

Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses

JOSE ANTONIO DORAL (Catedrático de Derecho Civil)

J. MARINA MARTINEZ-PARDO (Magistrado)

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—II. Enfoque metodológico.—III. Características generales de la obligación de pago de intereses: 1. Carácter accesorio. 2. Deudas de dinero.—IV. Clases de intereses: 1. Referencias normativas. 2. Criterios doctrinales. 3. Distinción entre interés y figuras afines.—V. Fuentes de la prestación de intereses: 1. Intereses convencionales. 2. Intereses legales. 3. Valoración crítica de la doctrina tradicional.—VI. Examen del artículo 1.108: 1. Su ámbito propio. 2. Extensión del supuesto de hecho. 3. Relación con lo dispuesto en el artículo 1.124.—VII. La cuestión en el préstamo mutuo: 1. Incumplimiento de la obligación de pagar intereses. 2. Operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero.—VIII. La jurisprudencia de equidad en materia de intereses: 1. Acción de resolución. 2. Acción de daños y perjuicios.—IX. Liquidación en sentencia de los daños y perjuicios.—X. Consecuencias de la equiparación legal entre intereses, daños y perjuicios: 1. Diferencia de trato entre acreedores. 2. Enriquecimiento sin causa. 3. Daño directo producido por incumplimiento: A. Dolo. B. Culpa. C. Mora.—XI. Soluciones propuestas: 1. Supuestos en que el prestamista haya previsto el incumplimiento. 2. Supuestos sin previsión: A. La posesión de dinero. B. Clases de posesión de dinero: a) Posesión natural; b) Posesión civil; c) Posesión de dinero de buena o mala fe. C. Liquidación de la gestión posesoria. 3. Propuesta de *lege ferenda*.

I. PLANTEAMIENTO

El incumplimiento de una obligación dineraria es sancionado por el Derecho con la imposición coactiva del pago del principal y, además, pero sólo además, de los «intereses legales». Todo en virtud de la aplicación del artículo 1.108 del Código civil, mediante una interpretación de dicho precepto que resulta hoy insostenible.

La situación económica por la que atraviesa el mundo, el elevado índice de inflación y las dilaciones procesales, son aliados del deudor sagaz que recibe las ventajas de una fuente anómala de financiación. Cabe decir que el incumplimiento tiene «prima»,

la informalidad premio y la Sociedad, con la actual interpretación del concepto de daños y perjuicios y con la confusión de las distintas clases de intereses en una sola figura, está indefensa; sobre todo, quienes prestan con carácter ocasional o quienes por el rigor de los vínculos de parentesco, amistad, relaciones de clientela, etc., no prevén las consecuencias del incumplimiento o no se atreven a la hora de contratar a admitir tal posibilidad, porque ello atentaría a la honorabilidad y confianza depositada en el deudor. El problema no afecta, en cambio, a los prestamistas más o menos habituales ni, por supuesto, a las entidades mercantiles de crédito. Todas ellas con servicios organizados han redactado sus pólizas de crédito, sus contratos de préstamo previendo toda suerte de riesgos, garantías y rendimiento.

Por la vía de la libertad contractual y con el oportuno asesoramiento de juristas especializados, es difícil imaginar que un prestamista institucional resulte afectado por el retardo malicioso o simplemente casual en el cumplimiento de la obligación de devolver. A ello colabora la generosa adaptación de la jurisprudencia de equidad que no estima usurarios intereses que en otro tiempo merecían tal calificación.

El presente trabajo pretende ofrecer fórmulas para corregir desequilibrios patrimoniales a que da lugar el incumplimiento de la obligación de pagar intereses, en los casos en que resulta insuficiente la aplicación de las tesis tradicionales. Corrección a la que se puede llegar por una prudente aplicación de las propias normas del Código civil, siempre y cuando fijemos con claridad la prestación de intereses, el carácter de los intereses atendiendo a su fuente y la diferencia con prestaciones afines, como la de indemnizar daños y perjuicios.

La interpretación actual del artículo 1.108 pone de relieve la necesidad de una futura reforma del precepto; pero, entre tanto, una solución adecuada del problema por vía de exégesis que el texto legal no excluye, pudiera acallar el clamor social que denuncia la situación injusta a que conduce, devolver la confianza plena en los Tribunales y poner de manifiesto, una vez más, que el Derecho es para la vida y, generalmente, va detrás de ella.

II. ENFOQUE METODOLOGICO

Se ciñe este estudio a ese tipo de prestaciones dinerarias (pago de una cantidad), entre las que figura la «prestación de intereses».

Con ser éste un tema de tanta actualidad como tradición histórica, falta un estudio de conjunto que facilite la comprensión cabal de una casuística rica en problemas y, sin duda, compleja en las soluciones; un estudio que permita advertir la unidad del articulado disperso en el Código civil aplicable a la materia. Cierto que un estudio exhaustivo de la prestación de intereses extra

vasa el estricto marco del Derecho civil, porque esta temática compone el núcleo que más decisivamente contribuye a la formación del Derecho monetario como especialidad, pero, todavía hoy, encuentra en el ámbito del Derecho civil su encaje más genuino.

Por diversos cauces, en la doctrina más reciente (1) se proponen medidas tendentes a paliar las consecuencias de una aplicación mecanicista de las normas que de alguna manera contemplan la puntualidad en el pago de las deudas de dinero, distinguiendo al efecto entre la *mora* y otras formas de contravención al tenor de las obligaciones por *retraso culpable*, y ese es también el criterio de las legislaciones modernas en Derecho comparado, artículo 1.153 del Código civil francés y 1.224,2 del Código civil italiano.

Pero eso no obsta a la afirmación de que sería oportuno un estudio de conjunto sobre el tema; afirmación que encuentra su apoyo en que a la prestación de intereses le son aplicables los criterios rectores y reglas generales que rigen la doble vertiente, económica y jurídica, de los intereses: en sentido *jurídico*, los intereses son frutos civiles que derivan «indirectamente» de una relación crediticia, son frutos del crédito, y, en sentido *económico*, por intereses se entiende el rendimiento «directo» «que devenga un capital», artículos 355, 3.º, 884, 1.049, C. c., S. de 30 diciembre 1914 y 27 octubre 1944, carácter que no desaparece cuando la prestación de intereses asume función indemnizatoria.

A esos aspectos privatísticos de la prestación de intereses desde la perspectiva del Derecho común atiende con preferencia este trabajo, por lo que sus conclusiones son extensibles también a otros campos.

Por parecer éste el enfoque más adecuado, la primera parte del presente trabajo está dedicada a exponer la configuración tradicional o clásica de dichas obligaciones con el fin de analizar luego, a la luz de aquellos criterios, su tratamiento actual desde una panorámica científica y jurisprudencial más abarcante.

Mientras que la configuración tradicional puede cuestionarse, la importancia práctica de estas obligaciones es incuestionable, hasta el punto de que ha podido decirse que «dominan ampliamente nuestra existencia y no tan sólo la vida económica» (2).

Esta importancia práctica justifica el análisis detallado de algunos aspectos que sólo indirectamente rozan con el problema concreto, cuya consideración principal suscita este estudio: la interpretación del artículo 1.108 desde el punto de vista del pago de intereses.

(1) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II. Obligaciones. Parte general, Barcelona, 1970, pág. 53; L. Díez PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, A. D. C., 1969, pág. 404; J. CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1979, pág. 338.

(2) J. W. HEDEMAN, *Tratado de Derecho civil*, trad. y notas de J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 88.

III. CARACTERISTICAS GENERALES DE LA OBLIGACION DE PAGO DE INTERESES

1. *Carácter accesorio*

Las obligaciones de pago de intereses tienen como característica común la de ser prestaciones *accesorias*. Esta es su nota dominante, así como es característica común a los intereses la de ser frutos civiles, artículo 355 del C. c., enlazados a la relación jurídica principal como el «producto» a la «fuente» productora: el artículo 1.108 consagra la regla de la productividad del dinero, que se refleja en muchos preceptos de modo positivo o negativo, aludiendo a las consecuencias de dejar un capital improductivo, artículos 264, 4.º; 269, 6.º; retrasar el empleo por su titular o beneficiarse de esa suma un tercero, artículo 1.724 del C. c.

Del carácter accesorio de las obligaciones de pago de intereses se siguen, entre otras, las siguientes consecuencias:

1.º Están incorporadas a una obligación principal de la que dependen (3) (deuda que los devenga u obligación de capital).

Por eso, al estar incorporadas a una obligación principal del mismo género, participan de su naturaleza y tiene relevancia jurídica la causa: *causa credendi, causa solvendi*... donde se encuentra en realidad la *ratio debendi*, por lo que no es la misma en todos los casos.

También por ser *parte*, le son aplicables los principios que rigen el *todo*, por lo que ha de acudir a esos principios informadores de la obligación principal en cada uno de los problemas relativos a su calificación como tales prestaciones de intereses, así como para aplicar por analogía las normas reguladoras; compra-venta, sociedad, préstamo...

2.º Su desenvolvimiento está sujeto a los mismos avatares de la obligación principal a que están incorporadas:

«Su existencia, dice OSSORIO MORALES, está siempre condicionada a la de ésta, de suerte que nacen con la obligación principal a favor del mismo acreedor, se transmiten con ella al cesionario y dejan de producirse cuando la obligación principal se extingue» (4).

La obligación de pagar intereses corresponde—como relación jurídica derivada— a la categoría lógico-jurídica conocida con el término genérico «obligaciones pecuniarias».

En este tipo de obligaciones, «lo debido» es una suma: una

(3) Una consecuencia es la liquidez del crédito, a efectos de la mora; por eso, los intereses «moratorios», a excepción de los que son resultado de la convención, que no fueran demandados al mismo tiempo que el principal no puedan reclamarse en nuevo pleito, S. de 21 noviembre 1890.

(4) J. OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho Civil*, Obligaciones y contratos, Granada, 1956, pág. 74.

cantidad de dinero, cuya cuantía se fija en una *determinada* suma, y a estas obligaciones se aplica con propiedad el significado jurídico del término *deudas pecuniarias*, deuda pecuniaria *simple*; o, por ser *determinable*, «deuda de valor», se concreta en la liquidación en sentencia.

De este modo, dentro de la categoría global compuesta por las «obligaciones pecuniarias» pueden distinguirse, a su vez, dos especies:

a) Las *deudas pecuniarias* propiamente dichas, que son deudas de un importe determinado cuyo monto se concreta de antemano en una suma de dinero, que interviene en función de «medio de pago».

La deuda de dinero es, dice GARRIGUES, «normalmente» una deuda de determinado valor que se mide por ciertas unidades de dinero (5).

b) Las deudas relativas a un valor que ha de cubrirse con una suma. El dinero interviene en estas deudas con función diferente: tiende a llenar un «hueco de valor».

En estas deudas, el sentido del dinero se manifiesta empíricamente como una constante de valor (6), como expresión de cualquier valor patrimonial, tomando esa propiedad esencial que es la estabilidad valorativa.

El dinero interviene como «medida de valor», del valor de las cosas en sentido objetivo, por medio de su trocabilidad, por lo que se dice interviene como «dinero de sustitución» (cumplimiento por equivalente).

Todavía el primer grupo, pese a la aparente uniformidad de las deudas propiamente pecuniarias, admite una gran diversidad (7) y, en efecto, estas prestaciones de pago de intereses tienen unas características muy singulares.

No están sujetas al mismo régimen las deudas de los llamados «intereses convencionales», que las deudas de intereses «legales». Difieren, en efecto:

— Los principios normativos que informan su disciplina jurídica y prestan a las disposiciones legales una unidad sistemática SS. de 30 octubre 1956, 30 junio 1956, 19 marzo 1961...

— La fuente de la obligación principal respecto de que son prestaciones accesorias determina el modo en que ha de verificarse el pago.

Aquella distinción entre las obligaciones dinerarias de una cantidad debida (*deuda pecuniaria simple*) y las deudas estrictamente de valor (*deudas de valor*), ha sido recogida por la Jurisprudencia, SS. de 27 febrero 1945 y 21 de enero de 1978. Entre las deudas de valor figuran las de resarcimiento de daños, por razón de segu-

(5) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, I. Madrid, 1940, pág. 228.

(6) G. SIMMEL, *Filosofía del dinero*, Madrid, 1977, pág. 115.

(7) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona, 1959, pág. 233.

ro, obligaciones alimenticias, el pago de las legítimas... La deuda de valor proporciona un valor al patrimonio del acreedor, mientras que la deuda pecuniaria simple proporciona al acreedor una cantidad de dinero determinada. Por eso, cuando la obligación consiste en una «deuda de valor» el riesgo de la devaluación monetaria no afecta al acreedor o le afecta únicamente en escasa medida (8).

Las prestaciones dirigidas a la compensación de un enriquecimiento injusto son deudas de valor, en la medida, dice LARENZ, que si lo obtenido mediante éste no puede ser restituido, se dirigen a la indemnización del valor (9).

Puede afirmarse que la deuda de intereses es *siempre* accesorio: la deuda de intereses presupone una deuda de capital sin la cual no se pueden originar aquéllos (10).

Mientras que no tienen ese carácter típicamente accesorio las deudas de valor, entre las que figuran la prestación de daños y perjuicios y la pretensión de enriquecimiento injusto, porque el cumplimiento se hace «en forma» de prestación dineraria, pero sólo en «forma»; por eso no es preciso que figure una cuantía determinada desde el origen de la obligación.

El carácter accesorio de la deuda de intereses parece deducirse de los artículos 1.101 y 1.124; pero la jurisprudencia reconoce que el resarcimiento es una prestación sustitutiva o por equivalencia.

A efectos de este estudio ofrece especial interés el análisis de la indemnización en dinero como compensación de los daños derivados de la mora del deudor en el cumplimiento de una deuda de dinero, lo que requiere concretar, en estos casos, qué entender por daño; qué extensión tiene; cómo compensar el perjuicio; qué resortes pueden emplearse cuando no es suficiente para resarcir al acreedor con la suma obtenida más el interés legal; qué es el «mínimo» de reparación; qué alcance tiene la aplicación analógica relativa a las consecuencias de la mora del deudor cuando éste no sólo no hace «lo que debe —pagar en tiempo y forma—, sino que, además, hace «lo que no debe», abusar, a costa o otro, de su posición de ventaja ocasional, lo que constituye un caso de «dolo del deudor»; en definitiva, si la mora es el único retraso relevante a efectos indemnizatorios y por qué, en tal caso, se limitan esos efectos indemnizatorios al módulo de los intereses legales (11).

Las SS. de 21 enero 1978 y 29 de junio de 1978, que reiteran el

(8) KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Trad. notas J. Santos Briz, tomo I, Madrid, 1958, pág. 183

(9) KARL LARENZ, o. c., págs. 184 y ss.

(10) La obligación de pagar intereses es accesorio de la obligación de capital, en cuanto el origen y cuantía de la primera depende de la segunda. KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, pág. 185.

(11) Vid. J. CARDENAL FERNÁNDEZ, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, págs. 190 y ss; E. GONZÁLEZ GARCÍA, *Ingresos indebidos y pago de intereses por el Estado*, en *Diritto e pratica tributaria*, XLIX (1978), páginas 827 ss.

criterio seguido en S. de 20 mayo 1977, relativas ambas a la indemnización de daños y perjuicios en general, distinguen como momentos diferentes:

1.º *Fijación de cuantía*: en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional ha de estar en cuanto a la fijación de su cuantía —cuando lo que se pide sea una reparación pecuniaria— no a la fecha de causación de aquéllos, sino al día en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia.

2.º *La valoración de la conducta relativa al daño*, motivado por el retraso en el abono de la indemnización: las consecuencias del retraso en el abono de la indemnización y las agravaciones de la obligación (en el caso concreto por hallarse expuesto a la intemperie el inmueble dañado) han de recaer sobre quienes, sin fundamento, impidieren el cumplimiento a su tiempo de la obtención del resarcimiento.

¿Es aplicable el mismo criterio a las deudas pecuniarias *simples* cuando el deudor hace «lo que no debe»?

La referida sentencia precisa una salvedad: «toda vez que se trata no de una deuda pecuniaria simple, sino de una deuda de valor». De ese modo, el Tribunal Supremo parece preocuparse por no sentar en las deudas pecuniarias simples un criterio diferente al hasta ahora mantenido, sin duda consciente del alcance político, económico y social de las implicaciones, precisamente respecto a los «efectos de la inflación monetaria» (11 bis).

Pero por vía de exégesis entiendo que dicho criterio debiera ser extensivo a las obligaciones «simplemente pecuniarias». En apoyo de esta tesis cabe invocar, entre otros, estos argumentos:

— *histórico*; el Anteproyecto belga (Laurent), artículo 1.157, que fue tenido en cuenta en el Anteproyecto de 1882-1888, exceptúa de la regla de reducir los daños y perjuicios que resultan de la mora en las obligaciones que se limitan al pago de una cantidad a los intereses legales, el supuesto en que intervenga «dolo del deudor» (12); en tal caso, si el acreedor demuestra haber experimentado un daño corresponde al deudor resarcir con cantidad superior a la legal.

— *lógico*; puesto que la categoría genérica de ambas prestaciones —pecuniariedad de la prestación— es común, aunque tengan rasgos claramente diferenciales pecuniariedad inicial o final.

— *sistemático*; merced a lo dispuesto en el artículo 1.103, que es aplicable a *toda* clase de obligaciones.

(11 bis) Vid. J. BONET CORREA, *Las consecuencias de las alteraciones monetarias en la indemnización de daños y perjuicios* (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1977 y 21 de enero de 1978). A.D.C., 1979, págs. 257 ss.

(12) Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español, 1882-1888*, Madrid, 1965, pág. 348.

Estos argumentos serán expuestos con mayor amplitud a lo largo de este trabajo.

A esa misma conclusión se llega aplicando la doctrina general relativa a los intereses como frutos civiles y, por analogía, las reglas de liquidación de un estado posesorio, la posesión de dinero ajeno.

IV. CLASES DE INTERESES

1. *Diferencias normativas*

El artículo 355, en el apartado tercero, hace una descripción de los frutos civiles que no incluye los intereses. A tenor de lo dispuesto en este artículo, son frutos civiles: «el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas».

No figuran en dicha enumeración los intereses, pese a que tienen la consideración de frutos civiles y así confirma la jurisprudencia que el concepto de «interés legal»: «gramatical y jurídicamente se refiere siempre al producto o provecho de un «capital en dinero», S. de 29 de octubre 1944 (13).

El Código civil emplea el término intereses en numerosos preceptos (14).

2. *Criterios doctrinales*

El término interés es susceptible de significados diferentes y puede atribuirse a conceptos distintos; lo que lleva consigo la necesidad de intercalar, en cada caso, otros términos determinativos, tales como «intereses personales», «intereses de demora» «intereses vencidos», «intereses de intereses», «intereses voluntarios», «intereses legales»...

Esta multiplicidad de significados obliga a delimitar el sustantivo común «intereses» y a excluir lo que, en rigor, no son intereses.

La característica más acusada de los intereses es su consideración de «frutos», a que se añade el calificativo de «civiles», artículo 354. De esa consideración prioritaria derivan dos notas comunes a los intereses:

1.º Que suponen una *relación jurídica* de que los intereses toman:

(13) En términos jurídicos, el concepto de interés, según Díez-Picazo y Gullón, hace referencia al precio en dinero por la utilización o el disfrute de un capital que sea también dinerario. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1976, pág. 117.

(14) Artículos 1.881, 1.885, 1.049, 1.682, 1.724, 1.688, 273, 1.896, 1.120, 494, 495, 517 a 519, 502, 510, 505, 1.109, 1.916, 1.770, 884, 870, 1.110, 1.152, 1.126, 1.124, 1.838, 2, 1.896, 1.501, 1.303, 1.868, 1.295, 1.755, 1.756, 1.371, 286, 517.

a) Su fundamento: esto es, la razón inmediata de su exigibilidad. La deuda de intereses supone una obligación dineraria que los produzca (15).

b) *Su carácter*: en la doctrina suele invocarse comúnmente el término «correspectivo» para indicar la «onerosidad» de la deuda de intereses y ajustarla al engranaje causal de la equivalencia de prestaciones (16).

c) *Sus límites intrínsecos*, ya que la obligación principal de que dependen marca:

— *El origen*: el momento en que el deudor puede efectuar la prestación, el vencimiento.

— *La cuantía*: el «quantum» a que asciende la prestación. En los intereses en sentido estricto la cuantía se mide en proporción al importe de la suma adeudada, S. de 30 junio 1967.

— *La garantía*: el gravamen real que asegura la devolución se extiende a los intereses, artículos 1.871 del C. c.; 114 LH; 9 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 diciembre 1954.

d) *Los límites extrínsecos*, por ser determinante de los terceros perjudicados.

2.º Como fruto supone la «sustancia» que, en la vertiente económica, se entiende como «capital» en dinero. El «capital», se dice, produce «intereses», o, lo que es lo mismo, los intereses son frutos del capital en dinero, S. de 29 de octubre de 1944, antes citada. De aquí se derivan otras notas inherentes a la noción de intereses:

a) Su relación con el «frui», precio del disfrute de un capital en dinero ajeno o compensación del no disfrute: la «contraprestación» del dinero o la «retribución» del capital.

b) Participación de la misma sustancia: *remuneración* de una cantidad «debida» (17).

c) Las circunstancias relativas a esa idea predominante «proporcionalidad» y «temporalidad», puesto que, de otro modo, los intereses se confundirían con la «sustancia» de que «proceden».

De donde:

— El carácter de «fracción»: los intereses son fraccionables.

— El modo de satisfacerles: «periodicidad» (18): el deudor ha de satisfacer los intereses periódicamente, en pagos «parciales».

(15) Según la definición dada por el R. G. Z. 168: «son intereses» la remuneración expresada en una determinada fracción de la cantidad debida, que el deudor ha de satisfacer periódicamente por el uso de un capital consistente en dinero u otra cosa fungible.

(16) L. ARECHEDERRA ARANZADI, *La reciprocidad de las prestaciones*, Madrid, 1979, pág. 300.

(17) La deuda de intereses presupone, por tanto, una deuda de capital, sin la cual no se pueden originar aquéllos. J. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, trad. notas J. Santos Briz, Madrid, 1958, pág. 184.

(18) Además de estar en función de una deuda principal de capital, los intereses están en función del tiempo durante el cual ese capital se disfruta. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, II, pág. 342.

3. *Distinción entre interés y figuras afines*

Se excluyen del género común de intereses estos conceptos:

— Las prestaciones sustitutivas o por equivalencia: indemnización en dinero, por más que, a veces, se emplee de modo equívoco el término «intereses compensatorios», puesto que el interés, como fruto, supone *ventaja*: incremento patrimonial, producto, rendimiento de una deuda de capital.

— El resarcimiento de un daño en dinero, por la misma razón.

— Las rentas, que se basan en la idea básica de prestación por el uso de una cosa específica o en el carácter tuitivo, no en la de goce o disfrute de un capital en dinero ajeno (19).

— Las cuotas de amortización, que son simples «pagos a cuenta»: operaciones contables.

— Los dividendos, beneficios de empresa que dependen directamente de la existencia de beneficios.

— Descuento y recargo, porque la temporalidad nada tiene que ver en ellos con el carácter periódico de los frutos.

A cada uno de estos conceptos se aplican unos criterios diferentes, como ocurre también dentro del concepto intereses correspondientes, compensatorios, moratorios, que, como se verá, más que una clasificación de intereses resumen o aglutinan los principios informadores de la obligación a que se adscriben, respecto de la que son accesorias:

A) Los intereses «correspectivos» son aquellos a que con mayor propiedad convienen las características de la prestación de intereses (20):

1.º Prestación accesoria de una obligación principal: el crédito correlativo a la restitución de un capital o suma de dinero que el obligado tiene y de la que éste dispone en beneficio *propio*; disfrute en beneficio propio de una suma o capital ajeno.

2.º El interés objeto de la prestación accesoria, como beneficio o fruto civil, es correspondiente de la ventaja que le supone dilatar la restitución de la cantidad debida.

Ejemplo de esta clase de intereses lo suministra el artículo 1.682, en cuanto que si el obligado a aportar una suma (obligación principal) no la aporta, se convierte «de derecho» en deudor de intereses, mientras que la sociedad deviene titular del «crédito de restitución». Dicho precepto señala:

(19) La renta, con su misma reiteración, constituye la obligación debida por el deudor por carácter de principal. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, I, pág. 343. Sobre las figuras *análogas* a los intereses, Vid. M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones. Parte general, página 50.

(20) Como «frutos civiles» que derivan de la natural productividad del dinero y se fundan en el uso normal del mismo. Vid. J. CARDENAL, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, pág. 256.

a) El momento en que nace la obligación accesoria: el día en que debió aportar la suma y momento de formación del título que funda el derecho a percibir intereses.

b) No indica el *quantum*, que será proporcional a la suma debida: el importe del *beneficio* obtenido por quien goza.

c) Acreedor es la sociedad frente a quien goza o se beneficia en nombre propio de la suma que produce intereses. Si *además*, el incumplimiento produce *daño*, los intereses son moratorios: intereses por razón de morosidad. Se advierte cómo los intereses correspectivos «preceden» a la mora.

Aplicar a usos propios la cantidad debida produce un interés injustificado, artículo 1.724, interés *siempre* correspectivo y *eventualmente* moratorio, por retraso injustificado: así el mandatario «desde la revocación del poder». Vid. SS. de 2 abril 1979, 20 diciembre 1954.

Como intereses correspectivos pueden calificarse, además, los aludidos en los artículos 1.371 (sobre el crédito de restitución de dote); 884 (legado de suma); 1.115 (prestamo de interés); 1.724 (sobre mandato); 1.889 (gestión de negocios sin mandato)..., que responden también a la idea de frutos civiles.

Estos negocios jurídicos son fuente del *crédito* correlativo a la obligación principal de devolver o entregar una suma de dinero, *deuda* de capital.

La obligación accesoria de pago de intereses supone:

1. Fijación del momento a partir del que la prestación produce intereses, momento que suelen fijar las respectivas disposiciones legales:

— al morir el testador: artículo 870 (legado de crédito), y 884 (legado de cantidad).

— desde el día que debió aportar la suma a que venía obligado, artículo 1.682 (sociedad).

— desde el día en que se abra la sucesión, artículo 1.049 (colación).

— desde que se hizo saber el pago, artículo 1.838, 2.º (fianza).

— desde la disolución del matrimonio (art. 1.371, restitución de dote).

2. Ese *día* determina la «periodicidad»: *cada día*, a partir de él, nace el crédito; el «interés» es fruto del «crédito».

B) De otra parte, los intereses compensatorios, plantean el problema de su autonomía, porque recuerdan, sin identificarse con ellos, a los correspectivos; ejemplo típico de éstos es el artículo 1.501, apartado segundo: El comprador ha recibido una cosa fructífera y, por tanto, obtiene el goce y productividad de la cosa como un beneficio o incremento patrimonial. Ese incremento ha de ser contrarrestado con el interés que, como fruto civil, per-

tenece al vendedor, acreedor de una suma significativa en el precio de venta. Los frutos civiles son compensatorios del *no goce* de los frutos naturales o industriales: compensación de «frutos por frutos». La S. de 30 junio 1950 declaró que no son moratorios, sino compensatorios los intereses que establece el artículo 1.501, 2.º.

Se basan también en el *beneficio* que produce al adquirente la percepción de frutos de la cosa entregada. Que la cosa entregada produzca fruto o renta es condición básica; la S. de 30 de junio de 1950, antes referida, declara: «Sería faltar gravemente a la equidad que el comprador que retiene en su poder el precio de la compraventa obtuviese además el goce y producto de la cosa que le fue entregada, percibiendo con ello un enriquecimiento torticero a costa del vendedor que se desprendió de la cosa vendida y no recibió aún el precio de la misma» y para remediar esta situación, que se ha producido fuera de la voluntad de las partes, prescribe la Ley el «compensatorio» devengo de los intereses.

Dicha sentencia emplea el término «compensatorio», que sitúa entre los intereses «legales», y, realmente, son legales, pero en el sentido de que no provienen del contrato de compraventa, sino de una situación objetiva: «producida fuera de la voluntad de las partes» (21).

C) Los intereses moratorios se fundan en la idea de *daño* y, por tanto, no responden sólo a la nota común de *beneficio*, sino a la de *reparación* (sanción civil) conforme al «principio de reparación pecuniaria». En el pleito sobre intereses moratorios hay que enunciar:

— que la obligación *principal* respecto de la cual la prestación de intereses es *acesoria* existe, o, lo que es lo mismo, que la deuda es *liquida*, está «completamente determinada»; en expresión de la jurisprudencia, S. de 29 junio 1978, «en cuanto a cantidad ilíquida no cabe la mora», lo que es indispensable para la calificación de los intereses como «frutos civiles» en sentido jurídico.

— que, en consecuencia, desde la posición del acreedor el crédito es *exigible*, por lo que desde ese momento la atribución del beneficio del uso concedido al deudor puede resultar injustificado.

— la manifestación del acreedor al deudor de esa desautorización —declaración de voluntad recepticia—.

— que la *privación* del uso origina un *daño*; la conducta dañosa no requiere prueba, pero tampoco la excluye. La prueba de la realidad del daño mayor y la conducta dañosa persistente corresponde al acreedor y puede dejarse para el período de ejecución de sentencia la determinación de su cuantía. Esa cantidad a determinar se mide teniendo en cuenta el concepto económico de frutos, el *rendimiento normal* de un «capital en dinero».

(21) Los intereses compensatorios constituyen un medio para restablecer el equilibrio patrimonial e impedir que se verifique un enriquecimiento sin causa, J. CARDENAL, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, pág. 337.

Son, por tanto, conceptos distintos los de «intereses» y «daños y perjuicios», como se desprende, de otra parte, de las disposiciones legales que imponen una prestación de intereses y además la de daños y perjuicios en su caso, artículos 1.896, 1.682. Entre esos daños y perjuicios figura la devaluación de la moneda; al menos si se prueba que, previsiblemente, el acreedor, de disponer de ese dinero, no hubiera experimentado también las consecuencias dañosas, S. de 3 de mayo de 1976.

V. FUENTES DE LA PRESTACION DE INTERESES

La clásica distinción entre intereses «legales» y «convencionales» tiene su reflejo en la normativa vigente: artículos 1.838, 1.896, 1.916...

Dicha distinción apunta a la fuente misma de la prestación de intereses, al título *material*: la voluntad—contrato, cuasi contrato—o la Ley.

Con ser ésta una distinción «basilar», tiene una importancia relativa, puesto que se inspira en la concepción bímembre de las fuentes de las obligaciones, que toma como predominantes la convención o la Ley, sin tener en cuenta otras fuentes, como pueden serlo la resolución judicial. En definitiva, es el *título* que funda el derecho a percibir intereses lo que se significa con los términos al uso: «intereses legales» y «voluntarios» o «convencionales».

La voluntad es, en esta materia, prevalente sobre la Ley, que tiene, al respecto, valor supletorio.

La necesidad de un título en que se funde el derecho a percibir intereses, indica que el capital no es de suyo productor de intereses, pero virtualmente los comprende: que funda el «derecho a percibir intereses». El título convierte en *actual* esa *potencialidad* que el dinero tiene de producirlos. Sin el pacto o disposición testamentaria, la deuda pecuniaria no produce, en general, obligación de pagar intereses. Pero cuando la Ley impone el pago de intereses, toma en consideración circunstancias que anudan esa *virtualidad* del dinero de producir intereses a la exigibilidad *actual*, v. g., por contrarrestar un beneficio injustificado, por incumplimiento de deberes de administrar, etc. A estas circunstancias se refiere la clasificación de los intereses legales (22).

1. Intereses convencionales

Su fuente es un negocio jurídico, unilateral o bilateral; se basan, por tanto, en el principio general de libertad negocial, de

(22) El concepto de interés legal —dice en uno de los considerandos la Sentencia ya citada de 27 de octubre de 1944— gramatical y jurídicamente hablando se refiere siempre al producto o provecho que devenga un capital en dinero; el artículo 63 C. de c. establece la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital. S. de 15 de noviembre de 1977.

autonomía privada, aunque la norma explícita, de general aplicación, se contenga en el contrato de préstamo, artículos 1.755 y 1.756.

Los negocios sobre intereses, bilaterales (contrato, en su caso, donación) o unilaterales (testamento, promesa) tienen limitaciones legales (usura), cualesquiera que sea el tipo negocial elegido. La prestación de intereses usurarios es prestación con causa ilícita, así como el «ficticio aparato montado para disfrazar su ilicitud», S. de 30 junio 1967.

El préstamo es el contrato productor de intereses típico, pero no es el único contrato; también el depósito, mandato, contratos de tipo asociativo, compraventa y, en general, los negocios fiduciarios determinantes de la existencia de la obligación principal.

El negocio puede tener el mismo contenido que la obligación «ex lege», dirigido a disminuir o a aumentar la tasa legal y, en tal caso, la fuente es el negocio, no la Ley. El pacto de intereses estipulado por el tiempo en que el deudor no cumpla la deuda de capital que produce intereses legales no *nova* objetivamente la deuda y no la transforma en préstamo.

Que es el préstamo el contrato tipo de prestación de intereses que el legislador toma como modelo, se desprende de las siguientes disposiciones legales:

a) Del artículo 1.110, 1.º, norma excepcional, inspirada en el Código Napoleón, que ese Cuerpo legal estableció para el préstamo (23).

b) Artículos 1.755 y 1.756, especialmente en base a la presunción de que el dinero produce interés, formulada por la generalización de los «actos concluyentes»: quien «paga» intereses no estipulados no es, en rigor, «deudor»; el supuesto es análogo al derecho de retención fundado en la justa causa de retener.

2. Intereses legales

A diferencia de los intereses convencionales, los intereses legales están predeterminados tanto en el *an* como en el *quantum*, y cumplen una función típica expresada en la *ratio* de la norma que la regula (24), esto es, en el título que funda el derecho a percibir intereses. Entonces deriva directamente de la Ley. Como notas características a los intereses legales pueden señalarse las siguientes:

a) Su campo de aplicación es más estricto que el de los intereses convencionales.

b) La tasa de intereses legales está rígidamente fijada por la Ley, artículo 1.108, 2.º, completado por L. 23 julio 1908.

(23) En virtud de lo establecido en este precepto, el acreedor que recibe la cantidad que importaba el capital prestado, dando por liquidada la deuda sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos. S. de 20 mayo 1896.

(24) GIUSSEPE MARINETTI, *Interessi* (Diritto civile), *Novissimo Digesto italiano*, VIII, 3.ª ed., pág. 865; E. QUADRI, *Obbligazioni pecuniarie e svalutazione monetaria*, en *Rassegna di diritto civile*, directa da P. Perlingieri, 2.º número, 1980, pág. 547.

c) Se individualizan según criterios objetivos, por el *fin* no según criterios subjetivos, como pueden serlo los *motivos*. Se atribuyen siempre teniendo en cuenta las situaciones jurídicas que provocan un daño a otro o un enriquecimiento sin causa

d) El título legal señala el momento de formación y el acreedor de la prestación.

Por la función económica que cumplen, suelen clasificarse los intereses legales en tres tipos: moratorios, correspectivos, compensatorios:

a) Son intereses *moratorios* aquellos dirigidos a resarcir el daño originado por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones, dinerarias o no. Se fundan en el daño y pueden ser liquidados con una suma global que incluya intereses y daños y perjuicios (25).

b) Los intereses *correspectivos* se fundan en la presunción de productividad del dinero y representan una aplicación particular de la doctrina del enriquecimiento injusto.

Se basan estos intereses en dos postulados:

— al atribuir al acreedor intereses se elimina la previa situación de enriquecimiento injusto por el deudor.

— la suma de dinero ajeno produce interés presuntivamente, a no ser que se pruebe lo contrario.

Los intereses que son propiamente correspectivos deben distinguirse de los que, sin serlo, cumplen una función de correspectivos.

c) Son intereses *compensatorios* aquellos en que el interés atribuido viene a compensar el beneficio del goce de una cosa fructífera; compensan, v. g., el goce de la cosa fructífera por el comprador que todavía—siendo exigible—no entregó el precio de la cosa vendida al vendedor, artículo 1.501, apartado 2.º.

Estos intereses se valoran en proporción a los frutos y el «precio» es relevante para la determinación del *quantum*. Los intereses compensatorios corren desde el momento de la entrega de la cosa por el vendedor, no desde la conclusión del contrato.

Los intereses correspectivos *preceden* a la mora; los intereses moratorios la *siguen*; los compensatorios pueden sustituirse por otros moratorios (v. g., si la cosa entregada por el vendedor no es fructífera).

Cabe decir que cada uno de estos tipos de intereses legales responde a una idea diferente:

a) A la idea de *reparación*: los intereses moratorios.

(25) «La indemnización del daño ulterior, dice Cardenal Fernández, si se produce, no autoriza a desvirtuar el carácter pecuniario de la obligación incumplida, aunque no pueda discurrir por el cauce de los intereses moratorios —dada la limitación que establece el art. 1.108—; el derecho a percibir esta indemnización habría de fundarse en un retraso culpable, y una vez más se pondría de manifiesto que la institución de la mora del deudor no agota todos los supuestos de inobservancia del tiempo de cumplimiento de la obligación». J. CARDENAL, *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*, pág. 403.

b) A la idea de *resablecimiento* de un equilibrio roto: los intereses correspectivos.

c) A la idea de *compensación* de ventajas: los intereses compensatorios.

La nota dominante a estos últimos es que se fundan en la equidad pero su régimen actual reside en la histórica prohibición de intereses.

De aquí que actualmente tienda a interpretarse con extensión y emplear la analogía mientras que, paradójicamente, se duda, incluso, de la oportunidad de estas normas; con mayor motivo, al haberse formulado en el Título preliminar los principios generales informadores de aquéllas, art. 7.1 y 2.6,4.

3. Valoración crítica de la doctrina tradicional

La distinción tradicional entre intereses convencionales y legales resulta insuficiente en la economía moderna para albergar todos los supuestos de prestación de intereses; de aquí que la doctrina se afane ahora en la búsqueda de un «*tertius genus*» que comprenda los intereses que, como los moratorios, pueden ser convencionales o legales, sin ubicarlos dentro de esta última categoría, como una «subespecie».

Más aún, la mora no origina propiamente una deuda de intereses, por las siguientes razones:

a) Origina una «deuda de valor», no una típica deuda dineraria *simple*. La deuda, en este caso, es estructural y genéticamente autónoma: indemnización de daños.

b) Se basa en la idea de resarcimiento de un daño, por lo que sólo es concebible la *mora debendi* desde el momento en que la incerteza sobre la existencia de lo dañado viene eliminada. Los intereses moratorios se deben, no obstante, sin necesidad de que el acreedor pruebe *el daño* y la cuantía, a modo de una suerte de responsabilidad objetiva que se basa en la preponderancia de la responsabilidad sobre la culpabilidad.

La jurisprudencia requiere para la aplicación de los *intereses moratorios* que la «deuda de capital» reúna, entre otras, estas circunstancias:

1.^a Que la cantidad adeudada sea líquida; la iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora en el deudor; SS. de 22 octubre 1968, 19 de diciembre 1951, que se inspiran en el principio «*in illiquidis non fit mora*», SS. de 20 diciembre 1966, 18 noviembre 1960, 2 de junio 1953, 13 junio 1978...

2.^a Que el deudor «conozca» la decisión del acreedor: la interpelación judicial como momento inicial de la obligación de pago de intereses o declaración de mora, S. 21 junio 1947, lo que responde a la idea de «temporalidad», característica de los intereses.

Que la obligación tenga «indiscutible existencia», la exigencia de que la cantidad sea líquida, responde precisamente a la característica de la prestación de interés, que, al ser accesoria, supone

una obligación principal existente: que el crédito correlativo sea líquido, vencido y exigible.

Pero, en lo que tiene la mora de *reparación* del daño, la liquidez no es connatural; puede producir daño al acreedor una deuda ilíquida y la propia jurisprudencia alude a esa posibilidad en alguna sentencia, v. g., daño motivado por actitud dolosa del deudor—retraso en la rendición de cuentas—, dificultar los datos precisos para seguir el juicio; la duración mayor o menor del litigio constituye una circunstancia ajena a la subsistencia de aquella obligación, S. de 21 de junio 1947. Que el daño no requiera probarse, en modo alguno excluye la prueba y, si se prueba, será aplicable el criterio de la reparación, al menos «*propter moram*»: de no probar el deudor que se hubiese deteriorado aunque no hubiera incurrido en mora (25 bis).

Cabría decir que, de los daños ocasionados «*propter moram*», el deudor moroso:

— *responde*, porque el retardo como *hecho* es relevante, artículo 1.101, artículo 1.902.

— *responde siempre* de los daños y perjuicios incluso por caso fortuito, artículo 1.896, de no probar el deudor no haber sido ocasionado por la mora. El acreedor en la mora *simple* no tiene que probar el daño; pero, si lo prueba—mora *compleja*— se traslada al deudor la carga de la prueba de que, v. g., el caso fortuito, le libera de su obligación; si demuestra que lo mismo pudo ocurrir de haberse entregado al acreedor con puntualidad.

Por eso, en la medida en que se irroga un daño, ulterior, sobrevenido «*propter moram*», no debiera requerir la liquidez del crédito al no ser en este extremo típica prestación accesoria—por tanto, la liquidez no siempre es «requisito» del daño; también producen efectos dañinos los retrasos por créditos ilíquidos. La jurisprudencia requiere que la cantidad sea líquida, S. de 29 junio 1978, en el sentido de que el crédito sea ya exigible para que devengue intereses legales, en la medida en que el interés es *fruto civil* que deriva indirectamente a través de una relación jurídica, fruto del crédito (vencido, líquido, exigible).

Pero, por lo que se refiere al daño, al «mayor daño», el interés como fruto civil no tiene por qué ser el producto *indirecto* obtenido a través de una relación jurídica, sino el *directo*, en el sentido en que lo emplea la propia jurisprudencia de que el interés es fruto civil que devenga un capital, SS. de 30 diciembre y 27 octubre 1944, criterio económico más explicable cuando cumple el dinero una función nítidamente indemnizatoria.

El daño y su liquidación se fijan en la resolución judicial que, por el sistema de procedimiento rogado, requieren petición de parte; pero, en general, la doctrina se centra más bien en las fuen-

(25 bis) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones, página 131; L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, página 160.

tes de autonomía y Ley, sin detenerse a considerar que esta materia se rige, ante todo, por los principios generales como fuente prioritaria.

Entre otros principios informadores de la deuda de intereses pueden señalarse los siguientes:

— *nemo locupletari debet cum aliena iactura*, en que se fundan los intereses llamados correspectivos, principio general que debe aplicarse con la máxima extensión, pero que la autonomía privada puede excluir.

— El equilibrio de prestaciones (intereses correspectivos).

— El principio de equidad y la buena fe (intereses compensatorios), que permite extender la analogía, la *eadem ratio*, a otros intereses no específicamente regulados por disposiciones legales, como la aplicación del principio de adquisición de frutos por el poseedor de buena fe.

— A los daños producidos por retraso culpable, moroso o no, se aplican los principios que rigen el Derecho de daños.

VI. EXAMEN DEL ARTICULO 1.108

1. Su ámbito propio

A tenor de lo dispuesto en este artículo, «si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal».

La simple lectura de este precepto permite advertir el marco en que se sitúan los intereses moratorios. Este precepto señala:

A) La cuestión previa, el presupuesto de su aplicación, que se ciñe al pago de las deudas dinerarias: «pago de una cantidad de dinero».

B) Pero siendo esa la «cuestión previa» no es la «cuestión principal», sino que dicho precepto fija el régimen a que está sujeta la indemnización por mora, régimen que puede haberse previsto—«no habiendo pacto en contrario»—o no. Esa precisión indica, de otra parte, el carácter dispositivo de la norma, norma *especial* relativa al resarcimiento de daños. La norma de carácter *general*, que se deduce de la relación con otros artículos, pone de relieve que no es la «culpa», el criterio subjetivo de la intencionalidad, sino el «daño» el punto hermenéutico y, por ende, la reparación.

De este precepto se deducen los siguientes elementos componentes de la mora:

1.º Que la cantidad principal haya sido reclamada y, por tanto, que el crédito sea exigible (art. 1.100) (26).

(26) F. HERNÁNDEZ GIL, *La intimación del acreedor en la mora ex persona*, A. D. C., 1962, pág. 351.

2.º Que el deudor retenga injustificadamente la cantidad que adeuda. A la retención como hecho alude el precepto con el término «incurriere», que supone un retardo, antes irrelevante, del que se desprende que las obligaciones pueden cumplirse con retraso.

3.º Que el cumplimiento sea posible —cumplimiento moroso— aunque origine un daño al acreedor, quien sufre el perjuicio de la privación del uso de lo que se le debe por causa imputable al deudor: retener cantidades indebidamente, S. de 20 junio 1947 y que la medida legal de los intereses puede compensar.

Como puede advertirse de la lectura atenta del precepto, el legislador contempla los diversos aspectos relativos a la deuda de intereses desde la posición jurídica del acreedor y deudor:

a) El título originador de la deuda (deuda de cantidad), título que confiere un ámbito de poder y legitimación para hacer efectivo el devengo de intereses incluso no convenidos.

b) La posición del deudor, que *retiene* lo que debe restituir; el retraso, el simple retraso, situación de hecho, no es desde la intimación *tolerado*, artículo 444: desde el momento mismo en que el deudor «incurre» en mora se deben intereses; a modo de una responsabilidad objetiva que no nace de la culpa, sino del daño.

c) La posición del acreedor, la mora conlleva un daño patrimonial basado en la privación del uso del dinero; por daño ha de entenderse no sólo la lesión a un elemento patrimonial—el deudor de crédito— a que atiende el «interés legal», sino también la repercusión que dicha lesión representa en el patrimonio entero. A esa repercusión aluden otros artículos que complementan el régimen de la mora.

La indemnización del daño admite grados; el interés legal puede entenderse como «indemnización del mínimo» respecto del «máximo» de indemnización que abarcarse la «integridad del daño» (27).

En efecto, ese retraso dañoso, puede ser:

— voluntario, intencional o doloso (28), S. de 20 diciembre 1954.

— negligente, omisión o descuido: falta de la actividad positiva para realizar el pago.

— simplemente casual, a que se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo que reiteran el criterio según el que los daños y perjuicios están «debidamente representados» por los intereses legales, SS. de 24 noviembre 1894, 6 mayo y 17 noviembre 1911, 5 mayo 1959, 20 diciembre 1954...

La misma regla de que el retraso es causa del efecto dañoso rige en supuestos que no pueden calificarse de mora propiamente dicha, v. g., porque la obligación es ilíquida y no tomar en conside-

(27) J. J. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*. Madrid, 1978, pág. 112.

(28) Caracterizado el dolo por el «propósito de dañar injustamente» (S. de 31 octubre 1924) o porque se cometa por aquel a quien puede beneficiar el fin propuesto (S. 25 octubre 1928). Vid. F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 151.

ración el daño equivaldría a premiar la falta de diligencia, S. de 29 diciembre 1954 (con relación al retraso injustificado de la rendición de cuentas desde que se revocó el poder al mandatario).

En este sentido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.501, 2.º, el comprador debe intereses si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta, cuya aplicación supone que el comprador no ha incurrido en «mora solvendi», si bien «retiene» en su poder el precio de la compraventa y además obtiene el goce y producto de la cosa que le fue entregada; para evitar un enriquecimiento injusto —retención sin causa justificada— prescribe la ley el «compensatorio devengo de interés», S. de 30 de junio de 1950. Estos intereses compensatorios corresponden desde el momento en que el dinero —precio no satisfecho— debió entregarse, SS. de 30 octubre 1956 y 26 mayo 1966. De esta suerte, los intereses compensatorios tratan de impedir el daño derivado también de una retención injustificada.

Dichos intereses compensatorios —en sentido amplio— prescinden, no eliminan, del ilícito, en que figuraría el perjuicio recibido por la devaluación monetaria si el acreedor *demuestra* que, en otras circunstancias, no lo hubiera experimentado, artículo 1.499 del Código italiano (29) y artículo 1.896, 2.º del C. c.

Cabe decir que en ninguno de los dos supuestos de prestaciones de interés, moratorios y compensatorios, es la intencionalidad el centro de referencia normativo, sino las medidas tendentes a *prevenir* (intereses compensatorios) o a *evitar* un daño (intereses moratorios).

De aquí que la clasificación de intereses convencionales y legales, moratorios, compensatorios, etc., corresponda a los diferentes resortes que permiten el resarcimiento del daño en las prestaciones dinerarias: por acuerdo; de modo automático —compensación de frutos—; por reclamación.

Todas estas medidas suponen que el dinero es «productivo» —frutos civiles— y que la merma o privación de esa productividad por intervención de tercero ocasiona un daño.

El artículo 1.108 ha de interpretarse —reparación— por lo tanto, dentro del conjunto de disposiciones relativas al retraso en el cumplimiento de las obligaciones. Refiriéndose al artículo 1.501 del C. c., la S. de 13 abril 1931 declara que este precepto no puede apreciarse «aisladamente», sino que debe ser, en cada caso, «armonizado con los demás preceptos generales que definen la mora, como los artículos 1.100, 1.101, 1.108 y otros de este Código», criterio reiterado en S. de 19 mayo 1961.

Una primera consecuencia de la mora es que el ejercicio de acción judicial impide la ulterior posibilidad de cumplimiento tardío; o, lo que es lo mismo, precisa el alcance de la buena fe basada en la

(29) BIANCA, *La vendita e la permuta*. Torino, 1972, pág. 1036; A. DI MAJO, *Prassi giurisprudenziale e indirizzi legislativi in tema di svalutazione monetaria dei debiti pecuniari*, en Foro it., 1979, V. c. 101.

creencia de que el acreedor autorizaba o concedía el cumplimiento con simple retraso. En ese sentido, la mora declarada supone «culpa», entendida ésta como posesión viciosa de dinero ajeno, «mala fe»; al liquidarse el estado posesorio, como todo poseedor, ha de restituir los frutos, civiles, o intereses, lo que no le exime del abono de los daños, artículo 455 C. c.

Ese carácter «compensatorio» se fija también en la restitución—liquidación de la gestión posesoria— (posesión de dinero) y no excluye el daño experimentado por el «deterioro» de la cosa fructífera: la depreciación o devaluación del dinero que produce intereses.

El ámbito propio del artículo 1.108 corresponde al retraso cualificado—dilación jurídicamente relevante— porque cuando el retraso es voluntario o negligente cabe estimarlo dentro del dolo o culpa como formas de cumplimiento anormal de las obligaciones, a que se aplica lo dispuesto en otros preceptos, artículos 1.101, 1.105, 1.103, etc.

De aquí que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización que resarcirá de los daños inherentes al retraso serán los intereses legales, merced a lo dispuesto en el artículo 1.108; pero, si esa mora es susceptible de encajar en el campo del dolo o la culpa no será suficiente la declaración legal de pago de intereses para restaurar el equilibrio patrimonial roto y, de ser así, pudiera producirse un enriquecimiento injusto.

El artículo 1.108 parece fijar, en consecuencia, el daño *mínimo* resarcible que corresponde a la mora simplemente casual en las prestaciones dinerarias y ese precepto contiene una *regla de liquidación del daño simplificada*: es una liquidación simplificada porque todo es fácil, en expresión de Manresa: «la facilidad de apreciación, lo mismo en cuanto a la existencia de la causa que a la extensión de los perjuicios»; constituye excepción a las reglas generales de responsabilidad, no da lugar a discusiones, no encuentran tampoco dificultades los Tribunales: «por lo mismo que la determinación y la procedencia de la indemnización se halla establecida en la Ley» (30).

El artículo 1.108 es una forma especial de indemnización de daños y perjuicios, que se ciñe al supuesto de la reparación cuando el deudor de una obligación dineraria incurre en mora, sin extenderse a otros daños y perjuicios que tengan carácter diferente.

No excluye ese precepto—por no ser esa la *ratio juris*—la normativa aplicable a cualquier otro evento lesivo, o daño resarcible; el área de los perjuicios a reintegrar, como pueden serlo la diferencia de valor; el perjuicio conocido en la terminología francesa con el nombre de «comercial»; o daños ulteriores que origina el cum-

(30) J. M. MANRESA, *Código civil*, pág. 96.

plimiento tardío, elementos objetivos y verificables del daño (31); la indisponibilidad de una cantidad que conlleva otros perjuicios valorables, v. g., medidas penales por retraso en la imposición fiscal, seguros sociales, etc.

El artículo 1.108 consagra pues el principio según el cual las obligaciones dinerarias proponen, pero no imponen el puntual cumplimiento: ni dilatar el pago ni tampoco pagar antes del tiempo previsto, v. g., por anticipar el vendedor la entrega de la cosa vendida.

La mora denuncia una situación de retraso en el cumplimiento, y a esa situación está conexas, en su caso, la imputación de una responsabilidad distinta de la propiamente dolosa o culposa.

2. Extensión del supuesto de hecho

La doctrina clásica atendiendo prioritariamente la posición jurídica del deudor admite que la culpa es elemento integrante de la mora; «la culpa, dice Manresa, es elemento integrante, por lo general implícito, y con relación a los demás modos de incumplimiento..., hace preciso también que concurra para que el deudor pueda ser condenado a la indemnización de daños y perjuicios (32).

Dicho criterio concuerda —añade— con algunas legislaciones extranjeras, como el artículo 97 del Código suizo de las obligaciones y 1.218 del Código italiano, que permiten la prueba en contrario del hecho culposo formando una presunción de culpa que impone el hecho presunto —la falta le es imputable— si no prueba su inexistencia. Entiende MANRESA que virtualmente el contenido de estos preceptos es el mismo que el del Código *civil español*, pero con la ventaja, por la redacción, que abrevia la tarea de mejor comprender su sentido y alcance.

Ese punto de vista generaliza una extensión del supuesto de hecho de la norma examinada innecesaria e injusta: agregar «culpa» donde dice simplemente «mora».

3. Relación con lo dispuesto en el artículo 1.124

Para que surja la obligación de pagar daños y perjuicios será preciso acreditar el hecho, doloso o culposo, el daño efectivo y la relación de causa a efecto (33).

Constatado el hecho doloso en virtud de un título, necesariamente judicial, la sentencia y la cantidad que en ella se reconozca al acreedor lo «debido», no es en modo alguno «deuda de intereses» en sentido propio; es restablecimiento de la integridad de la

(31) V. MAZEAUD, en Rev. Trim. drit. civil, 1955, pág. 611, y G. L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en Droit Civil. Essai d'une Théorie*, París, 1975, págs 72 ss.

(32) J. M. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. I, 6.ª ed. revisado, por M. Moreno Mocholi, Madrid, 1967, pág. 170. El Código no exige de forma expresa la culpabilidad del deudor, si bien se infiere del artículo 1.105 y así lo confirma la jurisprudencia, S. de 21 diciembre 1954.

(33) El artículo 1.218 del Código civil italiano se refiere al resarcimiento del daño por incumplimiento inexacto de la obligación, que puede resar-

cosa dañada por el deudor: «dinero de sustitución»· «deuda de valor» (34).

La S. de 20 de octubre de 1884, separa, como conceptos distintos, los de «interés legal» en concepto de mora y la indemnización de daños y perjuicios; en el caso controvertido que motiva esa sentencia la condena al pago de la cantidad demandada con el interés legal de un seis por ciento, y además, a la indemnización de todos los perjuicios que la falta de pago de dicha cantidad haya ocasionado a los demandantes «es indudable que, precisa uno de los considerandos, la Sala sentenciadora condena por un solo concepto a una doble indemnización».

El artículo 1.124 es una secuela del principio de reciprocidad—cumplimiento de contratos con prestaciones correspectivas—y permite distinguir también, como conceptos distintos los de daños y abono de intereses. A la obligación de indemnizar se llega además desde la idea de responsabilidad, para la que es preciso probar:

- el hecho; incumplimiento, retraso malicioso, etc.
- la relación de causalidad.
- el resultado dañoso.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 1.108, no se da por probado el daño; en dicho precepto, el retraso jurídicamente relevante del pago de una obligación dineraria produce un daño, el inherente a la mora, cuya valoración o módulo se impone al juzgador («interés legal»).

Para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.124 no basta, en cambio, cualquier «incumplimiento», dilación o retraso.

Este precepto sí que contiene una norma de presunción: el hecho presunto (preponderancia de la culpabilidad) se impone de no probar el *hecho obstativo*—falta de la «intencionalidad»—y así se desprende de una reiterada jurisprudencia, SS. 9 diciembre 1966, 2 enero 1961, 4 noviembre 1958, 3 mayo 1953... De probarse la falta de intencionalidad, entra el retraso en la categoría de la mora simplemente «casual».

Esta interpretación de los artículos 1.108 y 1.124 del C. c. pone de relieve su respectivo ámbito, sin hacer innecesario uno de ellos y sin excluir la razón de equidad en que se funda, con el grave inconveniente de imponer un enriquecimiento injusto por una simple desacertada interpretación del artículo 1.108, interpretación que habría de rechazarse por «irracional y absurda».

La regla de «liquidación simplificada» (35) del artículo 1.108, tiende a evitar la resolución, que, por ser una medida *más enérgica*, exige también una prueba más compleja. Los intereses moratorios se deben *aunque* el acreedor no pruebe haber sufrido ningún *daño*, lo que no ocurre con la indemnización por «daños y perjuicios».

cirse no sólo con intereses legales, sino con otras medidas, como pueden serlo una reducción proporcional del precio.

(34) M. ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, R. C. D. I., 1968, págs. 9 y ss.

(35) Si es «liquidación», por más que simplificada, es «deuda de valor»,

Por su parte, la resolución del contrato por vía del artículo 1.124 no excluye tampoco los intereses moratorios, y es, por tanto, compatible dicho precepto con lo dispuesto en el artículo 1.101, cada uno de ellos en su respectivo ámbito.

Los intereses moratorios y los otros derivados del resarcimiento por incumplimiento forman la suma debida (36); los intereses moratorios, prescinden del ilícito porque tienden a compensar al acreedor simplemente de la ventaja que el deudor obtiene a costa del mismo acreedor; salvo que el acreedor pruebe haber sufrido un daño mayor o, además, otro daño ocasionado por el retraso, le corresponden intereses moratorios en la medida legal. El acreedor puede probar que, de haber utilizado la suma, la hubiera susstraído a los efectos de la depreciación del dinero, imputando ese daño a dolo o culpa del deudor. Por último, la mora compensa al acreedor de la ventaja unilateral experimentada por el deudor, no si esa ventaja es bilateral, que contempla como hipótesis, el artículo 1.124.

Si se trata de la reintegración de un daño derivado de un «ilícito», la constitución en mora parece superflua, lo que ocurre en la resolución del contrato por incumplimiento que comprende daños y perjuicios e intereses (37).

El eventual agravio por la devaluación monetaria, sólo es resarcible si concurren las circunstancias previstas en el artículo 1.101 el daño de devaluación (38), daño que en otros ordenamientos se presume, si deriva de un ilícito; en definitiva, ha de atenderse a la incidencia que el daño en un elemento patrimonial produce en el patrimonio entero (39).

La indemnización «especial» por mora, artículo 1.108, difiere de la prevista en el artículo 1.124, entre otras, por estas notas:

1.º El fundamento; la acción de resolución se funda en la equidad (40), responde a un principio de equidad. S. de 26 de junio de 1941, 2 enero 1961, 16 octubre 1955, 16 octubre 1958.

2.º La mora requiere vía judicial, mientras que la acción resolutoria puede ejercitarse también por un cauce extrajudicial.

3.º Los Tribunales pueden moderar y prorrogar el plazo de cumplimiento.

4.º La acción de resolución se refiere a toda clase de obligaciones, no sólo a las dinerarias.

5.º El tiempo, a los efectos de este precepto, artículo 1.124, no

(36) BIANCA, *La vendita e la permuta*, vol. 7, t. 1.º, Trattato di Diritto civile italiano, Torino, 1941, pág. 978, nt. 3.

(37) BIANCA, *La vendita e la permuta*, pág. 513.

(38) El daño de devaluación se presume en la jurisprudencia italiana cuando deriva de un ilícito extracontractual, por la calificación de deuda de valor, vid. Bianca, Forchielli, pág. 519.

(39) A. DE COSSIO, *La teoría del patrimonio*. En estudios en honor del profesor Serrano Serrano, Valladolid, 1965, págs. 125 ss.

(40) Sobre la equidad como fundamento general de la corrección monetaria. Vid. F. FUEYO LANERI, *Corrección monetaria y pago legal*, Bogotá Colombia, 1978, pág. 93.

tiene una importancia esencial; por eso los Tribunales pueden conceder un plazo, S. de 5 enero 1935.

6.º El artículo 1.108 emplea el término interés como sustitutivo de los daños y perjuicios en las obligaciones sobre pago de cantidad de dinero, S. 6 mayo 1911, con significado diferente al término empleado en el artículo 1.124: el resarcimiento de daños y perjuicios impuesto por este artículo exige probar la existencia real del daño y que el cumplimiento del contrato se resista arbitrariamente, de propósito, lo que es indiferente a efectos de la mora. SS. de 20 mayo 1950, 24 de febrero 1966.

Es ese sentido restrictivo el que aconseja impedir la resolución del vínculo contractual —favor negotii— por lo que exige incumplimiento y no basta el mero retraso en el pago, S. de 27 noviembre 1961, 12 mayo 1955, 5 julio 1965.

VII. LA CUESTION EN EL PRESTAMO MUTUO

Fuente de interés es, dice LACRUZ BERDEJO, desde luego el pacto: «ante todo, el contrato oneroso de préstamo mutuo, destinado precisamente a facilitar capital al mutuuario a cambio de un precio (intereses convencionales). Su cuantía, añade, tiene como límite la prestación de usura (41).

En el préstamo es donde se plantea con mayor intensidad el problema de la alteración monetaria, puesto que en otros contratos como la compraventa, el acreedor —vendedor— está a salvo de los daños ulteriores derivados del retraso en el pago del precio, v. g., caso de devaluación por la vía del 1.124; pero el prestamista que no previó riesgos, devaluaciones, garantías ni imaginó el eventual incumplimiento, se encuentra con una posición agravada tanto por la «presunción de gratuidad» como por la aplicación indiferenciada del artículo 1.108.

Una solución a este problema, por vía doctrinal, aconseja la revisión de la idea de gratuidad del préstamo, de los efectos del incumplimiento de la obligación de devolver y su inevitable marco contractual entre los clasificados como unilaterales y reales.

Pero en el fondo de este problema doctrinal late el mismo escollo de una determinada interpretación de los artículos 1.108 y 1.124: el común sentir de que el incumplimiento de una obligación dineraria, conduce a la aplicación del 1.108 y excluye el 1.124, cuyo espíritu o *ratio*, en definitiva, se aplica si se tiene en cuenta que tanto da resolver como cumplir con daños y perjuicios en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.101.

Las SS. de 14 de marzo 1913, 30 octubre 1917, declaran que no entra en el juego el artículo 1.124 cuando se trata de obligaciones que estando incorporadas a un contrato unilateral o bilateral, tienen mero carácter accesorio. En el préstamo de dinero, el pacto de dinero, el pacto de intereses, sin duda tiene carácter accesorio.

(41) J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos Derecho civil*, II, Derecho obligaciones, Barcelona, 1979, pág. 174.

1. Incumplimiento de la prestación de pagar intereses

Uno de los puntos más debatidos en el préstamo es, precisamente, si el acreedor puede pedir la resolución contractual cuando deja el deudor de pagar intereses; son posibles dos hipótesis:

a) Que medie pacto; en cuyo caso, ninguna duda cabe acerca de su admisión.

b) Que nada se haya previsto; al efecto, se proponen dos opiniones en favor de la resolución. Una de ellas, de carácter más bien dogmatista, parte de la «naturaleza» del préstamo, constituyéndolo como bilateral a efectos de aplicar el artículo 1.124. Otra, más realista, da por supuesta la aplicación del artículo 1.124, destacando la idea de «onerosidad» respecto de la «bilateralidad» y haciendo gravitar en aquélla el porqué de la resolución (42).

Pero, en realidad, la aplicación del artículo 1.124 no tiene en este caso objeto, porque el prestamista *cumple* con la entrega del dinero, y si el prestatario «*incumple*» la de pagar intereses, la satisfacción del acreedor se produce por vía de ejecución de una prestación dineraria, que conduce al mismo resultado.

2. Operaciones sustancialmente equivalentes al préstamo de dinero

Para hacer aplicable el artículo 1.124 por el cauce de la bilateralidad se encubre el préstamo bajo la apariencia de otros contratos: sociedad, compraventa con pacto de retro (43), lo que, en definitiva, supone procurar el amparo de una norma entendida *a priori* como inaplicable. Y ese amparo es innecesario, pues es igual resolver el contrato de préstamo, que exigir su cumplimiento.

Si el incumplimiento del deudor es doloso o culposo tiene su ámbito propio en el artículo 1.101, con la imposición de daños y perjuicios, además de la mora, artículo 1.108, por el retraso, que concede los intereses legales. La indemnización no *excluye* el interés legal, aunque lo *absorba*, y el juego de ambos preceptos permite la concurrencia de intereses, la medida legal y el incremento de interés por resarcimiento del daño ulterior. Así se explica que el mutuo deje de ser en Derecho moderno, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la misma legislación, contrato *gratuito* para convertirse en *oneroso*: «mutuo con interés» (44).

(42) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, pág. 332.

(43) Refiriéndose a la compraventa con pacto de retro, la S. de 3 de mayo de 1976 recoge la opinión desfavorable a esta forma anómala de garantía, al considerar la figura como «semillero de fraudes y pleitos», por estimar que se presta a encubrir negocios usurarios y resultar desequilibradas las prestaciones, eficacia real y precio asignado.

(44) Sobre la satisfacción del acreedor como elemento del «hecho jurídico» en que el pago consiste, Vid. N. CATALÁ, *La natura juridique du payement*, París, 1961, pág. 157.

El mutuo con interés requiere la «individualización» de la suma que se transmite, lo que no puede hacerse sin que preste su consentimiento y aprobación el deudor (mutuatario). Puede convenir una persona que adeuda a otra una suma de dinero que se obliga a pagarla «a título de préstamo con intereses dentro de un determinado plazo», o prestar una suma—mutuo con interés—con el fin de custodia; un primer paso de esta transformación es el depósito bancario: el cliente transmite al banco la propiedad del dinero y éste se obliga a devolver otra suma igual al cabo de cierto plazo y pagar, entre tanto, un determinado rédito, operación conocida con el nombre inexacto de «depósitos irregulares».

La generalización del mutuo con interés se facilita por la normativa mercantil y la práctica bancaria.

El contrato de apertura de crédito es una forma evolucionada de mutuo en que no se requiere pacto expreso para fijar el interés y resulta decisivo el momento de la restitución, que ha de ser:

— no arbitrario, para tener en cuenta las oscilaciones de la moneda, los gastos fiscales, S. de 31 mayo 1950.

— distinguir el cumplimiento—fruto civil, interés—del incumplimiento.

— el riesgo de improductividad del capital o suma de dinero que ha de devolverse.

— la atribución de intereses «en proporción al tiempo» de duración de la obligación.

Es de advertir, por contraste, que la Ley 14 marzo 1856, artículo 2.º, indica que *podrá* pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este pacto *será nulo* si no consta por escrito. A esa idea responde todavía el Código, pero hoy, de pagarse interés:

- a) se presume que es préstamo (causa).
- b) se presume que esa causa es lícita.
- c) se presume que, en definitiva, el préstamo es con interés.

Es la libertad para fijar el tipo de interés la que no es absoluta; las medidas limitativas son las siguientes:

— *conversión del contrato*: reducir el interés según la escala marcada como límite mínimo por el interés legal.

— *reembolso anticipado o desistimiento* unilateral del contrato: modo de terminación del mutuo. El mutuatario ha de dar aviso y pagar los intereses vencidos, pero no la deuda de intereses atrasados «con exceso».

Pero, sobre todo, esa onerosidad del préstamo mutuo con interés se debe a que actualmente se reconoce una moderada prevalencia a la doctrina valorista sobre la nominalista, admitiéndose que para que el pago de la deuda sea completo ha de restituirse una cantidad de igual valor adquisitivo; a lo que se llega también con la interpelación de la mora de entenderse como medida conminatoria si se aplica la doctrina de la reparación integral, que permi-

te agregar el resarcimiento del mayor daño, que no arranca de un título negocial, sino fáctico (45).

VIII. LA JURISPRUDENCIA DE EQUIDAD EN MATERIA DE INTERESES

La Ley de represión de la usura rige para el mutuo con pacto de interés y esa función cumple la mora, artículo 1.108, para el mutuo de dinero sin pacto de interés; aunque el mutuo sea gratuito por naturaleza, el prestatario no puede reclamar intereses pagados, sólo se protegen los intereses futuros, y si el que recibe el préstamo incumple la restitución puntual, puede el acreedor constituir la mora, lo que pone de relieve que el principio de que «el dinero produce intereses» tiene aquí también su operatividad.

El prestatario si pactó dilación o plazo no puede devolver tampoco *antes* de tiempo, lo que pone de relieve en cualquier caso si hubo precisión del daño, el riesgo de la devaluación: de permitir esa restitución anticipada, pudiera ampararse un enriquecimiento sin causa justificada, una ventaja sin contrapartida. En este sentido puede afirmarse que el mutuo de dinero, aunque no sea «bilateral» es contrato siempre «oneroso», interés retributivo.

Pero eso, si bien es innecesaria la aplicación del artículo 1.124 no es inaplicable el principio en que este precepto se inspira, la equidad, que permite efectos análogos a la «jurisprudencia» de equidad con pacto de intereses «excesivos o desproporcionados», a lo que conduce, v. g., convertir el «precio de la lesión» —intereses debidos—, en «derechos de empresa», alterando el destino del crédito empleado sin contrapartida como «fondo comercial», así como apreciar el daño ulterior lesivo a la actividad industrial y, en último término, a la garantía patrimonial.

1. *Acción de resolución*

Si el mutuuario no paga a su tiempo los intereses pactados o no constituye las garantías convenidas, el mutuante, puede pedir la resolución del contrato y la devaluación de lo prestado antes del vencimiento del plazo, por incumplimiento de una de las partes.

(45) De un acto lícito no puede surgir un derecho del dañado al resarcimiento de un daño mayor: el eventual daño no se convierte en daño jurídico, permanece como mero hecho. Vid el comentario a la Sentencia 12 marzo 1979 del Tribunal de Casación italiano sobre resarcimiento del daño ulterior de F. SANTORO-PASSARELLI, *Inopponibilità dell'atto pregiudizievole / risarcimento del danno*, en Riv. Trim. de Diritto e proc. civile, 1979, pág. 898 y a la de 9 enero de 1978 relativa al «mayor daño» en tema de obligaciones pecuniarias, com. en Riv. di Diritto Civile, 1979, Parte II, 18.

2. Resarcimiento de daños y percepción de frutos civiles

¿Cómo diferenciar la restitución del dinero con sus intereses —que son frutos civiles— y el resarcimiento del daño? A mi modo de ver, han de distinguirse:

$$\frac{\text{Atribución}}{\text{privación}} = \frac{\text{ventaja}}{\text{daño}}$$

El fruto es producto o beneficio y, como tal, ventaja, pero no todo beneficio es fruto; hay «beneficios» que no son «frutos» por las siguientes razones:

1.º No derivan de una operación o relación jurídica de que son accesorios.

2.º Son beneficios que provienen de un *hecho* —«obra del azar»— y no de una *relación jurídica*. Algo parecido a lo que ocurre con los «aumentos», «accesiones», «tesoro oculto».

En estos casos, la atribución como frutos supondría una privación, un daño, que es calculable y resarcible: un lucro que no proviene de la iniciativa, gestión o diligencia en nuestro caso del que usa dinero ajeno, de la gestión directa.

Ahora bien, puede decirse que la cuestión no estriba tanto en determinar si estas ventajas son fruto, como en saber si ha de engrosar o no el patrimonio *a quo*, al titular del «bien productivo» en que el dinero consiste; si el derecho que corresponde al acreedor a la restitución de los frutos comprende otras ventajas conexas con la utilización de la «cosa-madre», ¿cómo separar las ventajas del *uso* con el disfrute *abusivo*? Es aquí donde ha de entenderse en sus justos límites la idea de «correspectivo», característica y límite de la idea de fruto civil; más allá del «correspectivo», del beneficio del goce, está el daño (46). Los frutos y los daños no son entidades homogéneas que se deducen una de otra. El daño consiste en la privación injustificada del goce virtual, de la lesión al derecho de crédito producida por conducta ilícita ajena, que atribuye las ventajas a esa esfera patrimonial; la lesión del *goce directo* del objeto de la prestación producida a quien concedió el *goce indirecto* —relación crediticia— en determinadas condiciones: fijación de fechas, etc.

El legitimado por el daño dispone de dos acciones:

1. De restitución de frutos: interés.
2. De resarcimiento de daños: reparación integral.

El incumplimiento de una obligación dineraria produce *siempre* lesión del uso directo y violación de una situación preconstituida —relación jurídica, análoga a la del poseedor que realiza frutos mayores con lesión al tipo de producción—. Los frutos civiles no

(46) P. BARCELONA, *Frutti e profito d'impresa*. Milán, 1970. pág. 83.

representan entonces el valor del goce, no son «correspectivos» y no hay razón para atribuir un beneficio económico a un sujeto sin que su iniciativa intervenga, sino que procede del ilícito de la posesión, de la posesión de mala fe de dinero ajeno. De tal suerte, el «interés» se convierte en «lucro» (47), en ganancia, para el «obligado».

Vuelve a cobrar importancia la vieja distinción entre el interés intrínseco—daños que afectan a la cosa o a su estimación—y extrínseco, daño que proviene de la cosa, pero encuentra su origen fuera de ella (48).

Así como en Derecho histórico se entendía que «tomar dinero con usura» es una forma de daño (daño emergente, *extra rem*), hoy lo es prestarlo «sin usura».

El ejemplo que propone de «lucro cesante» SCAEVOLA (49), coincide—con la salvedad de las diferentes circunstancias económicas—con la orientación actual de la doctrina italiana: para SCAEVOLA el dinero que una persona «no acostumbrada a negociar», destinaba a comprar alguna cosa y, por la mora del deudor, no pudo hacerlo es lucro cesante; pero «habrá que demostrar que la cosa de que se trata se hallaba, en efecto, en condiciones de ser comprada».

IX. LIQUIDACION EN SENTENCIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

El acreedor impagado puede acudir a la acción de reclamación del principal, más los intereses que procedan, y si la acción se extiende a la reclamación de daños y perjuicios distintos de los intereses, ejercitada la acción de reclamación de daños y perjuicios, la prosperidad conlleva la liquidación, es decir, la determinación del monto o el establecimiento de las bases para que tal fijación se produzca.

La liquidación, salvo determinación voluntaria de las partes, en cuyo caso habría que pensar en la transacción, se efectúa por la vía judicial, a instancia de parte, con los límites de la congruencia y respeto a los demás principios rectores del proceso.

Su momento es la sentencia, pues así lo establece el artículo 360 de la LEC; es decir, que «cuando hubiera condena de frutos, intereses, daños y perjuicios» (vuelve la Ley a distinguir los «intereses» de los «daños»), se fijará su importe en cantidad líquida o

(47) El interés debido a los comerciantes se llamaba en el Derecho histórico «lucro», SCAEVOLA, *Código Civil*, t. 19, pág. 554.

(48) En uno de los considerandos de la S. de 3 de mayo de 1976 se afirma que «la prolongada situación posesoria —en el caso concreto, compraventa con pacto de retro—y el hecho de que la devaluación o depreciación sufrida por la moneda después de dieciséis años produciría un notable enriquecimiento injusto del actor» que «no puede ampararse».

(49) SCAEVOLA, *Código Civil*, pág. 560.

se establecerá, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación.

En el supuesto de que no sea posible ni fijar la cantidad ni establecer las bases dentro de la propia sentencia, cabe que la condena se haga a reserva de «fijar su importancia» y hacerla efectiva en la ejecución de sentencia.

La ejecutoriedad de la resolución se tramitará conforme a los artículos 919 y ss. de la LEC, en que se dan cauces distintos para los casos de sentencia líquida, teniendo por líquido también el cálculo de los intereses si la sentencia fija el porcentaje y los supuestos de cantidades ilíquidas.

En todo caso ha de tenerse presente que la fijación en ejecución exige la previa declaración de su existencia en la propia sentencia que se ejecuta, pues si ella no la contiene cabe obtenerla en la fase de ejecución. Un momento, pues, a alegar la existencia y pedir la condena es la fase procesal de declaración y sólo cuando la sentencia reconoce su existencia e impone la reparación del daño causado por el retraso en el pago cabe utilizar los caminos antes indicados (50).

X. CONSECUENCIAS DE LA EQUIPARACION LEGAL ENTRE INTERESES, DAÑOS Y PERJUICIOS

La equiparación que hace la doctrina tradicional entre «intereses legales» y «daños y perjuicios», al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.108, responde a una clara influencia histórica operada por doble fuente: el carácter conminatorio de la sanción pecuniaria en razón del retraso (efluvio de la antigua prisión por deudas) y la prohibición canónica de intereses en las deudas pecuniarias civiles (51).

Todavía POTHIER describía los «intereses moratorios» como aquellos que «debía alguno en pena de su tardanza», y esos los debía «desde el día de su emplazamiento» (52).

Se desprenden de dicha configuración dos notas que motivan la línea clásica:

a) Que no es suficiente el retraso, sino la interpelación o admonición del acreedor.

(50) Que la acción de daños y perjuicios es distinta de la reclamación de intereses tiene también apoyo legal en la propia Ley de ventas a plazos, cuyo artículo 11 distingue las acciones de cumplimiento, resolución, rescancimiento y de indemnización.

(51) Ese es también el criterio jurisprudencial: el pago de la cantidad y los intereses legales con exclusión del rescancimiento del daño, Sentencias de 24 noviembre 1894, 19 junio 1903: no cabe imponer en concepto de mora el pago de intereses y el abono de daños, porque cuando la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurre en mora, la indemnización consiste, no habiendo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos y, en su defecto, el legal.

(52) *Tratado de las obligaciones de Pothier*. Parte primera, traducido al español con notas del Derecho patrio. Barcelona, 1839, pág. 364.

b) Que el día del «emplazamiento» es decisivo, no sólo cuando interviene sentencia, como si se tratase de una deuda de valor.

Ahora bien, queda a las claras el carácter de «pena», no de «interés». Semejantes intereses, dice POTHIER, se adjudican «por razón de daños y perjuicios» y forman una «deuda distinta» del capital; es decir, no tiene carácter *accesorio*, como las deudas pecuniarias *simples*, o, lo que es lo mismo, no son intereses.

De ahí deduce este autor una consecuencia práctica, referente al «descuento», esto es, a la imputación de pagos, cuando tiene varias deudas el que paga una cantidad: «lo que paga el deudor, dice, cuando no se expresa de qué debe descontarse, se entenderá recibido a cuenta del capital más bien que de los intereses». Y ello, en virtud de que «deben preferirse las deudas que tienen intereses a las que no los tienen». En último término, porque los «intereses moratorios» no son propiamente intereses, sino medida del resarcimiento o pena.

1. Diferencia de trato entre acreedores

Otra de las consecuencias prácticas de dicha equiparación entre intereses y daños es la diferencia de trato entre los acreedores.

No sólo porque ahora el acreedor impuntualmente pagado se encuentra inerte ante la impunidad de una conducta reprochable, sino, además, porque gravitan en perjuicio suyo las consecuencias de aquella «despenalización», recibiendo un trato desigual al que reciben otros acreedores en situaciones igualmente reprochables, producidas por otras tardanzas o retraso malicioso por el mero hecho de que las prestaciones no sean nítidamente pecuniarias, artículos 1.182, 1.896, 2.º, 1.096, 3.º, 1.744, etc.: *Ubi est, eadem ratio ibi est eadem dispositio*. La interpretación tradicional conduce, de otra parte, a estas anomalías:

a) El pago de la suma debida y los «intereses legales» produce la extinción de la obligación, con independencia de que satisfaga o no la pretensión del acreedor; de ese modo, se convierte el pago en «acto unilateral», abstracción hecha de que la prestación sea o no conforme a su «objeto» (53).

b) Los «intereses legales» no sólo no forman «deuda distinta del capital», sino que, antes bien, son una «deducción» de la suma debida en los casos del pago desviado en el tiempo.

2. Enriquecimiento sin causa

Otra incongruencia es el desfase de ese criterio con las modernas orientaciones del enriquecimiento sin causa. En la moderna doctrina del Derecho de daños es tendencia común la reparación *completa* o integral del daño, tanto patrimonial como moral; esto es, ampliar la aplicación, cualquiera que sea la fuente u origen del

(53) N. CATALÁ, *La natura juridique du payement*, París, 1961, pág. 260.

daño. El daño se repara completamente con su *valor actual*, calculado sobre el monto total de la deuda y no sobre una parte o porción de ella (54).

Se basa ese criterio, entre otras razones, en que, de otro modo, se produciría una disminución injustificada en el patrimonio del damnificado—pérdida que uno ha sufrido.

Con el absurdo de que el responsable obtenga un enriquecimiento sin causa, lo que es, a todas luces, contrario a la equidad y a la justicia (55).

Ese «reajuste» supone tener en cuenta no sólo el tiempo anterior—el del «emplazamiento»—, sino también y, sobre todo, la fecha del pago efectivo.

Si se entiende por daño no sólo el ocasionado a un elemento patrimonial, sino a la repercusión que en el patrimonio entero tiene la violación de alguno de sus elementos, podemos aplicar esa misma doctrina al caso que nos ocupa. La tasa legal del daño producido por el retraso tiende a compensar el daño experimentado en un elemento—crédito pecuniario—, pero no consigue obviar la repercusión producida en todo el patrimonio del acreedor: solvencia, confianza, solicitud de créditos innecesarios..., en definitiva, la compensación «parcial» no elimina el hecho de la disminución injustificada en el patrimonio del acreedor y el correlativo enriquecimiento que al deudor supone esa anómala fuente de financiación sin contrapartida equivalente; lo que, sin duda, es contrario, no sólo a la justicia y a la equidad sino, incluso, a la lógica; también las leyes de la lógica adquieren «rango jurídico», S. de 11 de mayo de 1964, y sus reglas prevalecen siempre que sean racionales, como en nuestro caso, SS. de 27 de diciembre de 1951, 10 de octubre de 1963.

3. Daño directo producido por incumplimiento

A) DOLO

El retraso intencionado es una forma de artificio o «propósito de dañar injustamente a otro», S. de 31 octubre 1924, cometido por aquel a quien puede beneficiar el fin propuesto, S. de 25 octubre 1928. Tal retraso intencionado es, de ordinario, el modo de comportarse el deudor moroso, que, pese a la mora, cumple una suerte de *dolo negativo* y, hace notar el profesor DE CASTRO, que en

(54) F. FUEYO LANERI, *Corrección monetaria y pago legal*, pág. 94.

(55) «El alargamiento de la funcionalidad del enriquecimiento sin causa—dice Alvarez Caperochipi—, se produce así tanto estableciendo nuevos casos de proponibilidad de la acción, al ampliarse el concepto «enriquecimiento», como ampliando el objeto de la misma, la medida del enriquecimiento». J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa*. Santiago de Compostela, 1979, pág. 160; sobre la preponderancia de la responsabilidad sobre la culpabilidad, Vid. J. L. GARCÍA WISCHFELD, *Ensayo sobre temas varios del Derecho de daños*, R. D. P., 1979, pág. 1027.

el Derecho vigente no hay dificultad para atender el dolo por omisión (56).

Expresión concreta de esa conducta dolosa se encuentra en la tardanza del deudor que pretende aprovechar un ambiente de amistad y confianza, S. de 20 febrero 1923.

Tener presente el dolo, en cualesquiera de sus manifestaciones, positivo o negativo, es secuela de la perenne virtualidad de la buena fe, que, en la castiza formulación romana, tendía a que «astutos y engañadores» no se aprovechen de su astucia. D. 4, 3, 1, pr. La buena fe es contraria al dolo y fraude. D. 17, 2, 3. En tal sentido, incorporado como principio informador la buena fe en el Título preliminar, artículo 7,1, no sólo no hay dificultad en Derecho vigente para atender el dolo por omisión, sino que se sitúa como el vértice a que debe plegarse la recta interpretación de los artículos del C. c. referentes al cumplimiento puntual de las deudas de dinero, artículos 1.108, 1.110, etc. De alguna manera, la propia jurisprudencia recoge ese criterio, en SS. 22 febrero 1901, 19 noviembre 1904, 21 octubre 1924, 25 octubre 1928 y, en fecha más reciente, en S. de 20 diciembre de 1954.

En esta última sentencia se plantea la cuestión en torno al carácter vinculante para el Tribunal de la aplicación de la doctrina común relativa a la mora. De modo expresivo, el profesor Albaladejo emplea, al comentar dicha sentencia, el término «se percata» de que el criterio según el cual no hay mora mientras la obligación es ilícita «puede, en ocasiones, resultar dañoso» para el acreedor (57). Más bien se trataba de un caso típico de *dolo negativo*, en que el deudor se prevale de la amistad y confianza para el logro de un beneficio con detrimento del acreedor.

En el supuesto en esa Sentencia controvertido, el mandatario, una vez revocado el poder, retrasa injustificadamente la rendición de cuentas y entrega del saldo resultante. En esas circunstancias entra en juego lo dispuesto en el artículo 1.724 del C. c.: otro criterio equivaldría a premiar la negligencia del mandatario con el enriquecimiento injusto que implicaría la retención y disposición indebidas del dinero ajeno, con detrimento del poderdante que se ve constreñido a entablar un pleito para vencer la obstinada resistencia a rendir cuentas, sin posibilidad, mientras tanto, de disponer y aprovecharse de lo que le pertenece. Pese a todo, por consistir en el pago de una cantidad de dinero, el importe se traduce en el abono del interés legal o moratorio «por aplicación del artículo 1.108», sin que la referencia a lo dispuesto en el artículo 1.101 se lleve, en el caso concreto, a sus últimas consecuencias.

Puede suceder, adviértase GAUDEMET, que además del daño re-

(56) F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, t. X del Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Madrid, 1967, pág. 152. Vid. también, E. QUIÑONERO CERVANTES, *El dolo omisivo*, R. D. P., 1979, págs. 346 ss.

(57) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. Derecho de obligaciones. Parte general. Barcelona, 1970, pág. 125.

sultante del retraso y regulado a tanto alzado por la Ley, el acreedor haya sufrido otro daño causado por el deudor. En tal caso, además de su crédito por «interés», tiene otro crédito por «indemnización» (58).

B) CULPA

El daño puede estar producido por omisión culposa o conducta negligente, v. g., verse el deudor reducido por su culpa a un estado en que le es difícil cumplir.

La culpa no se presume; el acreedor debe probar el hecho perjudicial, que queda a su cargo.

En realidad, más que culpa en sentido estricto debe entenderse «mala fe»; que el deudor moroso cause un daño con su mala fe, «independientemente» del atraso. En último término, falta la buena fe «que debe reinar en los contratos» (59).

Que el pago se ajuste a la buena fe es una de sus condiciones, por lo que el pago ha de ser exacto, íntegro y *actualizado*. Al resarcimiento de tales perjuicios —dice POTHIER— (60) está tenido el deudor moroso de la misma manera que el que da lugar a ellos por una falta absoluta de cumplimiento, pero será más moderada «cuando no puede achacarse al moroso sino su negligencia y descuido» y, entonces, añade: «no deberá entrar en el cómputo más daños y perjuicios que los que pudieren preverse al tiempo de la celebración del contrato, o bien aquellos a que tácita o explícitamente se sujetó o se presume haberse sujetado el deudor».

Cuando la demora del deudor —advierte POTHIER— recae sobre una obligación que consiste en dar una suma de dinero es difícil prever esos daños y por eso recurre a una «especie de arbitramiento» el legislador para reducirlos a unos límites determinados.

Por eso, añade, en el «fuero externo» no puede pedir más intereses que los señalados, ya provenga la tardanza de simple negligencia, dolo o contumacia. En compensación puede pedirlos sin probar los perjuicios experimentados a causa de la demora.

Pero, en el «fuero de la conciencia» si los perjuicios son de mayor valor que los intereses, el deudor moroso o contumaz deberá indemnizarlos completamente, y no contentarse con la solución de los intereses que le marca la Ley; no empero así el deudor que hubiere sido sólo negligente. En el «fuero interno», dice POTHIER, «basta una interpelación privada y amistosa» no se requiere para constituir a alguno en demora interpelación judicial, lo que pone de relieve la relación con la equidad y la justicia.

(58) E. GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*. México, 1974, pág. 415.

(59) Artículo 1.153 del *Code*, «el acreedor al que su deudor moroso ha causado, con su mala fe, un daño independiente de su atraso, puede obtener daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios de su crédito». Sobre la interpretación y alcance del término «mala fe» abarcante de la culpa, Vid. E. GAUDEMET, *Teoría general de las obligaciones*, pág. 415.

(60) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, pág. 103.

Cabe advertir en estas apreciaciones, que sirven de interpretación autorizada de la *ratio* normativa del texto legal referente a la mora, una diferencia clara entre la que pudiéramos llamar «causa legal» u origen, obligación *ex lege*, del pago de «intereses moratorios» —intereses legales— y «causa justa», hecho que justifica, razón suficiente, una atribución, interés *normal* del dinero, aunque no provenga *ex obligatio*, una indemnización integral o completa. Si bien no sería acaso exigible por *acción*, si es atendible por cauce de *excepción*. Si el deudor —por vía de hipótesis— paga espontáneamente intereses superiores a los que marca la ley, el pago no sería repetible porque no es «indebido» (arg. art. 1.976). Todo pago presupone una deuda y lo que se paga sin deuda es repetible. En nuestro caso, el pago del interés normal en lo que excede de la medida legal, de lo no constreñible, no sería donación; entenderlo como tal sería ir contra la realidad de las cosas, ya que, en expresión acertada de POTHIER, el deudor que *sabe* que *debe* y no está *obligado* al pago voluntario da si paga existencia jurídica a una obligación natural.

A esta diferencia se alude más adelante, al estudiar sus implicaciones en la causa de la posesión —causa de retener— en la liquidación de la gestión posesoria y en la conducta exigible al gestor oficioso de dinero ajeno.

La misma razón de ser ésta una materia donde es influyente la motivación ética —actuación antijurídica (a que responde la histórica diferencia entre «fuero interno» y «fuero externo») —, indica la aplicación del artículo 1.102, que funda el límite de la exención de responsabilidad por incumplimiento doloso en que lo contrario sería inmoral, «aunque sólo fuere porque podría inclinar a ser doloso al deudor que se sabe seguro de su impunidad» (61), no obstante el acreedor, acontecido el incumplimiento doloso, puede renunciar posteriormente a la acción.

C) MORA

La mora propiamente dicha no es el *simple* retraso, la no entrega de la cantidad dentro del plazo, lo que sería también insuficiente para otros daños y perjuicios. Exige una advertencia enérgica —acto auténtico—, ya que mientras el acreedor no avisa al deudor se presume que tolera el retraso.

Por eso, mientras que es preciso probar el daño por dolo y culpa, no lo es la prueba del producido por mora: «en compensación puede pedirlos sin probar los perjuicios experimentados a causa de demora», lo que demuestra el carácter de intereses «compensatorios» o el carácter de «deuda de valor», medio de tutela civil del daño en las prestaciones pecuniarias.

(61) M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, pág. 114. Sobre la progresiva objetivación del criterio de la culpa y la evolución de la noción de responsabilidad, V. RICARDO LEÓN ALONSO, *La categoría de la obligación «in solidum»*. Sevilla, 1978, pág. 72.

XI. SOLUCIONES PROPUESTAS

1. Supuestos con previsión

El funcionamiento de la indemnización cuenta, en ese caso, con los mecanismos previstos para las deudas de numerario, garantías reales o personales, cláusula penal, etc...; los intereses que corren son los pactados y el «rendimiento» del capital preestablecido; la responsabilidad no nace de un hecho «distinto e independiente» de la obligación anterior, del vínculo entre las partes, del incumplimiento, sino que «se perpetúa» por falta de cumplimiento, a los «daños futuros».

2. Supuestos sin previsión: posible vía jurisprudencial.

En este caso, el alcance de la reintegración patrimonial tiene distinto marco y la responsabilidad diferente fundamento: más bien se basa la responsabilidad por un hecho perjudicial —retraso malicioso o *mora compleja*—, semejante a las consecuencias a que da lugar la responsabilidad por perjuicio efectivo de un bien poseído por otro —retención y disposición indebidas de dinero ajeno, S. de 20 diciembre 1954—, incluso si era poseedor de *buena fe* —retraso «tolerado»—, cuando se justifique haber procedido con *dolo*, artículo 457 del C. c. Lo que nos conduce al estudio de la *posesión del dinero*.

A) LA POSESION DE DINERO

El Código civil, al regular la posesión, contempla prioritariamente las cosas o los derechos, sin referirse de modo explícito al dinero, artículo 430 del C. c.

Pero es evidente que el dinero es una cosa susceptible de posesión y, a la posesión de dinero, se da entrada, por diversos cauces:

— el dinero, como cosa genérica, o mejor, consumible, puesto que el uso normal del dinero consiste en gastarlo—uso no reiterado— y el gasto *normal* del dinero es la inversión rentable.

— el dinero, como objeto de tráfico jurídico: propiedad del dinero, usufructo de dinero, transmisión del dinero (préstamo), en general, los supuestos de subrogación real (*pretium succedit in loco rei*).

— el dinero como especificación de la acción (no reivindicatoria, sino *condictio*), que tiene influencia en la presunción del 464 del C. c.

— la posesión de dinero está comprendida en el artículo 440 del C. c.

Ahora bien, la posesión de dinero no ha sido objeto de estudio detallado, y, en consecuencia, quedan imprecisas no pocas cuestio-

nes que recobran luminosidad desde esta perspectiva de la posesión; entre otras, las siguientes:

1.º Si el dinero es un bien «productivo» —art. 1.109— ¿a quién pertenecen los frutos?; lo que nos lleva al estudio concreto de los diversos *títulos* de posesión de dinero.

2.º La correspondencia de los conceptos y estados posesorios con el modo de poseer el dinero.

3.º Los actos relativos a la posesión de las cosas en su adecuación a la posesión de dinero.

4.º El modo de ejercicio, la buena y mala fe, en la posesión de dinero.

5.º La aplicación de las reglas de liquidación de la posesión de las cosas a la específica liquidación de la posesión de dinero.

Ninguna duda cabe de que el dinero produce dinero (*pecunia parit pecunia*), pero los intereses —concepto jurídico más que económico— son *productos* que se obtienen del *crédito*, de aquellas relaciones jurídicas que tienen por objeto prestaciones de dinero: es interés, si se quiere, el *rendimiento económico* de las mismas.

Esas relaciones jurídicas fundamentan, como título, la posesión de dinero y a eso se debe que la deuda de intereses tenga siempre carácter *accesorio*, puesto que requiere el crédito (líquido, exigible) como la sustancia productora de que son *rendimiento económico*. Del mismo modo que los frutos naturales e industriales, el interés adquiere relevancia jurídica cuando la suma o capital está en titular distinto del dueño, de quien administra, usa o dispone dinero ajeno, lo que el Código civil regula en sede de las obligaciones, pero no han de perderse de vista las incidencias posesorias: no es lo mismo, en efecto, poseer dinero ajeno en nombre propio o en concepto de representante, voluntario o legal, a título de préstamo o en concepto de precario, por acto posesorio o por tolerancia...; en cada uno de estos supuestos, el régimen de la responsabilidad, las conductas exigibles, etc., difieren.

De aquí también que la buena o mala fe se refiera no sólo a la *intencionalidad* (dolo, culpa), sino, sobre todo, al *conocimiento* del vigor y alcance del título en cuya virtud posee dinero ajeno; diferente es, en efecto, la posesión posesoria de quien por error no piensa en el reembolso (concepto de dueño, buena fe) y, por tanto, no se excede en el uso *normal* y quien, al pensar en el reembolso, se *excede* prevaliéndose de esa situación en el modo de conducirse respecto del dinero ajeno.

La mora, en concreto, tiene doble incidencia: obligacional y posesoria. Por lo que se refiere al cumplimiento de la obligación, es un *presupuesto* —cumplimiento moroso—; por lo que se refiere a la posesión, un presupuesto del cambio de concepto posesorio.

Pudiera decirse que la falta de atención de la doctrina al tema de la posesión de dinero está justificada, porque lo más característico a la posesión es la defensa interdictal, remedio éste que no es aplicable al dinero.

Argumento falaz porque la propiedad del dinero no se niega por el hecho de que no sea ejercitable la acción reivindicatoria.

La razón más atendible de esa falta de atención acaso sea haberse ceñido a la tutela posesoria de las «cosas»: «corporales e incorporales».

Pero la posesión, de otra parte, presenta aspectos prácticos que rebasan esa forma de tutela; entre otros, los siguientes, que interesan a nuestro estudio:

- 1.º El valor legitimador del título posesorio.
- 2.º La aplicación de presunciones.
- 3.º Las reglas de liquidación.

El valor legitimador del título posesorio permite, v. g., la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.896 sobre el pago indebido a los deterioros o menoscabos «propter moram», regla especial que excluye la general del artículo 1.101, S. de 20 mayo 1959. Entre las presunciones figura la de buena fe, de que carece quien sabe que el título por el que retiene una cantidad no es suficiente para seguir poseyéndola —declaración de mora—; la reclamación del acreedor produce el efecto inmediato de la pérdida de la cualidad de buena fe al poseedor de una cantidad de dinero que retrasa el pago pese a ser advertido y noticioso de la solicitud del acreedor.

Las reglas de liquidación se corresponden con las medidas relativas a la percepción de frutos (frutos civiles), gastos, deterioro, de quien debe restituir al legítimo poseedor, al titular del crédito: de modo particular, la atribución de riesgos.

De aquí la necesidad de distinguir el título de la prestación accesoria de intereses, siempre dependiente de la relación principal crediticia, en cuya virtud el deudor posee.

B) CLASES DE POSESION DE DINERO

a) *Posesión natural*

La posesión del dinero, como la posesión de las cosas, puede ser natural o civil, según que sea la «mera» tenencia —prescindiendo de la existencia o no de título— o la «intención» expresada en un título determinado, contrato, testamento, de poseer el dinero «como suyo», es decir, conforme al título —relación crediticia—, en cuya virtud posee. Como el uso ordinario del dinero es gastarlo y el gasto normal del dinero es la inversión rentable, el grado de diligencia, actos de conservación, actos de administración y de disposición encuentran en el título en cuya virtud posee los límites positivos y negativos; obtener la rentabilidad del dinero es acomodar la conducta exigible al destino de la cosa.

La posesión natural del dinero encuentra su forma más precisa en quien tiene el poder efectivo de una suma que ha de devolver y devuelve con retraso. Quien debiendo pagar no paga *usa*, o posee o detenta (*corpus*) dinero ajeno.

De aquí, las precisiones del Código para poner de relieve la valoración jurídica de este hecho, del hecho de poseer un dinero ajeno:

1.º La necesidad de *intimación*, artículo 1.100, en relación con el 1.108, que eleva el *retraso* a la categoría jurídica de «mora» (retraso jurídico) y constituye al deudor en la obligación de *resarcir*, además de la obligación preexistente de *restituir*, artículo 268...

2.º La mora es «independiente» de la causa o «fundamento» de ese poder efectivo o señorío de hecho.

Esto es, lo mismo que sucede con la posesión de las cosas, el mero hecho de tener puede basarse en un *acto de tolerancia* del dueño, artículo 444, del que se sigue la negación de eficacia posesoria a los «actos meramente tolerados».

La intimación o advertencia al deudor viene a significar entonces la voluntad del acreedor *excluyente* de la tolerancia y, en consecuencia, un acto de acreditamiento de que el deudor «no ignora» que posee el numerario indebidamente, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 435 del Código civil.

La mora, la *simple mora*, como forma primera de relevancia jurídica del «simple hecho de poseer» dinero ajeno, supone:

1.º Que el dinero es un bien productivo—«intereses legales»— o daños y perjuicios moratorios: SS. de 21 de octubre de 1911 y 29 de octubre de 1944, que consideran el interés, tanto legal como el interés del interés una vez «liquidado» como producto o provecho que devenga un capital en dinero.

2.º Que puede estar poseído sin título; el *hecho* mismo de poseerlo es origen de consecuencias jurídicas.

3.º La interpelación hace conocer al deudor la exigencia del acreedor y, por tanto, la eventualidad de que el deudor no posee de buena fe y puede responder por deterioro o pérdida. Ocurre, como en la posesión, que en cualquier momento en que sobrevenga ese conocimiento el poseedor deja del serlo de buena fe y desde ese instante se expone al pago de los daños y perjuicios. La interpelación es uno de los actos que acreditan que el poseedor tiene *conocimiento* de la eventual retención indebida de dinero ajeno. El momento decisivo para la indemnización por mora coincide con el de la interrupción de la posesión a efectos de los frutos, si el momento en que cesa el derecho a los frutos es desde el emplazamiento, S. de 27 de marzo 1950; desde la contestación a la demanda, S. de 26 abril 1948; desde el acto de conciliación, S. de 26 mayo 1966, términos análogos a la interrupción de la posesión civil, conciliación, artículo 1947, citación judicial, artículo 1945, contestación a la demanda. En general, la fijación del momento definitivo coincide con la presentación de la demanda, a cuyo momento se retrotrae la Sentencia (Delgado Echevarría) (62).

(62) Sobre el derecho de posesión como el «derecho a seguir poseyendo», Vid. S. I. IACRUZ BERRIETO, *Elementos de Derecho civil*, III, Derechos reales. Vol. I. Barcelona, 1978, págs. 68 y 73.

Pero con relación a la posesión, la S. de 4 noviembre 1976 aprecia la mala fe a partir del requerimiento para el acto de conciliación, criterio coincidente con la de 26 mayo 1966 respecto de los intereses moratorios.

4.º Que el poseedor «moroso», si hiciera desde la advertencia suyos los frutos, obtendría un enriquecimiento sin causa justificada, equivalente al empobrecimiento experimentado por el legítimo titular al ser privado del uso normal del dinero, empobrecimiento que debe ser *reparado* como daño concreto y real.

5.º Dicha reparación la efectúa el legislador, artículo 1.108, de modo simplista, rápido y casi automático —«arbitraje legal»—, con la pragmática solución de dictar una decisión coyuntural en sentido económico, estableciendo el «rendimiento mínimo del dinero» (cabén pactos estableciéndolos superiores), que constituye una especie de cobertura presunta de los daños resultantes de la posesión ilegítima.

Este «mínimo legal» no cubre todo el posible daño (piénsese en la pérdida sufrida por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, que, de no compensarla, haría al poseedor de dinero de peor condición al poseedor de cosas).

6.º La posesión de dinero ajeno por el deudor moroso —simple mora— es la situación posesoria *mínima*: a la responsabilidad, mediando retraso, son aplicables los artículo 457 y 1.096 con sentido sancionador.

7.º El acreedor que *intima* al deudor ejercita un acto de constatación, acto análogo al desahucio por precario o contra quien ocupaba el dinero por «mera tolerancia».

También puede aplicarse al acreedor la doctrina de la posesión: aunque esté temporalmente desprovisto de la suma debida y de sus intereses, el acreedor tiene en cualquier caso el *ius possidendi*, correspondiente a su título: el título de crédito.

Son conceptos diferentes los de *título*, en cuya virtud alguien posee y la *posesión* misma: si el derecho del acreedor a los frutos es consecuente con el título v. g., prestación pactada, la protección del título cubre la de los intereses, lo que, v. g., ocurre si la deuda es líquida, de existencia determinada.

Pero si el derecho a los frutos se protege por el mero *ejercicio*, esa protección es posesoria, siguiendo en este punto la argumentación del Marqués de Olivart (63), expuesto en el libro, todavía clásico, de la posesión: «el derecho es consecuente con su título», a lo que responde, en nuestro caso, el artículo 1.108 con la expresión «pacto en contrario», que será el título o fuente de la prestación de intereses; mientras que, si se protege como el *hecho* de su ejercicio, entonces entra en la *protección de la posesión*.

(63) MARQUÉS DE OLIVART, *La posesión*, Barcelona, 1884, Imprenta de Jaime Jopus, pág. 483.

El hecho del ejercicio del derecho a los frutos, cuando no hay régimen voluntario previsto al respecto, se acredita a través de actos de típico sabor posesorio:

— *actos de tolerancia*: mientras el acreedor no avisa al deudor.

— *actos de reconocimiento*.

— *actos de reclamación* de la cantidad debida por título de préstamo, pago de lo indebido...

Por razón del título los intereses convencionales siguen el régimen pactado, el mismo que la relación principal de que derivan; de no ser convenidos, la percepción de frutos puede hacerse de mutuo acuerdo, «determinación acordada» o sin acuerdo, lo que requiere unas reglas generales, especiales, y unos principios informadores del régimen legal, compensación de ventajas, transmisión de riesgos, gastos...

Se advierte de nuevo cómo la distinción entre buena o mala fe es relevante en sede de posesión: restitución de frutos, reparación, y se presenta con mayor plasticidad con la liquidación de la gestión posesoria de quien ha de devolver o pagar la cantidad y los intereses; la retención indebida (intimación, pago de lo indebido...), es también relevante en orden a los menoscabos, daños y perjuicios. Desde la vertiente del acreedor es preciso considerar la equivalencia entre el interés y el riesgo del capital que influye en la proporción o cunatía de la suma, en la reintegración patrimonial.

En efecto, un perjuicio unilateral grave e injustificado, co!ocar todas las ventajas sólo para el deudor, rompe la equivalencia de la posición respectiva, el balance de intereses en juego, que pudiera describirse así:

Acreedor:

- Título en que se funda el crédito.
- Importe de la suma entregada de cuyo uso se priva.
- Proporción: medida de la cuantía de los intereses o retribución por el uso.
- Precio por aplazamiento de la obligación de restituir, justificado por el riesgo del capital; amparo de la suma de que carece; disminución del valor de uso...

Deudor:

- Suma recibida.
- Uso, disfrute: empleo del dinero.
- Disposición libre de esa cantidad dentro de los límites del título y de la cosa: interés «normal» del dinero, S. de 30 junio 1967.

b) *Posesión civil*

El artículo 430 del C. c. entiende por posesión civil aquella tenencia en que al hecho de poseer une la intención de hacer la cosa o derecho «como» propia.

En último término, la posesión civil se relaciona con el título en virtud del que se posee.

Posee en concepto de dueño (*animus domini*) el deudor el día en que cambia la posesión, v. g., conversión en deuda de préstamo de la deuda vencida.

Posee en concepto de dueño quien percibe o confiesa haber percibido—precio confesado—una cantidad como precio de la prestación efectuada; si luego ese vínculo se resolviera, surge la obligación de devolver y liquidar los frutos a partir de la constatación del cambio posesorio, que coincide con la prosperidad de la acción.

Pero cuando el dinero está en posesión de su dueño, la relevancia jurídica es mínima, porque sus consecuencias son otras, y a eso se debe que ni siquiera se incluya el interés en la enumeración de los frutos del artículo 354.

Tiene en cambio importancia cuando en virtud de un título un tercero usa de dinero ajeno, el «correspectivo del goce» en la doctrina italiana, que no es sino introducir la doctrina de la causa en la posesión; correspectividad es tanto como la prestación correlativa a la contraprestación del goce de una cosa; en definitiva, la equivalencia de las prestaciones.

Cuando es el prestamista previsor y el prestatario acepta, aquél, en uso de la libertad de pacto y valorando el destino del dinero en manos del prestatario, las dotes personales de éste, garantías y cautelas respecto a la coyuntura económica, exige cantidades superiores a la previsión mínima del legislador, eleva los intereses en cuyo monto cabe apreciar algo más que el puro interés del dinero como fruto de la posesión.

La posesión civil en concepto distinto del de dueño se contempla en diversos artículos; a título de ejemplo, veremos alguno en que se posee dinero ajeno como «representante» artículo 432—o adquirente del disfrute: usufructo de crédito si el deudor no notificado paga; artículos 269 y 273, que establece la responsabilidad por omisión de los deberes de colocar el dinero como buen padre de familia; artículo 186 «posesión temporal» del ausente, título legal de poseedor civil mientras dure la posesión (período productivo) y artículo 187... estos artículos ponen de relieve:

- 1.º Que, para el legislador, el dinero es productivo.
- 2.º Que es exigible un grado de diligencia para que el dinero produzca: actos posesorios de «conservación y disfrute».
- 3.º Unas reglas de liquidación, por vía convencional, automática (tutor) o judicial (ausencia).

Son supuestos expresivos de esa idea, además:

1.º Posesión por representantes legítimos, v. g., usufructo legal de los padres, ejercicio de los derechos posesorios de bienes de incapaces, artículo 443.

2.º Posesión por el administrador del concurso o por el albacea.

c) *Posesión de dinero de buena o mala fe*

En numerosos artículos se refiere el Código a la posesión de dinero de buena y mala fe.

Por señalar algunos de los que han servido a la doctrina para una clasificación de los intereses legales, nos referimos a éstos:

1.º Artículo 1.501, 3.º, el comprador *debe* intereses.

2.º Artículo 1.896, quien posee indebidamente de mala fe, debe interés y *además* deterioro (o devaluación).

3.º Artículo 1.682: aportación a la Sociedad.

4.º Artículo 1.838: en la fianza, pago por el fiador.

5.º Artículo 1.728: intereses de la cantidad anticipada y *además* daños y perjuicios.

Con respecto a las pretensiones de daños y frutos, civiles incluidos, la buena fe del poseedor se funda en la ignorancia de cualquier vicio que afecte al título de adquisición.

Es aplicable lo dispuesto en el artículo 434 respecto de la buena fe, presunta. Es «retraso malicioso» cuando el deudor renuncia a entregar lo debido constándole «prima facie» el mejor derecho del titular y que éste lo reclama (64). No lo es si el deudor de buena fe entiende que le asiste razón derecha para negarse a las exigencias de su adversario, SS. de 19 noviembre 1904 y 19 diciembre 1907.

C. LIQUIDACION DE LA GESTION POSESORIA

El Código civil dedica los artículos 453 y ss. a determinar las consecuencias de un cambio posesorio, ¿cuáles son estas consecuencias en la posesión del dinero?

1. *Liquidación simple*: la que corresponde a la mora.
2. *Liquidación compleja*: por voluntad de las partes.
3. *Liquidación judicial*: distinguiendo:

(64) No se toma la palabra buena o mala fe en sentido impropio, tener por probable, suponer, sino en el uso propio de quien conoce que no es posible la sustitución, porque no responde al contenido objetivo de la prestación, y, en última instancia, tiene posibilidad de comprobarlo, ya que el acreedor no da su asentimiento. Sobre otras medidas relativas a combatir los efectos dañosos en las prestaciones pecuniarias. Vid. J. BONET CORREA, *El pago de los gastos necesarios y útiles de un poseedor ante las alteraciones monetarias*, en A.D.C. XXXI, 1978, pág. 459, y *La indemnización por mora en las obligaciones pecuniarias*, pág. 374.

1.º Frutos.

2.º Con buena o mala fe, daños y perjuicios, artículo 455 y 457, artículos que se corresponden con lo dispuesto para la posesión de dinero de los artículos 1.101 y 1.124, ya estudiados.

El poseedor de mala fe, según dispone el artículo 455, abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo «hubiera podido percibir». En consecuencia, el abono de los frutos *percibidos* se hace mediante el abono de intereses conforme a la tasa legal, no así los que «hubiera podido percibir» que, después de la reclamación, se basan en la ilicitud sobrevenida, como pueden serlo:

- La inversión rentable del dinero.
- La merma de garantía patrimonial.
- Las consecuencias originadas de hallarse privado del pago hasta la fijación definitiva del montante, si se prueba que es por causa imputable al deudor.
- Las consecuencias, en suma, de la devaluación—riesgo de la devaluación—siempre que éstas no sean un hecho económico (*deterioro material*) (65), sino *jurídico*, esto es, si el acreedor *demuestra* haber experimentado un daño ulterior superior, artículos 481 y 497.

El «deterioro» en la posesión de dinero consiste en el daño ulterior como puede ser la disminución de la consistencia económica originada por la devaluación, que ha podido o no ser prevista y, en todo caso, moderable por el Tribunal que exigirá la prueba del:

- 1.º Hecho culposo o doloso.
- 2.º Daño efectivo.
- 3.º Relación de causa a efecto.

Ahora bien, en la actuación judicial habrá que valorar el grado de previsión. Cuando el interés «superior» al normal del dinero revela de modo indubitado que las partes tuvieron en cuenta su depreciación, habrá que estar a lo querido por ellas y la moderación judicial podrá venir permitida por la Ley de usura, o, por la vía de la cláusula penal, artículo 1.152 (supuestos con previsión).

Cuando no haya sido previsto el incumplimiento, la imposición del daño por interés legal es automático y no cabe moderación por los Tribunales, pero éstos podrán conocer sobre la viabilidad de la acción de reparación de daños y perjuicios que son concurrentes, a instancia de parte y previa demostración de los requisitos antes enumerados.

En último término, es también aplicable el criterio en cuya

(65) Disminución de valor que, como la producida en las cosas por un hecho natural, produce una diferencia que hubiera perdido en todo caso el propietario.

virtud se entiende que el poseedor de mala fe está siempre en mora en el cumplimiento de su obligación de restituir (66).

3. Propuestas de «*lege ferenda*»

1.º Que los Tribunales, por todos los razonamientos anteriores, interpreten que el artículo 1.108 se refiere exclusivamente a la *simple mora*, perfectamente compatible con la *mora compleja*: es decir, la mora dentro de la cual es posible advertir la presencia del dolo o de la culpa.

2.º En el supuesto de que la solución anterior no sea viable, por la reiterada jurisprudencia contraria, se propone la modificación del texto legal del artículo 1.108 y nos atrevemos a dar dos redacciones:

a) Artículo 1.108: si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor «incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de intereses convenidos». A falta de convenio, consistirá en el interés legal que fije el gobierno, que será compatible con lo dispuesto en el artículo 1.101.

b) Artículo 1.108, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y si el deudor incurriere en *simple mora*, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio, en el interés legal.

Cuando la mora comprenda cualquier otro modo de contravención al tenor de la obligación, habrá que estar, además, a lo dispuesto en el artículo 1.101.

Estas fórmulas que se exponen se caracterizan por:

1.º Respetar la voluntad contractual. Hacen posible, incluso, que las partes convengan sobre los daños futuros, pues sólo a falta de convenio entra en juego el interés legal más los daños y perjuicios.

2.º Impedir, como el Código quiere que se impida, la equiparación de todas las formas de cumplimiento *anormal* de las obligaciones.

3.º Proporcionar plena eficacia y absoluta veracidad a los artículos 1.102 y 1.103. Según el primero de los citados, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en *todas las obligaciones*, y es *nula* su renuncia. Mal puede el Código contradecirse excluyendo del texto a las obligaciones pecuniarias y, menos aún, puede declarar la nulidad de la acción para hacerla efectiva cuando ha dicho que la renuncia es nula.

Según el artículo 1.103, la responsabilidad que proceda de negligencia es *igualmente* exigible en el cumplimiento de *todas* las cla-

(66) L. DÍAZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Derecho de cosas, Madrid, 1978, pág. 88.

ses de obligaciones (por consiguiente, las dinerarias también), pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos. Las fórmulas propuestas permiten la moderación por la vía de la reducción de los intereses convenidos, si fueren desproporcionados por la vía de la fijación del *quantum* y por la vía de la moderación de la culpa.

Queda a salvo la indemnización *automática* de la simple mora, que será el interés legal coyuntural.

