por qué no aclararlo en la norma?

Lo anterior conduce a la conveniencia de especificar que el deber de devolución puede realizarlo el prestatario mediante la entrega o con la puesta a disposición, salvo que alguna importante razón sea expuesta para justificar un trato diferenciado entre prestamista y prestatario ante idéntico supuesto: el deber de desembolso.

## 5. LA DEVOLUCIÓN DE LA SUMA PRESTADA

1. La obligación de devolución nace cuando el prestamista entrega o pone a disposición del prestatario la suma monetaria convenida, pero no será exigible hasta que llegue el plazo fijado, salvo que concurriese alguna de las circunstancias que anticipan su vencimiento.
2. Si no se hubiese establecido plazo o éste fuese indeterminado, el prestamista no podrá exigir la restitución de la suma debida sino pasados cuarenta días desde la fecha en que se hubiese requerido notarialmente de pago al deudor.
3. Podrá fragmentarse la restitución del préstamo en función de los vencimientos temporales que las partes convengan. [573-4]

Los tres párrafos merecen consideración separada, pues tratan cuestiones diversas, siempre respecto al deber devolución del prestatario: nacimiento y exigibilidad de ese deber, ausencia o indeterminación en su plazo, fragmentación para el cumplimiento.

El 573-4.1 distingue entre el nacimiento y la exigibilidad de la obligación de devolución del prestatario. El nacimiento lo vincula a la entrega o a la puesta a disposición de la suma por parte del prestamista. La exigibilidad de la devolución queda enlazada a la llegada del plazo acordado (salvo en la hipótesis de vencimiento anticipado).

Acerca del nacimiento del deber de reintegro conviene subrayar la identidad entre entrega y puesta a disposición. La ecuación: *puesta a disposición* igual a *entrega*, o viceversa, y el arranque de deberes (devolución e intereses) para el prestatario desde entonces, puede resultar excesivo. El exceso se manifiesta con la tacha en el deber de

cooperación del prestamista: estima que ya cumplió tempestiva y completamente, y se niega a una contribución adicional que engloba una enojosa superación. Entonces quizá existiría *puesta a disposición* difícil de identificar con *entrega*. Ésta no se culmina físicamente, a causa de que quien la prepara puede ser acusado de falta de solicitud (para sintetizar su obstinación, renuencia o lo que sea).

Probablemente la mejor prueba de la injusta identidad entre *puesta a disposición* y *entrega* para determinar el origen del deber de devolución del prestatario, consiste en advertir la ausencia de similitud al perfilar la forma en que el prestatario puede cumplir su deber de devolución: la *puesta a disposición* se ausenta.

La segunda frase del 573-4.1 merece reconocimiento por iluminar el carácter crediticio del préstamo que, naturalmente, ha de contar con un aplazamiento (el acordado). La exigibilidad (de la obligación de devolución) sólo existe a partir de la llegada del término convenido.

Causa algo de extrañeza que inmediatamente después se recuerde la hipotética anticipación del vencimiento, que desembocaría en una exigibilidad anterior a la esperada. ¿A qué viene la memoria en ese lugar de una cuestión general para el derecho de obligaciones y contratos? ¿Se repetirá la regla del 1129 Cc siempre? Parece que no: al menos entre los deberes del prestamista está ausente un mandato semejante al que cierra el 573-4.1. Por eso quizá fuese preferible suprimir ese aserto.

Tal es la importancia del aplazamiento en el deber de devolución por parte del prestatario de la suma prestada, que el 573-4.2 ordena una norma por si los contratantes dejan de pactar plazo para la devolución o queda indeterminado. Disposición antigua de conocido origen: cuando los intereses moratorios gozan de mejor prensa que los del aplazamiento, se entrega el objeto del préstamo y se reclama la devolución enseguida, para tener derecho a los intereses por falta de pago tempestivo. Con esa idea, entre otras, el plazo de cuarenta días se antoja reducido (aunque haya ampliado en diez al precedente): en un préstamo de esas características: sin plazo o con éste indeterminado, cuarenta días para la devolución de la totalidad del importe parece escaso (y quizá poco fundado). Parece preferible mantener el plazo en meses y abogar por seis.

El 573-4.3 ordena algo bastante insustancial: la posibilidad de que, cuando se acuerde, el prestatario pueda cumplir su deber escalonadamente en los plazos convenidos. Poco sustantivo porque: ¿cabría dudar de un acuerdo de voluntades con tal objetivo?, ¿quién podría considerar que el deber de devolución por parte del prestatario no puede sustanciarse en plazos? Rara disposición. Si su presencia se mantuviese, se impondría otra norma semejante para el deber del prestamista, por lo menos, porque en los demás contratos de crédito habría de trasladarse algo similar.

El cotejo del 573-4 y el 573-2 suscita alguna otra ausencia remarcable en cuanto al deber de devolución por parte del prestatario: lugar para el cumplimiento en caso de falta de pacto (puestos a reordenar la institución, por qué no revisar tal extremo).



## 6. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL PRESTATARIO

1. El prestatario habrá de devolver la misma suma monetaria nominal recibida. La devolución se hará en la especie pactada o, en defecto de pacto o en caso de imposibilidad, en la moneda de curso legal en España.
2. Si, por disposición normativa o por cualquier otra circunstancia, la moneda en que hubiera de hacerse la devolución fuese distinta de la entregada por el prestamista, la suma a restituir será la que, en el momento de dicha devolución, represente en aquella moneda el contravalor del nominal de la especie monetaria con que se hubiese entregado el préstamo, salvo que se hubiese convenido otra cosa. [573-5]

Como ocurre con su precedente, sorprende la primera frase del 573-5.1: entre los preceptos del préstamo se halla el nominalismo: un principio universal del Ordenamiento que enlaza con la soberanía monetaria del 149.1.11<sup>a</sup> CE, compartida desde 2001 con el regulador europeo. Pues en eso, nada nuevo bajo el sol. Y puestos a reservar un lugar, el de la determinación del montante en el deber de restitución por parte del prestatario parece adecuado (al menos ahí lleva más de un siglo entre nosotros).

Quizá sea censurable la reiteración: «la misma suma monetaria nominal». Podría emplearse únicamente el último vocablo («el nominal», también en otros lugares de la sección), o el que viene siendo usado en todos los preceptos: «suma monetaria» (gracias a alguna corrección intermedia beneficiosa para el texto). Si al recién apuntado se le acompaña con «la misma» y con «nominal», se genera recargamiento. Ante la elección, parece preferible el barroquismo de «suma monetaria nominal». Posee marcado carácter didáctico (aunque entonces habría que verificar si ese espíritu aleccionador se mantiene en el texto). [Entre corchetes, al menos, habría que denunciar el ocioso «misma»].

La dicción «suma monetaria» suele conducir a la noción «deuda de suma», opuesta a «deuda de valor». La primera se somete por entero al principio nominalista, según el cual el euro (de 2002) es igual al euro (de 2015) sin reparar en cualquier alteración del poder adquisitivo. La deuda de valor, como su nombre pretende reflejar, carece de la estabilidad y seguridad de la deuda de suma, porque garantiza que el acreedor recibirá un valor idéntico al debido por el deudor, pues la obligación de éste se ciñe a reembolsar una cantidad dineraria que, en el momento de la devolución, equivalga a la que recibió, para lo que resulta determinante igualar el poder adquisitivo de ambas, con lo que la noción de poder adquisitivo, o valor, queda antepuesta a todas.

El aplauso (recortado por las censuras expuestas) a favor de la primera frase del 573-5.1, no puede ser mantenido para el resto de ese precepto ni para el 573-5.2. El motivo es sencillo: ese conjunto normativo atañe al préstamo de dinero con unidades diferentes a las de curso legal. Y el préstamo cuyo objeto consista en moneda diversa (entre nosotros) al euro, ya en la entrega por el prestamista, o en la devolución por el prestatario, o en ambas, sólo puede ser considerado un préstamo en especie, pues deja de estar concernido por el principio de soberanía monetaria (el Estado no puede tener competencia sobre otra moneda). Tampoco la seguridad jurídica está comprometida de igual modo que cuando el objeto del préstamo se fija en moneda de curso legal.

Lo anterior se verifica en la solución a la hipótesis planteada en el precepto: devolución con distinta moneda. Entonces, después de afirmar el nominalismo, protege el acuerdo de los contratantes acerca de los valores de cambio. La expresión de cierre, «salvo que se hubiere convenido otra cosa» [al nominalismo], evidencia, desde luego, una imperfección normativa: aunar el principio nominalista y su contrario.

El error deriva de la pretensión de aplicar el nominalismo con monedas sobre las que se carece de competencia normativa, por muy estables, seguras y previsibles que se las considere. El principio nominalista puede ser sustentado por un ordenamiento que también regule la moneda a la que tal principio se refiere. Si no es de ese modo, las partes dispondrán de libertad para determinar el régimen de cambio (salvo que se desee asistir a, por injustas, penosas situaciones, de las que la historia económica nos ofrece un buen muestrario, cuyo posible incremento ha de ser rigurosamente considerado).

En consecuencia, lo preferible sería dejar reducido el precepto a la primera frase del 573-5.1. El resto podría pasar (si procede) a otro lugar. Probablemente su ubicación idónea se encuentre junto al préstamo de especie del 573-12 y 573-13.

## 7. EL INTERÉS EN EL PRÉSTAMO

1. El interés es la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude. El interés compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista.
2. El interés puede fijarse mediante el establecimiento, o combinación, de una tasa o porcentaje cierto o variable. En este último caso habrán de establecerse claramente los parámetros para su determinación, que en todo caso habrán de ser ciertos y objetivos, sin que sobre ellos tenga capacidad de influencia, directa o indirecta, ninguna de las partes.
3. La aplicación del tipo de interés sobre la suma adeudada irá referida a periodos anuales, sin perjuicio de que en todo caso se haya de dejar constancia de su coste efectivo anual.
4. Cuando nada se hubiese pactado sobre la retribución del préstamo, se aplicará el interés legal del dinero establecido por la Autoridad competente. [573-6]

El 573-6 se dedica a cuatro aspectos del interés en el préstamo: su justificación o motivo, en el número 1; el tipo y sus modalidades, en el número 2; la referencia temporal, en el 3 y el tipo subsidiario, por último. Los números 1 y 4 son los más revolucionarios con respecto a los precedentes. Después de éstos vendrán los otros dos.

El artículo 1753 Cc ordena: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad». Conviene recordarlo aquí para señalar la separación que introduce el 573-6.1. Pues frente a que el prestatario haga suyos los bienes prestados, noción del Cc, el Mercantil ordena el abono de intereses como «retribución por la utilización del dinero prestado». Pero si el dinero prestado es del prestatario, carece de sentido cualquier retribución (retribuir ¿a quién y por qué?). Y si el prestatario no hace suya la suma recibida, habría de devolver ésta con sus frutos, si los tuviera, pero que la ley los imponga sin que hayan existido, parecerá injusto. También será arbitraria cualquier medida para ellos.

¿Qué sentido tiene manifestar una justificación para el devengo del interés por el aplazamiento? ¿Por qué no decir, sencillamente, «interés es la retribución efectiva que

ha de pagar el prestatario»? Cuando el tema es estudiado con cierto detenimiento, resulta que la más probable justificación para el interés reside en la situación crediticia del prestamista. A ello se unen los factores del daño emergente, el lucro cesante y el peligro de la suerte que a ese crédito rodean y en cuya virtud oscila el tipo.

Pero tampoco parece preciso expresarlo en forma normativa. Porque si se hace, surgen las cuestiones. A ellas invita la segunda frase del 573-6.1 al formular otros motivos para los intereses además de «la utilización del dinero prestado»: «la eventual depreciación de la suma prestada» ... ¿pero no se acaba de afirmar el sometimiento al principio nominalista, según el cual la depreciación no cuenta? Y «los riesgos y costes que asume el prestamista». Ahí sí parece acertar en el motivo para el interés. Pero entonces la interrogación resulta que atañe al 573-6.4: ¿y si el prestamista afirma no haber sufrido riesgo o coste alguno? ¿Por qué habrá de pagar el prestatario un interés y si nada se pacta el legal?

Lo último apuntado, la imposición de un interés para la falta de pacto, significa una deficiencia de economía o técnica contractual. Se comprueba al comparar el 573-6.4 con la situación vigente. Ésta permite, ciertamente, el préstamo gratuito (que a tantos escandalizó). Pero el 573-6 tampoco impide (afortunadamente) el pacto de un interés de un céntimo por cien. Puede llegarse a ese ridículo pacto para eludir el juego del 573-6.4.

Por eso puede sentenciarse: si los contratantes desean pactar unos intereses, ellos sabrán en qué medida. Si no desean acordar interés alguno, ¿a qué imponerles un tipo que puede desembocar en tan ridículo convenio? Parece poco serio. Produce cierta grima pensar en la firma de ese contrato. Quizá resulte preferible, sencillamente, suprimir el 573-6.4: quien desee acordar un tipo de interés, ya cuidará de hacerlo. Quien no, bastará con el silencio. Así se impide ese risible convenio con un tipo de interés de 0,1 por cien (el cual puede reducirse más a base de seguir poniéndole ceros antes del uno y después de la coma) con la finalidad de eludir el obligatorio tipo del interés legal aplicable por defecto de pacto.

Si se desea que el préstamo sea retribuido siempre, dígame. Y hágase de un modo técnicamente adecuado (si bien ya se advierte cuán mal se llevan la libertad y la imposición en este punto). Habrá que empezar por renunciar a vocablos sobrantes que sólo introducen problemas de compleja solución, si llegan a tenerla. Y se ha de evitar el pronunciamiento con expresión de justificaciones dudosas ante siglos de historia (casi tantos como de humanidad) ricos en densas reflexiones.

El 573-6.2 posee el acierto de elegir el término «tasa» para aludir a un tipo de interés que acaba siendo determinado entre los extremos de una banda. Que tal rango sea ajeno a la voluntad de los contratantes, la orden del segundo párrafo del 573-6.2, ha de recibir también plácemes: concreta el principio general del 1256 Cc, acogido en el 1449 Cc para la compraventa. En efecto la libertad que rige la materia de la fijación de un tipo de interés, permite cualquier combinación, siempre que se halle fuera de los límites de la arbitrariedad. Ésta, ciertamente, se encuentra allende los linderos de lo libre.

En el 573-6.3 se ordenan un par de mandatos con un común denominador: la anualidad: tanto como referencia para el interés como para manifestar su efectivo coste. Se trata, en definitiva, de preferir los tipos de interés anuales. Y pudiendo existir varios

en el año (hasta el tipo de interés legal puede cambiar en ese tiempo), se ordena, en todo caso, que sean los doce meses la medida para averiguar el importe explícito en razón de los intereses.

## 8. DEVENGO Y PAGO DEL INTERÉS

El interés comienza a devengarse desde el momento en que se produce la entrega o puesta a disposición del capital al prestatario. Su pago será exigible cuando expire el plazo fijado al efecto o cuando venza, total o parcialmente, la obligación de restitución. [573-7]

En el esquema establecido para los preceptos del préstamo en el Código proyectado, el 573-7 parece lo más razonable. Pero cuando se reflexiona con alguno de los enfoques sugeridos más arriba, quizá resulte dudoso cuanto ambas frases ordenan.

Por una parte, que el interés madure a partir de la puesta a disposición, puede cuestionarse, porque la propia puesta a disposición (como fórmula equivalente a la entrega de la cantidad prestada) ha sido antes objeto de reprobación.

Por otra, sin salir de la primera frase, el devengo automático del interés desde la entrega o la puesta a disposición, arranca de estimar la producción mecánica de los intereses, ajena en su origen a la voluntad de las partes. Tampoco esa idea goza del universal consenso que una norma ha de poseer. Introduce además otros problemas. Si éstos quedan irresueltos, deslegitiman la universal y generalizada producción de intereses: ¿se descontará siempre el interés ante un pago anticipado, o el transcurso del tiempo sólo juega a favor de la producción y no en la anticipación? ¿Tendrán algún valor las cláusulas que prohíban el descuento en la hipótesis de anticipación en el desembolso? Hasta que se ofrezca una respuesta a esas preguntas, todo el esfuerzo normativo tendente a la producción de intereses por el aplazamiento, aunque no haya pacto en tal sentido, o bien será injusto, o le acompañará la sospecha de serlo.

En la segunda frase del 573-7 se disocian enteramente abono del principal y de los intereses. Al ordenar la exigibilidad del pago de los intereses en el plazo específico («fijado al efecto») siembra esa posible separación. Se advierte plenamente con la disposición por defecto: serán exigibles los intereses al vencimiento total o parcial «de la obligación de restitución». Por un lado puede ir el deber de pagar los intereses, por otro el del principal.

La reserva a tal provisión brota si se piensa en el pacto para el pago anticipado de los intereses: ¿de qué sirve, por ejemplo, el mandato para la evaluación del coste anual de los intereses (573-6.3), si cabe su abono anticipado? Se pacta un interés (normal) pero se cobra nada más iniciarse el préstamo. Con esa operación se multiplica por dos, al menos, el tipo de interés efectivo. Además, la anticipación en el pago de los intereses vulnera la justificación del interés (573-6.1), que deja de responder a «la utilización del dinero prestado», pues el interés se adeuda, pero la suma aún no se empleó. La norma no sólo no lo impide, sino que parece facultarlo sin obstáculo alguno.

Y, en realidad, carece de problema: el momento para el pago de los intereses puede ser objeto de acuerdo. Pero ese factor, para cuándo se acuerda el pago de los

intereses, ha de integrarse en el cálculo del coste total en concepto de intereses, en particular mediante la evaluación de la anticipación en el pago, cuando ésta se haya pactado. Por otra parte, si se mantiene el favor para el acuerdo sobre el pago anticipado para los intereses, se contaría con otro motivo para ignorar la justificación de los intereses asentada en la utilización del dinero prestado.

## 9. LA MORA Y EL INCUMPLIMIENTO DEL PRESTATARIO

1. El prestatario incurre en mora si no cumpliera cualquiera de sus obligaciones de pago en la fecha convenida, salvo que se hubiese pactado que no se produciría aquella hasta que hubiese mediado un requerimiento de pago o hasta transcurrido un plazo desde éste.
2. Si el prestatario incurriese en mora está obligado a resarcir los daños y perjuicios causados al prestamista. No obstante es válido el pacto de determinación anticipada de la indemnización por tal concepto, que podrá consistir en un porcentaje del capital, o una tasa moratoria, aplicable por una duración determinada y susceptible de adicionarse a los intereses retributivos a que se refiere el precepto anterior, o de sustituir a los mismos. En defecto de pacto, se satisfará el interés legal, si fuese superior al retributivo.
3. También puede convenirse una indemnización que corresponderá al prestamista en caso de incumplimiento, total o parcial, del prestatario y que podrá determinarse mediante una tasa del capital entregado. Esta indemnización será acumulable a las anteriores. [573-8]

Antes que otra cosa conviene recordar el apunte que se realizó acerca del desequilibrio que el 573-8 evidencia al referirse a la mora y al incumplimiento del prestatario: el prestamista ¿no puede ser moroso ni puede incumplir su deber de entrega y de puesta a disposición? Ahí aparece la primera reserva al precepto, el cual podrá ser criticado por la ausencia de equidad, de no introducirse la oportuna reparación.

Si se deja atrás lo anterior, destacando su evidente importancia, cabe centrarse en el 573-8. La materias de que se ocupan los tres números del precepto pueden agruparse en dos: la determinación de la mora para el prestatario, primero, y sus consecuencias, después.

El 573-8.1 resuelve la noción de mora con lo que me parece una imperfección gramatical y con una rareza de cuestionable coherencia. La primera es una concordancia entre los dos verbos primeros: puede tratarse de una manía del aquí firmante (igual que lo anterior y lo siguiente), pero la secuencia del presente de indicativo («incurre») para fijar la consecuencia, y del futuro de subjuntivo («cumpliera» y «hubiera») como medio de indicar el supuesto de hecho, no me suena bien (quizá porque figure sólo en ese precepto entre los de la sección), por lo que he de mencionarlo.

Más alcance posee la singularidad aludida, también porque se aleja de lo establecido en la parte general del propio Código Mercantil, donde se mantiene la regla tradicional del *dies interpellat pro homine* para los casos con fecha para la prestación (418-1.a). En el 573-8.1 ese acostumbrado efecto que sigue a la llegada del día acordado para el cumplimiento, cabe modificarlo por acuerdo de las partes: «salvo que se hubiese pactado que no se produciría aquella [la mora] hasta que hubiese mediado un requerimiento de pago o hasta transcurrido un plazo desde éste», hay que repetir, mientras viene la interrogación acerca de los motivos para la infrecuente expresión. Subráyese que se trata de un supuesto ajeno al préstamo sin fecha para la devolución,

porque en ese no cabe otra que la interpelación, debiéndose señalar al paso que para dicha hipótesis no se aclara cuándo arrancará la mora del prestatario. La construcción «salvo que» no parece admitir muchas dudas, acerca de su condición de hipótesis alternativa a la formulada en primer lugar y que deshace sus efectos.

La máxima consiste en otorgar una facultad para que los contratantes se alejen de la interpelación automática que sigue a la llegada del término acordado. Algo extraño resulta un convenio, cuando determina un momento para realizar la prestación y, a la vez, la previsión de que la morosidad (que precisamente sirve a la falta de cumplimiento tempestivo que no impide el cumplimiento ulterior) dependa de la intimación al deudor.

Una de las dificultades introducidas por esa nueva modalidad moratoria reside en su relación con el elemento de la culpabilidad en el retardo. En la mora automática se desvanece el elemento de la culpa del deudor en el retraso: el acaecimiento de éste despliega los efectos de la mora. En la solución novedosa ¿se hace desaparecer la culpa? Dicho de otro modo: se acuerda un término para el deber de devolución del prestatario, y también que la llegada del día señalado no producirá los efectos de la mora, sino que éstos se harán depender de la eventual interpelación del prestamista o de que medie un plazo desde ésta. Si se produce la interpelación a la llegada del vencimiento acordado, ¿nacerán los efectos de la mora sin que quepa atender a la existencia (o no) de la culpa en el retraso por parte del prestatario?

Tengo para mí que, en tal hipótesis acaece aquello que en la mora automática se esfuma (por imperio de la propia norma): la trascendencia del caso fortuito y del hecho inevitable, ¿podrá sancionar el juez el efecto de la mora ante la imposibilidad de la prestación (por mucha interpelación que se haya ejercitado)?

El anterior pasaje quizá requiera (desde luego para mí) una discusión más detenida, pero ha de ser abandonada, dejando remarcado lo antes señalado sin mayor comentario: la norma carece de previsión para el inicio de la morosidad en los préstamos sin término de vencimiento. Esa omisión ha de ser corregida, quizá mediante la fórmula que se emplea con carácter alternativo para el inicio de la morosidad en los contratos con día fijo de vencimiento.

Los dos números siguientes del 573-8 resuelven acerca de las consecuencias de la mora. Fijan un principio general en el 573-8.2, primera frase: el deber de abonar los daños y perjuicios irrogados al prestamista a resultas de la mora del prestatario. Esa afirmación se desgaja en cuatro frases, dos para cerrar ese número, otras dos para el siguiente. Por esa vía se afirma la ley general (indemnización de daños y perjuicios) y diferentes aplicaciones que, a modo de ejemplo, ofrecen algunas modalidades entre un universo de posibles.

Conviene destacar el acierto del enfoque: la consecuencia de la mora del prestatario consiste en la indemnización de los daños y perjuicios que origine. La cuantificación de tal merma sobre el patrimonio del acreedor insatisfecho, se ha facilitado tradicionalmente con intereses y cláusulas penales que no exigen prueba alguna ni impiden la evidencia del “*mayor daño*”. Ese principio ha de afirmarse nuevamente (de la mano de los artículos 1101 a 1108 Cc), antes de entrar en el pormenor en que los preceptos lo concretan.

Semejante orientación cabe reconocerla como una de las posibilidades hermenéuticas en la locución («[n]o obstante»), mediante la que se introduce el pacto para el acuerdo acerca del daño, y así permitir que la dicción deje de parecer superflua.

La primera posibilidad que el 573-8.2 ofrece para fijar los daños y perjuicios es un porcentaje del capital (debido, ha de entenderse): una cantidad absoluta, determinable al aplicar un tanto por ciento al montante de la deuda pendiente. Una cifra que carece de relación con la amplitud del tramo moratorio, tanto que al iniciarse éste, ya resulta adeudada. Lo expresado la aproxima a una cláusula penal para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación de devolución.

El segundo de los ejemplares entre las fórmulas indemnizatorias del 573-8.2, según el orden de éste, figura como alternativa a la recién aludida y se expresa (¿con incorrección?) como una «tasa moratoria». Es probable que se trate de un tipo moratorio, en cuanto se enlaza a una duración (al adjetivo *determinada* que la sigue, cabe interpretarlo también como tipos que se incrementen según los tramos de mora, quizá con aumento en los guarismos en tanto se alejen del momento previsto para el pago). La norma prevé que el acuerdo que se refiera a éstos disponga tanto su adición a los propios del aplazamiento, como que sustituya a éstos.

La frase de cierre para el 573-8.2 alberga una norma por defecto: si el préstamo careciese de acuerdo sobre la indemnización de daños y perjuicios, se aplicará el interés legal, siempre que no fuese inferior al pactado para el aplazamiento. Se trata de una idea vetusta formulada ahora con menor simplicidad (v. art. 316 Cco, primer párrafo).

El 573-8.3 añade otra posibilidad a las mencionadas: una nueva tasa y que será acumulable a las anteriores. Quizá nos hallamos ante una cláusula penal suplementaria, cuya singularidad radica en que la base para el cálculo se encuentra en la totalidad del capital recibido por el prestatario, no en el afectado por su retraso en el pago. Ese factor tiende a pensar en la fórmula del porcentaje, pero nada impide que se trate de un tipo suplementario, añadido a los que antes fueron descritos.

Las predeterminaciones contractuales para la indemnización de los daños y perjuicios, conviene advertirlo, han de cumplir con el mandato del artículo 573-6.3: el coste efectivo anual ha de ser manifiesto, de modo que resulte patente, desde luego, el importe satisfecho por el aplazamiento, pero igualmente el que corresponde a la mora del prestatario. Para evitar la reiteración de ese mandato y la duda exegética, probablemente convenga proceder a una reubicación de tal precepto.

## 10. EL ANATOCISMO

1. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán nuevos intereses. No obstante, mediante pacto expreso que conste por escrito podrá convenirse que los intereses devengados y no satisfechos se acumulen al principal, de modo que la suma de ambas cifras produzca a su vez intereses.
2. La capitalización de los intereses sólo podrá hacerse anualmente, o por periodos superiores de tiempo. Si se hubiere pactado un plazo más breve para la devolución del principal, o se tratase de préstamos a interés variable cuyos intereses se calcularan y devengaran por periodos pactados contractualmente, la capitalización se hará coincidiendo con el plazo más breve entre

- el previsto para la devolución del principal o con el cierre de cada uno de los periodos de intereses que resulten impagados
3. Interpuesta una demanda, no procederá la acumulación del interés al capital para exigir nuevos réditos.
  4. En todo caso, la validez del pacto de anatocismo, requiere que se deje constancia en el contrato del coste efectivo anual del interés a pagar, según las previsiones contractuales. [573-9]

El artículo 573-9.1 comienza con la prohibición del anatocismo: los intereses adeudados y no satisfechos no pueden generar intereses. Éstos sólo se reconocen al principal. Pero el resto de ese primer número y los tres siguientes giran entorno al pacto de anatocismo: su finalidad y el modo de realizarlo, el esquema temporal al que ha de sujetarse, la imposibilidad de combinar demanda y anatocismo, para acabar con la previsión general acerca de la necesidad de distinguir el coste efectivo derivado del interés.

En su esquema principal el precepto modifica poco el precedente (artículos 317 y 319 del Cco), en tanto que el Derecho vigente permite la capitalización de los intereses y prohíbe el anatocismo a partir del inicio del pleito. La ventaja del 573-9 deriva de su riqueza técnica: precisa cómo ha de ser el pacto, qué ha de respetar.

En el 573-9.1 se determina cuáles son los intereses considerados por el pacto de anatocismo y las características de tal convenio. El anatocismo sólo cuenta para los intereses que habiéndose debido pagar, no lo fueron. Da igual su naturaleza retributiva o moratoria. Ambos se añaden al principal para generar nuevos intereses.

Tras esa declaración de libertad se marcan restricciones. La exigencia de pacto por escrito figura la primera (con saludable reiteración: «expreso por escrito»). En el 573-9.2 constan los límites para dicho convenio. Se ciñen al tiempo requerido para la capitalización de los intereses: queda concretado en la anualidad, con carácter mínimo, pudiéndose acordar un tiempo superior. La contemplación de préstamos con vencimiento inferior al año o con intereses variables, conducen al legislador a sustituir la exigencia de anualidad para la capitalización. Entonces opta por el menor plazo entre el otorgado para la devolución del préstamo, y el acordado para la vigencia del tramo de interés variable no satisfecho que sea más reducido.

La complejidad en que pueden devenir los pactos de anatocismo para préstamos con aplazamiento inferior al año, o para aquéllos con intereses variables por trimestres, por ejemplo, entre otras hipótesis, determina que convenga señalar enseguida el contenido del 573-9.4. Éste acomoda una regla semejante a la que obra en el 573-6.3, cuya síntesis podría ser: cualquier pacto ha de ser presentado en forma que facilite su coste anual efectivo. Y tal presentación constituye un requisito para la validez del pacto de anatocismo.

Habría que aludir al contenido del 573-9.3 mediante el cual todo el tiempo del proceso sobre el préstamo queda fuera del anatocismo (lo cual, lógicamente, no impide que, en ciertos casos, las leyes de enjuiciamiento ordenen la producción de intereses sobre el importe de las decisiones judiciales que sean objeto de recurso). Este número quizá sería más idóneo que cualquier otro para cerrar el precepto, no sólo porque se refiere a algo diferente a los otros tres, sino porque éstos despliegan la materia del pacto de intereses, ajena en cierto modo al lapso considerado en el 573-9.3.



## 11. PRÉSTAMO PARTICIPATIVO

1. Por convenio expreso de las partes podrá establecerse que la retribución del prestamista consista, en todo o en parte, en un porcentaje del beneficio que obtenga el prestatario en la actividad para la que se destinen los fondos prestados, o de su volumen de negocio, o en un margen del aumento de valor que experimente el patrimonio de éste, en un determinado plazo. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.
2. Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.
3. En el caso de que el prestatario sea una compañía mercantil cuyo tipo social limite la responsabilidad de sus socios, los capitales que reciba a título de préstamo participativo con carácter subordinado, postergando su rango al de los demás acreedores, presentes o futuros, tendrán la consideración de patrimonio neto de la entidad prestataria a los efectos de distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas. El pago de su retribución se antepondrá al cobro de los dividendos, de cualquier clase, que pudieren corresponder a sus socios.
4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los préstamos participativos tendrán la calificación de crédito ordinario para el supuesto de que el prestatario fuere declarado en concurso de acreedores, cuando así se hubiese pactado expresamente por las partes en el préstamo participativo en el momento de su otorgamiento. [573-10]

Por primera vez acompaña el préstamo participativo a las disposiciones generales sobre préstamo, donde siempre hubo de encontrarse. Pero el Cco carecía de previsión para especialidad tan novedosa. El precepto es ordenado con cuatro números que se dedican, sucesivamente, a precisar la noción del préstamo participativo, el primero, a ordenar la hipótesis de amortización anticipada, el segundo, y los dos últimos a encajar la institución en hipótesis más problemáticas, el concurso del prestatario entre ellas.

La noción conserva en su totalidad los rasgos del precedente, si bien aumenta el catálogo para la participación. El 573-10.1, en efecto, ordena el pacto expreso para que se dé lugar a un préstamo participativo. El contenido de tal pacto reside, entre otros aspectos de la operación (ha de integrar, por ejemplo, buena parte de los previstos para el préstamo), en la clarificación de la retribución para el prestamista: un porcentaje (una participación) en las actividades empresariales del prestatario más, eventualmente, un tipo de interés fijo.

La participación del prestamista se puede medir también mediante la evolución general de las actividades empresariales del prestatario: su volumen de negocio, el incremento general en el valor de sus activos (pero nada impide una combinación de los anteriores que albergue también al tradicional: los resultados de la actividad a que se dedique el importe del préstamo recibido). Ese carácter abierto, natural en la retribución para el prestamista y que tanto contribuye al atractivo de esta especialidad de préstamo, podría quedar más patente en el 573-10.1, pues en la dicción actual cabe dudar si la facultad introducida por el «podrá establecerse» inicial, cabe referirla tanto a la existencia del préstamo participativo como a las modalidades en su retribución.

Ninguna objeción merece la cláusula de cierre en ese número que permite la adición de un fijo en intereses ajeno a la marcha de los negocios para el prestatario.

El 573-10.2 comprende una previsión defensora, tanto para los planes del prestamista al concebir la operación, como para los de los demás acreedores del prestatario: permite la inserción de una cláusula penal para la anticipación en el reembolso. El caso en que no se despliega esa hipotética sanción (ampliación en el patrimonio neto del prestatario con importe igual al del préstamo devuelto antes del vencimiento), así como el excluido en igual contexto (que ese incremento sea extraño a una actualización de activos), da razón para la cláusula penal: se desea impedir que el prestatario, con el argumento de una reducción en sus cargas, desmejore la composición de su patrimonio.

Tal carácter de estable y duradera contribución patrimonial para el prestatario que la institución posee, su orientación a servir de instrumento para la refinanciación, justifica igualmente la orden del 573-10.3: la posibilidad de que el préstamo participativo sea concebido (desde su origen o con posterioridad: no se impide esta posibilidad, aunque también podría aclararse) como subordinado (en la calificación concursal de los créditos). Entonces quedará contablemente integrado en el patrimonio neto del empresario (que sea una sociedad con responsabilidad limitada para sus socios) a los efectos de: la distribución de beneficio, la reducción imperativa del capital social y la disolución por pérdidas. Lo anterior no quita el deber de retribuir al prestamista antes de repartir dividendo alguno.

La modalidad recién mencionada constituye una de las alternativas. La otra consiste en que el crédito derivado del préstamo participativo posea la calificación concursal de crédito ordinario (573-10.4). Para ello se requiere pacto expreso y, aquí sí, necesariamente desde el momento de la escritura.

## 12. USURA

1. Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que, atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista, el préstamo no resulte usurario.
2. En todo caso se reputará usurario el préstamo en que se declare recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada. [573-11]

La entradilla del 573-11 quizá podría ser más explícita. La usura constituye el límite absoluto para los intereses. Pero hay otras fronteras: subjetivas, desde luego, tanto activas como pasivas: en el sentido de no estar dispuesto a proponer o a aceptar una determinada operación. Pero también existen términos objetivos: los que alude, sin ir más lejos, el 573-11.1: el estado del mercado en que se trabaja y el, así denominado por los clásicos, *periculum sortis*, el peligro de la suerte, las posibilidades de infortunio en la operación. Pero todo ello y lo que falte, conduce a la usura como exclusivo confín para el pacto de intereses. Lo demás (las aludidas y otras) conforman las circunstancias para evaluar la distancia a la que un pacto se halla de la usura (ya dentro de ese terreno o aún sin llegar a él). De hecho la norma sólo ofrece indicios para la calificación del pacto como usurario, pero no habla de *límites al pacto de intereses*. La primera

propuesta, consecuentemente, consiste en cambiar la entradilla, de modo que diga, sencillamente, *usura*.

La segunda, antes de cualquier otra cosa, consiste en advertir que el Código Mercantil sólo emplea el término *usura* en el 573-11. Esto invoca una cuestión: ¿cuál será la consecuencia de la calificación? ¿Va a dejarse vigente la Ley de 23 de mayo de 1908, la famosa Ley Azcárate? Parece lo más normal. Por un lado, no aparece registrada en la disposición derogatoria del Código Mercantil. Por otro, la usura no es algo exclusivo del préstamo, tampoco del mercantil. La pregunta, no obstante, tiene su motivo en el propio 573-11, que toma algunos elementos de esa Ley (y deja otros fuera). Con la Ley Azcárate vigente bastará un 573-11 bastante más breve.

El 573-11 viene dividido en dos epígrafes diferentes. El primero acoge los polos de la materia: el de libertad para el pacto de intereses y el de prohibición de la usura. El número dos da entrada a un supuesto absoluto de usura.

La libertad de pacto para los intereses responde a la derogación del precepto contrario del Cco 1829, gracias a la Ley de 14 de marzo de 1856. Ésta acabó siendo recibida en el 315 Cco. Desde entonces regula el ámbito de libertad que registra la primera frase del 573-11.1. Ese campo conoce su extremo (donde la libertad se transforma en instrumento de daño a terceros) mediante la Ley de represión de la usura.

El 573-11-1 exhibe los dos extremos del eje retributivo del préstamo: libertad de pactos para los intereses y usura. Pero introduce un par de circunstancias que llevan de un extremo al otro. Esa dualidad puede ser adjetivada, desde la perspectiva la Ley de usura, como incompleta y cambiante.

Frente a la Ley de usura, las «circunstancias del mercado» y «el riesgo del prestamista» agrupan un conjunto incompleto, pues falta la referencia al, así llamado, préstamo de necesidad. También cambiantes: introduce, por una parte, la novedad del *riesgo del prestamista* como elemento para el análisis: trueque poco atinado, salvo que la dicción sea interpretada como *riesgo de la operación*. Pero en tal caso habría de preferirse esa segunda expresión (y otra cuestión al paso: ¿quién hará el escrutinio al riesgo del prestamista?). Otra sustitución es la de las circunstancias *del caso* por las *del mercado*, cuyo parangón arroja a favor de la dicción de la Ley de usura, una mirada más atenta al prestatario, que es lo que se pretende.

Bastaría (con palabras del 573-11.1) lo siguiente: «Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que [...] el préstamo no resulte usurario». Así se reenviaría la calificación como usurario a la Ley específica. La vigencia de ésta deja sin sentido el pasaje suprimido [y si se piensa en su derogación, se impone la exigencia de completar esas menciones].

El 573-11.2 alberga el supuesto de hecho del segundo párrafo del artículo 1 de la Ley Azcárate. Eso sí, ligeramente mermado. La nueva reiteración (de los mandatos de la Ley de represión de la usura en el Código Mercantil) siembra la duda acerca de la pretensión del legislador sobre las vigencias.

Por ello debe acentuarse, por un lado, la pervivencia de la Ley de 1908 y, por otro, la reducción del 573-11 a la frase entrecomillada en el párrafo anterior, porque el 573-11.2 también puede suprimirse (pues lo que expresa está dicho mejor en la Ley de represión de la usura).

### 13. APUNTE CONCLUSIVO

El objetivo inicial parece haber sido cumplido: las secciones precedentes logran mirar cada uno de los preceptos de la Sección 1ª, del préstamo de dinero, en el capítulo III, del contrato de préstamo mercantil, correspondiente al Título VII, de los contratos financieros, del Libro Quinto, de los contratos mercantiles en particular, en el Anteproyecto de Código Mercantil.

La tarea se destina a homenajear al Profesor Illescas. Confío que pueda disfrutar con ella (y ya dirá si tiene alguna indicación,).

En cuanto al repaso de los preceptos de la sección, me viene la idea de un conocido libro: cualquiera puede derribar muros de un edificio, mientras que construir requiere maestros. Casi veo el ejercicio como un intento de derribo. Por eso he de regresar al símil naviero: el casco, la obra viva de ese conjunto de disposiciones presenta carencias. Habían de ser denunciadas. Es cuanto se ha pretendido.

La singladura del Anteproyecto aún ha de cubrir importantes tramos. Continúa bastante abierta en el sentido de poco determinada. Igual que en los seriales, habrá que permanecer atentos a los siguientes capítulos.